



Université Panthéon-Assas

École doctorale de droit international, droit européen,
relations internationales et droit comparé

LA NOTION DE FILIATION EN DROIT COMPARÉ

DROIT FRANÇAIS ET DROIT ANGLAIS

Thèse pour le Doctorat en droit privé (Arrêté du 7 août 2006)
présentée et soutenue publiquement le 2 décembre 2013 par
Laure MONTILLET – DE SAINT-PERN

Sous la direction de : **Monsieur Bertrand ANCEL**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury : **Madame Dominique FENOUILLET**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Madame Sophie GAUDEMET
Professeur à l'Université Paris-Sud (Paris XI)
Madame Myriam HUNTER-HÉNIN
Senior Lecturer at the University College of London
Monsieur Laurent LEVENEUR
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Monsieur Grégoire LOISEAU
Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Paris I)

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Mes remerciements vont, tout d'abord, à M. le Professeur Bertrand ANCEL pour ses précieux conseils qui ont guidé ma réflexion ainsi que pour sa grande disponibilité et sa patience dans la direction de cette thèse.

Ensuite, je remercie Maître Coralie GAFFINEL pour m'avoir initiée à la pratique du droit de la filiation durant les deux années passées à ses côtés de même que les membres des groupes de recherche de l'Institut de droit comparé et du Laboratoire de sociologie juridique, qui ont contribué à ce que la thèse ne soit pas un travail solitaire.

Je souhaite également remercier Jérôme CHACORNAC pour son soutien et la richesse de nos échanges, Anne-Marie HO-DINH pour son regard critique et éclairant, Virginie PELETAN et Camille RIVIÈRE qui m'ont hébergée pendant les séjours à Londres et épaulée pendant ces années de recherche, ainsi qu'Alexandre et Anne-Violaine de VREGILLE, Clément COUSIN, Asma ALOUANE et Loup BESMOND de SENNEVILLE dont l'amitié s'est manifestée, entre autres, par la relecture de ce travail.

Je tiens à remercier tout particulièrement Philippe et Isabelle MONTILLET, mes parents, sans qui la notion de filiation n'aurait pas le même sens et grâce auxquels j'ai pu mener ce projet à terme. Merci aussi à Jean-Marie TENIN, mon grand-père, à Emmanuel et Hélène de SAINT-PERN, mes beaux-parents, ainsi qu'à mes beaux-frères et belles-soeurs, pour leur attention constante.

Enfin, *last but not least*, merci infiniment à Yves de SAINT-PERN, mon mari, pour son soutien, son aide précieuse dans la mise en forme de la thèse et pour avoir gardé confiance en l'aboutissement de celle-ci.

Sommaire

Sommaire	vii
Glossaire	viii
Introduction	1
Partie I Les fondements d'un statut	33
Titre I Des fondements complémentaires et concurrents	37
Chapitre 1 La réalité génétique, fondement initial	43
Chapitre 2 La volonté, fondement amplifié	115
Chapitre 3 Le vécu familial, fondement en devenir	225
Titre II Des variables d'ajustement des fondements de la filiation	245
Chapitre 1 L'intérêt de l'enfant, outil favorable à la reconnaissance du rôle	249
Chapitre 2 L'ordre public, un outil de protection du statut	287
Partie II La consécration d'un rôle	333
Titre I L'autorité parentale, manifestation de l'autonomie du rôle	341
Chapitre 1 L'autorité parentale et la <i>parental responsibility</i> , l'effectivité du lien de filiation	345
Chapitre 2 La fonction parentale, un succédané de la filiation ?	377
Titre II Une extension restreinte des autres effets du statut au profit du rôle	405
Chapitre 1 Une propension à l'extension des effets personnels	409
Chapitre 2 Une relative résistance à l'extension des effets patrimoniaux	429
Conclusion générale	477
Annexes	481
Bibliographie	553
Index	621
Table des matières	625

Glossaire

A

A.S. L'Année Sociologique
AC Law Reports, Appeal Cases
AJ Famille Actualité Juridique Famille
al. alinéa
All ER All England Reports
AMP Assistance Médicale à la Procréation
AN Assemblée Nationale
Arch. philo. dr. Archives de philosophie du droit
Ass. plén. Assemblée plénière

B

Bull. civ. Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation
Bull. crim. Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)

C

C. civ. Code civil
CA Cour d'appel
CA Court of Appeal
Cah. Cahiers
Cass. Cour de cassation
CE Conseil d'État
CEDH Cour européenne des droits de l'homme
CFLQ Child and Family Law Quarterly

Ch. réun. Chambres réunies
chap. chapitre
Circ. Min. Circulaire Ministérielle
comm. commentaire
concl. conclusion
Cons. Const. Conseil Constitutionnel
CPC Code de procédure civile
CPL Current Legal Problems
CR Criminal Reports

D

D. Recueil Dalloz
Defrénois Répertoire Defrénois
Dr. et patr. Droit et Patrimoine
Dr. Fam. Revue Droit de la Famille
Dr. Soc. Revue Droit Social

E

et al. et autres
EWCA Court of Appeal, England and Wales

EWHC High Court, England and Wales

F

Fam High Court, Family Division
Fam Law Family Law
Fam. Law Family Law
Fasc. Fascicule
FCR Family Court Reporter

FLR Family Law Reports

G

GACEDH Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme

GAJ civ. Grands Arrêts Jurisprudence Civile

Gaz. Pal. Gazette du Palais

H

HC High Court

HL House of Lords

HMSO Her Majesty's Stationery Office

I

ibid. ibidem

IJLPF International Journal of Law, Policy and the Family

infra ci-dessous

IR Informations rapides du Recueil Dalloz

J

J. Mr/Mrs Justice (High Court judge)

JCP G. Jurisclasseur Périodique, édition Générale

JCP N. Jurisclasseur Périodique, édition Notariale

JO Journal Officiel

JP Justice of the Peace Reports

JSWFL Journal of Social Welfare and Family Law

L

L. Loi

L. J. Lord Justice (of the Court of Appeal)

Law Com Law Commission

LJ Law Journal

LPA Les Petites Affiches

LQR The Law Quarterly Review

M

MLR Modern Law Review

O

obs. observations

OUP Oxford University Press

P

PDA Probate, Divorce and Admiralty Division

PMA Procréation Médicalement Assistée

préc. précité

Q

Q. B. Queen's Bench

R

rapp. rapporteur

RDC Revue des contrats

RDSS Revue de droit sanitaire et social

Rev. crit. DIP Revue critique de droit international privé

RIDC Revue internationale de droit comparé

RJPF Revue juridique personnes et famille

RLDC Revue Lamy Droit Civil

RTD civ. Revue Trimestrielle de droit civil

RTD. eur. Revue trimestrielle de droit européen

S

S. Recueil Sirey

somm. sommaire

supra ci-dessus

T

t. tome

U

UKHL United Kingdom's House of Lords

UKSC United Kingdom's Supreme Court

V

v. voir

vol. volume

W

WLR Weekly Law Report

Introduction

1. Un lien de famille. La filiation est une réalité connue de tous ; elle renvoie à la structure familiale à laquelle chacun se rattache. La filiation en détermine les membres les uns par rapport aux autres et assure de la sorte l'« enracinement des êtres ¹ ». Désignant qui sont les parents et qui est leur enfant, la filiation place chacun au sein d'une lignée généalogique et permet d'être identifié en tant que père ou mère, fils ou fille. Le lien de filiation permet également de définir les autres liens entre les membres d'une même famille : un lien d'ascendance avec les grands-parents, un lien d'alliance entre les parents, un lien de parenté collatérale avec les oncles et tantes, cousins et cousines. De la sorte, la filiation offre à l'individu une existence sociale et familiale en le définissant par rapport à autrui et à ses lignées ancestrales ². La notion de filiation semble alors relever de l'intuition soit parce qu'elle est un lien qui rattache la personne à un groupe, à *son* groupe familial, soit parce que, privée de filiation – a-filiée – la personne peut observer ce lien comme rattachant l'autre à une famille et éprouver un manque, une privation de cette base fondatrice de son identité.

2. Une notion pluridisciplinaire. Intuitive et universelle, la notion de filiation s'expose à être saisie par de nombreuses sciences. C'est le cas de la biologie qui permet de déterminer les caractères génétiques partagés entre le parent et l'enfant, de l'anthropologie qui s'y intéresse comme élément fondateur de l'humain, de la sociologie aussi qui l'observe en tant que lien entre les individus, de la psychologie également qui se penche sur son rôle dans la construction de l'identité de la personne ; c'est le cas aussi du droit qui va instituer un lien juridique réciproque entre le parent et l'enfant et le doter de droits et obligations y afférent. La notion de filiation se développe de la sorte au carrefour de plusieurs disciplines sans nécessairement

1. D. FENOUILLET, « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : Dalloz, PUF, Éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 509, spéc. p. 510.

2. P. MURAT, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis - Dalloz, 2012, « Dans sa dimension symbolique, la filiation insère dans la chaîne des générations et par là opère la socialisation de l'enfant en lui attribuant une place dans un monde préexistant, mais aussi en assurant ensuite une évolution des liens par la transmission de statuts successifs : tout en restant éternellement le descendant de ses auteurs, l'individu devient à son tour ascendant en même temps que se développe autour de lui un réseau de parenté avec des collatéraux. »

avoir la même signification dans chacune d'entre elles.

Ainsi, l'anthropologie se saisit de la filiation en ce que ce lien interroge directement l'humain à sa source, en tant que lien physique et social. La nature du lien de filiation soulève alors de nombreuses questions. Relève-t-elle d'une simple transmission de séquences ADN ou bien d'une construction sociale ? Est-elle synonyme d'engendrement ou de vécu familial ? Suivant Claude LÉVI-STRAUSS, « tout ce qui est universel, chez l'homme, relève de l'ordre de la nature et se caractérise par la spontanéité » tandis que « tout ce qui est astreint à une norme appartient à la culture et présente les attributs du relatif et du particulier¹ ». Le lien de filiation relève à la fois de la nature en ce qu'il est universel, initial et spontané, et de la culture en ce qu'il est astreint par un système normatif. Plus précisément, si la filiation participe à la fois de la nature et de la culture, c'est parce qu'elle marque le passage de l'un à l'autre, le passage du biologique vers le social². La filiation apparaît alors comme une « institution sociale »³, visant à l'organisation de la société, et non comme un simple dérivé de l'engendrement. Comme l'a écrit Pierre LEGENDRE en ce sens, « la différenciation biologique ne suffit pas à produire le sujet humain » et « celui-ci exige une différenciation d'un autre ordre [...] à base de représentation⁴ ». C'est à partir de cette représentation que le Droit va concevoir une notion de filiation. Celle-ci sert alors de « Référence » sans laquelle « le vivant parlant (l'animal politique/animal parlant d'Aristote) ne peut vivre ni se reproduire⁵ ». La filiation représente le modèle du lien social inné qui se développe dans le construit. Mêlant ainsi à la fois nature et culture, la notion de filiation participe de la définition de l'humain.

3. Initiant le rapport de l'individu avec la société, la filiation intéresse également la sociologie. Inscrivant la personne dans un rapport vertical de famille parce qu'elle réalise la reconnaissance de liens entre des individus qui descendent les uns des autres, la filiation évoque alors l'idée de *descendance*. D'ailleurs, terminologiquement, « cette idée de “descendance” apparaît mieux dans le terme anglais de *descent* que dans notre “filiation”⁶ ». Cette dimension généalogique est, d'ailleurs, très recherchée à l'époque contemporaine puisque de nombreuses investigations sont menées personnellement, notamment grâce au développement des sites internet qui lui sont dédiés, exacerbant de la sorte un besoin de rechercher *ses* origines et

1. C. LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, 2^e éd., Mouton de Gruyter, 1967, p. 10.

2. F. HÉRITIER, « De l'engendrement à la filiation. Approche anthropologique », *Topiques* 1989, 44, p. 173.

3. A. BURGUIÈRE et al., *Histoire de la famille*, Armand Colin, 1989, p. 21. « Parce qu'elle est source de la parenté dont elle constitue le chaînon essentiel, la filiation apparaît en effet, avant tout, comme une institution sociale : c'est donc une création en partie artificielle qui combine nature et culture, qui tient compte des contraintes physiologiques mais en les soumettant à des manipulations et des choix d'ordre symbolique ».

4. P. LEGENDRE, « Revisiter les fonctions du droit civil », *RTD. civ.* 1990, p. 639, spéc. p. 643.

5. *Ibid.*, p. 643.

6. M. SEGALÉN, *Sociologie de la famille*, Armand Colin, 1981, p. 44.

de retrouver *son* histoire familiale face à une société déracinée¹. La filiation se présente alors comme un relais de l'appropriation de l'histoire de *sa* famille et, partant, de la construction de son identité.

4. Une notion recouvrant plusieurs réalités. Mais la filiation s'entend plus largement. Elle est aujourd'hui également décelée dans le fait social que constitue la relation quotidienne entre l'adulte et l'enfant. En raison des recompositions familiales nombreuses, plusieurs adultes sont appelés à jouer un rôle dans la vie de l'enfant : le conjoint, partenaire ou concubin du parent, celui de l'autre parent, de sexe différent ou de même sexe, autrement dit le « beau-parent » de l'enfant ; à cela, s'ajoute le fait que plusieurs « beaux-parents » peuvent se coordonner et se succéder auprès de l'enfant. Si l'adulte qui s'occupe de l'enfant n'est pas juridiquement son parent, il peut pourtant l'élever et l'entourer de son affection comme s'il s'agissait de son propre enfant. L'absence de lien juridique n'empêche en rien ce comportement parental. Aussi, souvent par abus de langage, le terme de « parent » est employé pour désigner l'adulte référent². La « filiation » s'entend alors comme une relation sociale construite sur le vécu et l'affection³.

Pourtant, en principe, « le terme de “filiation”, comme celui de “parenté” qui lui est logiquement connexe dans l'ordre des faits généalogiques et des structures sociales évoque l'idée de *lien* plus encore que celle de relation. Lien de descendance entre celui qui engendre, celui qui est engendré, ceux qu'il engendrera à son tour. Lien durable, et non transitoire, comme celui plus précaire de l'alliance. Lien naturel, certes, mais aussi psychologique, affectif, juridique et social. Lien *vital* surtout, étroitement associé à la transmission de la vie, à la nécessité de survivre, et de *se* survivre⁴ ». Le *lien* rend effectivement compte de la fonction de transmission que réalise la filiation tandis que la *relation* fait état du vécu et des sentiments. Aussi, le lien peut s'accompagner d'une relation même si cela n'est pas une condition de son existence. C'est cette acception de la filiation, en tant que lien, que le droit retient classiquement. Mais le droit doit-il également tenir compte de la relation à titre autonome ?

1. DIRECTION DES ARCHIVES DE FRANCE DU MINISTÈRE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION, *Aperçu des usages d'internet par les généalogistes*, 2007, URL : <http://www.generationcyb.net/IMG/pdf/dt1272.pdf>, p. 7. À la question « Que représente la généalogie pour vous ? » 73% des personnes interrogées ont répondu que la généalogie était la possibilité de retrouver leurs origines, ainsi que de chercher et de découvrir des branches éloignées de leur famille.

2. *Être parent aujourd'hui*, sous la dir. de P. JACQUES, Thèmes et commentaires. Actes, Dalloz, 2010.

3. En ce sens, J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille*, t. I, Quadriges, Paris : PUF, 1999, spéc. p. 780 : « la famille ne vivra que de liens affectifs, non plus juridiques, à tout le moins disons contractuels et non plus légaux ».

4. M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Fondements nouveaux du concept de filiation » in *La personne, la famille et le droit. 1968-1998 : Trois décennies de mutations en Occident*, Bruylant - LGDJ, 1999, p. 153.

5. Une notion source de confusions. Enracinement, engendrement, vécu, descendance, lien ou relation, la filiation est bien délicate à appréhender « tant elle est irréductible à des données simples et naturellement convergentes, tant les approches psychologiques, sociologiques, anthropologiques, juridiques... paraissent insister sur des points différents ¹ ».

La filiation constitue pourtant l'objet de la recherche car, précisément, rares sont les notions dotées d'une telle richesse et d'une telle compréhension intuitive. La filiation, si connue, est apparue confuse et confondue dans les termes du législateur, du juge et de la doctrine au point qu'elle mérite d'être clarifiée. Cette clarification pourra s'opérer grâce au recours à la notion qui permettra l'abstraction et la systématisation des manifestations diverses et variées de la filiation (Section I).

L'universalité de la notion a poussé à se demander si la confusion dont elle faisait l'objet se retrouvait dans des systèmes juridiques différents et si des éclaircissements ne pourraient être apportés par l'étude de droits étrangers sur son évolution voire sa mutation. C'est pourquoi le droit comparé a été choisi comme méthode de recherche (Section II).

Section I La filiation en tant que notion juridique comme objet de la recherche

6. Un lien relevant de l'évidence. La filiation pourrait apparaître comme un lien relevant de l'évidence et que le droit ne ferait que constater. Mais, tout à la fois génétique, volontaire, affectif, le lien de filiation est difficile à définir en raison d'une telle diversité. Le droit a-t-il une préférence pour l'une de ces composantes ? En accepte-t-il de nouvelles qui viendraient renouveler la teneur du lien ? En raison de l'évolution de la famille vers plus de libéralisme et de volonté individuelle, le lien de filiation est devenu plus fragile, car contestable plus facilement, mais également plus structurant puisqu'il est devenu la colonne vertébrale de la famille, se substituant en cela au mariage qui assumait cette fonction auparavant. Désormais, la filiation fait l'objet de nombreuses revendications afin qu'elle soit ouverte au plus grand nombre, indépendamment de toute contrainte physique ou sociale, au point qu'il soit régulièrement question – même abusivement – d'un droit à la filiation ou d'un droit à l'enfant. Le lien de filiation est devenu, en cela, un indicateur du niveau d'avancée sociale d'un pays. Selon que le droit organise la possibilité d'un lien de filiation pour des personnes seules ou en couple, pour des couples hétérosexuels ou homosexuels, cela est révélateur des choix de société qui

1. P. MURAT, « Filiation et vie familiale » in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis Bruylant, 2002, p. 161.

sont opérés et des valeurs afférentes. Se fixant pour objectif le bonheur de l'individu, le droit a rendu la filiation mouvante et fuyante de sorte qu'elle ne peut être saisie, d'un premier abord, que dans sa dimension évolutive (§ 1.). En raison de ce caractère mouvant, il est nécessaire d'aborder la filiation abstraitement afin de déterminer ses traits caractéristiques qui permettront une qualification juridique plus fiable. Le recours à la notion permettra cette abstraction (§ 2.).

§ 1. La filiation, une notion évolutive

7. Au cœur du droit de la famille, la filiation a fait l'objet d'un transfert d'engagement, c'est-à-dire que l'engagement qui était requis au sein du couple pour fonder la famille s'est désormais concentré sur le lien vertical entre le parent et l'enfant. L'évolution de la notion s'est ainsi réalisée par une autonomisation du lien par rapport à la situation conjugale des parents et par le développement d'un pluralisme des modes d'établissement de la filiation.

8. Longtemps, la notion de filiation a été centrée sur la qualité du lien que constituait la légitimité. Aussi, sous l'Ancien droit, l'influence de la religion chrétienne et les mœurs de l'époque faisaient de la filiation légitime la seule véritable filiation. Le droit préférait la fiction juridique d'une filiation légitime que la réalité physique d'une filiation naturelle. Aussi, l'intérêt de l'enfant était d'être rattaché au mari de sa mère, le père légitime, et que cette filiation soit protégée de contestations extérieures. Le statut légitime de l'enfant devait être sécurisé et la présomption de paternité constituait l'outil de rattachement pratique, rigoureux et protecteur qui répondait parfaitement au but poursuivi.

Puis, la Révolution française a fait valoir que l'égalité des enfants devait être la valeur première. La réalité physique de la filiation pouvait trouver une place grâce à cette égalité des filiations. Mais, par l'effet d'une culture religieuse persistante et des mœurs du XIX^e siècle, le Code civil réinstaura la primauté du mariage et par conséquent de la légitimité de la filiation. La rigueur à l'égard de l'enfant naturel s'est ensuite atténuée progressivement notamment en permettant qu'il puisse hériter. C'est pourtant seulement en 1972 que le principe d'égalité des filiations a été véritablement affirmé et mis en œuvre. Les enfants légitimes et naturels bénéficiaient désormais des mêmes droits. Le rattachement à un couple de parents mariés n'étant plus essentiel, la jurisprudence a permis à de nombreuses actions en contestation d'aboutir alors même que les conditions légales ne le permettaient pas en principe. Le droit positif semble alors avoir cessé de faire de l'alliance de l'homme et de la femme l'acte fondateur de

la famille au profit de l'enfant qui devient en quelque sorte cause du lien de ses père et mère¹.

Parallèlement à cette altération du mariage comme union de référence et de la famille légitime comme modèle familial, les progrès scientifiques ont orienté la filiation vers une autre priorité : la « vérité » génétique. L'intérêt de l'enfant n'était plus d'avoir un père légitime ; l'intérêt de l'enfant voulait désormais que celui à l'égard duquel la filiation était établie soit le « véritable » père, autrement dit le père génétique. C'est ainsi que la jurisprudence a autorisé très largement la contestation de la paternité légitime afin que la nouvelle finalité du droit de la filiation soit atteinte. L'essor de la preuve génétique, reine des preuves car désignant de façon objective et incontestable le parent de l'enfant, a encore accru cette tendance au point de remettre en question des filiations juridiquement établies et accompagnées d'un vécu familial.

9. Le deuxième mouvement de l'évolution du droit de la filiation se dessine avec l'importance croissante que la volonté a acquise. En effet, le développement des nouvelles techniques de procréation médicalement assistée a donné lieu à l'instauration de fictions juridiques sur le modèle de celle connue jusqu'alors, la filiation adoptive. Alors que l'enfant était issu des gamètes d'un tiers donneur, il fallait rattacher juridiquement l'enfant au père d'intention, c'est-à-dire celui qui avait mené le projet parental avec la mère. De même, en droit anglais, l'autorisation de la *surrogacy maternity*, dès 1985, aux couples ne pouvant procréer a obligé le législateur anglais à organiser le rattachement de l'enfant à la mère d'intention. L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe en Angleterre en 2002, et en France en 2013, a renforcé la place de la volonté en détachant définitivement l'adoption d'un modèle familial hétérosexuel.

Une tension résulte de cette coexistence de deux conceptions de la filiation². Laquelle est la plus valable ? Laquelle doit alors être favorisée ? La difficulté est de trancher entre une vérité objective, celle de l'ADN, et une vérité subjective, celle de l'affection et du vécu. Et, retenir une conception subjective de la filiation pose immédiatement la question des limites. Pourquoi la volonté individuelle ne pourrait-elle pas permettre de se rattacher un enfant hors des cas de défaillances procréatives ? Pourquoi l'engagement, concrétisation de cette volonté parentale, ne pourrait-il être davantage valorisé ? Si le droit français pose encore des limites à l'expansion de cette volonté parentale, le droit anglais est beaucoup plus libéral, laissant transparaître une philosophie individualiste.

10. Une notion juridique. À l'issue de ce rapide panorama de l'évolution de la filiation, il est perceptible que, même si la filiation fait intervenir des rapports personnels et intimes

1. C. LABRUSSE-RIOU, « Présentation générale » in *Jean Carbonnier 1908-2003, Écrits*, PUF, 2008, p. 43.

2. *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage*, sous la dir. de I. SCHWENZER, Antwerpen – Oxford : Intersentia, 2007.

qui pourraient laisser penser qu'elle ne relève que d'une simple transcription juridique d'un fait naturel, la filiation est une notion juridique à part entière même s'il est vrai que « c'est là certainement l'une des choses les plus difficiles à admettre lorsqu'on aborde le droit de la filiation [car] il faut partir de l'idée que la notion de lien de filiation n'est pas moins juridique que celle d'obligation ou de droit de propriété¹ ». En effet, « il s'agit d'une notion que l'ordre juridique appréhende et définit lui-même, ce qu'il peut faire sans une parfaite soumission à la réalité biologique à laquelle cette notion renvoie² ». Ainsi, une paternité ne se résume pas à une insémination, naturelle ou artificielle ni une maternité à une conception, une grossesse, un accouchement. Au fait biologique de la procréation s'ajoutent et, parfois, se substituent des données sociales, individuelles, familiales. Le droit va tantôt ajouter à la nature en accordant au lien naturel une dimension nouvelle, tantôt instaurer des liens de filiation en les ancrant dans la volonté ou l'observation de comportements parentaux, marqueurs de l'implication auprès de l'enfant. Le droit se charge alors de rechercher la personne qui est censée s'occuper au mieux de l'enfant, suivant les critères de la société. La loi n'est donc pas purement déclarative en ce qu'elle ne se borne pas à constater l'existence d'un rapport de filiation pour l'enregistrer juridiquement³. En revanche, la loi a tendance à être de plus en plus constitutive en ce qu'elle crée, en de nombreuses situations éloignées du « modèle » initial, un rapport de filiation.

Le caractère juridique de la notion de filiation ne tient pourtant pas à cette absence d'équivalence parfaite entre lien juridique et lien génétique de filiation. En effet, même si le choix était fait en faveur d'une telle équivalence, cela n'enlèverait aucunement sa juridicité à la notion de filiation. « Il y aurait simplement une règle de droit dont le contenu serait : il n'y a de lien de filiation entre deux individus que si ce lien correspond à la vérité biologique. Pourtant, malgré la définition que la doctrine a proposée du lien de filiation, elle semble perdre de vue la dissociation intellectuelle entre lien biologique et lien juridique de filiation lorsqu'elle étudie le régime de ce dernier⁴. » Le caractère juridique de la notion de filiation ne provient pas de ce qu'une association ou une dissociation existe entre le lien génétique et le lien de filiation mais de ce que le droit décide de fonder le lien juridique sur cette association ou indépendamment de celle-ci. La notion de filiation est juridique en ce qu'elle est, tout simplement, déterminée par le droit. Par conséquent, la filiation vise aujourd'hui à instituer les individus dans un ordre social et non pas à assurer de manière fiable une quelconque « traçabilité »⁵.

1. X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, sous la dir. de J. GHESTIN, Paris I, 1994, LGDJ, p. 336.

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*, p. 336.

4. *Ibid.*, p. 336.

5. P. MURAT, « Filiation et vie familiale » in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis Bruylant, 2002, p. 161.

11. Confrontation avec les notions voisines. Afin de pouvoir bien discerner en quoi consiste le lien de filiation, il est essentiel de confronter la filiation aux notions qui lui sont voisines pour dessiner ses traits caractéristiques¹.

D'abord, la *filiation* se distingue de la *parenté*. Dans le langage courant, l'un et l'autre termes peuvent être employés comme synonymes l'un de l'autre mais la parenté est, en réalité, plus large que la filiation. La filiation est l'un des liens constitutifs de la parenté mais elle n'en est pas la seule composante. D'autres liens, tels que le lien d'alliance, constituent également un lien de parenté. De plus, le lien de filiation est bilatéral, il n'est établi qu'entre deux personnes dont l'une descend directement de l'autre tandis que la parenté peut lier plusieurs personnes entre elles, au sein d'une même famille et ne se limite pas à un lien d'ascendance ou de descendance².

Ensuite, la filiation se distingue de ce que l'on appelle couramment la « parentalité ». Ce néologisme est apparu pour désigner le rapport entre un enfant et la personne qui, en dehors de tout lien de parenté, exerce vis-à-vis de l'enfant un rôle affectif et social qui avoisine celui qui incombe normalement au père et/ou à la mère. Aussi la parentalité peut accompagner le lien de filiation, elle n'est autre que sa concrétisation, ou bien s'ajouter au lien de filiation lorsqu'elle s'en dissocie. Alors l'enfant aura un lien de filiation à l'égard de ses parents auquel s'ajoutera une situation de fait dans laquelle un adulte référent s'occupera de lui comme de son propre enfant. C'est pourquoi la parentalité n'est pas non plus synonyme de possession d'état car la parentalité est un lien de fait en surcroît du lien de filiation et non un comportement qui pourrait justifier l'établissement d'un lien de filiation. Possession d'état et parentalité ne se rapprochent que dans leur ressemblance avec le lien de filiation.

En raison de l'accroissement des familles recomposées et de la volonté des couples de même sexe de se rattacher un enfant, l'expression s'est beaucoup développée. Pour autant, le terme de parentalité n'a pas d'existence juridique mais peut néanmoins être doté d'effets juridiques associés en principe à la filiation, telle que l'autorité parentale. N'étant pas un lien de

1. C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, 1987, LGDJ, spéc. p. 228 : « l'étude d'une notion difficile à cerner suppose aussi l'étude de ses variations [...]. Autrement dit, si l'étude d'une notion est très utile, elle n'est pas, en tant que telle suffisante. Elle doit être complétée par une étude plus globale de la "famille de notions" à laquelle elle appartient. »

2. V. cependant à propos de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe qui entraîne, indirectement, la substitution du terme de « parent » à ceux de « père et mère » : A. BATTEUR et al., « A propos du projet de mariage pour tous : le maintien dans le Code civil du double sens du mot "parent" est un impératif juridique ! », *Dr. Fam.* Jan. 2013, p. 12, Les auteurs soulignent que le terme de « parent » s'appauvrit s'il ne désigne plus que ceux qui ont un lien de filiation avec l'enfant. La « parenté » deviendrait alors synonyme de « filiation », entraînant un certain nombre d'incohérences dans divers domaines du droit tels que le droit des successions où le terme de « parent » devrait alors être lui-même remplacé par celui de « membre de la famille », très imprécis. Par souci d'uniformisation lexicale, le législateur se risque à confondre les notions et déstabiliser les autres branches du droit.

droit, la parentalité n'est pas la filiation. Pourtant, y ressemblant et produisant certains mêmes effets, la confusion est aisée. Au point que lors des débats à propos de l'ouverture du mariage et de l'adoption aux personnes de même sexe en France, il était question d'« homoparentalité » et non de filiation. De cette confusion fréquente naît une interrogation : la filiation résulte-t-elle d'un lien juridique encadré ou d'un rôle social spontané ? Élever un enfant suffit-il pour l'inscrire dans un lien de filiation ?

Alors, la distinction de la filiation avec les notions voisines n'est plus si nette. Elle révèle l'importance de clarifier en quoi elle consiste vraiment.

12. La filiation dans les autres disciplines juridiques. Le terme de filiation se retrouve également dans d'autres disciplines juridiques que le droit de la famille avec cette même idée-force d'un lien constitutif entre deux personnes, civiles ou morales, l'une étant issue de l'autre et soumise à son autorité. Ainsi est-il question en droit des sociétés de la « société-mère » dont est issue la « filiale », sa fille. Il est ici fait référence à la possibilité pour une société d'en dominer une autre au sein d'un groupe de sociétés. Mais le législateur n'a pas choisi de faire ressortir ce terme de « domination », pourtant de l'essence même des rapports au sein d'un groupe de sociétés, et lui a préféré celui de famille, exclusivement féminine d'ailleurs, pour en atténuer la rigueur¹. La filiation semble envisagée ici comme source de domination du parent sur l'enfant et ses biens, ce qui était conforme à la vision patriarcale de la famille d'autrefois.

De même, en droit comparé, il est fait référence, à propos des familles d'ordres juridiques, à un « ordre-mère » duquel découle un « ordre-fille ». Cette filiation consiste en une influence de culture juridique de l'ordre juridique établi sur l'ordre juridique en construction ou en refonte. Cette influence peut être forcée parce qu'elle résulte d'une conquête ou d'une colonisation par le pays dont l'ordre juridique a été implanté, tels que, par exemple, la Belgique, qui a adopté le Code civil français. Cette influence peut être encore spontanée dans la mesure où un ordre juridique va souhaiter en imiter un autre, comme le Japon qui s'est affilié pour partie à l'ordre juridique français au XIX^e siècle. Il y a une filiation entre les deux ordres juridiques en ce que l'ordre juridique mère a transmis certains de ses caractères constitutifs à l'ordre juridique fille. Il serait alors davantage question d'une filiation « génétique », semble-t-il, fondée sur la transmission d'un même patrimoine structurel, mais l'influence ainsi exercée implique également une autorité intellectuelle de l'ordre juridique parent.

Ces comparaisons avec les autres domaines du droit illustrent que la notion de filiation peut s'appliquer également à des relations de domination ou d'influence économique ou juridique. Cet élargissement du domaine de la notion de filiation renseigne sur ce qui est entendu comme relevant de l'essence même du lien au sein d'une famille : la transmission et le partage

1. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 25^e éd., LexisNexis - Litec, 2012, p. 780.

d'éléments structurels communs mais également un rapport d'autorité de la structure parente sur la structure enfantée. Le recours à la notion permettra de systématiser cette essence de la filiation.

§ 2. La notion, un effort d'abstraction

13. Le lien de filiation semble relever du concret puisqu'il s'appuie sur des éléments matériels : l'accouchement, le lien génétique, la reconnaissance, la décision de justice prononçant l'adoption ou encore le comportement parental. Pourtant, afin d'agrèger au mieux toute cette variété de composantes, il faut recourir à l'abstraction. C'est pourquoi, il s'agit de traiter ici de la « *notion* de filiation en droit comparé » et non pas seulement de « la filiation en droit comparé ». La différence peut sembler résiduelle, elle est pourtant fondamentale. « Le parti qui a été pris ici, est d'attacher une grande importance aux deux termes du sujet. Cela méritait d'être précisé, car le survol de la littérature juridique relative aux études portant sur une notion apporte une surprenante conclusion. Très souvent en effet, l'expression "la notion de" n'apparaît que comme une redondance inutile qui ne recèle aucune orientation vers la recherche conceptuelle annoncée¹ ». Aussi, il faut maintenant déterminer ce que recouvre ce terme, très fréquemment employé, de *notion* afin de dessiner les contours de la recherche menée sur la filiation.

14. **Une notion et non un concept de filiation.** La *notion* peut être classiquement définie comme la « représentation que l'esprit se forme d'un objet de connaissance² ». De la sorte, elle relève de la construction intellectuelle et de la conceptualisation d'un objet. Étudier la notion de filiation revient alors à procéder à un examen rationnel et méthodique de la filiation telle qu'elle se manifeste dans les textes, la jurisprudence et en doctrine, afin de tenter de l'identifier, de la connaître, et d'en dégager « l'idée générale et abstraite en tant qu'elle exprime les caractères essentiels de l'objet³ ». Dans la démarche d'abstraction ici poursuivie, il convient donc de recourir à la *notion* et non pas au *concept*. Visant la représentation d'une idée, notion et concept sont, en effet, souvent entendus comme synonymes l'un de l'autre mais ils diffèrent en réalité car la notion préexiste à la construction de l'esprit. La *notion* verbalise l'idée préexistante tandis que le *concept* construit l'idée. Plus précisément, deux aspects distinguent clairement la *notion* du *concept* : d'abord, l'idée d'un objet préexistant, presque sous une forme matérielle, à la description que l'on pourrait chercher à en faire ; ensuite, l'idée

1. C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, 1987, LGDJ, p. 25.

2. *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^e éd., URL : <http://dictionnaires.atilf.fr/dictionnaires/ACADEMIE/>.

3. Trésor de la langue française informatisé, <http://atilf.atilf.fr>, v. « Notion »

d'une forme d'indécision quant aux éléments qui constituent ledit objet¹. Le *concept*, quant à lui, est employé pour faire éclore le savoir, même s'il a vocation à être plaqué sur une réalité empirique : il est par conséquent « produit de l'esprit et non résultat de l'expérience »². C'est pourquoi, l'étude menée est celle de la *notion* et non celle du *concept* de filiation en ce qu'elle porte sur une réalité préexistante, le lien, et non sur une construction uniquement intellectuelle.

Pour déterminer une notion, il faut donc partir du réel pour ensuite en réaliser l'abstraction. Cela peut paraître, à première vue, paradoxal car cela suppose que, « pour mieux appréhender la réalité, on se dégage de celle-ci, en recourant à l'abstraction, pour revenir ensuite à elle³ ». Mais, « la connaissance que l'on a du réel est fragmentaire et contingente, c'est pourquoi on a besoin de généraliser par une démarche de l'esprit, ce qui a été saisi de la réalité. Cela permet une meilleure connaissance du réel. La généralisation dont il vient d'être fait mention, suppose un effort d'abstraction⁴. » À cet effet, « remontant du concret à l'abstrait, passant du multiple à l'un, le juriste va s'efforcer de ramener la pluralité des solutions données par la loi ou la jurisprudence à quelques formules qui en dégagent les aspects fondamentaux⁵. » Le juriste va pouvoir ordonner « le chaos des espèces⁶ » et les ramener à des lignes simples et directrices. Le juge pourra alors s'y référer pour identifier les traits principaux de la notion et qualifier la situation qui lui est soumise.

15. Procédant à cette recherche d'abstraction, il ne s'agit finalement que d'accomplir la mission du juriste. Celui-ci est, en effet, « voué à la recherche des éléments constitutifs de la notion, éléments caractéristiques qui forment, par leur association, le critère de la catégorie juridique [...]. En finesse et probité, c'est le travail de l'analyse juridique de discerner et ordonner les éléments essentiels qui s'unissent pour constituer une notion en catégorie juridique⁷ ». L'abstraction relève de la sorte de l'essence de la mission du juriste en ce qu'elle permet la qualification et le juriste ne peut donc échapper à la notion. En cela, le juriste « demeure, même contre son gré, un “faiseur de systèmes”⁸ ».

La systématisation juridique implique donc de se dégager des réalités concrètes pour mieux les appréhender, les qualifier et les classer dans des catégories juridiques. Pourtant, il convient de constater qu'à l'époque contemporaine, l'on s'attache davantage aux sentiments

1. G. QUINTANE, « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit » in *Les notions juridiques*, sous la dir. de G. TUSSEAU, Economica, 2009, p. 5, spéc. p. 11.

2. *Ibid.*, p. 11.

3. C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, 1987, LGDJ, p. 218.

4. *Ibid.*, p. 218.

5. J. RIVERO, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.* 1951, p. 99.

6. *Ibid.*

7. G. CORNU, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, 12^e éd., Montchrestien, 2005, p. 84.

8. J. RIVERO, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.* 1951, p. 99.

et aux modes de vie des individus, réalités concrètes, plutôt qu'à l'essence des institutions familiales que sont le mariage et la filiation. Étrangement, le mouvement de remontée du concret vers l'abstrait s'est altéré au point que l'on prête davantage intérêt à l'existence qu'à l'essence. Aussi, c'est désormais parce que l'on constate l'existence d'une situation familiale de fait, conforme ou non à la loi qui est censée la régir, que celle-ci doit avoir une existence en droit et être rattachée à une qualification juridique préexistante ou tout au moins bénéficiaire du même régime¹. La société ne supporte plus, et le législateur à sa suite, que certaines situations puissent ne pas être régies par le droit ou plus exactement, que le droit n'enregistre pas leurs comportements sociaux et familiaux. Le droit doit être le « miroir de la société, [il] se doit de refléter celle-ci aussi exactement que possible² ». Le non-droit n'est plus légitime, l'absence de régime juridique applicable à une situation est considérée désormais comme une défaillance du législateur et, plus largement, de l'État³. Il n'est plus permis de laisser les situations de fait se développer, il est du devoir du législateur de s'en saisir dès que possible et de les enregistrer au nom de la valeur la plus convaincante : l'égalité, la liberté ou encore le bonheur individuel⁴.

Le droit de la famille se mue alors en une sorte de catalogue des modes de vie qui « font famille », selon l'expression certes fâcheuse et pourtant désormais couramment employée. Au-delà de son inélégance, cette expression est révélatrice de ce que la constitution de la famille s'opère par la volonté de ses membres : on décide de se lier aux personnes que l'on choisit et ainsi de « faire famille » et non pas de « construire » une famille sur des bases prédéfinies⁵. Cette expression est également révélatrice de ce que ce sont des actes qui accomplissent la famille comme, par exemple, la vie commune ou la prise de décisions concernant l'éducation de l'enfant. Une fois ces actes accomplis, il ne reste plus qu'à constater l'existence d'une famille de fait qui aura vocation à être enregistrée par le droit. La célèbre formule du Doyen

1. V. sur ce point L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, 1990, LGDJ.

2. Y. LEQUETTE, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois - LexisNexis, 2012, p. 523.

3. *Ibid.*, « Lorsqu'un décalage s'introduit entre certaines pratiques sociales et l'image que le droit en renvoie, beaucoup appellent, non sans impatience, à une rectification de celui-ci. »

4. À l'encontre de cette tendance, v. J. RIVERO, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.* 1951, p. 99, spéc. p. 102. « le juriste se doit de croire que la règle dont il est le gardien n'est pas le simple enregistrement des faits, alors qu'elle a pour raison d'être de les discipliner ; il se doit de ne pas abandonner, à la première pointe offensive dirigée par "les faits" contre ses règles et ses notions, la ligne qu'il a mission de tenir, car rien n'est plus ambigu qu'un fait, et rien ne prête davantage à l'incertitude que son interprétation. Qu'il y ait des évolutions nécessaires, c'est l'évidence. Que le système d'aujourd'hui soit appelé à céder quelque jour la place à une systématisation nouvelle, comment le nier ? Mais encore une fois, la mission du Droit, la mission du juge, est avant tout de créer de la sécurité par la stabilité et la généralité . »

5. Y. LEQUETTE, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois - LexisNexis, 2012, p. 523, « Confronté à des mœurs toujours plus diverses, [le droit de la famille] se doit d'offrir aux individus une pluralité de modèles afin de permettre à chacun de se construire une vie familiale à sa convenance. »

CARBONNIER, « A chacun sa famille, à chacun son droit ¹ », n'a jamais été aussi exacte.

Pourtant ce pluralisme des familles n'a pas entraîné l'émergence d'un pluralisme notionnel. La diversité des situations familiales passe, au contraire, par une uniformisation du vocabulaire. Ainsi, les nouvelles situations ont été classées dans une catégorie juridique préexistante : l'union entre couples de même sexe a été qualifiée de mariage alors même qu'elle ne répondait pas à la dimension verticale qui le caractérise. De même, au nom de l'égalité, les filiations légitime et naturelle ont été fondues en une seule catégorie juridique. Peu de nouvelles notions ont émergé pour renouveler les qualifications juridiques. Certaines, comme le partenariat enregistré, ont gagné en consistance avec l'entrée en vigueur du pacte civil de solidarité en France en 1999 ou du *civil partnership* en Angleterre en 2005. Le caractère protéiforme de la notion se prête à cette absorption d'un certain nombre de ces nouvelles situations à la condition qu'elles en présentent les traits caractéristiques.

16. La notion, outil de perception de l'unité de la filiation. C'est alors en recourant à la notion que l'unité de la filiation, aujourd'hui délicate à déceler, pourra être perçue. En effet, « le rapport entre la notion et son référent est loin d'être une association stable : elle est susceptible de changer selon l'évolution des connaissances. Par conséquent, la notion ne peut contenir que les informations référentielles que les sujets connaissent ou qu'ils sont en mesure de connaître à un moment donné de l'histoire de leur pratique. Autrement dit, la notion peut contenir suffisamment d'informations pour une catégorisation de la référence relative à l'état des connaissances, mais jamais assez d'informations pour l'explorer et l'identifier complètement ². » La notion garantit ainsi une certaine souplesse quant à ses contours, souplesse propice à appréhender les évolutions successives qui l'affectent. La notion n'offre pas une définition figée mais une « définition réelle posée *in re*, par référence à l'essence de son objet ³ ». La filiation, ainsi dépourvue de tout artifice et réduite à son essence même, en ressortira clarifiée. Elle pourra alors servir de référence, de « phare » de la pensée ⁴ quand il s'agira d'analyser un lien ou une relation qui lui ressemble.

17. La détermination de la notion juridique de filiation. Il convient alors de déterminer quels sont les traits caractéristiques de la notion de filiation qui permettent de l'identifier et de déterminer ainsi quel est le cœur irréductible de la notion, dont la teneur est indépendante de

1. J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Deffrénois, 1995, p. 181.

2. A. ASSAL, « La notion de notion en terminologie » in *Meta : Journal des traducteurs*, vol 39, n° 3, 1994, p. 460, cité par G. QUINTANE, « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit » in *Les notions juridiques*, sous la dir. de G. TUSSEAU, Economica, 2009, p. 5, spéc. p. 17.

3. G. CORNU, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, 12^e éd., Montchrestien, 2005, p. 95.

4. S. PELLÉ, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, 2007, Dalloz, p. 177.

la variabilité de la norme et indépendante des changements de société.

D'abord, la filiation est constitutive d'un lien entre deux individus, plus précisément, d'un lien d'ascendance et de descendance croisées. Du point de vue de l'enfant, il s'agit d'un lien d'ascendance et, de celui du parent, il s'agit d'un lien de descendance. Le lien de filiation institue parent et enfant l'un par rapport à l'autre.

Ensuite, « la filiation est une notion juridique : elle n'existe que si le droit la consacre ¹ ». La notion juridique de filiation concerne donc la filiation établie suivant les cadres juridiques en vigueur. Le droit fixe les règles de l'établissement et de son éventuelle remise en cause. Elle doit donc exclure tous les liens de fait qui ressemblent à la filiation et qui ne sont pas saisis par le droit. Pourtant, si le droit ne saisit pas toujours ces situations *a priori*, il peut les revêtir d'habits juridiques *a posteriori*. Reste que l'intervention du droit est indispensable pour que la notion de filiation soit caractérisée.

Enfin, conséquence de cette nature juridique, le lien de filiation fait naître entre le parent et l'enfant des droits et obligations réciproques. Parmi eux, le droit de prendre les décisions concernant la vie et l'éducation de l'enfant ainsi que l'obligation de nourrir l'enfant, qui peut se renverser au profit du parent lorsque celui-ci est âgé et dans le besoin, sont de l'essence même du lien en ce qu'ils le rendent concret. Ils matérialisent le lien de la sorte.

Ces trois éléments – lien support, nature juridique du lien et effets réciproques – sont constitutifs de la notion de filiation. Pour en être les instruments fiables d'identification, ces éléments doivent-ils être cumulativement réunis ? En principe, un lien de fait sans reconnaissance juridique ne peut prétendre à la qualification de lien de filiation. Il faut que ce lien de fait fasse l'objet d'un établissement juridiquement conforme. En revanche, qu'en est-il du lien de fait assorti d'effets de droit ? Pourrait-on l'assimiler à un lien de filiation ? Alors que, classiquement, cette assimilation ne serait pas envisageable, il convient de ne pas exclure qu'un lien de fait assorti d'un régime juridique approchant de celui de la filiation puisse intégrer la notion de filiation, tout au moins qu'il soit considéré comme un succédané du lien juridique. Aussi convient-il d'aborder la notion juridique de la manière la plus ouverte possible pour ne pas omettre des manifestations renouvelées du lien.

18. La notion, outil de la comparaison. L'abstraction qu'offre le recours à la notion permet de dessiner les traits caractéristiques de la filiation et permet de répondre aux interrogations relatives à la teneur substantielle d'un lien devenu mouvant. La notion est également l'outil adéquat pour étudier la filiation dans un autre système juridique car, en raison de son caractère abstrait, la notion peut y être transposée afin de déceler les points de convergence et

1. M. SETTLER, *Traité de droit suisse, vol. III, t. II, 1, Le droit suisse de la filiation*, Ed. Universitaires de Fribourg Suisse, 1987, p. 13. Cité par D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité, Étude de droit des personnes et de la famille*, sous la dir. de F. TERRÉ, Paris II, 2000, LGDJ, p. 66.

de divergence entre les droits étudiés. En conséquence, le recours à la notion participe de la méthode de recherche choisie.

Section II Le droit comparé comme méthode de recherche

19. Une notion universelle ? L'objet de la recherche étant identifié, il convient d'examiner la méthode employée pour cette recherche. La notion de filiation suscite un questionnement en droit interne quant à sa véritable teneur aujourd'hui. Est-elle principalement génétique et exceptionnellement volontaire ? Le droit positif a tendance à favoriser le lien génétique dans les situations où un lien génétique peut être prouvé et un lien volontaire lorsque ce rattachement génétique n'est pas ou plus possible. Que déduire de la tension permanente entre ces deux composantes de la filiation quant à la détermination de la notion ? Compte tenu de l'universalité du lien de filiation et de la connaissance intuitive que chacun peut en avoir, il a semblé enrichissant de procéder à une confrontation de ce lien à la pluralité des systèmes juridiques. L'universalité du lien s'étend-elle aussi à la notion ?

20. Le choix de la *Common law*. Afin de réaliser cette confrontation de la notion de filiation à d'autres systèmes juridiques, il est apparu que l'un des plus différents structurellement, bien que géographiquement proche, était le droit anglais. Il convient de préciser, d'ores et déjà, que l'étude ne s'attache qu'au droit de l'Angleterre et non à celui du Royaume-Uni, qui inclut les droits spécifiques de l'Écosse et de l'Irlande du Nord. L'étude du droit du Royaume-Uni nous aurait alors contraint à mener une étude de droit comparé interne qui n'aurait pas nécessairement apporté un éclairage supplémentaire pour la comparaison avec le droit français.

Une comparaison entre un système de droit civil et un système de *common law*, l'un codifié et fondé sur la loi, l'autre non codifié et fondé sur la jurisprudence, apparaît comme un domaine de recherche privilégié¹. Au-delà de la différence bien connue des sources du droit, il est, en effet, intéressant de se pencher sur l'appréhension par un système d'une notion intuitivement connue de tous. Alors, une telle étude renvoie plus largement à la culture, aux valeurs et à la conception de la famille de chacun des ordres juridiques étudiés. Là où le droit français

1. P. LEGRAND, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants » in *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2010, spec. p. 210, « Lorsque le juriste se situe face à un droit comme le droit français qui dit oui au code civil et à un droit comme le droit anglais qui dit non au code civil, il doit constater que ces deux droits sont “incommensurables” l'un par rapport à l'autre. Qu'est-ce que l'“incommensurabilité” ? Il s'agit de l'absence de “commune mesure” à ces deux droits, laquelle, seule, permettrait de les hiérarchiser, de les “classer” (de dire lequel des deux, par exemple, est le meilleur droit). »

était plutôt tourné vers un cadre familial prédéterminé et protecteur, garantie de l'ordre public étatique, le droit anglais est pragmatique et tourné vers l'individu plutôt que vers le groupe. Nourris par des philosophies différentes, le droit français et le droit anglais peuvent-ils se retrouver sur certains points ou divergent-ils irrémédiablement ? La comparaison juridique ne peut pas aboutir qu'à un simple constat de points communs ou de différences techniques¹, elle va révéler la culture juridique qui justifie ces différences ou convergences². Les choix légaux et jurisprudentiels d'un système ne se comprennent qu'à la lumière du discours culturel ambiant que traduit le discours juridique. Autrement dit, le « discours juridique est un discours social central : il fixe les règles du jeu essentielles d'une société, s'offre comme un condensé de culture commune et du système de valeurs³ ». La comparaison des droits va donc au-delà de la comparaison des simples règles techniques, elle invite à se poser la question de la signification profonde de la règle.

21. L'intérêt de la comparaison. Très classiquement, l'intérêt de la comparaison est réputé résider dans l'ouverture au système juridique étranger et, par là, dans la distance acquise dans l'observation de son droit national. Ainsi, « tout juriste est et doit être un comparatiste », car il y gagne « une faculté d'approfondissement des notions fondamentales et une certaine modestie à l'égard de son droit national⁴ ». L'éclairage du droit comparé sur le droit national offre une « mise en perspective de soi et [une] leçon de relativité » par la connaissance de l'autre⁵.

L'intérêt de la comparaison réside également dans le questionnement de son propre système juridique. Dans ce cadre, il y a un changement de perspectives imposé par la démarche. Ainsi, « “notre droit” n'est plus “tout” le droit qui compte pour nous, c'est-à-dire que nous acceptons qu'il y a, en matière de connaissance juridique utile, autre chose que “notre droit”, qu'il y a d'autres droits qui peuvent, eux aussi, avoir valeur normative dans “notre droit”, non pas, certes, à titre obligatoire, mais bien d'un point de vue persuasif⁶ ». Alors, qu'en est-il

1. G. DANNEMANN, « Comparative Law : Study of Similarities or Differences ? » in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, sous la dir. de M. REIMANN et R. ZIMMERMANN, Oxford University Press, 2008.

2. P. LEGRAND, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants » in *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2010, spéc. p. 228, « Or, la différence, le comparatiste la constatera et l'appréciera d'autant plus qu'il acceptera d'aborder le droit en tant que celui-ci participe d'une culture, c'est-à-dire à partir du moment où il se montrera disposé à remplacer l'idée (limitée, étriquée) de “droit (positif)” par celle (ouverte, ample) de “jurisculture”. »

3. J.-H. HENRY, « Le changement juridique dans le monde arabe », *Droit et Société* 1990, 15.

4. R. DRAGO, « Droit comparé » in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, Lamy-PUF, 2003.

5. M. MAUGUIN HELGESON, *L'élaboration parlementaire de la loi. Étude comparative (Allemagne, France, Royaume-Uni)*, sous la dir. de G. CARCASSONNE, 2006, Dalloz, p. 5. V. aussi : B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *Les constitutions européennes*, PUF, 1951. p. 13 : « Les études de droit comparé apprennent la relativité des textes, des formules et des dogmes. »

6. P. LEGRAND, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants » in *Comparer les droits, résolument*,

plus spécifiquement en droit de la famille ? Quel est l'apport du droit comparé au droit de la famille¹ ? Depuis un demi-siècle, le législateur a donné un nouveau visage à la famille : d'un cadre impératif, la famille a glissé vers une forme composée et décomposée au gré de la volonté de ses membres ; d'un modèle, la famille s'est mue en un mode de vie. Répondant ainsi à des demandes variées de davantage de liberté, d'égalité mais aussi d'engagement juridique, le législateur n'a pas façonné un nouveau modèle familial, il l'a laissé se construire par à-coups sans le penser vraiment dans son ensemble. Le droit de la filiation n'a pas échappé à ce retrait de l'État et à l'ascension de la volonté individuelle pour se saisir de ce qui relève du plus intime, la famille, *sa* famille. Souvent, ces réformes fondamentales ont été opérées en s'appuyant justement sur l'argument du droit comparé. Puisque le droit d'un État autorise le mariage aux couples de même sexe, pourquoi n'en est-il pas de même dans notre propre ordre juridique ? Le droit comparé est alors brandi comme devant justifier une réforme mais cette comparaison est bien souvent très superficielle car l'institution envisagée dans le pays voisin est appréhendée hors de tout contexte juridique et culturel. Cette comparaison rapide occulte tous les cadres de droit interne que le législateur ou le juge du pays envisagé a posés, elle n'est que prétexte à faire émerger l'idée d'une possible réponse à la demande sociale en cause.

Le droit de la filiation n'est pas épargné par cette comparaison à tendance réformatrice. Lors des débats de société sur la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe² – qui a pour conséquence d'ouvrir également à ceux-ci l'accès à l'adoption, réservée aux couples mariés – les arguments en faveur de l'ouverture de cette adoption aux couples de même sexe mais également ceux en faveur de l'ouverture de modes de procréations médicalement assistées s'appuyaient fortement sur le fait que ces possibilités étaient offertes à l'étranger, dans des pays européens tels que l'Espagne, la Belgique, les Pays-Bas ou encore l'Angleterre. L'étude du droit anglais pour le comparer au droit français ne vise pas à conforter ou à affaiblir l'une ou l'autre revendication mais elle vise à mieux comprendre les formes de la filiation et les règles la régissant. De là, est-il possible d'envisager l'élaboration d'une notion unitaire, aux caractéristiques communes mêmes rares, à partir des manifestations positives de la filiation qui soit recevable dans les deux ordres juridiques, voire dans d'autres ? C'est ainsi à travers la comparaison du droit national avec le droit anglais que va pouvoir véritablement être confirmée ou infirmée l'existence d'un substrat irréductible de la notion.

22. La spécificité de la *Common Law*. Avant d'envisager plus avant la méthode employée pour réaliser l'étude comparée de la notion de filiation, il convient de s'attarder sur quelques

PUF, 2010, p. 212.

1. J.-J. LEMOULAND, « Quel apport du droit comparé au droit français des personnes et de la famille ? » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis - Dalloz, 2012, p. 329.

2. Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, *JO* 18 mai 2013.

aspects spécifiques de l'ordre juridique de *Common Law* face à celui de droit civil.

D'abord, et c'est un lieu commun, le droit français et le droit anglais ne reposent pas sur les mêmes sources. De façon classique, on estime que le droit français s'appuie davantage sur des textes de lois tandis que le droit anglais s'appuie davantage sur la jurisprudence. En effet, le juge anglais est créateur de droit, il n'a pas besoin de s'appuyer sur un texte préexistant là où l'article 5 du Code civil interdit les arrêts de règlement. De plus, la règle du précédent implique que toutes les juridictions inférieures appliquent la même solution aux situations identiques. La règle jurisprudentielle se diffuse alors par son application dans les litiges soumis aux autres juridictions. Par conséquent, lorsque le législateur anglais intervient, il rédige des lois très précises et détaillées afin d'empêcher le juge de l'interpréter tandis que le législateur français formule des règles générales et abstraites propices à l'interprétation¹. La forme de la règle de droit n'est pas donc du tout la même dans les deux systèmes.

Ensuite, les deux systèmes diffèrent quant au mode de raisonnement juridique. Le droit français est prédictif en ce qu'il prévoit l'encadrement des situations avant qu'elles ne se produisent. Aussi, face à une situation, il convient d'observer en quoi elle consiste et déceler ses traits fondamentaux pour, au final, la qualifier juridiquement. La qualification entraînera le bénéfice de droits et la charge de devoirs y afférant. Le droit anglais, quant à lui, est réactif et conséquentialiste. Il ne prévoit que très peu de règles comme cadres de la vie sociale. Ce n'est que lorsqu'une situation soulève une difficulté que le droit s'en empare. S'adaptant intrinsèquement à la société qu'il est censé régir, la *common law* n'est jamais « tant le fruit d'un consentement de la société à la prescription d'un droit que d'une participation de celle-ci, par l'intermédiaire de ses experts, à l'élaboration de son droit, dans lequel elle se reconnaît. Ainsi, la société est elle-même, par une sorte de syncrétisme, la *common law*². » De la sorte, le droit anglais ne se préoccupe pas de rechercher des concepts, il se saisit de réalités observées dans la pratique et s'en tient à la recherche de notions.

En raison de ces différences structurelles, l'importance des questions de procédure est primordiale dans la compréhension du droit anglais. Le principe *Remedies precede rights* illustre cet aspect : la procédure précède les droits. L'objectif poursuivi était de faire admettre leur compétence aux Cours royales et les juristes avaient développé des moyens procéduraux pour atteindre ce but. La procédure visait alors un seul but : formuler des questions de fait qui seraient soumises à un jury ; à l'inverse, la réponse quant au fond était totalement incertaine. Ainsi, « la *common law* ne se présente pas comme un système visant à protéger des droits ; elle

1. PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Confluences, spéc. p. 19 : « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application. »

2. P. LEGRAND, *Le droit comparé, Que sais-je ?*, PUF, 1999, p. 41.

consiste essentiellement en des règles de procédure jugées propres à assurer, dans des cas de plus en plus nombreux, la solution des litiges conformément à la justice¹ ». Par conséquent, c'est la procédure qui a imposé ses cadres indépendamment du fond du droit. Le droit anglais s'est donc développé dans des cadres procéduraux constitués par les diverses formes d'actions. C'est sous l'influence de BENTHAM qu'un véritable développement de la législation va avoir lieu. Les réformes fondamentales de la procédure dans les années 1832-1833 et 1852 vont contribuer également à la refonte du droit anglais. Alors, à partir du XIX^e siècle, les juristes anglais vont prêter une attention accrue au fond du droit, à l'image de leurs collègues continentaux. Ainsi, le droit anglais a pu s'organiser dans des cadres plus rationnels même si les notions et classifications procédurales initiales ont été conservées. Alors, il n'est pas évident de retrouver une notion comme celle de filiation sans avoir à l'esprit qu'il faut chercher du côté des actions possibles pour obtenir des aliments par exemple. La recherche de la notion de filiation en droit anglais ne pouvait se faire sans étudier les recours possibles pour bénéficier des effets de la filiation, au risque que le résultat de la recherche ne soit totalement artificiel.

Par ailleurs, le droit anglais de la famille n'est pas une discipline qui fasse l'objet de beaucoup d'intérêt pour la doctrine. En effet, cette branche du droit n'a été enseigné à l'université qu'à partir des années 1960, son apprentissage étant jusqu'alors laissé à la pratique. Aussi, ce n'est qu'à compter de cette période que la théorisation de la matière s'est opérée et la littérature juridique correspondante s'est développée. Les raisons sont apparemment de deux ordres : « le droit de la famille se heurte à des questions de sexe et touche à des questions qui ont fait l'objet de furieuses batailles théologiques² ». En effet, le droit de la famille a longtemps relevé de la compétence des juridictions ecclésiastiques qui statuaient non pas en *common law* ou en *equity* mais en droit canonique. Les règles du droit de la famille étaient donc empreintes de religion et de morale. Un auteur considère encore que l'une des raisons de l'absence de cours sur le droit de la famille était « que le droit écrit (*statute law*) est au centre de cette matière et que beaucoup pensaient qu'on ne pouvait enseigner le droit écrit aussi facilement que le droit jurisprudentiel (*case law*)³ ». L'on retrouve alors la spécificité des sources de la *Common Law*.

1. R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10^e éd., Dalloz, 1992, p. 261.

2. O. STONE, « University Teaching of Family Law », *The Journal of the Society of Public Teachers of Law* 1959–1960, p. 130, L'auteur a démontré que ces deux sortes de difficultés sont devenues « presque entièrement imaginaires. La première ne peut affecter les étudiants d'aujourd'hui, heureusement moins inhibés, comme elle le fit pour les générations antérieures. Les discussions théologiques ont eu trait principalement au divorce. Le meilleur étudiant est normalement beaucoup plus intéressé par les aspects alimentaires et patrimoniaux des relations familiales que par le catalogue des fautes matrimoniales. »

3. O. KAHN-FREUD, « The Teaching of Family Law, The Content of the Undergraduate Course : (1) General », *The Journal of The Society of Public Teachers of Law* 1966, p. 202.

A ces difficultés s'ajoutent l'imbrication du droit de la famille dans celui de la procédure et, lorsqu'il s'agit des relations des parents et de leurs enfants, l'impossibilité de ne pas s'aventurer dans le domaine du droit administratif et dans celui du droit pénal¹. De sorte qu'il est parfois délicat de distinguer les règles du droit de la filiation des principes procéduraux.

23. La méthode de la comparaison. Partant de l'objectif de redécouvrir la notion de filiation au regard de la comparaison du droit français et du droit anglais, il a fallu envisager une méthode de comparaison. Ayant déterminé l'objet de la comparaison, l'abstraction de la filiation, il convenait d'observer dans quels termes il pouvait se retrouver dans l'ordre juridique étranger. Or, notamment en raison de sa préférence pour la procédure, le droit anglais ne connaît pas les notions juridiques des droits continentaux. Le juriste français ne retrouve pas, le plus souvent les notions qui lui sont familières². Il en est de même en droit de la famille, et tout spécialement pour ce qui est de la filiation. Comment alors le droit anglais procède-t-il pour appréhender ce lien entre les parents et l'enfant ? La recherche d'un équivalent de la notion de filiation en droit anglais (§ 1.) permettra d'aboutir à l'observation d'une dissociation entre le statut et le rôle, commune aux deux systèmes étudiés (§ 2.).

§ 1. La recherche d'un équivalent de la notion de filiation en droit anglais

24. L'absence d'exact équivalent du terme « filiation ». La première étape a consisté en la recherche d'un équivalent terminologique de la filiation dans la langue étrangère. La fréquentation des ouvrages de *Family Law*, de leurs index, des dictionnaires n'apporta pas de réponse satisfaisante. Les juristes et praticiens anglais interrogés sur ce sujet n'apportèrent pas non plus d'éclairage, s'étonnant même de l'objet de la recherche³. Il a fallu alors examiner les termes s'approchant le plus de celui de « filiation ». Étymologiquement d'abord, le mot le plus proche est celui d'*affiliation* puisqu'ils partagent la même racine. Mais l'*affiliation* renvoie moins au lien qu'à l'opération de rattachement de l'enfant à un parent. Jusqu'en 1987, l'*affiliation order* désignait la décision de justice qui obligeait le père non marié à subvenir aux besoins de

1. M. CRAFFE, *La puissance paternelle en droit anglais*, sous la dir. de R. DAVID, 1971, LGDJ, p. 22.

2. R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10^e éd., Dalloz, 1992, p. 275.

3. M. CRAFFE, *La puissance paternelle en droit anglais*, sous la dir. de R. DAVID, 1971, LGDJ. L'auteur avait rencontré des difficultés à faire comprendre son sujet, la puissance parentale, aux juristes anglais qui ne connaissaient pas cette notion et concluaient que « cela n'existe pas en droit anglais ». Nous avons rencontré exactement la même réaction, soit que nos interlocuteurs ne voyaient pas ce qu'était la filiation en droit, soit qu'ils ne percevaient pas l'intérêt du sujet.

son enfant. Il s'agissait moins d'établir le lien de filiation que d'obliger le père non marié à remplir son obligation d'aliments et d'entretien à l'égard de l'enfant¹. L'*affiliation* désigne davantage le mode d'établissement, spontané ou forcé, du lien. Alors, l'*affiliation* renseignait sur une partie de l'objet de la recherche mais il la limitait à son aspect purement technique. Il ne renseignait pas sur le lien en lui-même. Il convenait d'aller chercher au-delà.

La filiation est le lien juridique entre le parent et l'enfant, c'est donc vers le terme de *parenthood* – littéralement la parenté – que la recherche s'est orientée. Incluant les notions de *paternity* et de *maternity*, il semblait que la *legal parenthood* était la notion la plus proche de celle de filiation en ce qu'elle confère un statut juridique aux parents à l'égard de l'enfant et réciproquement. Mais, la *parenthood* désigne plutôt la qualité de parent que le lien lui-même. Il s'agissait néanmoins d'une bonne porte d'entrée dans l'étude du droit anglais. Elle permettait d'avancer dans la vérification de l'hypothèse selon laquelle la filiation était un lien universel et selon laquelle le droit anglais se saisissait du rapport entre le parent et l'enfant. Ce faisant, elle offrait la possibilité de parier sur une équivalence entre les deux systèmes, une équivalence des résultats au sens de la *presumptio similitudinis* de ZWEIGERT et KÖTZ².

25. Les distinctions doctrinales, sources d'éclaircissement pour le juriste français. L'étude de la doctrine anglaise a permis d'affiner encore les contours de l'objet de la recherche. Deux exemples de distinctions doctrinales ont permis une meilleure compréhension de la notion de *parenthood*.

26. La distinction entre *parentage*, *parenthood* et *parental responsibility*. D'abord, s'interrogeant sur ce qu'est un parent – « *What is a parent?* » – Andrew BAINHAM a distingué les notions de *parentage*, *parenthood*, et *parental responsibility*³. La *parentage* désigne un lien strictement génétique et, à ce titre, elle vise les origines génétiques de l'enfant auquel celui-ci a le droit d'accéder. La *parenthood*, quant à elle, apparaît plus ambiguë à l'auteur car l'expression est utilisée quotidiennement pour des usages variés. Ainsi est-il question de *step-parenthood* pour le beau-parent, de *foster-parenthood* pour l'enfant placé en famille d'accueil, ou encore de l'*adoptive parenthood* pour l'enfant adopté. Le terme de *parenthood* désigne-t-il le *status* accordé par le lien juridique ou bien le *social role* de parents prenant soin d'un enfant qui ne leur est pas nécessairement rattaché par un lien juridique de filiation ? Autrement dit, la *parenthood* que l'on aurait pu, à première vue, assimiler à la notion de filiation se fonde-t-elle

1. Cette procédure a été supprimée par le *Family Law Act 1987* au profit d'une procédure uniforme de recouvrement des aliments pour tous les enfants, issus d'un couple marié ou non.

2. K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *An Introduction of Comparative Law*, 3^e éd., Oxford University Press, 1998.

3. A. BAINHAM, « Parentage, Parenthood and Parental Responsibility : Subtle, Elusive Yet Important Distinctions » in *What is a Parent? A Socio-Legal Analysis*, sous la dir. de A. BAINHAM, S. DAY SCLATER et M. RICHARDS, Oxford : Hart Publishing, 1999, p. 25, spéc. p. 29.

sur le lien juridique, ancré dans la *parentage*, ou bien sur le rôle exercé auprès de l'enfant ? Pour y répondre, Andrew BAINHAM définit la notion de *parenthood* par rapport à celle de *parentage*. Selon lui la *parentage* est relative à la « vérité » génétique ou bien au lien génétique qui est présumé. Lorsque le lien de filiation est établi sur ce fondement génétique, l'emploi du terme de *parentage* n'a plus de sens, à moins qu'il ne soit nécessaire d'envisager la question des origines génétiques en cas de contestation par exemple. Aussi, dès que le droit se saisit du lien génétique, la *parenthood* se substitue à la *parentage*. La *parenthood* est donc une notion plus large qui vise un statut en continu – *on-going status* – à l'égard de l'enfant, qui implique une responsabilité de l'élever. Il s'agit là de la notion qui se rapproche le plus de celle de filiation en ce qu'elle vient se substituer au fondement génétique, lorsqu'il y a lieu, et intègre également la dimension sociale du lien.

Il reste encore à distinguer ces deux notions d'une troisième : la *parental responsibility*. Cette notion recouvre les droits et devoirs que la loi confère au parent sur l'enfant et ses biens. Il s'agit là d'un effet du lien de filiation qui donne aux parents les moyens d'accomplir leur statut. Mais cette fonction parentale peut être confiée à d'autres personnes que les parents légaux, elle peut être dissociée du lien de filiation. Ainsi accordée à des personnes qui souhaitent s'occuper de l'enfant, la *parental responsibility* peut donner l'impression que ceux qui l'exercent sont les parents de l'enfant. Autrement dit, l'exercice du rôle peut laisser penser à l'existence du statut. La *parental responsibility* n'est autre que la vitrine de la *parenthood* mais elle peut pourtant s'en dissocier et devenir autonome. L'autonomie du régime par rapport à la notion offre des habits juridiques à l'adulte référent qui ne pourrait être reconnu juridiquement comme parent, ne répondant à aucune des conditions pour bénéficier d'un mode d'établissement de la filiation. Néanmoins, la grande différence qui subsiste entre la *parenthood* et la *parental responsibility* réside dans le fait que seule la *parenthood* permet de faire de l'enfant un membre de la famille, au sens où il sera placé au sein d'une succession de générations, d'une lignée. La *parental responsibility* ne permet pas cette inscription généalogique. A cela s'ajoute que le statut légal de parent dure tout au long de la vie de l'enfant alors que l'exercice de la *parental responsibility* peut cesser au cours de la vie de l'enfant. Le statut est donc intangible tandis que le rôle peut être soumis à des variations.

À l'heure où la volonté individuelle conquiert une place toujours plus importante en droit des personnes et de la famille, il n'est pourtant pas certain que l'intangibilité du statut et la variabilité du rôle soient suffisantes pour justifier désormais une délimitation stricte entre les deux notions et empêcher les chevauchements entre elles.

27. La distinction entre *Parenting by being* et *Parenting by doing*. Ensuite, dans la continuité de la pensée de A. BAINHAM, Judith MASSON a opéré une autre distinction¹ entre « *Parenting by being* » et « *Parenting by doing* », autrement dit entre être parent et agir en tant que tel. L'auteur part du constat que trois éléments interdépendants sont employés pour définir la position des parents vis-à-vis de leur enfant : « *being a parent, having parental responsibility and having article 8 rights under the European Convention on Human Rights, ie, the right to respect for family life, for the relationship with your child* ». Ces trois éléments renvoient respectivement à la filiation juridique, à la *parental responsibility* qui peut en découler ou en être dissociée, et, enfin au droit d'entretenir des relations avec l'enfant, qui est lui-même garanti par le droit fondamental à une vie familiale. Coordonnés autour de l'enfant, ils peuvent être cumulés par une seule et même personne mais également partagés entre plusieurs. Cette ventilation des statuts et attributs de la parenté entre diverses personnes fait naître un flou quant à la qualité de parent. C'est pourquoi Judith MASSON a tenté de systématiser l'ensemble autour de ces deux notions de « *Parenting by being* » et « *Parenting by doing* ». Ainsi, la *Parenting by doing* vise la réalité des soins apportés par l'adulte référent à l'enfant tandis que la *Parenting by being* rend compte d'une volonté d'identifier pour l'enfant et pour l'État les personnes responsables de l'enfant, au regard du rôle que ces personnes jouent concrètement ou veulent jouer auprès de l'enfant². Autrement dit, la *Parenting by being* n'est autre que le lien juridique de filiation, elle offre un statut aux personnes concernées, tandis que la *Parenting by doing* est plutôt un rôle de fait exercé à l'égard de l'enfant et que le droit peut éventuellement valider en attribuant la *parental responsibility* ou bien le droit de maintenir des relations avec l'enfant. Cette distinction est instructive en ce qu'elle met en lumière la dimension institutionnelle mais aussi sociale de la filiation, dimension sociale qui peut lui échapper lorsqu'elle est autonomisée grâce à l'attribution d'effets normalement réservés au lien institutionnel.

28. La filiation, une notion morcelée. Des deux analyses doctrinales évoquées précédemment, il ressort que la filiation est une notion qui a désormais tendance à se morceler en plusieurs composantes, chacune prenant progressivement son autonomie à l'égard des autres. Ce morcellement prend la forme générale d'une dissociation croissante entre la notion et son régime, le régime pouvant être attribué indépendamment de l'existence juridique du lien. Cette dissociation entre la notion et son régime en révèle une nouvelle, aux contours plus précis encore, entre le statut, c'est-à-dire le lien de droit initial auquel est attaché le régime, et le rôle,

1. J. MASSON, « Parenting by Being ; Parenting by Doing - In Search of Principles for Founding Families » in *Freedom and Responsibility in Reproductive Choice*, sous la dir. de J. SPENCER et A. du BOIS-PEDAIN, Oxford : Hart Publishing, 2006, p. 131.

2. *Ibid.*, spéc. p. 132. L'auteur opère ensuite une relecture des différentes filiations et relations familiales à la lumière de cette classification, examinant au cas par cas quelle est la part du statut et des actes dans les modes d'établissement de la filiation et d'attribution de la *parental responsibility*.

c'est-à-dire le comportement de fait qui se verra attribuer tout ou partie du régime de la filiation. C'est ensuite autour de l'exercice effectif du rôle que se réagrège une grande partie des effets de la filiation.

§ 2. L'observation d'une dissociation entre le statut et le rôle, commune aux deux systèmes juridiques

29. Statut et rôle. Afin de bien comprendre l'association du statut et du rôle ainsi que leur dissociation croissante, il convient de définir ce que sont l'un et l'autre.

Étymologiquement, le « statut » fait référence au *statutum*, c'est-à-dire au décret, issu de *statuere* : statuer, établir. Il désigne aussi le *status* : état, situation, issu de *stare* : se tenir debout. Il a été déduit de la première racine (*statutum*) que le statut désigne l'acte qui établit la règle, puis, dans un sens davantage employé aujourd'hui, que le statut est un ensemble de règles établies par la loi. De la seconde racine (*status*), est issu un concept relativement abstrait, regroupant l'ensemble des droits et devoirs familiaux, libertés civiles et nationalité de la personne ; ce *status* rejoint alors la notion d'état de la personne qui désigne la situation de la personne en droit privé¹, entre la naissance et la mort, et plus spécifiquement la situation de famille – *status familiae* – telle qu'elle résulte de la filiation et du mariage².

En droit français, la définition retenue s'appuie davantage sur celle du *status* puisqu'il est entendu comme « l'ensemble cohérent des règles applicables à une catégorie de personnes et qui en déterminent, pour l'essentiel, la condition et le régime juridique³ ».

Faisant état de ses sources de droit romain, le droit anglais emploie également le terme *status* qu'il définit comme le statut légal, support des droits et devoirs, pouvoirs et incapacités de la personne⁴. Plus précisément, le *status* est défini par GRAVESON comme la condition de nature institutionnelle et permanente, conférée par le droit et non par les comportements des parties, chaque fois qu'une personne occupe une position dont la création, le maintien ou la renonciation relèvent d'un intérêt social ou public⁵. Autrement dit, le statut institue

1. V. B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5, Dalloz, 2006, p. 227. à propos de l'arrêt Weiller. Le statut garantit la permanence des intérêts que l'organisation de l'état des personnes prend en charge. « Le phénomène tient à la nature de l'état ; attribué à l'individu pour qu'il en exploite les virtualités et en observe les contraintes selon les circonstances, il est essentiellement un programme regroupant et définissant les conduites possibles ou obligatoires pour son titulaire dans la vie sociale. »

2. J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille*, t. I, Quadriges, Paris : PUF, 1999, p. 471.

3. G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 2005, v. *Statut*.

4. J. LAW et E. A. MARTIN, *Oxford Dictionary of Law*, 7^e éd., Oxford University Press, 2009, v. *status*.

5. R. H. GRAVESON, *Status in the Common Law*, University of London, Athlone Press, 1953, p. 2.

la personne dans une qualité juridique qui va permettre de connaître, pour partie, les règles applicables à sa situation.

Ainsi, le statut désigne ses titulaires ainsi que les droits et devoirs qui lui sont associés. De la sorte, le lien de filiation est à la source de deux statuts réciproques et indissociables : celui de parent et celui d'enfant. Il ne peut y avoir juridiquement de parents sans enfant ni d'enfant sans parents. Ces situations peuvent exister en fait lorsque l'enfant est prédécédé à son parent, ou encore lorsque le parent a abandonné son enfant. Mais, le prédécès de l'enfant ne dissout pas le lien juridique de filiation. L'abandon peut avoir cet effet sur le lien mais l'enfant est alors réputé ne plus avoir de parent. Il n'est plus un « enfant » mais seulement un mineur (ou un majeur). Le statut parental et le statut filial sont donc interdépendants.

Cette définition du statut rejoint celle donnée par l'anthropologue américain Ralph LINTON¹ et citée par le Doyen CARBONNIER : « le statut, en tant que distinct de l'individu qui l'occupe, est une collection de droits et de devoirs² ». La particularité de cette définition formulée par LINTON est qu'elle doit être lue et comprise en regard avec la notion de rôle, qu'il définit comme « l'élément dynamique » du statut. Or, c'est précisément cette notion de rôle en tant que « statut en action³ » qui va renouveler l'appréhension de la notion de filiation.

30. L'application de la distinction entre statut et rôle aux droits subjectifs. En effet, le doyen CARBONNIER avait appliqué cette distinction sociologique entre le statut et le rôle au domaine des droits subjectifs⁴. Rappelant l'existence d'une théorie sociologique du statut dans la doctrine américaine, il observe qu'il s'agit en réalité d'une théorie de sociologie générale que les auteurs, américains ou européens, ne se sont pas souciés d'appliquer aux phénomènes juridiques⁵. « Le statut de la sociologie générale recouvre des situations de fait qui ne coïncident pas avec la notion de droit subjectif⁶. [...] Mais cette notion du statut recouvre aussi des situations juridiques et alors elle rencontre la notion de droit subjectif et elle peut lui apporter un éclairage nouveau. » Cet éclairage du droit subjectif par la notion de statut peut s'opérer à trois niveaux.

En premier lieu, « elle peut apporter un certain élargissement du concept de droit sub-

1. R. LINTON, *Le fondement culturel de la personnalité*, 1945.

2. J. CARBONNIER, *Cours de DES. Sociologie juridique. Sociologie du droit des successions.*, 1963–1964, p. 160.

3. J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 7^e éd., PUF, 1992, p. 199.

4. J. CARBONNIER, *Cours de DES. Sociologie juridique. Sociologie du droit des successions.*, 1963–1964, p. 159.

5. Il convient toutefois de relativiser ce jugement. En effet, J. H. BEALE a opposé les *static rights*, c'est-à-dire le *status*, aux *dynamic rights*, c'est-à-dire les droits subjectifs, pour en tirer partie dans sa théorie des *vested rights*. V. J. BEALE, *Treaties on the Conflict of Law or Private International Law*, Cambridge University Press, 1916.

6. Le Doyen CARBONNIER donne comme exemples : le rapport entre le ministre du culte et son fidèle, ou le statut d'être démocrate ou encore le statut d'être en bonne santé.

jectif¹ ». Selon les sociologues anglo-américains, et tout spécialement LINTON, « le statut, en tant que distinct de l'individu qui l'occupe, est une collection de droits et de devoirs ». Il convient donc d'appréhender la situation dans son ensemble : il n'y a pas seulement des droits subjectifs, il y a aussi des obligations qui sont liées à ces droits. LINTON précise que « le statut est donc une position dans un groupe social, en relation avec d'autres positions tenues par d'autres individus dans le même groupe ». Appliqué à notre domaine, le statut parental place le parent dans le groupe familial en rapport avec l'enfant, et le statut filial place l'enfant en rapport avec le parent au sein de ce même groupe. Le lien qui les unit au-delà du fait familial et social est le lien juridique de filiation.

En deuxième lieu, « la théorie sociologique attire notre attention sur un aspect du statut, la notion du statut bipolaire, comme disent les sociologues américains, – ou encore les statuts complémentaires² ». Le statut d'un individu doit être pris en considération au sein d'une société, en relation avec les autres individus, et non de façon isolée. Au statut d'une personne correspond celui d'un autre individu, statut complémentaire, et les statuts vont ainsi par couple. De la sorte, les sociologues américains étudient sous l'angle de *statut complémentaire bipolaire* les relations entre mari et femme ou encore, rejoignant notre domaine, entre parent et enfant³.

En troisième et dernier lieu, « l'apport de la théorie de la sociologie anglo-américaine est la notion de rôle, qui a un certain rapport avec la notion de statut⁴ ». Le Doyen CARBONNIER propose de retenir la distinction du statut et du rôle sous la forme la plus simple qui est, selon lui, celle que lui donnait LINTON. Ainsi, « le statut détermine les limites et les conditions des relations sociales mais il ne se confond pas avec elles. La manière dont les individus concrets remplissent leur statut défini varie considérablement. La manière dont un individu se comporte effectivement dans un statut donné est son rôle, le rôle est la manière dont le statut est accompli, *c'est l'aspect dynamique du statut*⁵ ». Autrement dit, le rôle n'est autre que « l'effectivité du droit subjectif, la manière dont, *en fait, effectivement*, les titulaires de droit

1. J. CARBONNIER, *Cours de DES. Sociologie juridique. Sociologie du droit des successions.*, 1963–1964, p. 160.

2. *Ibid.*, p. 160.

3. Selon le Doyen CARBONNIER, la sociologie américaine a été influencée, sans qu'il y paraisse, par les techniques du droit anglo-américain. Il est vrai que le droit anglais a tendance à organiser les matières juridiques sous forme de statut bipolaire : si l'on observe les tables des matières des manuels anglais, on peut trouver les subdivisions suivantes : *parents' and children's rights, maternity and paternity*, là où le droit français parlerait de parenté, filiation ou autorité parentale. Mais la répartition en statut bipolaire est moins marquée qu'auparavant, notamment parce que les catégories sont moins définies. Ainsi, là où l'on pouvait parler de mari et femme, l'on doit parler d'époux, ou bien de père et mère, l'on doit parler de parents. Cette évolution est due à l'ouverture de l'union civile et de la filiation aux couples de même sexe qui force à l'harmonisation terminologique.

4. J. CARBONNIER, *Cours de DES. Sociologie juridique. Sociologie du droit des successions.*, 1963–1964, p. 161.

5. Nous soulignons.

subjectif exercent celui-ci¹ ».

31. L'autonomisation du rôle par rapport au statut. Selon les sociologues du droit, le rôle est donc la manière dont le statut est accompli en fait. Le rôle serait la réalisation, la concrétisation du statut. Le rôle parental ou le rôle filial serait ainsi la concrétisation du statut parental ou du statut filial que le lien de filiation instaure entre les personnes concernées. Ce rôle serait le comportement attendu du titulaire du statut auquel il est habituellement rattaché.

Pourtant, il nous semble que cette conception doit être dépassée. Le rôle n'est plus nécessairement rattaché au statut, il répond désormais à une dynamique qui lui est propre. Le rôle s'est affranchi du statut, il s'est autonomisé. Il faut, en effet, constater une tendance contemporaine qui consiste à attribuer les effets juridiques d'un statut à ceux qui en exercent le rôle mais qui sont pourtant dépourvus de ce même statut. Le rôle est surtout aujourd'hui la manière dont le statut est *imité*.

Cette approche est étonnante pour les juristes de droit civil pour lesquels l'établissement du statut juridique doit précéder les effets. Mais, l'objectif d'égalité entre les citoyens, objectif suprême de nos jours, a opéré une mutation de cette tendance de fond du droit français. Ainsi, entend-on régulièrement des revendications tendant à accorder le droit de vote à des résidents dépourvus de la nationalité française, ou encore à accorder aux couples de concubins, ou tout au moins aux couples pacsés, les mêmes droits que les époux alors même qu'ils ne se sont pas engagés dans l'union qui produit ces effets². Ainsi, si l'on prend l'exemple des concubins ou les partenaires, ils devraient pouvoir bénéficier des effets du statut marital parce qu'ils ressemblent aux époux. L'égalité passe d'abord par l'égalité des effets de statuts différents. Une fois les effets unifiés, il ne reste plus qu'à égaliser les statuts. Mais ce dernier point ne se vérifie pas toujours, notamment en droit anglais où plusieurs statuts peuvent coexister alors même qu'ils ont des effets identiques. C'est le cas, par exemple pour le *marriage*, ouvert exclusivement aux couples hétérosexuels, et le *civil partnership*, ouvert exclusivement aux couples

1. *Ibid.*, p. 162.

2. V. sur ce sujet : Y. LEQUETTE, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois - LexisNexis, 2012, p. 523, spéc. p. 534. L'auteur observe que la légalisation du concubinage par la loi du 15 novembre 1999 a créé un contexte favorable à « l'alignement du statut des concubins sur celui des époux, aussi bien en jurisprudence qu'en législation, dans le domaine social, fiscal, pénal, voire même civil ». Suivant le même mouvement, le Pacs s'est progressivement « matrimonialisé » tant dans sa formation, purement contractuelle à l'origine et faisant désormais l'objet d'un enregistrement à l'état civil depuis 2006, que dans ses effets tels que le rapprochement des droits et devoirs des partenaires de ceux des époux (C. civ., art. 515-4 al. 1), la solidarité des partenaires pour les dettes contractées pour les besoins de la vie courante (art. 515-4 al. 2), ou encore le droit sur le logement pour le partenaire survivant (art. 515-6). La rédaction des articles relatifs aux effets du Pacs est d'ailleurs grandement inspirée (art. 515-5-2 et 1404), voire calquée sur les articles relatifs au mariage (art. 515-4 al. 2 et 220), lorsqu'il n'y est pas fait renvoi directement (art. 515-7 dernier alinéa et 1469 sur le calcul des créances entre partenaires sur le modèle du calcul des récompenses). V. également la thèse de B. de BOYSSON, *Mariage et conjugalité. Essai sur la singularité matrimoniale*, sous la dir. de H. FULCHIRON, Lyon III, 2012, LGDJ, p. 101.

homosexuels. Les deux formes d'unions ont les mêmes effets alors même qu'elles étaient ouvertes à des couples différents¹. De même, la différence entre les *legitimate* et *illegitimate child* demeure alors même que les deux catégories de filiation produisent les mêmes effets².

Le mouvement se poursuit désormais par la reconnaissance des effets de la filiation au profit de la personne qui exerce un rôle parental auprès de l'enfant mais dépourvu du statut associé. La dissociation du rôle et du statut mène alors à la confusion puisque la situation de fait peut produire les mêmes effets que la situation juridiquement reconnue. Pourtant cette confusion n'est pas totale car tous les effets du lien juridique de filiation ne sont pas – encore – accordés au rôle parental ou filial.

32. Définition juridique du rôle. La notion de rôle ne connaît pas de définition juridique. Il est alors intéressant d'observer à la suite de plusieurs auteurs³ que cette notion n'est pourtant pas totalement inconnue du droit. Ainsi, la théorie de l'apparence permet de reconnaître l'efficacité de certaines activités, exercées sans titre. Elle a vocation à protéger les tiers qui ont été abusés par cette apparence. Or, « la théorie de l'apparence se réfère implicitement à la notion de rôle. L'une et l'autre ont le même fondement : la notion d'attente, et impliquent la reconnaissance de la valeur du rôle joué. Lorsque le juge déclare “que le père prétendu a agi en qualité de père”, [...] il pourrait aussi bien dire : a joué le rôle de père⁴ ».

La notion de rôle rejoint la théorie de l'apparence en ce que le rôle exercé laisse penser que la personne est titulaire du statut associé au rôle. Exerçant le rôle de parent, elle semble être le parent. Mais cette notion n'implique pas de protéger les tiers qui auraient été abusés par cette ressemblance ou cette imitation du statut en question. Il s'agit plutôt de constater l'existence d'une situation de fait si proche de la situation de droit de référence qu'elle mérite d'être

1. *The Marriage (Same Sex Couples) Act*, ouvrant le mariage aux couples de même sexe, a été adopté par la Chambre des communes puis ratifié par la reine en juillet 2013. La suppression du *Civil Partnership* n'a pas été évoquée, laissant penser que les deux formes d'union pourraient coexister ; ce qui n'est pas très cohérent dans la mesure où les couples hétérosexuels ne sont pas susceptibles de conclure un *Civil Partnership*. Il convient également de préciser que cette ouverture du mariage aux couples de même sexe ne répond pas à une stricte exigence d'égalité ; elle est la conséquence d'une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Parry c. Royaume-Uni* qui a condamné le Royaume-Uni pour non-respect de la vie privée d'un transsexuel marié. En effet, en droit anglais, la modification de la mention du sexe à l'état civil ne peut se faire tant que le transsexuel est marié car deux personnes de même sexe ne peuvent être mariées ensemble. Or, le changement de sexe de l'un des époux a pour conséquence de fait que deux personnes de même sexe sont mariées. Aussi, le droit anglais exige que les époux divorcent ou bien que le mariage soit transformé en *Civil Partnership* ; alors seulement la mention du sexe à l'état civil pourra être modifiée. La Cour européenne des droits de l'homme a considéré que ces conditions préalables étaient contraires au droit au respect de la vie privée. Le législateur anglais devait donc modifier le régime en vigueur et a choisi d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe pour répondre aux exigences des droits fondamentaux.

2. À la différence près de la transmission du titre de noblesse, que nous étudierons *infra*, page 421.

3. M. GRAWITZ, « De l'utilisation en droit de notions sociologiques », *A.S.* 1966, 17, p. 415, spéc. p. 418. et la citant, J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 7^e éd., PUF, 1992, p. 199.

4. M. GRAWITZ, « De l'utilisation en droit de notions sociologiques », *A.S.* 1966, 17, p. 415, spéc. p. 419.

consacrée par l'application de tout ou partie du régime de référence. De la sorte, « le rôle *a fait croire* au statut ; on traitera donc celui qui a assumé le rôle comme s'il avait véritablement le statut correspondant ¹ ». Notre conception du rôle rejoint alors celle des sociologues en se distinguant de la théorie de l'apparence. Ainsi, « ce que les juristes nomment paradoxalement apparence, c'est justement ce que les sociologues considèrent comme la réalité : *le rôle joué, même sans titre* ² ».

Cette dissociation de la notion de filiation entre le statut et le rôle n'est pas sans rappeler également la thèse de M. le Professeur Laurent LEVENEUR ³. En effet, l'auteur procédait à l'étude des situations de fait auxquelles étaient appliqués les effets normalement associés à la situation juridique correspondante. Ces situations de fait ressemblent aux situations de droit en ce que leur structure matérielle est très proche de celle de la situation de droit de référence. Appliqué à notre domaine, il s'agit de la situation dans laquelle l'adulte qui élève l'enfant de son conjoint, concubin ou partenaire en prend soin comme s'il s'agissait du sien. Aux yeux de tous, il peut apparaître comme le parent. Parent en apparence, parent de substitution, parent en surcroît, il n'est pourtant pas parent au sens du droit car la situation n'a pas été établie conformément aux règles de droit régissant son établissement. Par conséquent, il n'existe pas de lien de droit, qui puisse être qualifié de filiation, entre l'enfant et l'adulte qui se comporte comme le parent ⁴. Pourtant, si l'un des effets essentiels du statut de parent, à savoir le pouvoir de prendre des décisions pour l'enfant, lui est attribué, cette situation de fait se rapproche encore un peu plus de la situation de droit qu'est le lien de filiation. Comme l'explique M. le Professeur Laurent LEVENEUR, cette situation est alors dans une zone intermédiaire entre le droit et le non-droit : ces situations « ne sont pas des situations de droit, parce qu'elles ne respectent pas certaines conditions légales ; elle ne sont pas non plus des situations de pur fait, puisque le droit leur fait tout de même produire des effets » ⁵. Les situations de fait peuvent ainsi être définies comme « des situations irrégulières auxquelles sont attachés certains des effets des situations de droit correspondantes ⁶ ». Le rôle exercé en matière de filiation relève de cette catégorie de situations de fait en ce que les effets de droit qui peuvent lui être attribués

1. J. CARBONNIER, *Cours de DES. Sociologie juridique. Sociologie du droit des successions.*, 1963-1964, p. 164. Nous soulignons.

2. M. GRAWITZ, « De l'utilisation en droit de notions sociologiques », *A.S.* 1966, 17, p. 415, p. 419. Nous soulignons.

3. L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, 1990, LGDJ.

4. La possession d'état, qui s'appuie notamment sur le *tractatus*, c'est-à-dire sur le comportement parental à l'égard de l'enfant et le comportement filial de l'enfant à l'égard du prétendu parent, et sur la *fama*, c'est-à-dire sur la reconnaissance par les tiers de l'apparence d'un lien de filiation, est un mode d'établissement de la filiation en droit français. La possession d'état n'est pas directement assortie des effets de la filiation, elle constitue la situation de fait qui peut fonder l'établissement du lien de filiation.

5. L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, 1990, LGDJ, p. 4.

6. *Ibid.*, p. 4.

ne sont pas causés par l'existence d'un lien juridique de filiation.

Quel est alors l'apport de la reconnaissance de cette notion de rôle en droit ? Elle permettra de désigner, en matière de filiation, ces situations de fait qui ressemblent aux situations de droit mais surtout d'appréhender la tendance pragmatique qui consiste à accorder les effets d'un statut à la personne qui semble en bénéficier¹. De plus, « la notion de rôle contribuerait à faire apparaître *l'aspect relationnel* du droit, trop souvent sacrifié. Le droit français (par rapport au droit anglo-saxon), méconnaît l'aspect dyadique des statuts (père/fils, créancier/débiteur) et néglige, ce que les conduites sociales et les rôles impliquent d'interaction et de liens interindividuels². » La notion de rôle permettrait ainsi de rendre mieux compte de la transformation fondamentale dont la notion de filiation a fait l'objet ces dernières années, passant d'un *lien* à une *relation*.

33. Problématique. Alors que la filiation semblait relever de l'évidence, une incertitude survient quant à son véritable fondement : doit-elle se fonder dans la génétique, fondement intuitif, ou bien dans le désir d'être parent, projet que le droit consacre ? Si le droit compose sans doute avec ces deux dimensions de la filiation, la répartition entre elles n'est pas nette et provoque beaucoup de confusions. Confusion entre la filiation, la parenté et la parentalité, mais également entre la notion et son régime. Confusion encore entre le statut et le rôle, au point que l'on peut s'interroger sur la nature de la filiation aujourd'hui : n'est-elle pas désormais réduite à l'accomplissement d'un rôle auprès de l'enfant qui concrétise un engagement de nature parentale ? Cette prise en compte du rôle exercé en fait puis doté d'attributs juridiques interroge, en effet, le lien de filiation. Quel est-il face à la dissociation de ses éléments et à leur réorganisation ? Se maintient-il comme lien de référence dont d'autres liens constituent ses dérivés ? Ou bien, la notion de filiation a-t-elle vocation à inclure toutes ces nouvelles manifestations d'autorité et de transmission familiales, et à s'élargir de la sorte ?

L'étude comparée d'un système de droit civil et d'un système de *common law* n'aura pas vocation à opérer une description des règles en vigueur dans chacun des pays étudiés mais plutôt à puiser des éléments significatifs dans l'un et l'autre pour forger une notion de filiation. Partant, la détermination de ces éléments structurels de la notion apportera un éclairage sur les choix opérés par l'un et l'autre système et révélera ainsi les philosophies qui les orientent.

1. H. FULCHIRON, « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? » in *Mariage-conjugalité. Parenté-parentalité*, sous la dir. de H. FULCHIRON, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, p. IX, spéc. p. 401. : « Ce n'est pas le fait d'adhérer à une institution dont les finalités dépassent les individus qui ouvrent à un statut privilégié [...] ; c'est une situation de fait qui permet à chacun de mettre en avant des droits individuels, quels que soient par ailleurs ses choix personnels (homosexualité/hétérosexualité, mariage, Pacs ou union libre). Les discours actuels sur l'extension à l'ensemble des couples des avantages reconnus aux époux sont construits sur de telles prémisses : *dès lors que les situations de fait sont comparables, les droits doivent être identiques.* » (Nous soulignons).

2. M. GRAWITZ, « De l'utilisation en droit de notions sociologiques », A.S. 1966, 17, p. 415, spéc. p. 433.

Alors, nous pourrions vérifier si l'essence de la notion, ainsi dégagée, est suffisamment universelle pour transcender les différences des systèmes juridiques de droit civil et de *Common Law*. Et peut-être envisager que, se détachant de plus en plus du réel, la filiation est en train de se muer en un concept atténué, c'est-à-dire une construction de l'esprit fondé sur une réalité empirique. De la sorte, nous pourrions vérifier si « la filiation, en devenant le centre de gravité de la famille, non seulement développera sa logique propre, mais même tiendra en respect les autres mécanismes familiaux ¹ ».

34. Plan. A cette fin, l'étude des fondements de la filiation permettra de déceler la base du lien ainsi que les finalités sous-jacentes qui, variables, poussent à modifier l'articulation des fondements entre eux (Partie I) . Les fondements du statut éclaireront sur la recherche de la qualité du lien qui semble consécutive à l'expression d'une volonté de se rattacher l'enfant. La volonté fondatrice peut s'exprimer sous d'autres formes que l'établissement de la filiation, c'est-à-dire par des actes concrets dans la vie quotidienne de l'enfant. Vivant, le lien de filiation s'accomplit dans l'exercice des droits et devoirs réciproques entre le parent et l'enfant. C'est alors le rôle parental qui se révèle au cœur de la notion de filiation (Partie II) au point de prendre son autonomie par rapport au statut initial.

1. D. FENOUILLET, « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : Dalloz, PUF, Éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 509, spéc. p. 516.

Première partie

Les fondements d'un statut

35. Afin d'appréhender la notion de filiation, il convient de rechercher les éléments qui sont à la base du lien et que le droit retient comme suffisamment significatifs pour le fonder juridiquement. Autrement dit, l'étude des fondements de la filiation permettra de déceler l'essence de la notion.

36. Les fondements de la filiation soutiennent le statut qui en est issu. Le statut se définit, suivant GRAVESON¹, comme la condition de nature institutionnelle et permanente, conférée par le droit et non par les comportements des parties, chaque fois qu'une personne occupe une position dont la création, le maintien ou la renonciation relèvent d'un intérêt social ou public. La filiation s'inscrit bien dans cette définition en ce que son établissement, son maintien ou sa contestation relève d'un intérêt social mais aussi d'un intérêt public. En effet, le lien de filiation établit le parent en tant que tel par rapport à l'enfant et réciproquement, le fils ou la fille par rapport au parent. Par conséquent, le lien de filiation inscrit la personne dans un lien familial qui ne relève pas de la sphère privée mais de la société en ce qu'il participe de la constitution de la famille, cellule sociale, et qui relève d'un intérêt public en ce qu'il permet à l'État l'identification des personnes les unes par rapport aux autres.

La filiation consacre la condition de chacune des personnes qu'elle lie, parent ou enfant, condition dont l'attribution et le régime ne sont pas laissés à la libre disposition des personnes. La condition de parent comme celle de fils ou fille ne peut être fonction de la volonté individuelle ni quant à l'intensité du lien ni quant à sa durée. Aussi, cette condition est bien à la fois institutionnelle et permanente. Enfin, cette condition de parent est conférée par le droit, c'est-à-dire que le droit définit les éléments qui justifient que le statut soit conféré et les conditions à remplir pour ce faire. Le seul comportement des parties ne peut suffire à conférer le statut sauf à ce que le droit le décide.

Ainsi, le lien de filiation juridiquement établi confère un statut de parent et un statut d'enfant aux personnes qu'il lie entre elles. Il convient, pour acquérir ce statut, que le lien de filiation s'appuie sur un fondement reconnu par le droit.

37. La notion de filiation s'ancre dans trois fondements principaux. Le premier fondement est celui qui vient à l'esprit intuitivement, c'est-à-dire le lien génétique. Illustrant la réalité physique du lien de filiation, il apparaît comme le fondement indiscutable du lien entre le parent et l'enfant. Le droit pourrait ne faire qu'enregistrer l'existence d'un tel lien pour fonder le lien juridique de filiation. Pourtant, le droit retient un second fondement, la volonté. Le lien de filiation peut donc reposer uniquement sur la volonté d'une personne ou d'un couple de se rattacher l'enfant, sans que cette volonté ne s'accompagne du constat de la véracité gé-

1. R. H. GRAVESON, *Status in the Common Law*, University of London, Athlone Press, 1953, p. 2.

nétiq ue du lien. Enfin, le droit peut retenir un troisième fondement, dérivé de la volonté, le vécu familial. Le lien de filiation se fonde alors sur le quotidien et l'affection partagés entre l'adulte et l'enfant.

Ces trois fondements peuvent se cumuler, comme dans la grande majorité des situations où le parent génétique est aussi l'auteur de la déclaration de parenté qui le rattache à l'enfant et celui qui s'occupe de l'enfant au quotidien. Mais, chaque fondement peut également se suffire à lui-même pour fonder un lien de filiation. Du fait de leur indépendance mais également de leur fréquente interdépendance, une tension naît entre les fondements de la filiation afin de déterminer lequel d'entre eux est le plus « valable » ou le plus « exact ». Le droit de la filiation doit-il céder à la tentation du « tout génétique » qui assurerait la certitude du lien et donc de la désignation du débiteur alimentaire ? Ou bien, face au développement croissant de la volonté individuelle, doit-il ne reconnaître que celle-ci pour fonder une filiation qui serait alors mieux assumée parce que voulue en amont ? Ou enfin, ne doit-il prendre en compte que l'aspect vivant et concret de la filiation, c'est-à-dire l'exercice du rôle parental auprès de l'enfant pour fonder le statut ?

38. Ni le droit français, ni le droit anglais ne tranchent véritablement entre ces différents fondements, choisissant de conserver ainsi la richesse de la notion de filiation. Des préférences se dégagent néanmoins notamment en cas de conflits de filiation où il faut déterminer quel fondement va l'emporter sur un autre. À titre d'exemple, en présence d'une expertise génétique infirmant une filiation vécue, la réalité génétique doit-elle primer sur le vécu familial et la stabilité qu'il implique ? Le droit se doit donc de fixer une hiérarchie des fondements qui révèle une échelle des valeurs sous-jacentes à ces choix. Les limites posées à la primauté de l'un ou l'autre fondement s'appuieront ainsi sur l'intérêt de la société, ou plus exactement sur la préservation de l'ordre public, ou bien, à l'inverse, sur l'intérêt de l'enfant lui-même. Ordre public et intérêt de l'enfant sont alors employés comme variables d'ajustement entre les fondements de la filiation, assouplissant certaines solutions jugées trop rigides, durcissant certaines autres jugées peu protectrices des intérêts en cause. Les tendances de fond de l'un et l'autre systèmes se dévoileront lors de cette analyse, le droit français privilégiant l'ordre public, le droit anglais privilégiant l'intérêt de l'enfant.

39. Il conviendra donc de procéder à l'étude des fondements, complémentaires mais également concurrents, de la filiation (Titre I) pour ensuite s'intéresser aux variables d'ajustement entre ces fondements (Titre II).

Titre I

Des fondements complémentaires et concurrents

40. La notion de filiation se trouve au carrefour de plusieurs données que le droit va consacrer ensemble ou séparément pour fonder l'existence juridique d'un lien particulier entre l'enfant et celui ainsi désigné comme « parent ». Étudier les fondements de la filiation consiste, en somme, à déterminer sur quoi le droit s'appuie pour identifier le « parent » de l'enfant.

41. La certitude physique de la maternité. Dans sa première appréhension, la filiation semble résulter d'un lien physique : « être le fils ou la fille de tel ou telle, c'est être né des œuvres de ce père ou de cette mère, avoir été enfanté par lui ou elle ¹ ». La notion de filiation renvoie alors à l'origine de la personne : de qui est-elle issue ? De qui est-elle née ?

La réponse relevait de l'évidence à l'égard de la mère que le fait de l'accouchement suffisait, en principe, à désigner ² et qui se traduit dans l'adage *Mater semper certa est*, la mère est toujours certaine.

Pourtant, à l'époque contemporaine, le développement des modes de procréations médicalement assistées a brouillé l'exactitude génétique de cet adage. En effet, la femme qui accouche peut avoir porté un enfant avec lequel elle ne partage pas de patrimoine génétique, soit que celui-ci ait été conçu à l'aide d'ovules d'une autre femme, soit qu'elle ait porté un embryon résultant d'un don, ou encore qu'elle ait porté l'enfant pour le compte d'une autre femme en exécution d'une convention de mère porteuse. La « mère », au sens génétique du terme, n'est plus *toujours* celle qui accouche de l'enfant. Alors, la fiction est apparue là où était auparavant la certitude.

42. L'incertitude de la paternité. La désignation du père pose d'autres difficultés. Sans fait certain pour le désigner, le droit a dû s'appuyer sur le lien qui liait le père potentiel à la mère, c'est-à-dire le lien matrimonial. La réalité génétique n'est alors que vraisemblable puisqu'en raison du devoir conjugal de fidélité, le mari de la mère doit être le père de l'enfant.

La difficulté est encore accrue pour désigner le père non marié. Comment le rattacher à l'enfant ? Comment le forcer à assumer ses devoirs à l'égard de l'enfant ? Le droit choisit alors de le laisser exprimer sa volonté de se rattacher l'enfant et d'y ancrer la filiation. À défaut d'une telle expression, il convient de fournir une preuve du lien unissant l'enfant au parent potentiel. L'essor de la preuve scientifique a alors octroyé au droit un moyen infaillible de désignation du parent. La filiation était vraisemblable, elle est devenue certaine.

Mais une telle preuve « parfaite » n'est pas employée que pour la *désignation* du parent,

1. D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, 2^e éd., Cours, Dalloz, 2008, p. 279.

2. En principe seulement pour le droit français qui, jusqu'en 2005, n'appliquait le principe *Mater semper certa est* qu'à la mère mariée, imposant par conséquent à la mère non mariée de reconnaître son enfant. Il s'agissait alors de marquer une préférence pour la filiation légitime mais la règle étant méconnue, beaucoup d'enfants étaient privés de l'établissement de leur filiation maternelle en raison de l'absence de reconnaissance à leur égard. Il leur fallait la rétablir à l'aide de la possession d'état, preuve du vécu familial.

elle est également employée pour faire aboutir la *contestation* d'un lien de filiation préexistant. Comment arbitrer entre l'accès de l'enfant à sa filiation « véritable » parce que génétiquement certaine et le maintien de la filiation vécue au quotidien, juridiquement établie, mais non conforme à la réalité génétique. La réalité génétique se heurte alors aux autres fondements que sont la volonté et le vécu familial. Chaque système juridique opère des choix relatifs à l'accès à la preuve génétique et à son emploi dans le temps afin de trouver un équilibre – parfois précaire – entre les fondements de la filiation.

43. Le recours à la volonté pour se rattacher un enfant. A défaut de recours systématique à la preuve génétique pour désigner le père de l'enfant, le droit lui laisse la possibilité de se déclarer comme père et de manifester ainsi sa volonté de se rattacher l'enfant. La filiation s'ancre alors dans la volonté exprimée qui vient consacrer généralement un lien physique supposé.

Plus significative encore est l'ampleur qu'a prise la volonté comme fondement des filiations « par greffe¹ » et ce, corrélativement à l'essor de la preuve génétique, réputée parfaite. Si la volonté était, historiquement, le fondement de la filiation adoptive en ce qu'il permettait de rattacher un enfant déjà né à un couple dont il n'était pas issu, la volonté est devenue également le fondement des filiations nouvelles résultant de la procréation médicalement assistée. Le recours au tiers donneur ou au tiers porteur a contribué à brouiller encore un peu plus le panorama du droit de la filiation. Le moyen choisi pour rattacher l'enfant à ceux qui ont souhaité sa conception mais n'y ont pas participé génétiquement a été l'expression de la volonté. Or, pour ces filiations, le paradoxe est malgré la prédominance de la science de la génétique, ce n'est précisément pas sur ce fondement qu'elles vont s'appuyer. La volonté va permettre de concevoir l'enfant et de se le rattacher juridiquement. De plus en plus détachée de modèles de référence tels que le mariage ou l'altérité sexuelle, la volonté va prendre une nouvelle ampleur pour fonder un lien de filiation au point de sembler devenir la source essentielle du lien de filiation.

44. Le vécu familial, aspect concret du lien. A côté de la réalité génétique et de la volonté comme fondement de la filiation, le droit peut tenir compte également du vécu familial qui s'exerce au quotidien. Observant qui s'occupe réellement de l'enfant, le droit peut décider de le doter de statut de parent. Apte à exercer la fonction parentale, il doit pouvoir revêtir le statut correspondant. Cette dernière analyse convient pour le droit français, non pas pour le droit anglais. Le droit anglais tient compte du vécu familial mais il ne fonde pas le statut sur cet aspect ; le vécu familial va justifier l'exercice du rôle mais pas l'établissement d'un

1. *Les filiations par greffe – Adoption et Procréation médicalement assistée, Actes des journées d'études, 5-6 déc. 1996, LGDJ, 1997.*

statut, marquant ainsi la tendance pragmatique et conséquentialiste du droit anglais. Le droit français a, quant à lui, besoin de consacrer l'exercice préalable du rôle en statut à l'aide de la possession d'état. Cette prise en compte du vécu familial dans la fondation du lien de filiation pourrait-elle s'étendre aux couples de même sexe ? L'apparence de filiation pouvant fonder le lien, cela n'est désormais plus à exclure.

45. Ainsi, à l'issue de cette évolution succincte de la filiation, les chevauchements et les heurts entre les fondements de la filiation sont perceptibles. Au point qu'il est délicat de dire lequel est véritablement prédominant aujourd'hui. Il semble néanmoins qu'il convienne de les envisager dans l'ordre suivant : d'abord, la réalité génétique en ce qu'elle est à l'origine du lien (Chapitre 1), ensuite, la volonté en ce qu'elle s'est développée de façon conséquente afin de justifier des liens de filiations imitant la réalité génétique (Chapitre 2) et, enfin, le vécu familial en ce qu'il tient compte de la réalité quotidienne de la filiation (Chapitre 3) et annonce, de la sorte, la prise en compte du rôle parental en lui-même¹.

1. Tel que nous pourrions l'observer dans la deuxième partie de cette recherche.

Chapitre 1

La réalité génétique, fondement initial

46. Le « donné naturel » de la filiation. La réalité génétique est ce qu'un auteur a nommé le « donné naturel du droit de la filiation »¹. Elle constitue le fondement initial de la filiation parce qu'elle en est la source physique naturelle. En effet, la filiation juridique traduit, souvent, un lien génétique entre un parent et son enfant. Alors, la filiation génétique correspond à la filiation charnelle, c'est-à-dire celle dans laquelle le lien de droit recouvre un lien de fait, dans laquelle le droit « habille » la nature². La filiation n'est ainsi entendue que comme la conséquence de l'engendrement³.

47. Une intuition devenue certitude. Parce qu'elle est un lien physique objectif, la réalité génétique apparaît, généralement, comme fondatrice de la « véritable » filiation. Cette première impression a été renforcée par les progrès de la science qui ont permis d'obtenir une preuve exacte et certaine du lien de filiation génétique. L'ADN est devenu le moyen de preuve parfait du lien de filiation établi sur la seule réalité génétique. La preuve de la filiation étant alors facile à apporter, le raccourci a été de penser que la filiation « véritable » était la filiation génétique.

Les progrès en matière de procréation médicalement assistée ont également participé à cette perception. Ainsi, la procréation médicalement assistée endogène permet de surmonter des difficultés physiques à procréer et garantit l'engendrement d'un enfant avec ses propres

1. J. VIDAL, « La place de la vérité biologique dans le droit de la filiation » in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université de Toulouse, 1978, p. 1113.

2. J. FOYER, « La notion de filiation en droit » in *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation*, sous la dir. de L. KHAÏAT, Érès, 1995, p. 21, spéc. p. 22.

3. P. MURAT, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis - Dalloz, 2012, spéc. p. 409 : « Dans notre système, l'engendrement constitue le critère ordinaire du rattachement par la filiation d'un enfant à un ou des adultes. Le lien de causalité entre l'engendrement et les charges ou places familiales qui en découlent est fondé sur l'idée que le concepteur d'un enfant est normalement attaché à ce dernier et sera le mieux à même de remplir les fonctions de la filiation. »

gamètes. C'est encore ce rattachement génétique qui est recherché dans la procréation médicalement assistée exogène où l'enfant partagera au moins une partie du patrimoine génétique parental. S'il ne le partage pas, en cas de recours au don d'embryon, il en aura au moins l'apparence, laquelle n'a de valeur que par sa référence à la filiation génétique¹.

48. Une pression de la réalité génétique face au pluralisme familial. La réalité génétique exerce une pression sur la notion de filiation pour en devenir le seul fondement valable car relevant de l'évidence. Le droit a cédé en grande partie à cette pression afin de rendre la filiation plus sûre, croyant que la « vérité » génétique ne pouvait mentir. Le droit s'assurait de la bonne exécution des effets, notamment patrimoniaux, de cette filiation « certaine ». Pour autant, le droit laisse une place à d'autres fondements : le vécu familial et la volonté, qui peuvent s'y combiner ou s'y substituer. Le droit n'impose pas un modèle exclusivement fondé sur la génétique et il tient compte ainsi de la diversité des situations familiales de fait, c'est-à-dire du pluralisme familial².

49. Réalité ou vérité ? Les doctrines française et anglaise ont toutes deux tendance à considérer que l'expertise génétique révèle la « vérité » de la filiation³. Autrement dit, la filiation génétique ainsi décelée serait la « vraie ». Cela signifierait-il que les filiations privées du soutien de l'analyse génétique seraient « fausses » ? Cette dialectique du « vrai » et du « faux », de la « vérité » et du « mensonge » nous semble inappropriée en la matière. En effet, dans la mesure où il y a plusieurs fondements à la filiation qui se combinent entre eux, il n'y a pas de vraie ou fausse filiation mais une filiation fondée sur un lien génétique présumé ou vérifié, et/ou fondée sur une déclaration de volonté, et/ou sur un vécu familial. Toutes sont

1. La filiation reposera alors sur la volonté de se rattacher l'enfant, v. *infra*, page 170.

2. Expression initiée par J. CARBONNIER dans *Essais sur les lois* et illustrée par la formule désormais classique « A chacun sa famille, à chacun son droit » (J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Defrénois, 1995, p. 181.). V. aussi J.-J. LEMOULAND, « Le pluralisme en droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.* 1997, chron. p. 133. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « À propos du pluralisme des couples et des familles », *LPA* 28 avr. 1999, p. 29. *Réflexions sur le pluralisme familial*, sous la dir. de O. ROY, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2011. et Y. LEQUETTE, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois - LexisNexis, 2012, p. 523.

3. En France : J. VIDAL, « La place de la vérité biologique dans le droit de la filiation » in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université de Toulouse, 1978, p. 1113. G. CORNU, « La filiation », *Arch. philo. dr.* 1975, XX, p. 29. C. LABRUSSE-RIOU, « Rapport français » in *"La vérité et le droit". Travaux de l'Association Henri Capitant. Tome XXXVIII*, Economica, 1987, p. 103. B. GENINET, « L'identification entre la filiation à établir et la vérité biologique », *LPA* 11 avr. 2001, 72, p. 4 sq. D. THOUVENIN, « Les filiations ne sont ni vraies ni fausses mais dépendent du choix des parents », *LPA* 3 mai 1995, 50, p. 93. M. J. GÉBLER, *Le droit français de la filiation et la vérité*, 1970, LGDJ.

En Angleterre : N. V. LOWE et G. DOUGLAS, *Bromley's family law*, 10^e éd., Oxford : Oxford University Press, 2007. M. RICHARDS, « Genes, Genealogies and Paternity : Making Babies in the Twenty-first Century » in *Freedom and Responsibility in Reproductive Choice*, sous la dir. de J. SPENCER et A. du BOIS-PEDAIN, Oxford : Hart Publishing, 2006, p. 53. J. HERRING, *Family Law*, 4^e éd., Pearson Longman - LexisNexis, 2009. T. CALLUS, « La filiation en droit anglais », *Recherches familiales* 2010, p. 59.

de « vraies » filiations ; toutes révèlent une vérité : physique, affective ou sociale. Ces trois vérités peuvent chacune se suffire à elle-même pour fonder un lien de filiation ou bien se cumuler. C'est pourquoi le terme de « vérité » nous semble trop restrictif : il laisse entendre la prédominance du lien génétique face aux liens d'autres natures. Or, le droit n'impose pas une vérification systématique de l'exactitude génétique de la filiation à établir lors de l'établissement de la filiation. C'est bien que la filiation n'est pas envisagée juridiquement comme fondée uniquement sur la génétique.

Cette confusion terminologique vient de ce que la preuve génétique a laissé penser que la filiation pouvait être connue de façon certaine. La certitude qui est née de ce mode de preuve s'est transformée en « vérité ». Puisque la filiation était certaine, elle ne pouvait être que « vraie ». Mais les autres fondements de la filiation étaient alors oubliés, ou tout au moins dépréciés.

Aussi, la filiation génétique ne peut-elle pas être considérée comme la « vraie » filiation mais seulement comme une filiation génétiquement prouvée. Elle est un lien que l'expertise génétique a établi ou confirmé et que le droit va pouvoir transcrire ou maintenir comme lien juridique de filiation. Cette filiation ressort d'un constat scientifique, d'une réalité. Nous préférons donc employer le terme de « réalité » à celui de « vérité ». Cette précision terminologique rend mieux compte de la diversité et de la complexité de la notion de filiation.

50. Génétique ou biologique ? Il nous a également semblé plus pertinent de parler de « réalité génétique » plutôt que de « réalité biologique ». En effet, le lien entre le parent et l'enfant qui est retenu pour fonder la filiation est génétique, c'est-à-dire que les deux personnes ont des gènes en commun. Le terme de « biologique », qui est employé le plus souvent, est plus large ; il apparaît inadapté maintenant qu'il est possible de dissocier le patrimoine génétique de la gestation et donc de l'accouchement. En effet, la filiation génétique, reposant sur les gènes communs, peut désormais différer de la filiation biologique, reposant sur un lien physique et non plus nécessairement génétique. Le meilleur exemple de cette dissociation est la mère porteuse qui peut être biologiquement la mère d'un enfant parce qu'elle l'aura porté tout au long de la grossesse tout n'en étant pas la mère génétique si elle ne partage avec lui aucun gène. Reste alors la question de savoir qui le droit désigne comme mère juridique. L'évolution du biologique vers le génétique est ainsi source de nouvelles interrogations relatives à la notion de filiation.

51. La réalité génétique a longtemps été abritée derrière des modes d'établissement de la filiation qui n'en garantissait pas l'exactitude mais la vraisemblance (Section I) jusqu'à ce que l'expertise génétique, preuve absolue, donne l'illusion que la filiation pouvait être « certaine ». Malgré l'engouement pour la réalité génétique en raison de la facilité qu'elle offrait à résoudre

les conflits de filiation, le droit ne choisit pas d'en faire un fondement exclusif (Section II).

Section I D'une présomption à un fondement privilégié

52. De la vraisemblance à l'exactitude. S'inscrivant dans la tradition du droit canonique, la présomption de paternité désigne le mari de la mère comme le père de l'enfant. La filiation se fonde alors sur une réalité génétique vraisemblable (§ 1.) car, du fait du respect du devoir conjugal de fidélité, la mère ne peut engendrer un enfant qu'issu des gamètes de son mari. Cette vraisemblance garantit la structure familiale car elle s'inscrit dans l'institution fondatrice qu'est le mariage ; la vraisemblance garantit également la stabilité de la filiation de l'enfant en ce qu'elle peut contribuer à empêcher sa remise en cause. Néanmoins, en raison du déclin de l'institution matrimoniale durant le dernier demi-siècle, la présomption de paternité s'est affaiblie et ce d'autant plus face à l'expansion corrélative de l'expertise génétique, preuve d'une filiation « exacte », qui peut la renverser (§ 2.)¹.

§ 1. La présomption de paternité, un lien génétique vraisemblable

53. Un établissement facilité de la paternité. Si la maternité semble toujours certaine, il n'en est pas de même de la paternité. La différence structurelle entre l'homme et la femme est retransmise juridiquement dans le domaine de la filiation. Au-delà de cette distinction, il faut en constater une autre entre le père marié et le père non marié. Le premier bénéficiera d'une présomption lui permettant d'établir sa filiation tandis que le second devra manifester sa volonté d'être père. Suivant cette présomption, le mari de la mère est présumé être le père. Elle permet ainsi de faciliter la preuve de la paternité en en déplaçant l'objet : il s'agira de prouver l'union entre la mère et son mari et non pas directement la paternité de celui-ci.

Pour cela, il conviendra de rattacher l'enfant au mariage de la mère avec le père présumé

1. V. *What is a parent ?*, *A Socio-Legal Analysis*, sous la dir. de A. BAINHAM, S. DAY SCLATER et M. RICHARDS, Oxford : Hart Publishing, 1999, p. 15. « *If marriage is no longer for life, then (biological) parenthood is. Biology now provides the main basis upon which claims to parental status rest. The increasing availability of genetic testing for a range of inherited conditions, as well as for paternity, and the increasing visibility of the micro-structures which make up our bodies, have given added impetus to the salience of "biology" and "genetics" in relation to the question of "what is a parent ?" »*

en fonction de la date de sa conception ou de sa naissance¹. Autrement dit, l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari de la mère. Afin que ce rattachement soit le plus souvent possible au profit de l'enfant, la période envisagée pour le jeu de la présomption est large. En droit français, elle s'étend entre le 180^e jour depuis la célébration du mariage et le 300^e après la dissolution du mariage tandis qu'en Angleterre, les juges se réfèrent à l'idée, plus variable, de *normal gestation period*².

54. Cette présomption de paternité avait pour vocation de rattacher l'enfant à une famille légitime, considérée comme la plus favorable à l'enfant (A.) et s'appuyait sur la vraisemblance d'un lien génétique entre le mari de la mère et l'enfant. En raison du déclin du modèle matrimonial et de l'assouplissement corrélatif des conditions permettant de renverser la présomption de paternité, il est permis de s'interroger sur l'avenir de cette présomption (B.). Cet avenir est d'autant plus source de questionnement depuis que le mariage a été ouvert, en 2013, aux couples de même sexe dans les deux systèmes juridiques étudiés.

A. La recherche de la légitimité, finalité de la présomption de paternité

55. La présomption de paternité a pour origine le droit canonique (1.) qui avait pour objectif de favoriser l'institution du mariage ainsi que la famille légitime issue de cette union. Progressivement, elle s'est détachée de ce fondement historique en raison de la contractualisation du mariage. Il en résulte que cette présomption présente une diversité de fondements (2.).

1. Le droit canonique, à l'origine de la règle *Pater est quem nuptiae demonstrant*

56. *Pater est quem nuptiae demonstrant*, l'adage commun. L'adage *Pater est quem nuptiae demonstrant* se rencontre tant en droit français qu'en droit anglais. L'histoire du droit permet d'expliquer cette identité de règle³.

1. Article 312 du Code civil et *Banbury Peerage Case* (1811) 1 Sim & St 153 HL.

2. *Re Heath* [1945] Ch 417 (UKHL).

3. A. LEFEBVRE-TEILLARD, « *Pater is est quem nuptiae demonstrant* : Jalons pour une histoire de la présomption de paternité », *Rev. Hist. droit sept.* 1991, 69, p. 331, L'auteur expose comment cette simple suggestion formulée par Paul (*D.* II, 4,5) au sujet d'une question de procédure fort limitée, l'*in ius vocatio*, a pu devenir l'expression d'une présomption qui domine le droit de la filiation depuis des siècles. Pourtant, il existe au *Digeste* (*D.* I, 6,6) un texte très important d'Ulpien qui concerne directement la filiation. Il débute par une formule très générale : « *Filium eum definimus qui ex et uxore eius nascitur* » qui aurait très bien pu convenir en lieu et place de notre adage. Mais la référence à l'adage de Paul a été finalement retenue car il n'y avait pas d'exception venant en atténuer directement la portée. Le choix de cette formule plus pertinente s'inscrivait dans une politique de l'Église cherchant à favoriser la filiation légitime, à donner la primauté au mariage et lutter contre le concubinage. Elle s'est maintenue car l'État s'est substitué à l'Église dans la poursuite de cette même finalité. L'intérêt de l'État était, en effet, de favoriser la famille traditionnelle car celle-ci en constituait son fondement le

57. Cet adage se retrouve également en droit anglais¹. Il provient du même principe de droit canonique formulé par Paul et reprise par Huguccio. Plus récemment, le *Lord Chancellor's Department*, équivalent de notre Ministère de la justice, a même suggéré en 1999 que la présomption *Pater est quem* prenne la forme d'une disposition légale, ce qui, dans un pays où la jurisprudence tient lieu de loi, témoigne de l'importance de celle-ci. Et même si cela n'a pas été suivi d'effets, la règle demeure capitale dans l'établissement de la filiation paternelle.

2. Une présomption aux fondements divers

58. La présomption de paternité s'appuie donc sur le lien matrimonial existant entre les parents. Mais il faut constater qu'elle n'a pas de fondement unique, plusieurs hypothèses, parfois complémentaires, ont d'ailleurs été formulées par la doctrine.

59. **Le devoir matrimonial de fidélité.** En premier lieu, le mariage implique le respect d'un devoir de fidélité entre les époux en droit français² comme en droit anglais³, l'enfant né dans le mariage ne devrait donc être que celui des deux époux. C'est ainsi que « l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari »⁴. Cependant, cette explication ne saurait rendre compte de l'ensemble du droit positif puisque l'enfant conçu avant le mariage mais né pendant celui-ci va aussi bénéficier de la présomption, alors même que sa conception a eu lieu à un moment où il n'y avait pas encore d'obligation de fidélité⁵. L'enfant est considéré comme légitime *ab ovo*, autrement dit dès l'origine ; s'opère alors une sorte de rétroactivité de la présomption de paternité à la date de conception de l'enfant. Par ailleurs, s'il s'agissait d'un fondement unique, la présomption devrait être écartée en cas d'adultère. Or, ni en droit français, ni en droit anglais, la présomption n'est écartée automatiquement dans ces circonstances. La filiation paternelle alors établie peut faire l'objet d'une action en contestation mais est présumée légitime jusqu'à la preuve du contraire. En France, dans le droit antérieur à 2005, l'adultère n'était d'ailleurs même pas une cause de désaveu ; le père ne pouvait s'exonérer de

plus légitime, sa première cellule sociale solide. C'est la raison pour laquelle ce même adage a trouvé toute sa place dans le Code civil dès 1804.

1. *Banbury Peerage Case* (1811) 1 Sim & St 153 HL.

2. Article 212 du Code civil.

3. « [...] *the essence of the contract [of marriage is] an agreement between a man and a woman [...] to love one another as husband and wife, to the exclusion of all others* » d'après le juge MUNBY dans *Re E (An Alleged Patient)* et *Re Sheffield City Council v. E and S*, (2004) EWHC 2808 (Fam), (2005) 1 FLR 965.

4. Article 312 du Code civil ; *Amphill Perrage Case* (1977) AC 547-577 : selon Lord Simon, « *Fatherhood* [...] *is a presumption* ».

5. C'est le cas notamment de « l'enfant des fiancés » qui a donné lieu à la célèbre jurisprudence Degas (Civ. 8 janv. 1930, DP 1930.1.51.) selon laquelle l'enfant conçu avant le mariage mais né dans le mariage n'est pas seulement légitimé par le mariage des parents mais bien légitime dès sa conception. C'est d'ailleurs cette solution qui a été retenue par l'ordonnance de 2005 et qui a été consacrée à l'article 312 du Code civil.

sa paternité par ce moyen, il lui fallait recourir à l'action en contestation. Le fondement de la présomption est donc plus complexe que l'on ne pourrait le penser.

60. Le devoir matrimonial de communauté de vie. En second lieu, la présomption de paternité pourrait se fonder sur le devoir de communauté de vie des époux¹, impliquant une communauté de toit et de lit². Les enfants nés dans le cadre du mariage seraient rattachés au mari de la mère en vertu de cette communauté de lit. Mais là aussi, les objections faites au devoir de fidélité peuvent s'appliquer, et cela, surtout à l'époque contemporaine où le devoir de communauté de vie s'est fortement assoupli et où l'on ne sanctionne plus nécessairement l'absence de cohabitation³. Ce ne peut donc être l'unique fondement de la présomption de paternité.

61. Des fondements complémentaires. Si chacun des devoirs de fidélité et de communauté de vie n'est pas le fondement unique de la présomption de paternité, ils participent tous deux à la justifier. En effet, l'engagement réciproque des époux de vivre ensemble et, *a fortiori*, d'être fidèle l'un envers l'autre « garantit » que le mari sera le père des enfants de la mère. Ces devoirs ne fondent pas exclusivement la présomption mais l'expliquent grandement.

62. Une « reconnaissance » *a priori* des enfants nés du mariage. Il faut également rappeler qu'Ambroise COLIN avait proposé de fonder la présomption sur la reconnaissance anticipée des enfants de la femme, avec *a priori* qui serait fait par le mari au moment du mariage⁴. C'est la raison pour laquelle la reconnaissance ne semblerait pas avoir de place dans le mariage. Cette analyse a été fortement contestée⁵ car il paraissait incorrect d'étendre à la filiation légitime la reconnaissance telle qu'on l'entendait dans la filiation naturelle. La paternité en mariage ne repose pas sur la volonté du mari, qui, à la différence du *Pater familias* romain, n'a pas la liberté d'accepter ou de refuser les enfants nés de sa femme ; elle s'impose à lui et la contestation de paternité du mari, reste enfermée dans de strictes conditions⁶. Cette théorie, parce qu'elle s'appuie sur la reconnaissance, inconnue en tant que telle en droit anglais, ne

1. En droit français : article 212 du Code civil ; en droit anglais : « *the essence of the contract [of marriage is] an agreement between a man and a woman to live together* » d'après le juge Munby dans *Re E (An Alleged Patient)* et *Re Sheffield City Council v. E and S*, (2004) EWHC 2808 (Fam), (2005) 1 FLR 965.

2. PLANIOL et RIPERT, *Traité de droit civil*, sous la dir. de A. ROUAST, t. 2, n° 770.

3. L'article 108 du Code civil autorise en effet les époux à avoir des résidences séparées, notamment pour des raisons professionnelles. La communauté de vie se traduira alors par le choix, opéré d'un commun accord, de la résidence de la famille. En outre, depuis la loi du 26 mai 2004 réformant le divorce, le juge peut dispenser l'un des époux lorsque « les violences exercées par un époux mettent en danger son conjoint, un ou plusieurs enfants » (art. 220-1, al. 3).

4. A. COLIN, « De la protection de la descendance légitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD. civ.* 1902, p. 257.

5. P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La Famille*, 3^e éd., Paris : Defrénois, 2011.

6. *Ibid.*

semble pas pouvoir être transposable outre-manche.

63. Une présomption combinant intérêt de l'État et intérêt de l'enfant. La présomption de paternité se fondait initialement à la fois sur l'intérêt de l'État de privilégier la famille légitime comme première sphère sociale solide, et sur l'intérêt de l'enfant d'être rattaché à cette sphère. Aujourd'hui, l'intérêt de l'État s'est restreint au profit de l'intérêt de l'enfant qu'il incluait autrefois. Ce dernier n'est plus d'appartenir à une famille mais que sa filiation corresponde à une réalité, biologique ou sociologique. Pourtant, la présomption de paternité demeure le mode d'établissement de la filiation en mariage. La raison en est que son véritable fondement est le mariage en lui-même, institution qui engage les deux époux à résider ensemble en principe et à être fidèle l'un envers l'autre. L'exclusivité des relations entre époux qui en résulte justifie la présomption de paternité. Tant que le mariage subsiste, la présomption subsistera ; si le premier est affaibli, la seconde le sera également. À l'inverse, l'affaiblissement de la présomption de paternité est un des moyens pour vider le mariage de son contenu et lui faire perdre son sens.

B. Une présomption à l'avenir incertain

64. L'objet de questionnements. L'autorité de la présomption de paternité s'est réduite au fil des réformes législatives et interprétations jurisprudentielles. La disparition de la qualité d'enfant légitime, et surtout, la place centrale donnée à l'égalité entre les filiations pourraient mener à sa disparition. En effet, l'un des arguments avancés en ce sens est qu'elle pourrait être l'objet d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme (1.). L'issue est-elle alors de conserver le *statu quo*, d'étendre le domaine de la présomption, ou encore de la faire disparaître (2.) ?

1. Une présomption réservée à la filiation en mariage, motif de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme ?

65. L'Angleterre, comme la France, a conservé la présomption de paternité comme mode d'établissement de la filiation pour l'enfant issu de parents mariés. La distinction qui s'ensuit entre enfants nés en mariage et ceux hors mariage pourrait être considérée par la Cour européenne des droits de l'homme comme une cause de discrimination. Une condamnation pour ce motif signerait la fin de ce mode d'établissement.

66. Une cause de discrimination ? L'établissement des filiations en et hors mariage, *legitimate* ou *illegitimate*, diffère. Le premier recourt à une présomption, l'autre à une démarche volontaire. Cette différence de régime repose sur celle des couples qui sont à l'origine de la

filiation en question. Il y a donc une différence de traitement des enfants qu'ils soient nés d'un couple marié ou non. S'agit-il alors d'une discrimination ?

La discrimination se définit comme la « différenciation contraire au principe de l'égalité civile consistant à rompre celle-ci au détriment de certaines personnes physiques en raison de leur appartenance raciale ou confessionnelle, plus généralement par application de critères sur lesquels la loi interdit de fonder des distinctions juridiques arbitraires (sexe, opinions politiques, situations de famille, état de santé, origine, appartenance ou non-appartenance à une nation, ethnie, race...) ou au détriment de certaines personnes morales en raison des mêmes critères appréciés sur la tête de leurs membres¹ ». L'interdiction de la discrimination résulte du principe d'égalité entre les citoyens résultant de l'article 1 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune », ainsi que de l'article 1 de la Constitution de 1958 : « [La République] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». De même, l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme interdit la discrimination : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». Enfin, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne la définit approximativement de la même manière². Dans notre cas, il s'agirait d'une discrimination fondée sur la situation de famille, au sens de la définition classique, et de la naissance, au sens des définitions européenne et communautaire.

67. La Cour européenne des droits de l'homme peut-elle, à l'instar de l'arrêt *Mazurek*, condamner la France et l'Angleterre pour discrimination ? D'après son interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour européenne, « une distinction 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 pro-

1. G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 2005, V. *Discrimination*.

2. Art. 21 : « 1. Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

2. Dans le domaine d'application du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, et sans préjudice des dispositions particulières desdits traités, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite. »

proportionnalité entre les moyens employés et le but visé” »¹. Dans le cadre de l’arrêt *Mazurek*², la discrimination condamnée était celle dont souffraient les enfants adultérins. Ces derniers voyaient leurs droits successoraux réduits en présence d’enfants légitimes ; il s’agissait alors de protéger le mariage et ceux qui en étaient issus. La Cour européenne des droits de l’homme a considéré que les enfants n’avaient pas à être traités différemment en raison de la situation de leurs parents, car il s’agit là de faits que l’enfant ne saurait se voir reprocher. L’enfant ne doit donc pas subir les conséquences des choix ou erreurs de ses parents. Qu’en est-il alors des enfants nés en mariage et bénéficiant de la présomption de paternité qui sont traités différemment en raison de la situation de leurs parents ? L’établissement de la filiation des enfants nés hors mariage est facilitée par une telle présomption. La principale conséquence en est donc que certains enfants bénéficient plus facilement des effets de leur filiation. En effet, ici il n’est plus question d’effets différents attribués à des filiations distinctes mais bien de l’accès à la filiation et auxdits effets. Cette différence de traitement est-elle justifiée ? Elle trouve sa source dans le mariage, acte fondateur de la famille, et dans la protection de la famille traditionnelle, la famille dont les parents sont mariés. Or, la Cour européenne a précisément considéré, dans l’arrêt *Mazurek*, que la protection de la famille « traditionnelle » devait être considéré comme un but légitime. Aussi, il ne semble pas que la finalité de cette règle puisse, pour l’instant, être remise en cause.

68. En revanche, les moyens employés sont-ils raisonnablement proportionnés par rapport au but visé ? La présomption de paternité est-elle un moyen proportionné de protection du modèle familial traditionnel ? Ou privilégie-t-elle de façon disproportionnée les enfants issus de l’union matrimoniale par rapport à ceux nés hors mariage ? Les enfants nés hors mariage ne sont pas privés de moyens pour établir leur filiation ; leur père peut soit reconnaître l’enfant, en droit français, soit le déclarer à l’état civil avec l’accord de la mère, en droit anglais. Le droit français permet également que la filiation soit établie grâce à la possession d’état constatée dans un acte de notoriété³ ; la volonté paternelle est prise en compte sous un autre angle, celui du vécu familial. La possession d’état se rapproche de la présomption de paternité en ce qu’elle concrétise la vraisemblance de la filiation. Si la femme mariée est enceinte, le mari est certainement le père ; si l’enfant est né hors mariage est traité par un homme comme le

1. CEDH, *Inze c. Autriche*, 28 oct. 1987, Série I, 126, § 38, p. 17.

2. CEDH, *Mazurek c. France*, 1^{er} fév. 2000 ; D. 2000, p. 332, note T. GARÉ ; JCP G. 2000, t. II, 10286, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; RTD. civ. 2000, p. 311, obs. J. HAUSER ; GA CEDH 2000, 52 ; GAJ civ. 2000, t. 1, 99 ; JCP G. 2000, t. I, 278, note R. LE GUIDEC ; RTD. civ. 2000, p. 429, obs. MARGUÉNAUD ; *Defrénois* 2000, p. 654, obs. J. MASSIP ; RTD. civ. 2000, p. 601, obs. PATARIN ; *Dr. et patr.* 2000, note P. STOFFEL-MUNCK.

3. Code civil, Article 310-1 alinéa 1^{er} : « La filiation est légalement établie, dans les conditions prévues au chapitre II du présent titre, par l’effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d’état constatée par un acte de notoriété. »

sien et que la société le reconnait comme tel¹, il en est certainement le père. L'établissement de leur filiation dépend initialement de la volonté du père de se rattacher à l'enfant mais, à défaut, ce dernier peut agir pour que la filiation soit établie. En France, il s'agira d'une action en recherche de paternité, à titre principal ; une fois la filiation établie, l'enfant bénéficiera des effets de celle-ci. En Angleterre, il pourra s'agir d'une action à titre secondaire, intervenant à l'occasion d'une autre instance ; le demandeur pourra prétendre au bénéfice des effets de la filiation (succession, *parental responsibility*) et la faire établir à cette fin. Il faut ajouter que le droit anglais ne connaît pas de prescription pour les actions d'état, ce qui est très favorable pour le requérant. Le droit français, à l'inverse, limite ces actions aux dix années à compter de la majorité de l'enfant, soit jusqu'à l'âge de 28 ans². Le droit anglais est alors plus souple quant à la pratique de ces actions que le droit français mais aussi moins protecteur de la stabilité familiale. Les enfants naturels disposent donc de moyens d'établissement et de preuve de leur filiation simples et accessibles. Il ne semble alors pas que la présomption de paternité soit un moyen disproportionné par rapport au but visé, la protection de la famille issue du couple marié. Elle facilite la preuve de la filiation mais elle reste, nous semble-t-il, proportionnée³.

69. Par ailleurs, une différence de traitement n'est pas toujours discriminatoire, elle peut être simplement fondée sur une différence de situations. S'il est vrai que les modes d'établissement de la filiation ne sont pas les mêmes pour tous les enfants, la situation des parents à l'égard de laquelle la filiation est établie ne l'est pas non plus. Il faut bien constater une différence entre un couple marié, un couple pacsé ou uni par un *partnership*, et un couple de concubins. Les couples peuvent choisir le type d'union dans le cadre duquel ils souhaitent vivre. Le régime attaché à chaque union peut différer, le premier exemple en est le régime matrimonial. Dans le cadre du mariage, les époux ont la possibilité de conclure le contrat matrimonial de leur choix, à défaut, le régime légal s'appliquera ; dans le cadre du Pacs, c'est une

1. L'article 311-1 du Code civil énumère les principaux faits révélant le lien de filiation entre l'enfant et sa famille. Parmi ceux-ci, le fait « 1. que cette personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les a traités comme son ou ses parents ; 2. que ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation » ; – ces deux faits composent le *tractatus* – « 3. que cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille ; 4. qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique » – ceux-ci composent la *fama*.

2. *Ibid.*

3. Il est néanmoins possible que la Cour européenne des droits de l'homme considère que la présomption privilégie les enfants nés en mariage en droit français dans la mesure où ceux-ci auront une filiation établie alors que les enfants nés hors mariage n'en auront pas à défaut d'action en recherche de paternité avant leur 28 ans. La prescription prive en effet l'enfant né hors mariage de tout lien de filiation et donc de tout effet de celle-ci, notamment de toute succession. Le droit anglais est peut-être davantage à l'abri d'une condamnation que le droit français alors même qu'il s'agit de la même règle de fond. L'identité de règle peut donc tout à fait conduire à un résultat différent lorsque les modalités procédurales diffèrent ; il faudra alors tenir compte du contexte dans lequel la règle évolue pour pouvoir procéder à une comparaison pertinente en vue d'une éventuelle harmonisation européenne.

sorte de régime légal qui s'applique ; et dans le cadre du concubinage, ils ne sont, en principe, soumis à aucune règle.

Partant, s'agissant de la filiation, les règles peuvent là aussi différer. L'enfant né hors mariage sera rattaché à son père grâce à un acte de volonté de celui-ci ; celui né en mariage sera rattaché au mari de sa mère grâce à la présomption fondée sur le lien existant entre ces deux personnes. Le choix librement opéré par les parents entraînent des conséquences juridiques différentes. Si un choix est offert aux couples quant à l'encadrement juridique de leur vie, il faut qu'il ait également un véritable contenu. En effet, des règles identiques pour tous les types d'unions priveraient ce choix de sens. Il n'y a aucune raison de préférer l'un ou l'autre mode de vie voire même de les conserver juridiquement s'ils sont équivalents en tous points. Aussi, la différence de régime s'explique par la différence de couples.

70. Ainsi, la présomption de paternité ne produit d'effets qu'à l'égard des enfants issus de couples mariés. Cette différence de régime entre enfants nés en et hors mariage pourrait être considérée comme discriminatoire. Mais, dans la mesure où elle ne prive pas les enfants nés hors mariage de moyens pour établir leur filiation et qu'elle se justifie par la différence de situations des parents, elle ne nous semble pas constitutive d'une discrimination en raison de la naissance.

2. Une altération possible ?

71. En l'absence d'une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme, il n'est pas exclu que le législateur, plutôt français qu'anglais pour le moment, s'interroge sur le devenir de la présomption. Au nom de l'égalité voire de l'égalitarisme, il pourrait envisager de l'étendre à tous les couples, ce qui serait synonyme d'une perte de sens ; il pourrait la faire disparaître en consacrant l'établissement volontaire de la filiation.

a. L'extension aux autres couples : une perte de sens

72. L'égalité, motif de l'extension. Le respect de l'égalité des enfants et celle des couples pourrait conduire à étendre la présomption de paternité à tous les couples stables : l'enfant né de parents pacsés ou de parents vivant en concubinage stable serait automatiquement rattaché au partenaire de la mère. Si cette conception peut apparaître séduisante pour les tenants de l'égalité, il n'en reste pas moins que se poserait assurément une difficulté technique : comment caractériser la stabilité du concubinage, et combiner le constat de celle-ci avec le caractère automatique de la règle ? S'il est vrai que la cohabitation des parents est prise en compte en ma-

tière d'assistance médicale à la procréation¹ lorsqu'elle a duré au moins deux ans, doit-elle engendrer une automaticité de l'établissement de la filiation paternelle en son sein ? L'exigence d'une cohabitation de deux ans pour pouvoir prétendre aux techniques médicales de procréation est une garantie non seulement du sérieux de la démarche parentale mais également de la filiation. En effet, ce sont les gamètes des deux membres du couple qui vont être utilisés, et même si un tiers donneur intervient, la filiation sera néanmoins établie à l'égard des membres du couple et non à l'égard des donneurs². L'enjeu de l'extension de la présomption de paternité n'est pas le même. Ainsi, le constat d'une vie commune pendant deux ans avant la naissance de l'enfant peut-il suffire à rendre automatique l'établissement de la filiation paternelle hors mariage ? Il nous semble que la vraisemblance de cette filiation ne serait pas caractérisée notamment en l'absence d'un devoir de fidélité entre les concubins ; sans une telle obligation, l'enfant né de cette union peut tout à fait ne pas être celui du concubin de la mère. Il n'y a aucun fondement, si ce n'est le seul fait de la vie commune, auquel rattacher la présomption. L'automaticité d'une filiation douteuse risquerait alors d'engendrer des conflits de filiation là où la paternité volontaire tend à les éviter.

73. Une ouverture aux partenariats enregistrés. En revanche, rien ne semblerait s'opposer, sur le plan technique du moins, à l'application de la règle pour les partenaires pacsés. En effet, le Pacs créant un lien de droit entre les partenaires, il pourrait être envisageable de considérer que le partenaire de la mère est le père. Mais la limite à l'extension de cette présomption est que le Pacs est également ouvert aux couples de même sexe. Est-il possible d'élargir la présomption de paternité aux couples pacsés en distinguant entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels ? Cela semble réellement difficile de créer un régime distinct en raison de la nature des couples ; cela pourrait même sans aucun doute être considéré comme discriminatoire. En droit anglais, l'extension n'est pas envisageable aux *civil partners* sans modifier totalement la notion de filiation. En effet, le *Civil Partnership* institué en 2005 ne concerne que les couples de même sexe³. La filiation ne peut alors s'envisager que dans le cadre de l'adoption ou de la procréation médicalement assistée⁴.

1. Code de la santé publique, Art. L. 2141-2.

2. Code civil, Art. 311-19 : « 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 ».

3. C'est ainsi que la section 3(1) du *Civil Partnership Act 2004* dispose : « Deux personnes ne peuvent s'enregistrer réciproquement comme partenaires civils si : (a) ils ne sont pas du même sexe ». Cette formulation négative marque bien que ce partenariat ne concerne que les couples homosexuels. Le législateur anglais n'a pas fait le choix d'ouvrir ce partenariat aux couples hétérosexuels. Pour ces derniers, subsistent le mariage ou l'union libre.

4. Voir *infra*, page 165.

74. Une présomption de parentalité en droit canadien. Pourtant, le Canada a institué une présomption de parentalité au bénéfice du conjoint ou du partenaire hétérosexuel ou homosexuel de la mère lorsque l'enfant a été conçu par procréation médicalement assistée dans le cadre d'un projet parental commun : des « co-mères ». Et l'on pourrait songer à établir ce genre de règle au mari ou au partenaire du père. Ces présomptions de co-maternité ou de copaternité jouant hors de toute vraisemblance sont pourtant absurdes. La présomption pour la présomption n'a pas de sens, l'adoption suffit bien à créer des liens de filiation¹. Et s'il s'agit d'assurer la prise en charge de l'enfant, d'autres moyens tels que la délégation-partage existent ou restent à inventer. Plaquer les règles traditionnelles de la filiation sur des situations qui sont « fabriquées » de toutes pièces ne peut mener qu'à leur trahison. Alors « mariage et filiation sont dénaturés »².

75. Les risques d'une présomption fondée sur le *plerumque fit*. Mais quel serait le sens d'une telle extension aux autres couples ? La présomption serait fondée sur le seul fait d'une vie commune rendant vraisemblable la paternité. Il y aurait alors un renouvellement de la présomption non plus fondée sur la présomption d'un lien génétique mais sur le constat d'un vécu familial manifestant un engagement de nature parentale. La conséquence plus large en droit de la famille serait de modifier le statut du Pacs, passant d'un statut du couple à un statut familial³. Il y aurait, surtout, altération du mariage car alors il deviendrait un mode de conjugalité parmi d'autres, qui laisserait présumer une paternité fondée sur la cohabitation et le *plerumque fit*. Étendre la présomption de paternité à toutes les unions ne nous semble donc pas envisageable dans la mesure où elle en altérerait le sens et modifierait substantiellement la définition du mariage et de la filiation. Il serait plus cohérent de supprimer une telle présomption que de l'étendre indéfiniment.

b. Vers une possible disparition ?

76. Le recours à la manifestation de volonté comme établissement de la paternité. Il serait également envisageable que la présomption de paternité disparaisse totalement du paysage juridique anglais et français. Le mode unique d'établissement de la paternité serait une manifestation de volonté, la reconnaissance voire la simple inscription du nom du père dans l'acte de naissance. La démarche serait de dégager le plus petit dénominateur commun dans

1. Même s'il faut s'interroger sur l'ouverture de l'adoption aux couples homosexuels, ce que nous ferons ultérieurement, il semble bien que l'extension de la présomption de paternité à leur profit est bien plus inappropriée encore.

2. P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La Famille*, 3^e éd., Paris : Defrénois, 2011, p. 458.

3. Ce qui mènerait à la consécration d'une « famille sans fidélité » suivant MM. les Professeurs MALAURIE et FULCHIRON *ibid.*, p. 458.

l'établissement de la filiation, la volonté d'être parent, et de fonder la filiation sur celle-ci. Le recours à la reconnaissance ou à la déclaration de parenté permettrait d'établir le lien de filiation indépendamment de toute référence à l'engagement des parents entre eux.

77. Le choix de la simple inscription du nom du père dans l'acte de naissance de l'enfant pour établir la filiation se rapprocherait de l'établissement de la maternité. Une présomption de vérité serait reconnue aux indications contenues dans l'acte. Certes, la paternité ne présente pas le même degré de certitude que la maternité : celle-ci repose sur le fait, aisément constatable, de l'accouchement ; l'on pourrait alors voir renaître les craintes que suscitait dans l'Ancien droit la règle *creditur virgini praegnanti* : la mère ne serait-elle pas tentée d'attribuer son enfant à un homme respectable et fortuné qui, pour se défendre, devrait subir la honte d'un procès ? Un tel risque semble surmontable dans la mesure où, bien évidemment, il s'agirait là d'une présomption simple, qu'une expertise génétique notamment pourra renverser¹. L'égalité serait alors assurée mais certains auteurs ont soulevé que l'encadrement de l'état civil en France n'est pas suffisant en l'état actuel pour éviter certaines fraudes et dérives.

78. Ainsi, la présomption de paternité, issue d'un même principe de droit canonique, s'est développée de façon distincte dans chacun des systèmes nationaux. Si la finalité initiale était la légitimité de la filiation de l'enfant et, par là même, sa protection personnelle et patrimoniale, l'objectif est désormais de faciliter la preuve de la filiation d'un enfant né d'un couple lié juridiquement. Le mariage reste encore l'union privilégiée qui en bénéficie mais il n'est pas certain qu'elle le reste. Il n'est pas certain non plus que la présomption de paternité subsiste face à la recherche de l'égalité entre les filiations que la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que le législateur français tendent à favoriser. Le législateur anglais, plus pragmatique, n'envisage pas, pour le moment, de la remettre en cause. Néanmoins, si la Cour européenne des droits de l'homme condamnait les États pour discrimination entre les enfants nés en et hors mariage en raison de la présomption, l'issue pour les deux systèmes serait de recourir à un mode d'établissement commun pour toutes les filiations. Auquel cas, il nous paraîtrait plus sensé de choisir un mode volontaire plutôt que l'élargissement du champ d'application de la présomption. Mode qui pourrait prendre la forme d'une simple déclaration à l'état civil dans les deux systèmes mais qui aurait des conséquences importantes sur la définition du mariage et, plus largement, sur celle de la famille.

1. Ces arguments perdent aujourd'hui un peu de leur force en raison de la facilité et de la fiabilité des tests génétiques, qui permettent d'écarter aisément les fausses paternités et de proclamer les paternités véritables. L'auteur souligne également qu'un tel système existe dans certains pays d'Europe, notamment les pays scandinaves. J. MASSIP, « Le nouveau droit de la filiation », *Deffrénois* 15 jan. 2006, p. 6.

79. Alors que la filiation légitime constituait le seul statut valable pour l'enfant, les règles relatives à son établissement pouvaient se contenter d'une vraisemblance du lien plutôt que d'une exactitude de celui-ci. Le déclin du mariage comme structure familiale de référence corrélée avec les avancées techniques de la science ont substantiellement modifié l'appréhension de la notion de filiation. Du fait de l'existence d'une preuve certaine, la filiation « exacte » et incontestable est apparue accessible. La vraisemblance a alors perdu de son intérêt et de sa valeur aux yeux des juristes et de la société face à la « certitude » et donc, semblait-il la sécurité, qu'offrait la réalité génétique pour fonder la filiation.

§ 2. La preuve génétique, garantie d'une filiation certaine

80. **Égalité et progrès scientifiques, les clés d'une évolution.** Corrélativement au déclin du mariage comme institution de référence dans la deuxième moitié du XX^e siècle, la prise en considération de l'enfant en tant qu'individu à part entière s'est accrue. L'enfant a acquis une place toujours plus grande au sein de la famille et de la société, notamment à travers la nécessité de tenir compte de son intérêt ainsi que le développement de ses droits. Alors, si la légitimité a été le berceau de la filiation, lorsque la place de l'enfant a grandi, la filiation a débordé hors du berceau. Les droits de l'enfant l'ont ainsi porté hors de la légitimité et mené vers l'égalité, nouvelle valeur transcendant le droit de la filiation.

Dans le même temps, des progrès scientifiques ont été réalisés en matière d'identification génétique. Le fondement génétique de la filiation, jusque-là présumé, pouvait être confirmé de façon quasi-certaine. La réalité génétique devenait accessible. La filiation établie pouvait ainsi y être conforme sans qu'aucune contrainte de statut ne s'y oppose.

81. Par ailleurs, l'égalité affirmée des filiations légitime et naturelle, *legitimate* et *illegitimate*, ainsi que la reconnaissance juridique – au moins partielle – des enfants adultérins ont également modifié le contexte général du droit de la filiation. Les filiations produisant les mêmes effets, le rattachement de l'enfant à la famille légitime n'était plus indispensable. La paix des familles n'était plus menacée par la réalité génétique. Alors, la quête d'identité et de certitude de la filiation a pu se développer et trouver des réponses dans la génétique plutôt que dans le statut familial¹.

Le centre de gravité de la filiation s'est ainsi déplacé du groupe à l'individu, de la référence sociale à l'identité personnelle.

1. C'est une tendance de fond que l'on a pu remarquer tout particulièrement en matière de droit au regroupement familial. V. *infra*, page 61.

82. La certitude génétique en lieu et place de la certitude matrimoniale. Aussi, à l'interrogation du doyen CARBONNIER : « Qu'est-ce qui fait les héritiers ? la certitude des filiations. Qu'est-ce qui rend les filiations certaines ? »¹, la réponse serait aujourd'hui la génétique plutôt que « la preuve des mariages ».

L'expertise génétique, preuve infaillible – ou quasi –, garantit l'exactitude scientifique d'un lien entre le parent et l'enfant. La filiation ainsi détectée s'ancre dans un lien physique dont la réalité ne peut varier suivant la volonté ou le comportement des personnes concernées. De cette preuve scientifique, résulte une filiation bien plus certaine que de la présomption reposant sur le mariage ou de la reconnaissance. L'infaillibilité de la preuve a ainsi revêtu la filiation d'une certitude qu'elle n'avait jamais connue avec tant de précision (A.).

Cette certitude scientifique a considérablement modifié la perception de la notion de filiation. Son fondement a semblé se réduire à la réalité génétique (B.). Mais c'était confondre preuve et fondement. Si l'expertise génétique est certainement la reine des preuves en la matière, la réalité génétique n'est que l'un des fondements de la filiation, à combiner avec les autres.

A. Une preuve infaillible, une filiation certaine

83. Des tests sanguins... En premier lieu, ce sont les tests sanguins qui ont été reconnus comme preuves recevables de la filiation en droit français² et en droit anglais³. Plus exactement, ces tests permettent d'établir avec certitude le défaut de lien génétique entre l'enfant et le prétendu parent mais ils n'offrent pas la même garantie pour l'établissement d'une filiation. Il s'agit donc plutôt d'une preuve négative que d'une preuve positive de la filiation.

84. ... à l'expertise ADN. Puis, la science a fourni une nouvelle preuve au droit de la filiation : l'acide déoxyribonucléique, plus communément appelé ADN. Cette série d'informations génétiques se transmet d'une génération à l'autre. Si l'enfant présente la même séquence ADN que le prétendu parent, le lien de filiation génétique ne fait alors aucun doute. Grâce à l'ADN, il est alors devenu possible d'établir positivement une filiation. Le droit a donc intégré ce mode de preuve, les formules légales préexistantes plutôt vagues – « toute autre méthode

1. J. CARBONNIER, « Préface » in *Le droit non civil de la famille*, t. 10, Publications de la Faculté de Droit et Sciences sociales de Poitiers - PUF, 1983, p. VII.

2. La jurisprudence posa le principe (Cass. civ., 25 juil. 1949 ; *D.* 1949, p. 585, note J. CARBONNIER ; *JCP G.* 1949, t. II, 5102, note A. ROUAST) qui fut repris par le législateur en 1972. Ainsi, l'article 340-1 du Code civil disposait-il : « L'action en recherche de paternité ne sera pas recevable : [...] 3) si le père prétendu établi par un examen des sangs ou par toute autre méthode médicale certaine qu'il ne peut être le père de l'enfant ».

3. La jurisprudence posa également la règle : *Wilson v Wilson otherwise Jennings* [1942] 129 LJ 226 (HL), qui fut suivie du *Family Law Reform Act 1969*. Les sections 20 et suivantes de cette loi autorisent le recours à la preuve scientifique, sans autre précision.

médicale » et « *scientific tests* » – offrant cette opportunité.

85. Les expertises scientifiques ont donné à l'origine génétique une visibilité qu'elle n'avait pas auparavant. Elles ont permis de rendre compte d'une filiation certaine. Pourtant, il n'est pas systématiquement recouru à cette preuve parfaite, marquant ainsi la différence entre la preuve et le fondement. La preuve est certaine mais le fondement n'est pas exclusif.

Apportant une telle certitude, la preuve génétique est considérée comme la reine des preuves, elle emporte donc toujours la conviction du juge (1.). Dotée d'une réelle force probante, elle est de droit (2.).

1. L'expertise génétique, reine des preuves

86. Offrant une certitude objective de l'existence d'un lien de filiation, l'expertise génétique a été dotée d'une force probante supérieure aux autres moyens de preuve de la filiation (a.) et le choix de recourir à l'expertise tout spécialement en matière de regroupement familial illustre bien la recherche d'une exactitude du lien de filiation (b.).

a. Une primauté sur les autres preuves

87. Une force probante absolue. Une fois que le recours à la preuve génétique est envisagé, c'est-à-dire que les conditions d'accès ont été respectées et qu'aucun obstacle n'a été rencontré, celle-ci est dotée d'une force probante absolue. Elle emporte la conviction du juge en raison de la certitude qu'elle contient. La certitude scientifique reconnue au résultat de l'expertise dote ainsi la filiation d'une preuve infaillible face à laquelle les autres modes de preuves ne font pas le poids. Y recourir détermine donc l'issue du procès.

88. La Cour européenne des droits de l'homme va en ce sens puisqu'elle considère que la réalité génétique doit prévaloir « sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées¹ ». Dans le même sens, en droit anglais, dans l'affaire *Re H and A (Children) 2002*, l'un des juges a estimé indiscutable le fait que la paternité d'un enfant doit être établie par la science et non pas par une présomption juridique ou une déduction². Selon lui, l'intérêt de l'enfant *in abstracto* exige que la réalité génétique prime sur toute présomption. Il en ressort que la preuve génétique prime sur toutes les autres preuves.

1. CEDH, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 oct. 1994, n° 297-C.

2. *Re H and A (Paternity : Blood Tests)* [2002] EWCA Civ. 383, [2002] 1 FLR 1145.

89. Un outil de construction ou de déconstruction d'un lien. L'expertise biologique permet donc de confirmer ou d'infirmer une filiation déjà établie ou bien seulement probable en faits. Elle peut déconstruire un lien juridique et/ou, à l'inverse, en fonder un nouveau. Elle peut donc être employée à des fins d'établissement ou de contestation d'une filiation¹.

Ses résultats peuvent avoir une incidence radicale sur la stabilité d'une filiation établie par un autre moyen. La difficulté alors est d'apprécier dans quelle mesure il doit être recouru à cette preuve toute puissante qui peut déséquilibrer une famille. Autrement dit, il convient de déterminer dans quelle mesure cette révélation génétique est dans l'intérêt de l'enfant, et plus largement, ne porte pas atteinte à la paix des familles. C'est la raison pour laquelle l'accès à cette preuve est entouré de garanties² mais lorsque celui-ci est possible, alors les effets de la preuve génétique ne sont aucunement diminués.

b. L'exemple particulier du droit français des étrangers

90. Une preuve en matière d'accès au regroupement familial. La preuve génétique apparaissait si parfaite que le législateur français a estimé en 2007 qu'il fallait y recourir dans le cadre des procédures de regroupement familial. La vérification de la filiation, support du lien de famille, ne pouvait se faire avec certitude que par ce biais. Cela est très révélateur de la conception courante du lien de filiation, fondée sur la réalité génétique. La différence de traitement entre français et étrangers qui ressortait d'une telle mesure est, en revanche, plus surprenante.

91. Un palliatif aux carences de l'état civil étranger. Suivant l'article L. 111-6 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile³, le demandeur d'un visa pour un séjour d'une durée supérieure à trois mois, ressortissant d'un pays dans lequel l'état civil présente des carences, qui souhaite rejoindre ou accompagner l'un de ses parents mentionnés aux articles L. 411-1 et L. 411-2, peut

« en cas d'inexistence de l'acte de l'état civil ou lorsqu'il a été informé par les agents diplomatiques ou consulaires de l'existence d'un doute sérieux sur l'authenticité de celui-ci qui n'a pu être levé par la possession d'état telle que définie à l'article 311-1 du Code civil, demander que [son] identification par ses empreintes génétiques soit recherchée afin d'apporter un élément de preuve d'une filiation déclarée avec [sa] mère [...]. »

1. Ainsi, en droit anglais, le rapport comprenant les résultats du test génétique pourra être une preuve recevable de l'allégation de filiation ou de non-filiation suivant la Section 20 (2) du Family Law Reform Act (c. 46) 1969.

2. V. *infra*, page 70.

3. Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, JO 21 nov. 2007, p. 18993.

Ainsi, la preuve génétique vient combler la carence de l'état civil du pays d'origine du demandeur de visa. En raison des différences de formes, mentions, modalités de publicité, les actes d'état civil émanant d'un État étranger ne sont pas des preuves certaines de la filiation. Parce que celle-ci est la base de la décision de regroupement familial, l'État français doit s'assurer de l'exactitude du lien afin de lutter contre les fraudes que peut susciter l'obtention d'un visa ou de la nationalité française. Mais, les objectifs poursuivis par le législateur en matière de droit des étrangers ne sont pas au cœur de notre réflexion ; l'outil que la loi désigne comme le mode de preuve de la filiation, c'est-à-dire le test ADN, nous intéresse davantage.

Certes, les trois principaux modes de preuves, l'acte de naissance, la possession d'état et l'expertise ADN, sont admis pour faire foi de sa filiation. Mais, les carences voire l'inexistence de l'état civil peuvent mener à l'altération de sa force probante. Quant à la possession d'état, elle peut consolider un acte d'état civil douteux. Faut-il encore qu'il existe une institution similaire dans le pays du demandeur¹, ce qui n'est pas sans susciter quelques difficultés de preuve et de droit comparé². En cas d'absence d'acte d'état civil ou de doute sur son contenu, la preuve génétique est alors privilégiée.

92. Une filiation « exacte. » Cette préférence pour la preuve génétique est révélatrice de ce que, dans l'esprit contemporain, il s'agit de la seule preuve exacte de la filiation, et que, par conséquent, par assimilation, la filiation véritable est génétique. La génétique apparaît donc comme centrale pour justifier d'un lien de filiation d'un étranger en vue de l'obtention d'un visa tandis qu'elle est davantage mise en balance avec les autres preuves lorsqu'il s'agit d'un établissement ou de la contestation d'un lien de filiation d'un français, ce qui peut paraître surprenant.

Néanmoins, il convient de noter tout de même que l'expertise génétique est ici utilisée uniquement pour la preuve de la maternité. Ce qui est moins problématique que si la paternité avait été également en cause car, en ce cas, la filiation paternelle aurait fait l'objet d'un examen génétique préalable à l'obtention du visa, examen qui donnerait l'impression d'une vérification de la conformité entre filiation légale et filiation génétique. La filiation s'enfermait alors dans le constat de la réalité génétique. Ce n'est pas l'option qui a été finalement retenue par le législateur.

Si ces dispositions légales n'ont jamais fait l'objet de décrets d'application et donc n'ont pu être appliquées, elles révèlent l'acception courante du lien de filiation, entendu comme lien physique dont l'exactitude ne peut être vérifiée qu'à l'aide d'une expertise génétique. Cette

1. Cons. constit., 15 nov. 2007, n° 2007-557 DC ; *D.* 2007, p. 2992, note G. CARCASSONNE ; *JCP G.* 2008, t. I, 100, note F. TERRÉ ; *JCP G.* 2008, t. I, 101, note M. VERPEAUX, considérant n° 9.

2. C. BIDAUD-GARON, « La preuve de la filiation d'un étranger et la loi du 27 novembre 2007 », *Dr. Fam.* Fév. 2008, p. 19, spéc. p. 22.

recherche de la véracité de la filiation grâce à la preuve parfaite se traduit dans l'accès de droit à l'expertise génétique.

2. Le « droit à » l'expertise génétique

93. Une moyen de preuve de droit. La certitude scientifique apportée par l'expertise génétique ne pouvait être refusée aux parties. Aussi, la preuve génétique est-elle de droit dans les deux systèmes juridiques, c'est-à-dire qu'elle peut être réclamée par les parties et que le juge est, sauf exception, tenu de l'accepter. Néanmoins, l'accès à l'expertise demeure encadré de sorte qu'il n'est pas certain qu'il existe un véritable « droit à » l'expertise. La qualification n'est, en effet pas la même selon que l'expertise est appréhendée comme une fin en soi ou comme un moyen au service du droit de la filiation car « admettre l'existence d'un droit à l'expertise, c'est ériger l'expertise en une finalité détachée de la filiation, alors qu'elle n'est que l'aboutissement de l'exercice d'une action d'état¹ ». Aussi, il conviendra d'observer comment l'expertise est envisagée dans l'un et l'autre droit afin d'apprécier dans quelle mesure un droit à la preuve parfaite a émergé.

a. En droit français

94. Une expertise de droit. L'expertise génétique est si importante comme mode de preuve en matière de filiation qu'elle a été déclarée de droit par la Cour de cassation dans un arrêt de principe en date du 28 mars 2000² alors même qu'à l'époque son accès y était limité par des adminicules. La jurisprudence l'a ainsi imposé comme mode de preuve incontournable de sorte qu'elle doit donc être ordonnée lorsqu'elle est demandée et peut même être ordonnée d'office³.

95. L'exigence antérieure de présomptions et indices graves. Avant l'arrêt du 28 mars 2000, l'expertise biologique n'était pas accessible librement. Il convenait d'apporter des « présomptions ou indices graves » de la vraisemblance de la filiation, suivant l'ancien article 340 du Code civil. Le recours à la preuve biologique devait donc être préalablement justifié par un adminicule de vraisemblance. Celui-ci servait de « garde-fou » pour éviter que n'importe qui ne puisse venir troubler la vie paisible d'une famille⁴.

1. M. MIGNOT, « L'accès à la preuve scientifique dans le droit de la filiation », *RRJ* 2003, 2, p. 667.

2. Cass. 1^{re} civ., 28 mar. 2000, *Bull. civ.* I, 103 ; *D.* 2000, p. 731, note T. GARÉ ; *D.* 2001, p. 1427, obs. H. GAUMONT-PRAT ; *D.* 2001, p. 2868, obs. DESNOYER ; *JCP G.* 2000, t. II, 10409, note MONSALLIER-SAINT-MLEUX ; *Defrénois* 2000, p. 769, note MASSIP ; *Dr. Fam* 2000, note P. MURAT ; *RJPF* mai 2000, p. 38, note J. HAUSER ; *LPA* 27 nov. 2000, note DABURON ; *LPA* 5 sept. 2000, note NEVEJANS-BATAILLE.

3. Code de Procédure Civile, Art. 10 et 143.

4. G. VIAL, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, sous la dir. de P. MURAT, 2008, Dalloz, p. 362.

Ainsi, même porteuse de certitude, la preuve biologique n'était pas absolue car le droit de la filiation répondait à l'impératif supérieur de la paix des familles. En effet, soumettre l'accès d'une telle preuve à la vraisemblance de la prétention visait uniquement à préserver la filiation préétablie lorsqu'elle existait ou bien à protéger la famille du défendeur à une action en recherche de paternité ou de maternité. Il convenait ainsi d'éviter « toute perturbation intempestive de la stabilité familiale par la révélation de la vérité biologique ¹ ». La vraisemblance constituait alors le préalable de la « vérité ».

A partir de 1972, le statut des enfants adultérins a été assoupli et leur filiation a pu être établie. Dès lors que le législateur avait autorisé la révélation d'une filiation adultérine et affaibli par conséquent la valeur de référence de la filiation légitime, le fondement de la paix des familles pouvait difficilement venir justifier la conservation de l'adminicule en matière de recherche de filiation ². Le mouvement d'égalité des filiations a ainsi poussé à la recherche d'une « vérité », d'une certitude physique, d'une stabilité objective, que n'offrait plus l'institution du mariage.

96. Un gage de sécurité du lien et de la famille. Ensuite, la tendance générale s'est progressivement inversée faisant apparaître la réalité génétique comme un « gage de tranquillité » ³. La réalité génétique a alors supplanté la paix des familles dans cette fonction. En effet, « le doute et l'incertitude sont apparus comme des sources potentielles de ravages à la tranquillité familiale se trouvant désormais fondée sur la vérité, à tel point qu'il était permis de se demander si un examen direct de la question de la paternité n'assurerait pas plus efficacement cette nouvelle conception de la quiétude familiale ⁴. » La réalité génétique est ainsi devenue un gage de sécurité familiale en raison de sa fiabilité ; elle apparaît désormais comme un socle solide et certain pour la construction d'un lien de filiation et, plus largement, d'une famille.

97. Un recours encadré. Toutefois, afin de ne pas risquer une atteinte à la paix des familles due à une inflation de recours à l'expertise génétique, la Cour de cassation a nuancé le principe du recours de droit à l'expertise par la formule suivante : « sauf motif légitime de ne pas y procéder. » ⁵ Le recours à l'expertise n'est donc pas absolu, il demeure soumis à la décision du juge et à son appréciation de la légitimité de l'obstacle d'y recourir qui s'appuiera

1. G. VIAL, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, sous la dir. de P. MURAT, 2008, Dalloz, p. 362.

2. *Ibid.*, p. 363.

3. *Ibid.*, p. 363.

4. *Ibid.*, p. 363.

5. Cass. 1^{re} civ., 28 mar. 2000, *Bull. civ. I*, 103 ; *D.* 2000, p. 731, note T. GARÉ ; *D.* 2001, p. 1427, obs. H. GAUMONT-PRAT ; *D.* 2001, p. 2868, obs. DESNOYER ; *JCP G.* 2000, t. II, 10409, note MONSALLIER-SAINT-MLEUX ; *Defrénois* 2000, p. 769, note MASSIP ; *Dr. Fam* 2000, note P. MURAT ; *RJPF* mai 2000, p. 38, note J. HAUSER ; *LPA* 27 nov. 2000, note DABURON ; *LPA* 5 sept. 2000, note NEVEJANS-BATAILLE.

en grande partie sur l'intérêt de l'enfant¹.

98. Dans le même sens, le droit français n'admet pas l'expertise génétique comme preuve de toute filiation. Ainsi, l'expertise génétique n'est pas de droit pour prouver une filiation fondée sur la possession d'état². En effet, dans la mesure où il s'agit de prouver un vécu familial, il paraît cohérent que l'expertise biologique n'ait pas sa place en tant que mode de preuve. Il serait contradictoire qu'une filiation fondée sur le vécu familial soit prouvée avec l'existence d'un lien génétique entre le parent et l'enfant. Cette limite au recours à l'expertise révèle – et cela sera confirmé ultérieurement – que la réalité génétique n'a pas vocation à être le fondement exclusif de la filiation. La même tendance pourra être observée en droit anglais.

b. En droit anglais

99. Un mode de preuve libre d'accès. Le *Family Law Reform Act 1969*, modifié par le *Child Support, Pensions and Social Security Act 2000*, pose le principe selon lequel le juge peut demander aux parties de subir des expertises génétiques afin d'établir la filiation³. Ainsi, la section 20 (1) du *Family Law Reform Act 1969* dispose que dans toutes les procédures civiles dans lesquelles la parenté d'une personne doit être déterminée, la Cour peut donner une instruction pour que des tests scientifiques soient employés dans la détermination de la véracité d'une filiation établie ou bien de la découverte d'une filiation non établie. La Cour peut prescrire ces tests scientifiques d'elle-même ou bien à la demande de l'une des parties, auquel cas elle ne peut lui être refusée en principe.

Mais, à la différence du droit français, l'accès à la preuve génétique ne nécessite pas obligatoirement un agrément judiciaire. Si les parties sont d'accord pour y recourir, elles peuvent faire procéder à l'expertise et ensuite la soumettre au juge comme preuve de la filiation⁴. Libre d'accès, l'expertise génétique devient alors le moyen de vérification de la véracité physique d'un lien de filiation présumé ou établi et pour lequel un doute est permis. Ce n'est qu'en cas de désaccord entre les parties à ce sujet que le juge sera saisi de la question.

100. L'intérêt de l'enfant comme adminicule. En cas de demande d'expertise formulée devant le juge, le droit anglais ne prévoit pas d'adminicule à l'expertise génétique. Le juge

1. V. *infra*, page 249.

2. Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2005, *Bull. civ. I*, 476 ; *RTD. civ.* 2006, p. 98, obs. J. HAUSER ; *Deffrénois* 2006, p. 1061, obs. J. MASSIP ; *Dr. Fam* fév. 2006, p. 18, note P. MURAT. et Cass. 1^{re} civ., 16 juin 2011, n^o 08-20.475 ; *RTD. civ.* 2011, p. 524, obs. J. HAUSER ; *Gaz. Pal.* 17 nov. 2011, note J. MASSIP ; *RJPF* oct. 2011, p. 29, note T. GARÉ.

3. *Family Law Reform Act* (c. 46) 1969.

4. N. V. LOWE et G. DOUGLAS, *Bromley's family law*, 10^e éd., Oxford : Oxford University Press, 2007, p. 326.

vérifie néanmoins que la réalisation de tels tests soient bien dans l'intérêt de l'enfant. Toute la subtilité réside alors dans le fait de savoir si l'intérêt de l'enfant est de demeurer dans l'ignorance de sa filiation génétique et dans le maintien de son équilibre familial et affectif, ou bien de connaître son ascendance, brisant l'harmonie familiale préexistante.

La jurisprudence a considéré dans l'affaire *S v S* que si l'expertise n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant en lui-même, elle n'est pas nécessairement non plus toujours dans son intérêt¹. Dans cette affaire, la *House of Lords* a précisé les lignes directrices à suivre dans l'interprétation de la section 20 (1) du *Family Law Reform Act 1969*. En raison du déclin de l'importance de la qualité légitime du lien de filiation, il est envisageable de recourir plus facilement à des expertises génétiques. Les juges peuvent les ordonner sans avoir à vérifier que le résultat soit favorable à l'enfant. Il est ici présumé que la connaissance de la « vérité » génétique est préférable pour l'enfant. Lord HODSON l'exprimait ainsi : « *The interests of justice in the abstract are best served by the ascertainment of the truth and there must be few cases where the interests of children can be shown to be best served by the suppression of truth.* » Aussi, les juges doivent ordonner que des examens sanguins soient réalisés à moins que cela soit contraire à l'intérêt de l'enfant.

C'est dans l'affaire *Re F (A Minor) (Blood Tests : Parental Rights)*² que l'approche a changé. La *Court of Appeal* a considéré qu'une expertise génétique pouvait avoir des conséquences néfastes pour l'enfant et son équilibre familial et qu'il convenait donc d'apprécier de peser les avantages et inconvénients d'une telle mesure afin de vérifier qu'elle n'était pas contraire à l'intérêt de l'enfant. L'intérêt de l'enfant permet d'atténuer la suprématie de la preuve génétique ; l'intérêt de l'enfant offre au juge le pragmatisme nécessaire pour tenir compte de la particularité de l'espèce et ainsi trancher entre les fondements de la filiation³. Il est même possible de se demander si cette appréciation de l'intérêt de l'enfant ne pourrait être une sorte d'admicule à l'accès à la preuve génétique dans la mesure où le recours à cette preuve certaine est freiné par le préalable requis qu'est l'intérêt de l'enfant.

101. Une preuve infaillible. La réalité génétique est apparue comme la preuve infaillible de la filiation parce qu'elle offrait une certitude concrète et objective. Reine des preuves, son accès devait être facilité tant pour des raisons de mise en conformité de la filiation avec le lien relevant de la nature, intuitivement valable, que pour des raisons de bonne justice en ce qu'elle désignait un débiteur alimentaire au statut indiscutable. De la fiabilité de la preuve est ainsi née la certitude de la filiation.

La réalité génétique apparaît désormais, non seulement comme une preuve de la filiation

1. *S v S, W v Official Solicitor (or W)* [1972] AC 24 (HL).

2. *Re F (A Minor) (Blood Tests : Parental Rights)* [1993] Fam 314 (CA).

3. V. *infra*, page 76.

mais également comme un véritable fondement de celle-ci, son fondement scientifique.

B. Un fondement confirmé par la « scientification » de la filiation

102. Une expansion du lien génétique. La prise en compte de la réalité génétique a réalisé une mise en conformité du droit avec le fait de la filiation. À cela se sont ajoutés les modes de procréations médicalement assistées qui ouvrent la possibilité de dépasser les difficultés physiques de l'engendrement tout en garantissant aux parents une filiation fondée sur la génétique, tout au moins partiellement.

En effet, la procréation médicalement assistée endogène permet aux parents d'engendrer un enfant qui est génétiquement le leur, alors qu'auparavant dans la même situation, ils auraient dû recourir à l'adoption. Alors, la réalité génétique empiète sur le domaine du fondement volontaire de la filiation en faisant naître une préférence des couples pour un lien de filiation génétique, plus « vrai » qu'un lien fondé sur la volonté.

Cette tendance se confirme dans la possibilité qui est offerte par la procréation médicalement assistée avec tiers donneur de concevoir un enfant avec le patrimoine génétique de l'un des parents juridiques. La filiation s'ancre, de la sorte, dans un lien en partie génétique et en partie volontaire¹.

Toutes ces filiations médicalement assistées ne sont autres que des filiations génétiquement organisées. La réalité génétique semble être le fondement le plus naturel de la filiation, aussi doit-il être ouvert le plus largement possible même si cela implique l'organisation de montages juridiques.

103. Un modèle. La filiation génétique constitue alors un modèle pour les autres sortes de filiation parce qu'elle semble la plus naturelle. Les règles régissant la filiation volontaire imitent donc celle de la filiation génétique. Elle est la référence naturelle copiée, imitée jusqu'à l'égaliser. N'étant pas envisagé comme un lien d'élection, le lien de filiation non génétique demeure pour le moment un lien de fiction familiale². En tant que fiction, en tant qu'artifice juridique, le lien de filiation non génétique doit effectivement faire « comme si », comme si il était un lien de filiation par nature ou, tout au moins, comme si il était un lien de filiation correspondant à une réalité familiale génétique³. Le rôle de référent de la filiation génétique est ici très net ; elle est à la fois le point de départ et le point d'arrivée de la construction de nombreuses règles du droit de la filiation.

1. Concernant le fondement volontaire de la filiation de l'enfant né d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur, v. *infra*, page 163.

2. E. ROMAN, *Le lien de filiation non biologique*, Toulon, 2000, p. 22.

3. *Ibid.*, p. 22.

104. Ce faisant, le droit se met en conformité avec les modes médicaux de procréation. La filiation s'inscrit de la sorte dans un phénomène plus général de « scientification » du droit de la famille, selon l'expression du doyen CARBONNIER. Ainsi, « on parie sur un développement ininterrompu de l'intervention de la science (médecine, biologie, génétique) dans la construction du droit de la famille. Le postulat est que le droit a le devoir (devoir de vérité) d'intégrer à ses dispositions les progrès des sciences qui ont la maîtrise de son objet : le devoir de se mettre en conformité. On objectera que c'est déjà mieux qu'une hypothèse : une réalité bien engagée ¹ ». Par conséquent, la réalité génétique n'est autre qu'un fondement scientifique de la filiation.

105. L'intolérable faille. Une fois cette mise en conformité du droit et de la science effectuée, l'erreur n'est alors plus tolérée. Une affaire célèbre en Angleterre illustre bien cette tendance. Dans l'affaire *Leeds Teaching Hospital NHS Trust v A* ², un couple avait eu recours à une procréation médicalement assistée endogène. La mère accouche de jumeaux noirs alors que le père génétique et elle-même sont blancs. Le personnel médical s'était trompé et avait inversé deux lots d'embryon. La mère était la femme qui avait accouché malgré l'erreur technique. Le père devait être celui qui avait donné son consentement à l'insémination avec la mère conformément aux règles applicables pour l'établissement de la filiation d'un enfant issu d'une procréation médicalement assistée. Mais la Cour a estimé que le consentement ne portait pas sur cette filiation volontaire mais sur une filiation génétiquement conforme. Celui que le droit désignait initialement comme père a pu ne pas être considéré comme le père des enfants en raison de l'absence de conformité évidente entre la filiation génétique et la filiation juridique.

Cette affaire illustre bien la nature génétique du fondement des filiations assistées médicalement. Si la filiation n'est pas conforme au projet génétique, elle ne peut être établie juridiquement, en tout cas à l'égard du père. Si la filiation n'était que purement volontaire, il aurait suffi de s'appuyer sur le projet parental pour estimer que le prétendu père était le père juridique des enfants à naître de celle avec qui le projet avait été mené, quelle que soit la couleur de peau des enfants. Mais, la nature génétique du lien prévaut ici.

106. La réalité génétique est un fondement de la filiation en ce qu'elle témoigne d'un lien physique préexistant entre le parent et l'enfant que le droit retranscrit le plus souvent. Longtemps, celui-ci a été présumé ; il peut désormais entrer dans le domaine de la certitude grâce aux avancées scientifiques. La preuve s'est d'abord saisie de cette certitude pour irriguer ensuite le fond de la filiation. La notion de filiation en ressort modifiée en profondeur puisqu'elle

1. J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille*, t. I, Quadriges, Paris : PUF, 1999, p. 781.

2. *Leeds Teaching Hospital NHS Trust v A* [2003] EWHC (Fam) 259, (2003) 1 FLR 1091.

devient une notion certaine et non plus seulement vraisemblable.

Pourtant, cette certitude scientifique ne suffit pas à réduire la notion de filiation à un lien uniquement et systématiquement génétique. Parce qu'un tel lien n'assure pas une prise en charge effective et affective de l'enfant, le droit conserve une place aux autres fondements de la filiation. À cette fin, l'accès à la réalité génétique est alors encadré de façon très précise. Par là même, ce cadre assure stabilité et sécurité des familles.

Section II La réalité génétique, un fondement non exclusif

107. Un fondement non systématique. Si l'expertise biologique est la reine des preuves, il n'y est pourtant pas fait recours automatiquement dès la naissance. Il n'est pas fait de contrôle génétique de la paternité ou de la maternité des parents se déclarant comme tels. L'enregistrement de la filiation n'est pas soumis à une condition d'exactitude génétique. La réalité génétique est un fondement de la filiation, qui est devenu essentiel, elle en constitue « l'indiscutable toile de fond »¹ ; la réalité génétique n'en est pourtant ni le fondement absolu ni le fondement exclusif. En réalité, « si “le lien du sang suscite de l'intérêt, c'est parce qu'il fait espérer [...] un comportement paternel”² et non parce qu'il serait lui-même synonyme de filiation³ ». Le droit laisse ainsi à la famille une possibilité de se construire sur l'affection et les rapports humains davantage que sur le patrimoine génétique parce que ce sont eux qui constituent la véritable essence de la filiation.

Parce que le lien génétique n'est pas un synonyme du lien de filiation mais bien seulement l'une de ses composantes, le législateur a pris soin d'encadrer le recours à la preuve génétique tant quant à la personne que quant à l'écoulement du temps (§ 1.). Le droit a même fait le choix de nier ce fondement lorsque des intérêts supérieurs à la conformité du lien juridique avec le lien génétique l'exigent (§ 2.).

1. D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité, Étude de droit des personnes et de la famille*, sous la dir. de F. TERRÉ, Paris II, 2000, LGDJ, p. 169.

2. R. THÉRY, « Véritable père et paternité vraie », *D.* 1979, I, p. 2927, n° 8.

3. D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité, Étude de droit des personnes et de la famille*, sous la dir. de F. TERRÉ, Paris II, 2000, LGDJ, p. 169.

§ 1. Une réalité limitée

108. Un fondement non exclusif. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, la réalité génétique n'est pas appréhendée juridiquement comme le fondement exclusif de la filiation. Les nombreuses mesures d'encadrement dont elle fait l'objet renforcent cette observation. Ainsi, le principe de dignité du corps humain, l'intérêt de l'enfant ou encore d'autres motifs légitimes peuvent-ils lui faire obstacle. Elle est alors limitée directement par des impératifs qui lui sont supérieurs (A.). Cette appréciation est opérée au cas par cas par les juges. L'encadrement est donc également judiciaire afin de conserver une hauteur de vue sur les intérêts en cause ; il permet d'éviter que le droit de la filiation ne réponde qu'à des volontés individuelles sans tenir compte de l'ensemble des structures familiale et sociale.

109. Un autre mouvement d'encadrement, indirect cette fois, se dégage parallèlement (B.). La réalité génétique ne doit pas pouvoir remettre en cause inconsidérément une filiation établie et, à plus forte raison, si elle a été accompagnée d'un vécu familial pendant une période significative. Le droit français envisage une telle limitation en termes de prescription tandis que le droit anglais l'appréhende à travers la notion d'intérêt de l'enfant, marquant ainsi le caractère prédictif du droit français face au caractère pragmatique du droit anglais.

A. Des limites directes

110. La réalité génétique ne peut fonder la filiation que si le juge décide qu'il peut y être fait recours en tant que mode de preuve (1.) et que celui qui va être l'objet de l'expertise – parent contesté ou parent en devenir – y consent (2.).

1. L'exigence d'une décision judiciaire, une garantie d'équilibre entre les intérêts en présence.

111. Un recours à l'expertise encadré judiciairement. « La reproduction sexuée s'associe chez l'homme à une filiation par le cœur, par le désir d'un couple d'avoir un enfant, par le legs affectif, intellectuel et culturel. Dans le but d'éviter qu'une paternité sociale et affective ancienne ne soit contestée à l'occasion d'un test génétique, la loi dispose que la pratique d'un tel test à des fins de filiation requiert une décision de justice¹. » L'encadrement judiciaire du recours à la preuve génétique est donc une garantie de préservation de la filiation établie et/ou vécue. Il s'agit alors de prendre en compte la filiation dans son ensemble, comme lien

1. A. KAHN, « La loi bioéthique - L'anonymat du don de gamètes et la recherche sur l'embryon », *D.* 2011, p. 2192.

social autant que comme lien génétique. L'appréciation judiciaire de la situation familiale, de l'intérêt de l'enfant ainsi que d'autres éléments de preuve à disposition, va tenter d'assurer un équilibre entre la réalité génétique et la paix des familles. L'intervention du juge empêche ainsi que la réalité génétique ne prime systématiquement du seul fait de sa nature scientifiquement certaine et exacte. Elle participe à ce que la réalité génétique soit l'un des fondements de la filiation mais pas l'unique. L'intervention du juge, préalable à l'expertise génétique (a.), n'affaiblit pas la réalité génétique en tant que fondement de la filiation mais elle opère comme un filtre. Le juge va mesurer la répartition des composantes du lien de filiation pour déceler la teneur de celle-ci en l'espèce. Il pourra alors décider d'écarter la réalité génétique si cela lui semble légitimement justifié (b.). En définitive, le juge n'est autre que l'outil d'équilibre de la filiation.

a. Une décision judiciaire préalable à l'expertise génétique

112. Un cadre en droit français, une liberté en droit anglais. Le recours à l'expertise génétique comme mode de preuve de la filiation ne peut être décidé en droit français que par un juge et ce, quelles que soient les circonstances (i.). Le fait que l'expertise génétique soit de droit n'implique pas une absence d'intervention du juge : la preuve est libre mais pas libérée. Elle demeure sous contrôle du juge qui peut l'écarter s'il l'estime justifiée.

En revanche, le droit anglais tient compte d'un accord des parents, du prétendu parent et de l'enfant sur le recours à l'expertise. En ce cas, une décision judiciaire n'est pas utile. Ce n'est qu'en cas de désaccord entre les parties qu'une intervention du juge est requise (ii.).

i. Un préalable requis en droit français

113. Un principe. Suivant l'alinéa 2 de l'art. 16-11 du Code civil, « en matière civile, [l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques] ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides ». En principe, il ne peut donc y avoir d'expertise sans décision judiciaire en France.

114. Une pratique contraire. Pourtant, dans la pratique, nombre d'avocats conseillent à leurs clients, qui doutent de la filiation paternelle de l'enfant, de recourir à l'un de ces tests proposés sur internet¹ et réalisés par des laboratoires à l'étranger. Ces tests n'ont pas de valeur probatoire mais leur résultat constitue un préalable de fait à l'action en justice. Il

1. Une simple recherche sur Google telle que « test adn filiation » offre un nombre consistant de propositions d'expertise dans des délais rapides et pour un coût avoisinant une centaine d'euros.

s'agit là en quelque sorte d'un retour au système des présomptions et indices graves exigé par l'ancien article 340 du Code civil. De telles preuves préalables justifiant de la filiation à établir étaient exigées pour que l'action en recherche de paternité soit recevable. L'arrêt de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation du 28 mai 2000 a mis fin à ce système en affirmant que l'expertise biologique est de droit. Les expertises génétiques « sauvages » sont certes réalisées hors du cadre judiciaire mais précèdent une action judiciaire en recherche ou en contestation de filiation. En ce que leur résultat va conditionner l'action du requérant, elles constituent les nouvelles preuves préalables à l'action en justice. Mais cette fois, ces expertises sont employées à titre privé puisqu'elles ne seront pas prises en compte par le juge ensuite ; ces expertises n'ont pas pour finalité d'emporter la conviction du juge mais celle de celui qui doute de la filiation de l'enfant. Si une action judiciaire est engagée après une expertise « sauvage », le juge ne pourra en tenir compte et en ordonnera une nouvelle. La seule utilité de ces expertises pour le requérant est de vérifier s'il est opportun d'engager des frais pour une action judiciaire¹. Il va vérifier par lui-même, au détriment de la règle d'ordre public de l'article 16-11 du Code civil, si l'action a des chances d'aboutir. Le contrôle de recevabilité de l'action se déplace alors du juge au requérant. Il s'agit précisément de l'approche retenue par le droit anglais.

ii. Un préalable restreint aux situations conflictuelles en droit anglais

115. Un libre recours à l'expertise en cas d'accord des parties. La position adoptée par le droit anglais est intéressante car médiane : le recours à l'expertise génétique est libre quand les deux parties sont d'accord pour y recourir. En revanche, en cas de désaccord, une décision judiciaire est exigée. Ce système nous semble équilibré car il ne permet de recourir à l'ex-

1. En ce qu'elle introduit une dimension économique dans la démarche judiciaire, cette vérification fait penser à l'analyse économique du droit. Succinctement, nous pouvons suivre les quatre étapes dégagées par MM. MACKAAY et ROUSSEAU pour leur méthode analytique (E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Méthodes du Droit, Dalloz -Éditions Thémis, 2008, p. 595). En premier lieu, il convient de dégager la structure incitative de la règle. Différentes règles impliquent différents coûts pour le justiciable. En l'espèce, la règle interdit le libre recours à l'expertise biologique, elle impose une décision judiciaire et donc un coût conséquent.

En second lieu, il faut déterminer la règle la plus souhaitable, c'est-à-dire celle qui entraîne les coûts les moins élevés. L'objectif poursuivi par le législateur est en principe d'éviter le gaspillage. En l'espèce, le coût engendré par la règle de droit positif est plus important que s'il suffisait de recourir librement à une expertise et d'en transcrire à l'état civil le résultat ; il faut, en effet, recourir à un avocat et payer des frais de justice en plus de ceux relatifs à l'expertise. La règle de droit positif n'est donc pas très efficace d'un point de vue économique.

En troisième lieu, il faut déterminer si la règle correctrice ne va pas avoir d'effets secondaires indésirables. En l'espèce, si le coût d'accessibilité à la filiation génétique pouvait être réduit, la conséquence indésirable serait une atteinte excessive à la paix des familles et une confusion entre filiation génétique et filiation juridique. La filiation serait réduite au lien génétique. Le droit de la filiation ne peut donc pas s'apprécier au regard de seuls impératifs économiques au risque de réduire la notion de filiation à l'un de ses fondements.

pertise génétique que lorsque le père contesté ou contestant, ou le prétendu père, et la mère sont en accord sur la recherche à mener, autrement dit, s'ils souhaitent déterminer quelle est la véritable filiation de l'enfant. Une telle volonté concordante ne heurte pas la paix des familles, l'accord présume, en effet, que l'intérêt de la famille est de déterminer la véritable filiation de l'enfant.

116. La nécessaire intervention du juge en cas de désaccord. En revanche, lorsqu'il y a désaccord entre les parents ou entre le parent et le prétendu parent, la paix des familles est menacée. En effet, le désaccord révèle un conflit au cœur duquel se trouve l'enfant. Le juge exerce alors une compétence de protection (« *protective jurisdiction* »¹) et non une compétence d'attribution (« *custodial jurisdiction* »²), c'est-à-dire qu'il devra vérifier qu'il n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant de procéder à l'expertise génétique et non pas vérifier qu'il est dans son intérêt d'y recourir.

117. Ainsi, la difficulté n'est pas de recourir ou non à la preuve biologique mais plutôt de déterminer quelles vont en être les conséquences. Si celles-ci sont acceptées préalablement, l'expertise biologique pourra avoir lieu sans l'intervention du juge. Mais si l'expertise risque de porter atteinte à l'intérêt de l'enfant, elle n'est plus de droit et peut être refusée par le juge. Alors, il est fait obstacle à la vérité biologique au nom de l'intérêt de l'enfant.

118. Consensualisme et volonté individuelle. En définitive, la décision du juge est centrale dans le recours à l'expertise génétique dans les deux pays car elle permet un équilibre entre la filiation génétique et la filiation volontaire. Le juge peut préserver la seconde au détriment de la première et réciproquement. Le critère de décision sera l'intérêt de l'enfant³. Mais il faut observer que le droit français est plus directif que le droit anglais puisque la décision judiciaire est systématiquement requise, ce qui n'est pas le cas en droit anglais.

Ce dernier conçoit donc que la filiation génétique puisse être révélée et établie du fait d'un accord mais pas d'une volonté unilatérale⁴ ; lorsque cet accord n'existe pas, une volonté unilatérale peut demander à ce que la filiation génétique soit révélée et établie mais uniquement sous le contrôle du juge. Le droit français ne s'intéresse nullement à l'existence d'un accord de volonté des parties et ne s'en remet qu'au pouvoir judiciaire. Le droit français apparaît donc

1. Suivant l'expression de Lord MACDERMOTT'S (50 G.) et Lord HODSON (58 C-D and G-D) dans : *S v S, W v Official Solicitor (or W)* [1972] AC 24 (HL).

2. La *custodial jurisdiction* était celle relative à l'attribution de la *custody*, équivalent de la résidence – anciennement garde – de l'enfant en droit français. C'est la raison pour laquelle nous traduisons cette expression par « compétence d'attribution ».

3. Le rôle d'instrument de référence de l'intérêt de l'enfant dans l'appréciation de la situation et dans la décision du juge sera développée *infra*, page 249.

4. Ce qui est également confirmé dans l'établissement non contentieux de la filiation puisque la mère doit valider la reconnaissance du père : v. page 117.

plus circonspect que le droit anglais quant à la capacité des individus d'apprécier l'intérêt de l'enfant et de préserver la paix des familles.

b. Les moyens d'appréciation du juge

119. L'exigence d'une justification du refus de recourir à l'expertise. En droit français comme en droit anglais, le juge peut décider de ne pas recourir à la preuve génétique. Autrement dit, il peut décider d'écarter la preuve qui apporte la certitude sur l'existence d'un lien physique, biologique, génétique de filiation. Il faut pour cela qu'une raison supérieure s'impose : la primauté d'un lien d'une autre nature dont la certitude n'est pas scientifique mais vécue. Remettre en cause ce vécu familial au profit de la réalité génétique peut être très déstabilisant pour l'enfant. Il peut alors être dans son intérêt que le juge écarte la preuve génétique et donc, souvent aussi, la requête remettant en cause la filiation déjà établie en fait ou en droit.

Pour justifier de cette mise à l'écart de la réalité génétique, le juge français doit s'appuyer sur un « motif légitime », formule qui lui laisse un large pouvoir d'appréciation (i.). Le juge anglais, quant à lui, n'est pas soumis expressément à cette exigence de légitimité de la justification de sa décision car celle-ci ressort en elle-même de la fonction créatrice du juge anglais. Là où le juge français doit justifier sa décision pour ne pas contrevenir à l'interdiction des arrêts de règlement de l'article 5 du Code civil, le juge anglais peut initier une nouvelle règle de droit. Pour les questions relatives à la filiation et au recours à l'expertise génétique, le juge anglais s'appuie généralement sur la notion pragmatique de l'intérêt de l'enfant (ii.).

i. Un motif légitime de ne pas procéder à l'expertise en droit français

120. En droit français, la Cour de cassation a laissé aux juges la possibilité de refuser d'accéder à la demande des parties de recourir à l'expertise génétique. Pour cela, ils doivent faire état d'un motif légitime de ne pas y procéder. La décision ne peut être discrétionnaire sinon elle porterait atteinte au principe selon lequel l'expertise génétique est de droit et, depuis 2005, à celui de la liberté de la preuve en droit de la filiation.

121. Des motifs variés. Certains de ces motifs sont d'ordre matériel : le parent est impossible à localiser¹ ; d'autres juridiques : l'action est fermée par la conjonction du titre et de la possession d'état pendant une durée jugée significative par le législateur². Enfin, certains

1. Cass. 1^{re} civ., 3 jan. 2006 ; *Dr. Fam* 2006, no 108, obs. P. MURAT.

2. Depuis la réforme du 4 juillet 2005, l'article 333 du Code civil envisage que la filiation ne peut être contestée « lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement ». La filiation juridiquement établie, confortée par le vécu familial, ne peut donc être perturbée par la primauté d'un lien génétique. La stabilité de la filiation, et par elle, celle de la famille, demeure un objectif supérieur à la « vérité » génétique de la filiation.

de ces motifs sont liés à l'inutilité de la démarche soit parce que la filiation a été prouvée par d'autres moyens¹ soit parce qu'elle serait vouée à l'échec².

122. Le refus justifié par la présence d'autres preuves. La question qui se pose est donc de savoir si l'expertise génétique peut ne pas être ordonnée lorsque le juge a d'autres preuves en main qu'il estime suffisantes pour emporter sa conviction. Quelles peuvent être ces autres preuves ? Il faut distinguer selon le type d'action qui est engagée. S'il s'agit d'une action en recherche de filiation, il peut être fait recours à l'acte de notoriété, qui prouve la possession d'état à l'égard de l'enfant. Alors le refus du juge de recourir à l'expertise pourra être justifié par l'inutilité de la démarche.

123. S'il s'agit d'une action en contestation, la finalité de l'action n'est pas constructive mais perturbatrice voire destructrice de la filiation établie, aussi l'exigence probatoire est-elle renforcée. Il faut alors à nouveau distinguer selon qu'il s'agit d'une action en contestation engagée par le parent sur sa propre filiation ou bien d'une action engagée par l'autre parent ou le prétendu parent. Dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque l'action est engagée par le parent sur sa propre filiation, on peut envisager par exemple, hormis le cas d'une procréation médicalement assistée³, que le père apporte la preuve qu'il était absent pendant la période de conception. Mais, il s'agit en quelque sorte de revenir à l'expertise génétique puisqu'être certain que le père était absent, c'est être certain qu'il n'est pas le père génétique.

En revanche, dans le second cas, c'est-à-dire lorsque le demandeur à l'action est la mère ou le prétendu père, l'enjeu de destruction d'une filiation est trop important pour que le résultat ne soit pas certain. Ainsi, la Cour de cassation a estimé que l'existence de la possession d'état, assortie d'autres éléments de preuve de la filiation, ne constituait pas un motif légitime au

1. Le motif légitime du refus peut donc être l'existence d'éléments de preuve suffisamment convaincants, permettant d'établir la paternité naturelle : par exemple, Cass. 1^{re} civ., 5 fév. 2002 ; *D.* 2003, p. 658, note D. BOURGAULT-COUDEVILLE.

2. Par exemple, lorsqu'une expertise comparée de sangs avait déjà été réalisée : Cass. 1^{re} civ., 25 oct. 2005, n° 04-10667, *Bull. Civ. I no 385* ; *RTD. civ.* 2005, p. 98, obs. J. HAUSER. « L'expertise biologique avait abouti à ce qui, en l'état actuel de la science, constituait une *quasi-certitude* de sorte qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner de contre-expertise ». Le résultat de la première expertise, même obtenu avec un moyen scientifique dépassé, peut suffire. Il n'est pas besoin de le vérifier à l'aide d'une technique plus moderne. Dans la jurisprudence antérieure (Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1995, *Bull. civ. I*, 239 ; *RTD. civ.* 1995, p. 872, obs. J. HAUSER ; *Deffrénois* 1996, obs. J. MASSIP), la Cour de cassation estimait qu'une contre-expertise pouvait être refusée, mais les deux expertises étaient de même nature : il s'agissait d'examen comparés de sang. Il est plus étonnant qu'elle refuse de vérifier le résultat obtenu avec une méthode quasi-certaine – l'examen comparé des sangs – à l'aide d'une méthode davantage certaine – l'expertise génétique. Une telle solution s'explique sans doute par la durée, plus longue à l'époque qu'en droit positif, des délais de prescription. La stabilité de la filiation étant en cause, il n'était pas besoin de recourir à une seconde technique pour s'assurer de la vérité génétique.

3. Dans le cas d'une procréation médicalement assistée, l'absence du père légal lors de la période de conception ne peut fonder une contestation de paternité, v. *infra*, page 174.

refus de l'expertise¹. En l'espèce, la possession d'état était invoquée par l'amant tandis que le père légal, auteur de la reconnaissance, réclamait une expertise biologique. La Cour d'appel s'était contentée des preuves de la filiation à l'égard de l'amant : une possession d'état avérée et les jugements lui accordant un droit de visite puis la résidence des enfants. La Cour de cassation a cassé cet arrêt en rappelant que l'expertise biologique était de droit. Rendue sous l'empire de la loi ancienne, cette décision marque une avancée de la filiation génétique face à la filiation sociologique en cas de conflit de filiations. En effet, la jurisprudence antérieure était plus restrictive quant à l'usage de la preuve génétique notamment en raison des délais de prescription assez longs des actions en contestation de filiation. La jurisprudence instaurait implicitement un deuxième obstacle à l'action, celui de la preuve, afin d'éviter toute remise en cause tardive du lien. Mais, depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005, les délais de prescription se sont restreints et la liberté de la preuve a été affirmée légalement à l'article 310-3. Aussi, le risque de perturbation de la filiation juridiquement établie sera restreint dans le temps et la limite posée par la jurisprudence quant à l'emploi de la preuve génétique va sans doute s'atténuer. Alors, la preuve génétique sera sans doute davantage sollicitée. Dans le cadre de ces conflits de filiation, la notion de filiation risque donc de se recentrer autour du lien génétique². L'exclusion d'une filiation justifie donc une preuve davantage indiscutable que la désignation d'un parent.

124. L'expertise génétique n'est donc pas retenue par le droit comme le seul moyen de preuve de la filiation. Le fait de prouver la filiation par d'autres moyens, qui ensuite permettent de refuser le recours à une expertise biologique, montre qu'il n'y a pas de hiérarchie des preuves. La preuve génétique n'est ainsi pas appréhendée juridiquement comme la reine des preuves même si elle est scientifiquement la plus simple à apporter et la plus exacte scientifiquement. Le droit anglais pose moins de réserves préalables à l'usage d'une telle preuve mais le limite pourtant lorsque l'intérêt de l'enfant est en cause.

ii. L'intérêt de l'enfant, motif principal en droit anglais

125. En Angleterre, lorsqu'une demande d'expertise génétique est opérée devant le juge, celui-ci doit en principe l'autoriser. Néanmoins, il peut la refuser si le *child's welfare*, c'est-à-dire, littéralement, le bien-être de l'enfant, risque d'être affecté par une telle mesure. Autrement dit, le recours à l'expertise génétique va se décider en référence à l'intérêt de l'enfant.

1. Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2008, *Bull. civ.* I, 157 ; *Dr. Fam* 2008, p. 29, note P. MURAT ; *RTD. civ.* 2008, p. 464, obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 2008, p. 2425, obs. J. MASSIP ; *D.* 2008, p. 1624, obs. I. GALLMEISTER ; *JCP G.* 2009, t. I. p. 102, obs. FAVIER ; *D.* 2009, p. 776, obs. GRANET.

2. Dans le même sens : v. P. MURAT, « Refus d'expertise biologique et existence d'une possession d'état : petite mise au point de la Cour de cassation, Note sous Cass. 1^{re} civ. 28 mai 2008 », *Dr. Fam.* Jul. 2008, p. 29.

126. Dans une affaire *Re F (A Minor) (Blood Test : Parental Rights)*¹, les juges de la *Court of Appeal* ont considéré que l'intérêt de l'enfant ne résidait pas nécessairement dans la conformité de la filiation juridique à la filiation génétique. Dans cette affaire, l'épouse était enceinte de son amant. S'étant réconciliée avec son mari, ils élevèrent ensemble l'enfant. L'ancien amant engagea une action pour obtenir la *parental responsibility*, c'est-à-dire l'équivalent de l'autorité parentale. Des tests génétiques furent requis pour prouver le lien de filiation mais il fût opposé à cette demande que de tels tests ne seraient pas favorables à l'enfant. En effet, non seulement, les résultats pourraient endommager l'union du couple marié mais également la stabilité de la situation de l'enfant.

La *Court of Appeal* avait alors procédé à une pesée des intérêts en présence, entre l'intérêt prétendu de l'enfant à ce que sa filiation juridique soit conforme avec sa filiation génétique. Elle avait considéré que le *welfare of child* était lié au bien-être de la famille dans son ensemble, dont faisait partie en l'espèce le mari de la mère². Les avantages de la révélation de la « vérité » génétique furent considérés comme moindres par rapport au maintien de cette stabilité familiale constatée. L'intérêt de l'enfant réside ici davantage dans le maintien de l'équilibre de sa vie familiale que dans la réalité génétique.

Dans une autre affaire, *Re K (Specific Issue Order)*³, le juge HYAM a considéré que l'intérêt de l'enfant pourrait l'emporter sur son droit de connaître l'identité de son père. La révélation de l'identité du père pouvait, en l'espèce, causer un traumatisme important pour la mère et avoir des répercussions sur l'enfant. Aussi, le juge décida de ne pas ordonner l'expertise génétique et de ne pas révéler à l'enfant l'identité de son père⁴. Il doit donc être tenu compte des conséquences psychologiques qu'entraînerait de manière certaine sur l'enfant une telle mesure d'expertise⁵.

127. Cette possibilité d'écarter le recours à l'expertise génétique est limitée en droit anglais car ce mode de preuve est considéré comme porteur d'une « vérité » dont la bonne administration de la justice réclame la délivrance. Pourtant, certains juges résistent à cette tendance

1. *Re F (A Minor) (Blood Tests : Parental Rights)* [1993] Fam 314 (CA).

2. BALCOMBE LJ l'exprimait ainsi : « [...] but now and for the first few years of her life E.'s physical and emotional welfare are inextricably bound up with the welfare of the family unit of which she forms part : any harm to the welfare of that unit, as might be caused by an order for the taking of blood tests, would inevitably be damaging to E. »

3. *Re K (Specific Issue Order)* [1999] 2 FLR 280 (FD).

4. V. également en ce sens : *J v C (Void Marriage : Status of Children)* [2006] EWHC (Fam) 2837. et *Re D (Paternity)* [2006] EWHC (Fam) 3545, [2007] 2 FLR 26.

5. Cette solution mesurée est également celle qui a pu être retenue par la jurisprudence française : TGI Lyon, 5 juil. 2007 ; D. 2007, p. 3052, note A. GOUTTENOIRE ; *RTD. civ.* 2008, p. 93, obs. J. HAUSER. Pour justifier leur décision, les juges français avaient invoqué la Convention internationale des droits de l'enfant pour refuser l'expertise au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant à ne pas voir, en l'espèce, remise en cause sa filiation. V. *infra*, page 249.

en s'appuyant sur l'intérêt de l'enfant, recherchant un équilibre entre le droit de l'enfant de connaître ses origines et le maintien de la stabilité de sa vie familiale. Les juges ne peuvent écarter le vécu familial, qui enracine la filiation dans la famille, au profit de la seule science. C'est d'ailleurs pourquoi la dissociation des différents éléments constitutifs de la filiation est parfois évoquée : le parent génétique n'étant pas toujours celui qui a le statut juridique de parent ni non plus celui qui exerce le rôle de parent, chacun pourrait se voir reconnaître une qualité juridique de parent en fonction de cette implication distincte. C'est un peu ce qu'annonce la jurisprudence *Re H*. La réalité génétique pourrait s'autonomiser par rapport au rôle parental.

128. Le recours à la preuve génétique pour établir ou contester un lien de filiation exige une décision judiciaire en droit français quelles que soient les circonstances tandis qu'en droit anglais, le juge n'intervient que si les parties sont en désaccord quant à cette expertise. La réalité génétique est donc bien plus accessible en droit anglais qu'en droit français. Pourtant, elle demeure soumise à une autre exigence, celle du consentement de la personne concernée à y procéder.

2. L'exigence du consentement à l'expertise

129. La préservation de la dignité de la personne comme fondement. La preuve « parfaite » de la filiation ne peut être, en principe, obtenue contre la volonté de la personne concernée. L'exigence du consentement de l'intéressé à l'expertise génétique sur son propre corps vise à préserver la dignité de la personne. Il convient donc de le recueillir (a.), ce qui implique que l'intéressé soit vivant ou se soit exprimé de son vivant. Puisqu'il doit consentir, il peut donc librement exprimer un refus (b.). Mais ce refus n'est pas dénué de conséquences, surtout quant à l'établissement d'une filiation. La réalité génétique n'est alors pas véritablement limitée, elle est contournée de façon à atteindre le résultat recherché. Il est également possible, en droit anglais, de passer outre le refus exprimé par le représentant de l'enfant au nom de ce dernier (c.). L'enfant est donc présumé donner son consentement à l'expertise même si son représentant s'y oppose. La réalité génétique est de son intérêt.

a. Le recueil du consentement de l'intéressé à l'expertise sur son propre corps

130. Un consentement. En droit français comme en droit anglais, le juge ne peut pas ordonner librement une expertise biologique. Il doit préalablement s'enquérir du consentement de la personne sur laquelle elle va s'opérer. En effet, chacun a droit au respect de son intégrité physique et reste donc libre de se soumettre ou non à un tel examen. Personne ne peut y être contraint¹.

Ainsi, la section 21 du *Family Reform Act 1969* prévoit qu'un prélèvement ne peut être effectué sur une personne que si celle-ci donne son consentement à l'acte². En droit français, c'est l'article 16-11 alinéa 2 du Code civil qui pose la même exigence³.

131. Un consentement de son vivant. S'il ne peut y avoir d'expertise génétique sans consentement de la personne concernée, *a fortiori*, il ne devrait pas être possible de procéder à une expertise génétique *post mortem* si aucun consentement n'a été donné du vivant de la personne concernée. Ce principe, qui paraît relever de l'évidence, n'a pourtant été exprimé que récemment. En effet, la jurisprudence avait autorisé, dans une célèbre affaire, l'exhumation du corps du prétendu père afin de procéder à une expertise⁴. La loi du 10 août 2004 l'a interdit ensuite afin que le respect dû aux morts soit garanti. Désormais, l'alinéa 2 de l'article 16-11 est explicite : « Sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort ». Le Conseil constitutionnel en a confirmé la constitutionnalité dans une question prioritaire de constitutionnalité en 2011⁵.

1. À la différence du droit allemand où une telle contrainte est possible : R. FRANK, « L'examen biologique sous contrainte dans le cadre de l'établissement de la filiation en droit allemand », *RIDC* 1995, 4, p. 905, le § 1598a du BGB permet ainsi au père, à la mère ou à l'enfant d'exiger de l'un d'entre eux qu'il donne son consentement à une recherche génétique sur sa personne et supporte le prélèvement nécessaire à cette recherche. Face à un refus, « le tribunal de la famille doit suppléer au consentement qui n'est pas donné et ordonner que soit supporté le prélèvement d'échantillon ». Le principe de la contrainte en matière d'examen biologique a été introduit en 1938, c'est-à-dire sous le régime national-socialiste, et est, depuis lors, solidement ancré dans le droit de la procédure allemande. Mais, au-delà des aspects historiques, cette particularité allemande révèle que la réalité génétique est placée, dans l'échelle des valeurs, à un rang supérieur à celle de l'intégrité corporelle. À l'inverse des droits français et anglais.

2. « *A bodily sample [...] shall not be taken from that person except with his consent.* »

3. Code civil, Art. 16-11, al. 2 : « Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli ».

4. CA Paris, *Aff. Yves Montand*, 6 nov. 1997 ; *D.* 1998, p. 118, note P. MALAURIE ; *JCP G.* 1998, t. I, 101, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; *Dr. Fam* déc. 1998, p. 4, obs. P. CATALA ; *Defrénois* 1998, art. 36753, p. 314, obs. J. MASSIP ; *Gaz. Pal.* 12 déc. 1997, p. 703, note T. GARÉ ; *RTD. civ.* 1998, p. 87, obs. J. HAUSER.

5. Cons. constit., 30 sept. 2011, n° 2011-173 QPC, Selon les requérants, l'interdiction de recourir à l'identification par les empreintes génétiques sur une personne décédée, dans une procédure civile en matière de filiation, portait atteinte au respect de la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale. Le Conseil constitutionnel a estimé qu'il était de la compétence du législateur, suivant l'article 34 de la Constitution, de déterminer les règles applicables en matière d'établissement et de contestation des liens de filiation. Puis, il a considéré que « le législateur a entendu faire obstacle aux exhumations afin d'assurer le respect dû aux morts » et qu'il ne lui appartenait pas « de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière du

132. Pourtant, il n'est pas certain que l'article 16-11 alinéa 2 soit conforme à la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, dans l'affaire *Jäggi c. Suisse*, la Cour européenne des droits de l'homme avait affirmé la primauté du droit de connaître son ascendance sur celui de reposer en paix¹. Dans cette affaire, le requérant, âgé de 67 ans, souhaitait faire établir sa filiation à l'égard de son prétendu père, décédé en 1976. Les juridictions suisses n'avaient pas permis au requérant d'exhumer le corps du prétendu père pour procéder à une expertise génétique. Le Tribunal Fédéral avait refusé au droit de connaître son ascendance un caractère absolu et estimé qu'il devait être mis en balance avec le droit du défunt de protéger sa dépouille contre des atteintes contraires aux mœurs et usages et celui des proches au respect du défunt et à l'intangibilité de son corps. La limite du droit à la connaissance de son ascendance se trouvait donc dans le droit à la dignité humaine dont bénéficie même les défunts. Le requérant saisit alors la Cour européenne des droits de l'homme qui lui donna raison, estimant que la Suisse avait violé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour s'était appuyée d'abord sur l'absence de motifs religieux ou philosophique allégués par la famille à l'exhumation du défunt. Elle soulignait ensuite que le prélèvement d'ADN n'est qu'une « ingérence relativement peu intrusive pour le défunt ». Enfin, la Cour estimait que, le corps du défunt devant être exhumé à l'occasion du renouvellement des concessions de tombe tous les vingt ans, le droit de reposer en paix ne bénéficie finalement que d'une protection temporaire. Elle en déduisait donc que le droit de connaître son ascendance ne devait pas être entravé par un droit temporaire. Alors, l'interdiction d'exhumer un corps pour procéder à une expertise génétique, en vue de déterminer une filiation, violait le droit de connaître son ascendance, composante du droit au respect de la vie privée.

Il nous semble que cette décision n'emporte pourtant pas nécessairement condamnation de la loi française. En effet, la question du renouvellement obligatoire des concessions de cimetière tous les vingt ans ne se présente pas en droit français, aussi la Cour ne pourrait-elle en tirer la conclusion que le droit de reposer en paix fait l'objet d'une protection temporaire. La nature du droit de reposer en paix ne serait alors pas affaiblie face à celle du droit à la connaissance de son ascendance. Néanmoins, d'un autre point de vue, le fait que la Cour ait pris en considération l'absence de motifs religieux ou philosophique exposés par la famille pour s'opposer à l'exhumation, démontre que son raisonnement est à l'inverse de celui du législateur français. La Cour estime qu'en l'absence d'opposition motivée religieusement ou philosophiquement par la famille après le décès, l'exhumation est permise au nom du droit à

respect dû au corps humain ».

1. CEDH sect. III, *Jäggi c. Suisse*, 13 juil. 2006, n° 58757/00 ; *RTD. civ.* 2006, p. 727, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTD. civ.* 2007, p. 100, obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 2008, p. 573, obs. J. MASSIP ; *Dr. Fam* mai 2008, p. 13, obs. A. GOUTTENOIRE.

la connaissance des origines. Peu importe l'opposition du défunt de son vivant – alors même qu'en l'espèce, il s'y était toujours refusé. Seules comptent les motivations familiales. Le législateur français, quant à lui, s'en tient à la volonté exprimée de son vivant par le prétendu parent. S'il a exprimé son consentement, l'exhumation est possible. S'il ne l'a pas fait ou s'y est opposé, elle est impossible. Les motivations de la famille après le décès ne sont pas prises en compte. Il est fort probable que, dans la pesée des intérêts en présence, la Cour européenne considérerait qu'il y a là entrave au droit à la connaissance de son ascendance et donc violation au droit au respect de sa vie privée.

Si le droit français semblait encore pouvoir échapper à la condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme en raison des particularités relatives à l'affaire *Jäggi c. Suisse*, l'exigence d'un consentement du vivant de la personne concernée a été remise en cause directement dans l'affaire *Pascaud c. France* en 2011.

133. Une remise en cause de l'exigence du consentement à l'expertise ? Dans l'affaire *Pascaud c. France*¹, la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme en ce que le droit français, imposant un consentement valable à l'expertise génétique, entravait le droit de connaître son ascendance.

Dans cette affaire, la filiation paternelle du requérant était établie, suivant la présomption de paternité, à l'égard du mari de sa mère. Mais, cette filiation juridique n'était pas conforme à sa paternité génétique. Aussi, engagea-t-il une action en contestation de sa filiation paternelle et, à titre incident, une action en établissement de paternité à l'égard de celui qu'il savait être son père génétique. Une expertise génétique fut d'abord ordonnée mais le prétendu père ne s'y rendit pas. Ensuite, le prétendu père génétique, sans enfant, fit donation de son domaine viticole à la commune de Saint-Émilion. Après avoir été placé sous sauvegarde de justice, il manifesta sa volonté de reconnaître le requérant comme son fils. Il accepta également de se soumettre à une expertise génétique demandée par le requérant. L'expertise conclut à sa paternité. Puis, il fut placé sous curatelle. Enfin, il décéda en cours de procédure et celle-ci fut radiée.

Une nouvelle procédure fût engagée par le requérant pour contester sa filiation juridique et établir sa filiation génétique. Il souhaitait que l'expertise biologique réalisée à l'égard du prétendu père, avant le décès de celui-ci, soit prise en compte. La procédure de contestation aboutit mais non celle en établissement à l'égard du défunt. La Cour d'appel considéra que, après avoir constaté l'évolution des facultés mentales du prétendu père et s'être livré à l'analyse graphologique de sa signature, ce dernier n'avait pas consenti à l'expertise génétique. Il y avait donc lieu de la déclarer nulle. Le requérant se pourvut en cassation mais son pourvoi fut

1. CEDH sect. V, *Pascaud c. France*, 16 juin 2011, n° 19535/08 ; *RTD. civ.* 2011, p. 526, obs. J. HAUSER.

rejeté. Il saisit alors la Cour européenne des droits de l'homme, faisant valoir une violation de l'article 8 de la Convention par le droit français qui l'empêchait de connaître son ascendance.

La Cour européenne des droits de l'homme a estimé que le droit du père de ne pas être soumis à des tests ADN ne saurait constituer à lui seule un argument suffisant pour priver le requérant de ses droits au regard de l'article 8 de la Convention.

La Cour a considéré que « *la cour d'appel a donné plus de poids aux droits et intérêts du père présumé qu'au droit du requérant à connaître ses origines et à les voir reconnues, droit qui ne cesse nullement avec l'âge, bien au contraire (Jäggi, §40)* » (§65). Le droit d'accès à son ascendance doit donc primer sur le droit du père de ne pas se soumettre à un test ADN.

134. À la différence de l'arrêt *Jäggi c. Suisse*¹, la Cour ne fait pas ici référence au droit de reposer en paix ou au droit à la dignité du corps humain mais seulement au droit des tiers à ne pas se soumettre à des tests ADN² qui repose sur le principe de sécurité juridique. En effet, dans la mesure où l'expertise avait été réalisée sur un homme vivant, la question qui se posait n'était pas relative à l'expertise *post mortem* mais à la recevabilité d'une expertise réalisée alors que le consentement exprimé pour celle-ci n'était pas valable. La nullité du consentement et donc de l'expertise peut-elle empêcher l'accès à la connaissance de son ascendance ?

Les obstacles juridiques à la prise en compte d'une preuve de la filiation génétique ont semblé à la Cour de peu de poids face au droit du requérant de connaître son ascendance. La Cour l'exprime très clairement : elle « a des difficultés à admettre que les juridictions nationales aient laissé des contraintes juridiques l'emporter sur la réalité biologique en se fondant sur l'absence de consentement de W. A, alors même que les résultats de l'expertise ADN constituaient une preuve déterminante de l'allégation du requérant ». Elle en conclut qu'il n'a pas été ménagé un juste équilibre entre les intérêts en présence et que le requérant a subi une atteinte injustifiée à son droit au respect de la vie privée.

L'expertise génétique qui a été réalisée et qui confirme une filiation, doit être recevable comme mode de preuve de cette filiation alors même que les garanties juridiques qui en entourent l'accès n'ont pas été respectées. Que le consentement du défunt à l'expertise soit valable ou non importe peu du moment que l'expertise réalisée établit la filiation génétique entre le requérant et le défunt. Même si le requérant n'avait plus aucun moyen d'obtenir la preuve de sa filiation génétique après la mort de son prétendu père, ce n'est donc pas tant l'interdiction de procéder à une expertise *post mortem* qui est condamnée que l'exigence d'un consentement

1. CEDH sect. III, *Jäggi c. Suisse*, 13 juil. 2006, n° 58757/00 ; *RTD. civ.* 2006, p. 727, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTD. civ.* 2007, p. 100, obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 2008, p. 573, obs. J. MASSIP ; *Dr. Fam* mai 2008, p. 13, obs. A. GOUTTENOIRE.

2. CEDH sect. I, *Mikulic c. Croatie*, 7 fév. 2002, n° 53176/99 ; *JCP G.* 2002, t. I, 157, obs. F. SUDRE ; *Europe* mai 2002, p. 30, obs. N. DEFFAINS, § 64.

valable à celle-ci, en ce qu'elle entrave inconsiderément l'accès à la preuve.

135. Cette décision *Pascaud c. France*, même rendue dans des circonstances particulières, est révélatrice de l'état d'esprit de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard de la réalité génétique. Celle-ci prime et cela même sur le droit des incapacités, qui est considérée comme une simple « contrainte juridique ». Si ce droit spécial, protecteur des incapables, peut être contourné, on voit mal ce qui pourrait faire obstacle à la réalité génétique. D'autant plus que si un consentement à l'expertise n'est pas juridiquement valable mais que l'expertise est tout de même recevable comme preuve, pourquoi exiger un consentement ? Autant envisager de supprimer cette exigence qui entrave certainement le droit d'accéder à la connaissance de son ascendance.

Quant à la recevabilité de l'expertise génétique comme mode de preuve de la filiation, peut-on envisager que la solution de la Cour sanctionne toute contrainte empêchant l'accès à la réalité génétique ? Lorsqu'une expertise génétique est réalisée en dehors du cadre judiciaire et qu'elle conclut à la paternité d'un tiers, cette preuve devrait-elle être recevable ? C'est ce que laisse penser la Cour lorsqu'elle considère que les résultats de l'expertise ADN, en principe irrecevables, constituaient une « preuve déterminante » de l'allégation du requérant. Il semble alors que classée au rang de « contrainte juridique », la nécessité d'une décision du juge puisse porter atteinte au droit à la connaissance de son ascendance. De même, tout encadrement de l'expertise génétique risque bien d'être compromis.

136. Afin de trouver un compromis, certains auteurs¹ proposent de reprendre la proposition qu'avait formulée le Conseil d'État, dans son rapport sur la révision des lois bioéthiques en 2009², suivant laquelle seule l'opposition exprimée du vivant de l'intéressé interdirait le prélèvement *post mortem*, et qu'en cas de silence, il appartiendrait au juge d'autoriser, ou non, cette mesure, en prenant en compte l'intérêt invoqué par le demandeur, le respect dû au morts et la protection des droits des tiers. Cette proposition permettrait de composer avec les différents intérêts en présence tout en tenant compte de la volonté du défunt lorsque celui-ci l'a clairement exprimé.

137. Ainsi, même si cette exigence apparaît en recul, la recherche de la filiation génétique se heurte à une première limite : l'acceptation de l'expertise par le prétendu parent, l'enfant ou le représentant de ce dernier. Pourtant, la comparaison des séquences ADN n'exige qu'un prélèvement de salive ou de cheveu, ce qui est relativement peu intrusif pour la personne qui s'y soumet. Mais, parce qu'il s'agit de son corps, la personne est libre d'accepter ou de refuser

1. F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, 8^e éd., Précis, Dalloz, 2011, p. 527.

2. CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, 2009.

un tel prélèvement. Il n'est pourtant pas certain que cette liberté soit absolue dans la mesure où les droits fondamentaux peuvent imposer la primauté de la réalité génétique au nom du droit à la connaissance de son ascendance, peut-être celle-ci impliquera à l'avenir la contrainte de se soumettre à une expertise. La possibilité d'un refus subsiste néanmoins pour le moment.

b. La possibilité d'un refus, corollaire de l'exigence du consentement

138. Si le principe est le recueil du consentement de la personne concernée, préalablement à l'expertise génétique, le corollaire en est qu'il lui est donc possible de refuser. Mais ce refus, pourtant permis, n'est pas sans conséquences pour son auteur. Il va être assimilé à un aveu de paternité.

i. Un principe commun

139. Les conséquences d'un refus laissées à l'appréciation du juge. L'accès à la vérité biologique peut se heurter au refus de l'une des parties de se soumettre au prélèvement et donc à l'expertise biologique. Quelle est alors l'issue de la procédure engagée ? Dans les deux systèmes, le juge va pouvoir tirer toutes les conséquences d'un tel refus.

En droit français, la jurisprudence est constante en ce sens¹. En droit anglais, la section 23 (1) du *Famil Law Reform Act 1969* prévoit de la même façon que les juges doivent tirer les conséquences d'un tel refus².

140. L'établissement d'un lien de filiation tiré d'un refus à l'expertise. Un refus de se soumettre à une expertise génétique peut mener à l'établissement d'une filiation. Une telle solution est contraignante et pas vraiment conforme à la liberté de refus en principe conservée. En réalité, la mesure est incitative et coercitive à la fois : en effet, le risque du refus est de se voir désigné comme le parent de l'enfant, aussi l'intéressé a intérêt à se soumettre à l'expertise pour éviter de se voir imposer cette filiation. En revanche, si l'intéressé n'a rien à craindre du test, il a intérêt à s'y soumettre ; s'il craint le résultat, il a également intérêt à le faire. En réalité, si l'intéressé refuse, c'est qu'il est nécessairement de mauvaise foi. Cela laisse présumer qu'il dissimule quelque chose et qu'il souhaite échapper aux conséquences d'une filiation probable. Alors, le juge peut décider de lui imposer lesdites conséquences sans avoir la certitude de la véracité génétique de la filiation.

141. L'encadrement par l'exigence du consentement de l'intéressé est en réalité lui-même limité puisque ses conséquences peuvent être approchantes de celles d'une expertise en ce

1. Cass. 1^{re} civ., 17 sept. 2003, n° 01-13.856 ; *RJPF* jan. 2004, p. 34, obs. T. GARÉ.

2. *Family Law Reform Act* (c. 46) 1969, Section 23 (1) : ... *the court may draw such inferences...*

qu'une filiation pourra être établie. Une fois que le recours à la réalité génétique a été décidé par le juge, le refus de l'intéressé suffit à écarter le mode de preuve techniquement mais non son probable résultat puisqu'une filiation pourra être déduite de ce refus. Cette conclusion n'apparaît pas aussi nette dans les deux systèmes.

ii. Des effets distincts

142. Alors que la possibilité du refus est acceptée dans les deux systèmes, les effets de sa prise en considération diffèrent. En France, le refus va influencer sur le pouvoir du juge dans l'appréciation des preuves. En effet, dans le cadre d'une action en recherche de paternité, le refus du prétendu père de se soumettre à l'expertise pourra avoir pour conséquence l'établissement de la paternité à son égard, et cela même en l'absence d'autres preuves concordantes. L'absence de génétique mène étonnamment à l'établissement d'une filiation conjecturale¹. Le refus est apprécié comme une preuve, plus exactement comme un aveu, de la paternité.

Mais, par exemple, dans le cas d'une action en contestation de paternité par le père juridique, le refus de la mère et de l'enfant de se soumettre à l'expertise ne constituera pas une preuve suffisante permettant de conclure que le demandeur n'est pas le père de l'enfant². L'appréciation souveraine des juges du fond n'impose pas d'interpréter l'opposition du défendeur systématiquement au profit du demandeur³. Lorsque le refus est corroboré par d'autres indices qui mettent en doute la filiation établie, il représente un indice supplémentaire pouvant conduire au succès de l'action en contestation⁴.

143. En Angleterre, l'expression « *to draw inferences* » ne signifie pas seulement que le juge, dans le cas de l'appréciation des preuves en sa possession, puisse tirer les conclusions qui s'imposent du comportement de la partie refusant de se soumettre à l'examen ordonné.

1. La question des conséquences du refus de l'enfant à consentir à une expertise biologique s'est posée également. La Cour de cassation a déduit du refus d'un enfant, défendeur à une action en contestation d'état, la remise en cause de sa filiation (Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2012, n° 11-22.202, *inédit*; *JCP G.* 2013, p. 38, obs. A. GOUTTENOIRE). La Cour de cassation approuve la cour d'appel, qui s'appuyant sur « l'intérêt de l'enfant qui justifie de mettre fin à une situation d'insécurité psychologique et juridique et constaté qu'aucun motif légitime ne venait au soutien du refus de l'enfant de se soumettre à l'expertise biologique ordonnée », avait considéré que des éléments suffisants permettaient d'établir la filiation de l'enfant à l'égard du demandeur et donc de contester la paternité du défendeur. La Cour de cassation applique alors au refus de l'enfant le même régime qu'à celui des adultes et se fonde sur d'autres éléments pour reconnaître une filiation à l'égard d'un tiers. Cette solution est surprenante car l'interprétation ne devrait pas être la même : dans le cas du refus du prétendu père, l'on présume que son refus vise à échapper à l'établissement d'un lien de filiation, mais dans le cas du refus de l'enfant, l'on devrait présumer qu'il souhaite le maintien de la filiation existante et que cela va dans son intérêt. Mais, la Cour a peut-être également considéré que l'enfant peut être manipulé par l'un de ses parents en ce sens...

2. Cass. civ., 2 avr. 1968; *D.* 1968, p. 705, note A. ROUAST; *JCP G.* 1969, t. II, 15785, note MOURGEON.

3. Cass. 1^{re} civ., 23 jan. 2007, n° 06-10.461; *RJPF* avr. 2007, p. 28, obs. T. GARÉ.

4. Cass. 1^{re} civ., 31 jan. 2006, n° 05-12.876; *Defrénois* 2006, p. 1062, obs. J. MASSIP; *RTD. civ.* 2006, p. 294, obs. J. HAUSER; *D.* 2006, p. 1139, obs. GRANET; *RJPF* avr. 2006, no 35, obs. T. GARÉ.

Elle signifie également que le juge peut trancher le litige en défaveur de cette partie à la procédure, même si les preuves rapportées, par ailleurs, ne justifient pas en elles-mêmes une telle décision. Le refus de se soumettre à une expertise conduit alors à la perte du procès pour l'auteur du refus.

144. Cette différence technique s'explique par les traditions juridiques distinctes des deux pays¹. En France, système juridique romaniste, la filiation est appréhendée comme un élément relevant de l'état des personnes. La probabilité que l'auteur du refus soit le parent est élevée et la filiation peut alors être établie à son endroit. L'enfant bénéficie alors d'un statut et des effets associés à celui-ci. Établir une filiation n'est pas le plus problématique en ce que les juges s'appuient sur une probabilité. En revanche, détruire une filiation en se basant sur un simple refus n'est pas possible car il porterait atteinte de façon disproportionnée et radicale à la stabilité de la filiation. Le refus du prétendu père de se soumettre à une expertise génétique ne peut suffire à fonder la contestation de la filiation paternelle à son égard. La mère, l'enfant ou le prétendu père ne peuvent s'appuyer sur ce seul refus pour détruire un lien de filiation préexistant.

En Angleterre, système juridique de *common law*, la filiation est examinée en tant que « question préalable autonome, incidente, dans le cadre de procédures alimentaires ou successorales. »² Elle n'est pas recherchée en elle-même mais plus exactement pour l'obtention de ses effets. Ce n'est alors pas tant le statut qui est recherché que les *incidents of status*³, autrement dit le bénéfice des effets du statut. Alors, l'essentiel n'est pas tant d'établir ou de contester le lien de filiation que d'emporter le procès face à l'auteur du refus : il s'agit d'éviter de verser des aliments face au refus de la mère et de l'enfant ou bien encore d'obtenir lesdits aliments du prétendu père. C'est ici la nature profondément procédurale du droit anglais qui transparaît.

Ainsi, si le juge peut tirer toutes les conséquences du refus de se soumettre à l'expertise biologique, les conséquences ne sont pas nécessairement les mêmes dans les deux pays.

145. En définitive, la filiation génétique peut être déduite du refus de se soumettre à l'expertise. Deux observations peuvent être formulées. Parfois, la vérité génétique de la filiation

1. R. FRANK, « L'examen biologique sous contrainte dans le cadre de l'établissement de la filiation en droit allemand », *RIDC* 1995, 4, p. 905, spéc. p. 908.

2. *Ibid.*, p. 909.

3. Sur la distinction entre *status* et *incidents of status*, v. R. H. GRAVESON, *Status in the Common Law*, University of London, Athlone Press, 1953. et, du même auteur, R. H. GRAVESON, *The Conflict of Laws*, 2^e éd., Sweet et Maxwell, 1952, p. 95 : « *When a person becomes endowed with a new status his legal position undergoes a substantial alteration. His legal capacity may be increased or reduced ; the mass of his former legal rights and duties may be varied : he may receive new powers and be subjected to new disabilities. All these various legal concepts constitute the incidents of status.* »

n'importe pas réellement, ainsi, l'essentiel est, en droit français, l'établissement d'une filiation comme statut – assortie d'effets – pour l'enfant, tandis que, en droit anglais, l'essentiel réside dans le bénéfice des effets de cette filiation. Le fondement génétique de la filiation n'est alors pas absolu. D'autres fois, l'absence de la composante génétique de la filiation est décisive : c'est par rapport à l'incertitude de sa présence que le vide de filiation est comblé. Mieux vaut une filiation quasi certaine génétiquement que pas de filiation ; de même, mieux vaut conserver une filiation quasi certaine génétiquement que de la détruire.

146. Si le principe est de recueillir le consentement de la personne sur laquelle l'expertise sera réalisée, la conséquence du refus est loin d'être neutre. Si le consentement n'est pas obtenu, il est contourné de façon à aboutir au résultat recherché : la validation ou l'invalidation de la filiation. Cette tendance se vérifie encore davantage en droit anglais puisqu'il y est même permis de passer outre un tel refus.

c. La possibilité de passer outre le refus de se soumettre à l'expertise, une spécificité anglaise

147. Deux objectifs : intérêt de l'enfant et bonne administration de la justice. En Angleterre, le *best interest of the child* peut justifier de passer outre le refus de se soumettre à une expertise génétique. Ainsi, il est possible qu'une expertise biologique soit réalisée sur un enfant mineur de 16 ans alors même que son représentant légal s'y oppose¹.

Cette disposition, introduite en 2000, visait à faire cesser les refus maternels abusifs qui faisaient entrave à la bonne administration de la justice². En effet, la loi exigeait auparavant que la mère donne son consentement à l'expertise biologique sur l'enfant. Celle-ci refusait parfois sans aucune justification. Désormais, les juges apprécient si l'intérêt de l'enfant justifie de passer outre le refus maternel. Cette appréciation se fait *in concreto*, c'est-à-dire qu'il est tenu compte de l'intérêt de l'enfant dont il est question : est-ce dans son intérêt que soit remise en cause sa paternité actuelle au profit d'une paternité génétiquement exacte ? La réponse ne peut être réservée à la mère. En ce qu'elle évite les blocages discrétionnaires, l'appréciation judiciaire et subjective de l'intérêt de l'enfant garantit un équilibre entre la filiation vécue et la filiation biologique. Encore faut-il déterminer ce qu'est l'intérêt de l'enfant³...

148. En définitive, on fait fi de la réalité génétique lorsqu'elle n'est pas accessible du seul fait du prétendu parent ou de l'autre parent. Le droit revient alors à son système de preuve an-

1. Family Law Reform Act (c. 46) 1969, Section 21 (3) (b) : *where that person does not consent, if the court considers that it would be in his best interest for the sample to be taken.*

2. *Re O ; Re J (children) (blood tests :constraint)* [2000] 2 All ER 29 (FD).

3. *V. infra*, page 249.

térieure : celui des présomptions. Le refus vaut présomption de paternité dans le cadre d'une recherche de filiation paternelle. La réalité génétique arrive ainsi à transgresser sa propre limite – le refus exprimé – puisqu'une filiation pourra néanmoins être déduite. Elle laisse la possibilité d'établir une filiation qui n'est pas génétiquement vérifiée mais génétiquement présumée.

149. Bilan. Les limites directes à l'accès à la réalité génétique pour fonder le lien de filiation révèlent, en droit français comme en droit anglais, la volonté du législateur d'encadrer les perturbations qu'une telle remise en cause objective et indiscutable d'une filiation préexistante peut entraîner. La tension qui s'exerce sans cesse entre la réalité génétique, synonyme de « vérité », et le lien souvent déjà établi juridiquement et assorti d'un vécu familial correspondant, synonyme de stabilité, est très délicate à gérer pour le législateur. Un choix trop prononcé en faveur de la réalité génétique compromettrait l'équilibre d'un certain nombre de familles tandis qu'une primauté du vécu familial compromettrait la tendance contemporaine à l'accès à ses origines génétiques, élément constitutif de l'identité personnelle. L'affirmation de l'exclusivité d'un fondement scientifique de la filiation déséquilibrerait la prise en considération de la volonté comme fondement de la filiation et ne permettrait pas de répondre notamment aux attentes de couples de même sexe qui souhaitent se rattacher juridiquement un enfant.

Il n'est donc pas possible de consacrer la réalité génétique comme unique fondement ni de l'écarter totalement. C'est la raison pour laquelle certains auteurs anglais envisagent une dissociation des éléments de la filiation de façon à ce que la connaissance de la réalité génétique soit possible sans qu'elle soit nécessairement suivie de l'établissement d'un lien juridique de filiation qui lui serait conforme. La dissociation entre origines génétiques, statut juridique et rôle permettrait de répartir les éléments constitutifs de la filiation entre différentes personnes sans que tous les effets de la filiation soient nécessairement assortis à chacune des composantes. Cette décomposition de la filiation offrirait une possibilité de recomposer les liens à l'égard de l'enfant en fonction de l'évolution de la vie de sa famille et de ses besoins personnels.

150. Si le droit pose des limites directes à l'accès à la réalité génétique, d'autres limites le restreignent encore alors même qu'elles préexistaient à la révolution de la « vérité » scientifique.

B. Des limites indirectes

151. « Une affirmation simple, voire simpliste, peut consister à dire qu'à tout moment, pour toujours, en tout temps, un enfant ou un parent doit pouvoir établir ou détruire une filiation pour aboutir à la vérité, en présupposant que celle-ci est forcément [génétique]¹. » Le droit français ne répond pas à cette quête de vérité absolue et encadre dans le temps l'accès à la réalité génétique à l'aide des règles de prescription (1.), confirmant ainsi que la réalité n'est pas nécessairement synonyme de « vérité ».

Le droit anglais ne procède pas à un tel encadrement temporel, laissant la possibilité à chacun de remettre en question la filiation déjà établie à tout moment (2.). Cette absence de prescription des actions relatives à la filiation confirme la quête de liberté qui anime le droit en la matière. Il convient de laisser à chacun sa liberté de choisir sur quel fondement sa filiation doit reposer. Cette absence de prescription se justifie également par la liberté successorale qui n'implique pas nécessairement qu'une recherche tardive de filiation ait une motivation grandement pécuniaire.

1. La prescription de l'action en droit français

152. Un cadre temporel. Afin de préserver la stabilité familiale – qui fût longtemps réservée à la famille légitime –, le législateur français a fait le choix d'encadrer les actions en recherche ou en contestation de filiation dans le temps. Le principal facteur de perturbation de cette stabilité est désormais le recours à l'expertise génétique parce qu'elle ne laisse aucun doute sur l'identité génétique du parent. La prescription, comme frein aux actions tardives et parfois intéressées matériellement, était l'outil adéquat pour contrer la prévalence qu'aurait pu acquérir la réalité génétique. Ainsi, la protection de la famille déjà constituée est l'objectif poursuivi par la prescription (a.) et est d'autant mieux atteint du fait de la réduction de ces délais dans le temps (b.).

a. La protection de la famille établie, l'objectif poursuivi par la prescription

153. Un obstacle à la « vérité » absolue. Les délais de prescription des actions en recherche ou en contestation de filiation font obstacle à la « vérité » génétique. Celle-ci ne peut être révélée au-delà d'une certaine période estimée suffisamment significative quant à la vraisemblance ou tout au moins à l'acceptation de la filiation par les parents et/ou par l'enfant lui-même. L'ignorance est maintenue. Cela est cohérent dans la mesure où il n'est pas imposé

1. J. HAUSER, « La réforme de la filiation et les principes fondamentaux », *Dr. Fam.* Jan. 2006, p. 6, spéc. p. 8.

que la filiation génétique de l'enfant soit connue dès la naissance. Une part de mystère et d'inexactitude entoure la filiation. Il n'est jamais totalement certain que la filiation juridiquement établie concorde avec la filiation génétique. D'où d'ailleurs le maintien de la présomption de paternité qui se contente du lien entre les parents pour en déduire un autre entre le mari de la mère et l'enfant.

Le régime actuel de la filiation doit combiner ensemble la possibilité d'accéder à la vérité génétique et celle de demeurer dans l'ignorance de sa filiation réelle, se fondant alors sur le vécu familial et l'affection qui s'est développée. Afin de laisser une place à la volonté et au vécu familial comme fondements de la filiation et de ne pas privilégier que la réalité génétique, afin de ne pas oublier la fonction de lien social de la filiation, le droit a tenté de mettre en balance les deux fondements.

154. Un outil de stabilité de la filiation. Ce cadre légal a pour but la protection de la famille qui semble vivre sans difficulté particulière, en d'autres termes, la paix des familles. La stabilité de la filiation en est un outil. Elle est également, plus individuellement, un outil d'équilibre pour l'enfant. L'impossibilité de remettre en cause le lien juridiquement reconnu participe en effet à la construction, au maintien et à l'inscription de la famille dans l'avenir ; elle participe également à la construction, à l'équilibre et à l'insertion de l'enfant dans la famille et dans l'avenir de celle-ci. C'est la raison pour laquelle le législateur français a souhaité préserver la paix des familles de la façon la plus efficace mais aussi la plus équilibrée possible.

Pour éviter donc que ne soit mise en doute la filiation indéfiniment et pour éviter qu'une épée de Damoclès ne soit suspendue au dessus des parents en titre et en acte, le droit a limité les possibilités d'action dans le temps. Il s'agit aussi d'éviter les convoitises et les jalousies que peuvent faire naître le patrimoine des parents âgés. N'oublions pas que l'effet patrimonial essentiel de la filiation est la transmission du patrimoine aux descendants¹. Or, la possibilité de remettre en cause une filiation est aussi celle de priver un descendant de sa part réservataire de succession, de modifier l'équilibre de la succession en élargissant la quotité disponible ; la possibilité d'établir une filiation est, quant à elle, celle d'entrer dans la catégorie des successeurs privilégiés et de bénéficier d'une part non négligeable du patrimoine du parent, futur *de cuius*. La prescription de l'action est donc également protectrice des intérêts patrimoniaux de la famille.

La prescription contribue à protéger l'équilibre personnel et patrimonial d'une famille en empêchant la remise en cause de l'un de ses liens fondateurs indéfiniment dans le temps. Faut-il encore que les délais de prescription soient d'une durée adéquate pour la réalisation effective de cette protection.

1. V. notamment P. CATALA, *Famille et patrimoine*, PUF, 2000.

b. La protection de la famille établie, l'objectif atteint par la restriction des délais de prescription

155. La délicate fixation du juste délai. Des délais de prescription trop longs ne permettent pas d'assurer la protection de la famille mais, à l'inverse, des délais trop courts n'offrent pas la possibilité d'agir en recherche ou en contestation de la filiation. Le législateur doit donc trouver un équilibre entre ces deux impératifs.

Dans un premier temps, le législateur avait fait le choix de délais très brefs en 1972 afin de protéger la famille légitime de toute remise en cause, protégeant ainsi le statut qui était considéré comme le plus favorable à l'enfant (i.). Mais, la jurisprudence les avait estimés trop restreints pour permettre à l'enfant d'accéder à sa filiation ou de la remettre en cause (ii.). Ces règles prétorienne avaient complexifié le régime des actions en recherche et en contestation de filiation, aussi, le législateur les a-t-il modifiées en 2005 afin de rendre l'ensemble du régime plus cohérent et plus équilibré (iii.).

i. Des délais très brefs sous le régime de la loi de 1972

156. La protection de la famille légitime comme finalité. Des délais très différents étaient prévus par la réforme de 1972 et variaient selon la nature, légitime ou naturelle, de la filiation. Certains étaient courts et donc plutôt favorables à la stabilité de la filiation : par exemple, le mari de la mère pouvait agir en désaveu dans les six mois de la naissance de l'enfant, ou de son retour s'il n'était pas sur les lieux lors de la naissance, ou encore dans les six mois de la découverte de la fraude si la naissance de l'enfant lui avait été cachée¹. Ce délai, très bref, marquait ainsi la force de la présomption de paternité. Son fondement, le mariage, lui procurait une autre certitude que la génétique : celle de la famille construite et acceptée². Après ces six premiers mois, il ne pouvait douter de la filiation de son enfant à son égard.

157. La sécurité assurée du lien établi. Un autre exemple est celui de l'action en recherche de paternité naturelle qui, suivant l'ancien article 340-4 du Code civil, devait être exercée dans les deux années suivant la naissance ou bien, si elle ne l'avait pas été pendant la minorité de l'enfant, dans les deux années suivant sa majorité. Là encore, la ligne directrice était restrictive : il n'était pas souhaitable que l'enfant puisse établir une filiation à l'égard

1. Code civil, Ancien art. 316.

2. Il s'agissait d'ailleurs d'un des moyens de défense dont l'enfant pouvait user face à la dénégation de filiation de son père juridique. L'ancien article 314 al. 3 empêchait le mari de dénier sa paternité lorsqu'il avait épousé la mère enceinte et qu'il avait connaissance de la grossesse. Tout était fait pour préserver la filiation en mariage quelle que soit l'exactitude génétique de la filiation. La filiation voulue, construite et acceptée était celle que le législateur privilégiait parce qu'elle correspondait au modèle familial choisi : la famille légitime.

d'un père ou d'une mère qui avait construit une famille de son côté, et par là même risquer de déséquilibrer cette dernière. L'intérêt de la famille primait sur celui de l'enfant.

158. Mais, lorsque la mère se remariait avec le père génétique¹, elle pouvait agir en contestation de la filiation légitime préétablie dans les six mois du remariage et avant que l'enfant ait atteint l'âge de sept ans². L'enfant voyait une filiation légitime se substituer à une autre de même nature. La filiation génétique était également légitime ; l'enfant n'avait donc que des avantages à la voir établie. Pourtant, si l'enfant avait plus de sept ans, il y avait un risque que l'équilibre de l'enfant soit fragilisé, risque que la loi ne se permettait pas d'encourir. Il valait mieux qu'il conserve sa filiation établie à l'égard du premier mari de la mère quitte à ce que cette filiation ne soit pas exacte génétiquement.

ii. Des délais remis en cause par la jurisprudence

159. La jurisprudence a estimé ces conditions légales trop restrictives et, pour donner une possibilité élargie de remettre en cause un lien de filiation afin que son inexactitude ne perdure pas, elle a procédé à une interprétation *a contrario* des anciens articles 334-9 puis 322 alinéa 2 du Code civil.

160. En premier lieu, l'ancien article 334-9 disposait que « [t]oute reconnaissance est nulle, toute demande en recherche est irrecevable, quand l'enfant a une filiation légitime déjà établie par la possession d'état ». Autrement dit, une présomption de paternité transcrite dans l'acte de naissance de l'enfant et accompagnée d'une possession d'état verrouillaient la filiation légitime qui en résultait. La Cour de cassation a estimé, *a contrario*, qu'« en l'absence de possession d'état d'enfant légitime, la reconnaissance d'un enfant dont la légitimité résulte des seules énonciations de son acte de naissance est valable. »³ Alors la possibilité de contrer la filiation légitime était soumise au délai de droit commun de l'article 311-7 ancien, soit trente ans à compter du jour où l'individu aurait été privé de l'état qu'il réclame. À compter de la cessation de la possession d'état, la filiation légitime pouvait donc être remise en cause pendant trente ans. Une reconnaissance pouvait être établie, ou bien une action en recherche de paternité exercée, et se profilait alors un conflit de filiation qui devait être réglé suivant

1. Code civil, Art. 318 ancien. Il fallait que la mère prouve que son ex-mari n'était pas le père de l'enfant (preuve négative) mais que son actuel l'était (preuve positive).

2. *Ibid.*, 318-1 al. 2 ancien.

3. Cass. 1^{re} civ., 9 juin 1976, *Bull. civ.* I, 211 ; *D.* 1976, p. 593, note P. RAYNAUD ; *JCP G.* 1976, t. II, 18494, note G. CORNU ; *Gaz. Pal.* 1976, t. 2, p. 708, note VIATTE ; *Defrénois* 1976, p. 31207, note MASSIP ; *RTD. civ.* 1976, p. 340, obs. NERSON ; *RTD. civ.* 1977, p. 752, obs. NERSON et RUBELLIN-DEVICHI.

l'ancien article 311-12¹. Le régime jurisprudentiel était donc plus libéral et permettait à l'enfant de ne pas être enfermé dans une filiation peu conforme à la réalité familiale sous prétexte qu'elle était légitime. Mais il était aussi davantage source d'insécurité juridique et d'instabilité de l'état. La tendance avait été inversée au profit de la filiation réelle et non pas de la filiation socialement admise et souhaitée.

161. En second lieu, l'article 322 disposait que « Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre. Et réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance ». La Cour de cassation a estimé, *a contrario*, que tout intéressé pouvait contester la filiation de celui qui n'avait pas une possession d'état conforme à son titre². La jurisprudence avait ainsi instauré une nouvelle action en contestation de filiation légitime. Là encore, à défaut d'être précisé par la loi, le délai était celui de droit commun. La ligne directrice n'était donc plus la stabilité de la filiation mais bien la réalité de celle-ci ; à défaut de réalité génétique certaine, il y avait absence de réalité fondée sur le vécu familial. Le titre seul n'avait plus assez d'importance pour justifier l'impossibilité de contester la filiation qui en résultait. La stabilité de l'état ne semblait conserver véritablement de sens que s'il était conforté par le vécu familial. À défaut de correspondance entre le titre et la possession d'état, le recours à la preuve génétique s'ouvrait alors pendant une longue durée, lui donnant un rôle central. Le législateur est revenu ensuite sur cette possibilité trop étendue de contester la filiation qu'elle soit légitime ou naturelle. Son objectif n'était alors plus de protéger le mariage et la filiation qui en était issue, mais désormais de protéger la stabilité de la filiation établie et vécue, au détriment de la réalité génétique qui ne peut être employée comme mode de preuve que dans des délais restreints. La primauté du fondement génétique est, de la sorte, tempérée avec la prise en compte du vécu familial.

162. Entre ces délais très brefs et leur élargissement par la jurisprudence, le délai de droit commun était finalement le plus favorable à l'intérêt de l'enfant de connaître ses ascendants puisqu'il était d'une durée de trente ans. Il était notamment applicable à la contestation de la reconnaissance de paternité ou de maternité naturelle³. Combiné avec l'usage de la preuve génétique, l'accès à la filiation « véritable » semblait facilité. Mais, la remise en cause d'une fi-

1. « Les tribunaux règlent les conflits de filiation pour lesquels la loi n'a pas fixé d'autre principe, en déterminant par tous les moyens de preuve la filiation la plus vraisemblable. »

2. Cass. 1^{re} civ., 27 fév. 1985, *Bull. civ.* I, 76 ; *D.* 1985, p. 265, note G. CORNU ; *JCP G.* 1985, t. II, 20460, note E. FORTIS-MONJAL et G. PAIRE ; *Deffrénois* 1985, p. 33620, note M. GRIMALDI ; *Deffrénois* 1985, p. 33535, obs. J. MASSIP.

3. Code civil, L'article 339 ancien du Code civil ne précisant pas de délai, c'était donc le délai de l'article 311-7 qui s'appliquait, soit trente ans à compter du jour où l'individu a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté. Ce délai de droit commun apparaît particulièrement long.

liation pendant une si longue période demeurait facteur d'insécurité juridique pour la paix des familles. C'est pourquoi l'alinéa 3 de l'ancien article 339 prévoyait qu'une possession d'état d'une durée de dix ans minimum à compter de la reconnaissance empêchait toute contestation de cette dernière. Mais en réalité, cette restriction ne s'appliquait qu'à l'auteur de la reconnaissance. L'autre parent, l'enfant ou ceux qui se prétendaient les parents véritables pouvaient agir dans le délai de droit commun, soit trente ans à compter de la reconnaissance ou quarante-huit ans pour l'enfant. La filiation ne pouvait donc être victime de la volonté volatile de l'auteur de la reconnaissance, l'engagement ainsi effectué devant être garanti. L'auteur ne peut se libérer de la filiation mais l'enfant peut tenter de s'en défaire pendant une longue période.

Les délais de prescription visaient auparavant à protéger le modèle de la famille légitime et à éviter toute perturbation qui pourrait naître d'une recherche ou d'une contestation de la filiation. La souplesse qu'a tenté d'apporter la jurisprudence en élargissant certains des délais a également montré que la finalité avait légèrement changé ; la prescription protégeait la paix des familles mais pas nécessairement un modèle familial. La possibilité d'accéder à la réalité génétique, outil de vérification scientifique du lien, a pu prendre de l'ampleur dans ce contexte général de pluralisme familial naissant. La réforme de 2005 s'inscrit dans cette tendance de fond.

iii. Des délais uniformisés lors de la réforme de 2005

163. Parce que les délais de prescription pouvaient varier de six mois à trente ans, le législateur français a choisi de les uniformiser. Désormais, ceux-ci ne dépendent plus de la nature de la filiation et sont identiques que l'enfant soit né en ou hors mariage, marquant bien que l'objectif est la protection d'une famille et non celle d'un modèle familial. Il n'y a donc plus que deux délais de prescription : un délai restreint de cinq ans et un délai de droit commun de dix ans¹. Le nouveau régime procède d'une dynamique d'ouverture puisque ces délais sont plus larges que les plus brefs du régime antérieur mais également d'une dynamique de fermeture puisque le délai de droit commun est désormais plus court qu'auparavant.

164. Par conséquent, pour les actions en contestation, le délai diffère selon que l'enfant dispose d'un titre et d'une possession d'état conforme ou non. Si l'enfant dispose d'un titre et d'une possession d'état conforme, sa filiation peut être contestée pendant cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état². Le délai est court mais le point de départ de la prescription est plus flou, ce qui donne une flexibilité à l'exercice de l'action. Cette souplesse apparente est pourtant immédiatement verrouillée au profit de la stabilité de la filiation dans

1. Code civil, art. 321.

2. *Ibid.*, 333 al. 1.

l'alinéa suivant : celui-ci prévoit que « nul, à l'exception du ministère public, ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement »¹. Le vécu familial durable fait obstacle à la remise en cause de la filiation. Le droit de la filiation fait ici une place non négligeable à son autre fondement qu'est le vécu familial², limite à la réalité génétique.

165. En revanche, lorsqu'il n'y a pas de possession d'état pour confirmer le titre, le délai de l'action en contestation est de dix ans à compter du jour de la naissance de l'enfant, si l'action est engagée par le représentant légal de l'enfant mineur, ou bien dix ans à compter de la majorité de l'enfant, soit jusqu'à l'âge maximum de vingt-huit ans. Le délai de dix ans s'applique également à l'action en contestation de la filiation établie par un acte de notoriété constatant la possession d'état. Le délai court ici à compter de la délivrance de l'acte³. Autrement dit, la filiation établie uniquement par la possession d'état n'est pas suffisamment solide pour ne pas être remise en cause en deçà du délai de droit commun. Seule la filiation en titre et en acte a ce privilège.

166. Ce système, plus simple et plus lisible que le précédent, profite à l'enfant qui souhaite combler un vide de filiation ou faire cesser une incertitude quant à sa filiation et remettre en cause cette dernière. Il profite également au prétendu parent qui veut se lier à l'enfant, ou au parent qui veut remettre en cause la filiation de l'enfant à l'égard de l'autre parent. Vu sous un autre angle, ce système est aussi favorable au parent en titre et en acte car le temps écoulé lui garantit la stabilité du lien juridique qui l'unit à l'enfant. Un équilibre a été recherché et semble, à première vue, avoir été trouvé entre réalité génétique et stabilité de la filiation.

167. Un système pas totalement en conformité avec le droit européen. Néanmoins, si l'objectif d'un équilibre entre réalité génétique et stabilité de la filiation est louable, il n'est pas vraiment en phase avec la tendance contemporaine à l'égard de la filiation génétique. À l'heure où celle-ci est très facilement accessible et où ses résultats sont d'une certitude et d'une exactitude qu'aucune preuve n'avait jusque là permises, la stabilité de la filiation peut-elle faire le poids ?

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne donne pas beaucoup d'espoir en ce sens. En effet, si les législateurs nationaux ont un intérêt légitime à assurer la stabilité et la sécurité des filiations, l'intérêt de l'enfant à connaître ses ascendants doit également être pris en compte. La Cour s'efforce de mettre en balance ces intérêts contraires afin d'apprécier si le droit national préserve un certain équilibre. Elle procède à un contrôle de

1. *Ibid.*, 333 al. 2.

2. *V. infra*, page 225.

3. Code civil, art. 335.

proportionnalité dont l'issue est de moins en moins favorable à la stabilité des filiations mais de plus en plus à la réalité génétique. Ainsi, dans l'arrêt *Mizzi c. Malte*¹, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'une législation en vertu de laquelle le mari n'a jamais été autorisé à contester sa paternité n'a pas ménagé un juste équilibre, « 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 ». Initialement, le droit maltais n'autorisait pas le désaveu de paternité mais, à la suite d'une loi libéralisant celui-ci, un délai de six mois après l'entrée en vigueur de la loi avait été laissé aux pères d'enfants nés avant le changement législatif afin de profiter des nouvelles possibilités. Le mari n'avait pas agi dans ce délai et s'était trouvé forclos. Cette impossibilité d'agir – même atténuée par le bref délai de six mois – a été sanctionnée par la Cour européenne. La réalité génétique prime alors sur la stabilité de la filiation lorsque cette dernière apparaît strictement imposée.

De même, dans l'arrêt *Shofman c. Russie*², la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la brièveté et la rigidité du délai d'action en contestation de paternité légitime. En droit russe, le mari de la mère est inscrit comme père sur le registre des naissances. Il peut ignorer qu'il a été inscrit de la sorte, aussi était-il permis au père de contester sa paternité dans le délai d'un an à compter du jour où il avait connaissance de ladite inscription. En l'espèce, le mari avait eu connaissance de l'inscription de son nom dans le registre mais s'était aperçu après l'expiration du délai qu'il n'était pas le père génétique de l'enfant. Il ne pouvait donc plus agir. La Cour a donc considéré que l'impossibilité pour le père de contester sa paternité après l'expiration du délai légal d'un an à compter du jour où il a eu connaissance de l'inscription de son nom comme père dans le registre des naissances n'était pas proportionnée au but légitime poursuivi, la sécurité des liens familiaux. Il n'y avait pas de juste équilibre « 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 ». Elle en a conclu une violation de l'article 8 de la Convention. Ce n'est pas l'existence de délais d'action qui est directement sanctionnée mais bien leur brièveté qui a entraîné l'impossibilité d'agir pour le père. La solution peut sans doute s'expliquer par la sévérité du droit applicable à l'espèce tandis qu'une réforme avait ouvert la possibilité de contester la paternité sans délai depuis 1996 ; celle-ci n'était pas applicable ici en raison des mesures transitoires. La disproportion des moyens employés par rapport au but poursuivi trouve sans doute sa justification dans cette différence radicale de régime des deux législations. Compte tenu de ces circonstances particulières, il pourrait être conclu que les délais institués par le

1. CEDH sect. I, *Mizzi c. Malte*, 12 jan. 2006, n° 26111/02.

2. CEDH, *Shofman c. Russie*, 24 nov. 2005, n° 74826/01.

droit français ne sont pas contraire à la Convention européenne.

Pourtant, dans l'arrêt *Paulik c. Slovaquie*¹, la Cour européenne des droits de l'homme a été encore un peu plus loin puisqu'elle a considéré que même l'autorité de la chose jugée ne peut être opposée à la contestation d'une paternité dont l'inexactitude biologique a été démontrée². Elle a condamné ici la Slovaquie pour violation de l'article 8 protégeant la vie privée du père³ ainsi que de l'article 14 dans la mesure où la loi ne tient pas suffisamment compte de la variété concrète des situations. La paternité avait été déclarée par décision judiciaire car l'époque où la mère fréquentait le prétendu père correspondait à la période légale de conception, et que l'expertise sanguine réalisée à l'époque n'indiquait pas d'incompatibilité entre l'enfant et le prétendu père. Trente ans après, une expertise génétique fût réalisée à l'amiable à la demande du père et avec l'accord de la fille. Les résultats furent strictement négatifs et le requérant souhaita alors remettre en cause le jugement établissant la filiation à son égard. L'autorité de la chose jugée lui fût opposée. La Cour européenne des droits de l'homme admet qu'il y ait un intérêt légitime à assurer la stabilité et la sécurité des relations familiales. Mais, elle sanctionne le fait que le père ne puisse remettre en cause la déclaration judiciaire de paternité sans qu'il soit tenu compte d'aucune des circonstances particulières de l'espèce comme par exemple l'âge, la situation personnelle et l'attitude du père et de la fille⁴. En effet, cette dernière ne voyait pas d'inconvénient à ce que sa filiation paternelle soit remise en cause. Aussi y a-t-il disproportion entre le but légitime poursuivi et les moyens employés pour l'atteindre⁵.

168. De l'exposé de cette jurisprudence européenne, l'on peut conclure que les délais de prescription des actions en contestation de paternité ne sont pas en soi condamnables. Ils peuvent légitimement garantir la stabilité familiale et, à travers elle, l'intérêt de l'enfant. Mais ils peuvent également entraver le droit au respect de la vie privée du parent qui souhaite rompre le lien préexistant. Leur légitimité diminue d'autant plus lorsque l'intéressé a connu l'inexactitude génétique de sa parenté après l'expiration dudit délai. Alors, comme l'expose Mme le

1. CEDH, *Paulik c. Slovaquie*, 10 oct. 2006, n° 10699/05 ; *RLDC* mai 2007, p. 41, note F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ.

2. « *The lack of a procedure for binding the legal position into line with the biological reality, flies in the face of the wishes of those concerned and does not in fact benefit anyone.* »

3. Citant expressément l'arrêt *Rasmussen c.*, la Cour réaffirme que le fait d'être reconnu ou non père d'un enfant doit être rattaché à la vie privée de ce père et mérite protection à ce titre.

4. La fille avait quarante ans au moment de l'affaire, était mariée et ne dépendait plus de son père. Elle avait accepté le test ADN et ne s'opposait pas à la remise en cause de sa filiation paternelle.

5. Ce qui, selon F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, révèle une nouvelle manière d'utiliser le critère de proportionnalité en ce que l'appréciation se fait entre les différents intérêts privés et non pas entre l'atteinte aux intérêts privés du plaignant et l'intérêt général (F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Les empreintes génétiques devant la CEDH : avis de coup de vent sur l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *RLDC* mai 2007, p. 41, spéc. p. 42). Un tel usage de la proportionnalité est très révélateur de l'individualisme dominant face à la généralité de la loi et de l'intérêt qu'elle est censée servir. Là où l'intérêt général pouvait justifier autrefois certaines inégalités, l'intérêt particulier ne le supporte plus.

Professeur F. DEKEUWER-DEFOSSEZ¹, « la computation des délais de prescription ne peut commencer à courir que lorsque le titulaire de l'action a la pleine connaissance de la vérité ». La réalité génétique doit être connue pour que le délai de prescription commence à courir. La logique qui sous-tend le droit français est totalement bafouée car le délai de prescription ne permet plus d'assurer la stabilité familiale que s'il est assorti d'une autre condition : l'acceptation d'une filiation génétiquement inexacte par l'intéressé. Si le parent, qui a connaissance de l'inexactitude génétique de la filiation, accepte de ne pas la remettre en cause pendant la durée du délai de prescription, la filiation ne pourra, en principe, plus être contestée à l'expiration dudit délai. Pourtant, suivant la jurisprudence *Paulik c. Slovaquie*, chaque fois que le délai est opposé à une action tardive, il incombe désormais à l'État de montrer en quoi cette impossibilité d'agir est proportionnée aux buts légitimes poursuivis. S'il apparaît qu'elle est disproportionnée, l'action devra pouvoir aboutir, à plus forte raison si le requérant a en mains la preuve génétique de sa non paternité. Il convient alors de se demander si le maintien d'un délai de prescription est bien utile. Réalité génétique et délai de prescription ne font pas bon ménage en droit européen.

169. La réalité génétique acquiert donc une place plus importante dans le fondement de la filiation en droit européen. En effet, il y a manifestement, au sein de la Cour européenne, « une évolution des mentalités, plus sensibles à la [réalité] biologique et moins attachées à la stabilité des familles, tout au moins lorsque cette dernière est envisagée de manière abstraite et générale et ne correspond pas au vécu concret d'une famille déterminée. Mais précisément, la prise en considération de la situation concrète de chaque plaideur est assez différente du système législatif français qui fonctionne sur la base de critères généraux² ». La réalité génétique est ainsi favorisée par l'approche casuistique de la Cour européenne et voit décliner l'importance de la stabilité familiale, son principal obstacle.

170. Les délais de prescription ont pour finalité principale de garantir à la famille et à la filiation une stabilité réelle. Du fait de la jurisprudence européenne, elle ne devient plus que de principe. La prescription n'est plus incontournable puisqu'elle doit être proportionnée au but poursuivi. Or, l'empêchement d'accéder à la « vérité » que semble apporter la preuve génétique, rend nécessairement disproportionnée le moyen employé face au but recherché qu'est la stabilité familiale. Pourquoi se priver d'une « vérité » si elle est accessible ? Alors, il convient de s'interroger : « évidence de la vérité biologique, absence d'intérêts particuliers (au double sens du terme), volonté des intéressés : droit de principes, le droit de la filiation va-t-il

1. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Les empreintes génétiques devant la CEDH : avis de coup de vent sur l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *RLDC* mai 2007, p. 41, spéc. p. 44.

2. *Ibid.*, p. 42.

devenir un droit du cas par cas ? »¹ L'étude du droit anglais apporte précisément l'illustration d'une telle casuistique.

2. L'absence de prescription en droit anglais

171. Le droit anglais ne fixe pas de délai de prescription en matière de filiation mais il se fonde sur l'intérêt de l'enfant pour limiter le recours à la réalité génétique comme fondement de la filiation lorsque cela est justifié.

172. **La liberté testamentaire, favorable à l'absence de limite temporelle.** Cette absence de prescription se fonde en grande partie sur la liberté testamentaire. En effet, en Grande-Bretagne, le droit des successions ne prévoit pas de réserve successorale pour les descendants et laisse à chacun la liberté de léguer intégralement son patrimoine à un membre de la famille quel que soit son degré de proximité avec le testateur ou bien à un tiers. La liberté est totale en principe mais elle n'est pas illimitée. Le *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975* prévoit une action qui permet à ceux qui estiment qu'une somme inadéquate leur a été léguée de demander aux juges d'examiner la répartition de cette succession². L'examen de la situation financière du requérant est centrale : ainsi, les juges sont généralement très enclins à recevoir la prétention de descendants adultes ayant les moyens de subvenir à leurs besoins. Ce n'est donc pas tant le droit des descendants à bénéficier d'une part de la succession que la nécessité pour eux d'en recevoir une en cas de besoin.

Le droit anglais des successions n'appréhende pas le lien de filiation comme le fondement de la dévolution successorale au sein d'une famille. La liberté prévaut donc dans la limite des besoins avérés et à venir des enfants (et du conjoint). Alors, la recherche de la filiation génétique n'a pas nécessairement besoin d'être encadrée, son établissement n'aura pas pour conséquence automatique l'obtention d'une part de la succession à venir du défunt. Cela peut seulement faciliter l'accès à la procédure du *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*³.

Si l'on peut ainsi librement attribuer la totalité de son patrimoine indépendamment de tout lien de filiation, autrement dit lorsque le lien de filiation n'est pas la source du droit de succession, il est tout à fait cohérent que l'établissement ou la contestation d'une filiation ne soit pas limité dans le temps. Pourquoi restreindre dans le temps ce qui ne l'est pas structurellement ? L'établissement de la filiation n'instaure pas l'attribution d'une part de la succession, la

1. P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La Famille*, 3^e éd., Paris : Defrénois, 2011, p. 527.

2. Les aspects du droit anglais des successions seront envisagés de façon plus précise dans la seconde partie, v. spéc. page 462.

3. En l'absence de testament, le droit anglais prévoit une part garantie de la succession pour le conjoint et les enfants sans que celle-ci ne soit une réserve au sens où le droit français la connaît. V. *infra*, page 467.

contestation d'une filiation n'en prive pas non plus. Alors, l'accès à la réalité génétique n'est pas susceptible d'être limité par le risque de déséquilibre de la répartition successorale. Son importance en tant que fondement de la filiation en sort renforcée.

173. L'accès à la réalité génétique est davantage restreint en droit français qu'en droit anglais, laissant transparaître, à première vue, une préférence pour la stabilité en droit français et pour la « vérité » en droit anglais. Les lignes de démarcation sont pourtant moins nettes qu'il n'y paraît car le droit français est contraint d'assouplir ses limites à l'accès de la réalité génétique pour respecter le droit à la connaissance de son ascendance de chaque citoyen, droit déduit de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour européenne¹, tandis que le droit anglais se voit confronté à l'impératif de l'intérêt de l'enfant qui peut se réaliser dans la stabilité de sa filiation.

Face au caractère indiscutable de la réalité génétique, le droit se trouve déstabilisé. Comment coordonner ce fondement avec l'importance grandissante d'un autre fondement, la volonté ? Au profit de cette dernière, la réalité génétique peut alors être sciemment niée par le droit.

§ 2. Une réalité niée

174. Une négation au profit des autres fondements de la filiation. Le droit ne fonde pas exclusivement le lien de filiation sur la réalité génétique parce que, dans les sociétés contemporaines, la réalité de la vie familiale ou encore la volonté familiale ont une importance reconnue dans la construction de la filiation. Le législateur national fait donc un choix de politique familiale en organisant la coexistence entre les différents fondements de la filiation, coexistence qui peut se muer en concurrence lorsque l'un des fondements doit prévaloir sur les autres.

C'est ainsi que la réalité génétique, malgré son exactitude scientifique, peut être totalement niée – reniée ? – par le droit comme fondement de la filiation. Cette mise à l'écart de la réalité génétique semble indispensable pour l'organisation des filiations volontaires telle que celle de l'enfant né d'une procréation médicalement assistée exogène. Mais elle apparaît également nécessaire afin d'assumer l'humanité de la mère porteuse lorsque celle-ci souhaite garder l'enfant conçu avec les gamètes des parents d'intention (A.). La volonté de se rattacher un enfant qui n'est pas le sien ne peut coexister avec la reconnaissance d'un lien génétique de filiation à l'égard des parents d'origine². L'illustration très particulière de cette négation est

1. CEDH sect. III, *Jaggi c. Suisse*, 13 juil. 2006, n° 58757/00 ; *RTD. civ.* 2006, p. 727, obs. J.-P. MARGUÉ-NAUD ; *RTD. civ.* 2007, p. 100, obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 2008, p. 573, obs. J. MASSIP ; *Dr. Fam* mai 2008, p. 13, obs. A. GOUTTENOIRE.

2. Le droit français connaît pourtant un aménagement à cette exclusivité en l'institution de l'adoption simple.

l'accouchement sous X par lequel tout lien entre l'enfant et sa mère génétique est nié. Cette spécificité du droit français se fonde sur la primauté donnée par la loi à une liberté de choix de la mère (B.).

La réalité génétique doit parfois être encore écartée lorsqu'elle porte atteinte à l'ordre public, c'est le cas de la filiation incestueuse (C.). En ce qu'elle est révélatrice de la violation de l'interdit familial suprême, elle ne doit pas exister juridiquement.

A. À l'égard du fournisseur de gamètes

175. Génétique et volonté. Alors même que la procréation médicalement assistée consiste à utiliser des gamètes, la réalité génétique y est niée pour l'établissement de la filiation lorsqu'il y a recours à un tiers donneur (1.) ; la filiation qui en est issue se fonde sur la volonté de rattachement d'un enfant au(x) parent(s) d'intention¹. La réalité génétique est exclue du système de filiation pour partie en cas de recours à un donneur de gamètes et totalement lorsqu'il s'agit d'un don d'embryon.

La logique est inverse lorsque le droit anglais laisse la possibilité à la mère porteuse, qui a porté un enfant qui lui est génétiquement étranger, la possibilité de le déclarer comme son enfant et de ne pas transférer sa parenté au couple d'origine (2.).

Dans les deux cas, l'idée est la même : contourner la réalité génétique pour construire une famille. Le lien génétique n'est donc pas un fondement exclusif de la filiation.

1. Dans le cadre de la procréation médicalement assistée avec tiers donneur

176. L'inexistence juridique du tiers donneur. Dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, il est possible de recourir à un donneur pour fournir les gamètes mâles ou femelles. Le donneur est génétiquement le père ou la mère de l'enfant. Mais ce lien physique n'est pas reconnu par le droit, il est même totalement nié. En effet, il est impossible d'établir un lien de filiation à l'égard de ce donneur de gamètes², pourtant à l'origine de la conception physique de l'enfant. Alors même que le lien entre le donneur et l'enfant est génétique, il ne peut y avoir de filiation établie. De plus, celui qui est à l'origine du projet parental avec la mère

Elle permet, en effet, la synthèse des deux fondements puisqu'un lien de filiation est maintenu à l'égard des parents d'origine et qu'un lien de filiation adoptive s'y ajoute.

1. V. *infra*, page 170.

2. En droit français, 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 ». En droit anglais, c'est la section 41 du *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* qui pose que le donneur de gamètes ne doit pas être considéré comme le père de l'enfant.

ne peut pas non plus contester la filiation qui est établie à son égard¹. La filiation génétique est ici refusée expressément par la loi afin de privilégier la filiation volontaire.

177. Une négation justifiée par l'objectif médical de lutte contre l'infertilité. Pourquoi la réalité génétique peut-elle être refusée pour les filiations aidées par la science ? Comme le soulignent certains auteurs, « il est surprenant que dans un domaine où triomphe la science de la biologie, la vérité biologique soit interdite. »² En réalité, c'est l'ingérence d'un tiers dans la filiation d'un enfant, que l'on souhaiterait conforme à l'apparence d'une famille « comme les autres », qui est niée. L'imitation de la filiation génétique en justifie paradoxalement la négation. Pour la comprendre, il faut appréhender cette négation suivant une double perspective.

D'abord, le projet parental à l'origine du recours à un tiers donneur justifie ce choix. Les parents d'intention fondent leur projet sur l'exclusivité de la filiation à leur égard. Aussi, la fiction juridique instituée par la procréation avec tiers donneur ne peut se maintenir que si le lien de filiation n'est établi qu'à l'égard des parents d'intention. En ne donnant pas de valeur juridique à la filiation génétique dans ces situations, le droit assure que la filiation volontaire établie ne sera pas remise en cause. La stabilité de la fiction prime donc ici sur la réalité génétique.

Ensuite, la justification d'une telle négation réside dans la poursuite d'une finalité plus grande que la recherche de la concordance entre réalité génétique et filiation : la lutte contre l'infertilité. Au delà de la question de savoir si l'anonymat du tiers donneur a ou non une conséquence sur le nombre de dons, il est certain que l'établissement d'un lien de filiation à l'égard de celui-ci aurait des conséquences. L'existence d'un tel lien n'est pas en conformité avec la finalité de l'assistance médicale à la procréation qui consiste précisément à apporter une aide génétique et non pas une parenté supplémentaire.

La construction de la famille médicalement assistée s'inscrit dans une fiction connue et acceptée dès l'origine par les parents. Le lien génétique n'est pas le fondement de cette filiation, la volonté parentale s'y substitue³.

178. L'absence de lien de filiation entre le tiers donneur de gamètes et l'enfant fait partie intégrante du système de procréation médicalement assistée et est acceptée en tant que telle. Les débats contemporains sont d'ailleurs plutôt relatifs à l'accès à des informations identifiantes ou non concernant le donneur plutôt qu'à l'établissement d'une filiation. Ce point n'est même pas discuté tant il apparaît évident que le père de l'enfant est celui qui a participé au

1. Suivant l'article 311-20 du Code civil, le consentement qu'il a donné à la procréation médicalement assistée lui « interdit toute action aux fins de contestation de la filiation ».

2. P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La Famille*, 3^e éd., Paris : Defrénois, 2011, p. 382.

3. V. *infra*, page 170.

projet parental et non le contributeur génétique¹.

Alors ce sont les origines comme élément constitutif de l'identité personnelle qui sont recherchées, et non nécessairement la transcription juridique d'une filiation génétique. Le caractère génétique est donc constitutif de la notion d'origine plus encore que de celle de filiation. Même si le droit fait souvent correspondre origine et filiation, il organise parfois leur dissociation pour répondre à un impératif de construction familiale. Cette même tendance s'observe en matière de gestation pour autrui, autorisée outre-manche.

2. Dans le cadre de la *surrogacy maternity*

179. Une réalité biologique et non génétique. En droit anglais, la maternité pour autrui est autorisée pour les couples hétérosexuels ou homosexuels². Dans ce cadre, une femme peut porter l'embryon conçu avec les gamètes du couple parental ou de l'un de ses membres. À la naissance, la mère est celle qui accouche, autrement dit la mère porteuse³. Il est donc tenu compte pour l'établissement de la filiation de la réalité physique et non pas génétique. Les principes juridiques de l'établissement de la filiation ne sont pas modifiés du fait du mode particulier de procréation qu'est la *surrogacy maternity*⁴.

Pour que les parents génétiques se rattachent l'enfant ainsi né, ils devront obtenir un *parental order* et seront alors traités comme les parents de l'enfant et l'enfant traité comme le leur. Cette décision judiciaire opère un transfert définitif de la *parental responsibility* de la mère légale vers les parents génétiques. Pour autant, dans l'acte de naissance de l'enfant, subsistera le nom de la mère porteuse. Le lien de filiation semble maintenu à son égard mais les effets en sont intégralement transférés au couple parental d'origine. C'est alors la réalité biologique qui fonde la filiation et non la réalité génétique.

180. Une possibilité de garder l'enfant. De plus, parce que la mère porteuse est la mère légale, elle peut décider de garder l'enfant. Les *surrogacy arrangements* ne sont, en effet, pas susceptibles d'exécution forcée⁵. Dans ce cas alors, la réalité génétique est niée en tant que

1. En ce sens, le témoignage de A. KERMALVEZEN et B. de DINECHIN, *Né de spermatozoïde inconnu...*, Presses de la Renaissance, 2008, « Et ce n'est pas parce que je recherche une part de ma filiation génétique que je rejette ma filiation juridique et sociale (p. 87) [...] C'est bien une fiction biologico-juridique qui fait de moi le fils de mon père (p. 91) [...] Pour moi, ce qui compte le plus dans la recherche de mes origines génétiques, c'est de montrer à mon père qu'il est mon père alors que lui, de son côté, a longtemps laissé son entourage dans l'illusion qu'il était mon géniteur » (p. 96).

2. Human Fertilisation and Embryology Act 2008, Section 33.

3. *Ibid.* Section 33 (1) : *The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child.*

4. Ces aspects seront développés plus en détail dans le chapitre suivant, relatif à la volonté comme fondement de la filiation.

5. V. *infra*, page 210.

fondement de la filiation puisque l'enfant sera rattaché à une mère qui n'est pas génétiquement la sienne et qu'il ne pourra contester cette filiation.

181. Une source de paradoxe. Le régime de la *surrogacy maternity* révèle un paradoxe. En effet, ce sont les couples, qui rencontrent des difficultés ou qui présentent une impossibilité physiologique pour engendrer un enfant, qui souhaitent que leur enfant soit issu de leurs gènes en totalité ou pour partie. Ils auront alors recours à un mode de procréation décentralisé qui ne tiendra pas nécessairement compte de la réalité génétique, tant désirée, dans l'établissement juridique de la filiation.

B. À l'égard de la mère ayant accouché sous X, une particularité française

182. Une spécificité du droit français. Un autre cas dans lequel la filiation purement génétique est niée est celui de l'accouchement sous X. Cette possibilité de ne pas dévoiler son identité lors de l'accouchement n'est connue que du droit français et non du droit anglais. Dans ce dernier, la mère étant la femme qui accouche, non seulement son anonymat ne peut être envisagé mais son nom est indiqué dans l'acte de naissance de l'enfant. La filiation génétique n'est donc pas niée. Mais elle peut être remplacée par une filiation volontaire en cas d'adoption¹.

En droit français, la mère peut se retirer de la filiation de l'enfant dès l'accouchement. En effet, elle peut demander que, lors de l'accouchement, le secret de son admission et de son identité soit préservé². Pour que ce secret soit préservé, l'acte de naissance sera dressé comme s'il s'agissait d'un enfant trouvé³. Alors, la filiation maternelle ne sera pas établie à l'égard de la femme qui aura accouché⁴.

1. Alors l'acte de naissance de l'enfant comportera le nom de la mère génétique et le nom des parents adoptants. Seuls ces derniers seront considérés juridiquement comme les parents de l'enfant. L'enfant bénéficiera d'un accès facilité à ses origines puisqu'il lui suffira d'obtenir une copie de cet acte de naissance. Mais, cette facilité est à double tranchant car l'enfant peut également apprendre son adoption ainsi lorsque ses parents la lui auront dissimulée.

2. Code civil, art. 316.

3. *Ibid.*, Art. 58 al. 4.

4. Mais l'enfant aura néanmoins la possibilité de demander des informations, identifiantes ou non, sur sa génitrice auprès du Conseil national des origines personnelles si celle-ci en a laissé à son attention. Cela pourra permettre à l'enfant de contribuer à la construction de son identité sans qu'il ne soit question d'établir un lien de filiation maternel. Ce système a d'ailleurs été validé par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Odièvre c. France* (CEDH, *Odièvre c. France*, 13 fév. 2003 ; *D.* 2003, p. 1240, note B. MALLET-BRICOUT ; *JCP G.* 2003, t. II, 10049, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *RTD. civ.* 2003, p. 276, obs. J. HAUSER ; *RTD. civ.* 2003, p. 375, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *Dr. Fam* 2003, 58, note P. MURAT).

183. L'antichambre de l'adoption. L'accouchement sous X est souvent présenté comme un droit ou une liberté de la mère¹. La mère a la liberté de rompre le lien génétique qui l'unit à l'enfant. Sa volonté prime sur la réalité du lien ; le fondement initial de la filiation est ainsi écarté. La réalité génétique étant niée, l'accouchement sous X est l'antichambre de l'adoption. Il permet, en effet, aux futurs adoptants d'insérer pleinement l'enfant au sein de leur famille puisque ce dernier n'est le sujet d'aucun rattachement d'aucune nature. La filiation volontaire peut totalement se substituer à la filiation génétique qui n'a connu aucune transcription légale. La réalité génétique cède le pas à la volonté de retrait de la mère génétique et à la volonté d'insertion des parents adoptifs².

Afin de renforcer l'effacement d'un tel lien, l'accouchement sous X a été élevé au rang de fin de non recevoir à l'action en recherche de maternité³. Alors, l'enfant accouché sous X, même non adopté, ne pouvait pas agir en recherche de maternité. La négation du fondement génétique de la filiation était alors totale. La loi du 16 janvier 2009⁴, ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005, est revenue sur cette position. Le fondement génétique de la filiation est pris en compte malgré la volonté contraire de la mère en raison de l'absence de filiation adoptive pour l'enfant. À défaut de fondement volontaire de la filiation, la primauté de la réalité génétique se rétablit afin de permettre à l'enfant de bénéficier d'une filiation plutôt que d'être privé de tout lien juridique de filiation.

184. Un retour à la réalité génétique en l'absence d'autre lien. Ainsi, lorsque l'enfant n'est pas adopté, il pourra agir en recherche de maternité contre sa mère génétique, à condition que l'identité de celle-ci lui ait été révélée. En revanche, lorsque l'enfant est adopté, la filiation se fonde sur la volonté de retrait des parents génétiques et d'insertion des parents adoptifs ; l'action en recherche de maternité lui est fermée.

Récemment, la volonté de la mère d'origine a été contournée au profit de la réalité génétique par la jurisprudence. Les juges ont confié l'enfant né sous X à ses grands-parents génétiques à l'encontre de la volonté de la mère, et donc de leur propre fille. La particularité de l'espèce réside dans le fait que l'anonymat était rompu. En effet, la mère avait accouché sous X à six mois de grossesse. L'enfant avait donc été placé en couveuse et la mère l'avait montré à sa propre mère – la grand-mère. Selon le juge des référés, l'attitude de la mère a été ambiguë car « tout en sollicitant le secret de son admission et de son identité au regard de

1. J. RUBELLIN-DEVICHI, « Droits de la mère et droits de l'enfant : réflexions sur les formes de l'abandon », *RTD. civ.* 1991, p. 695.

2. V. page 115.

3. Par la loi du 8 janvier 1993, le législateur a modifié l'article 325 du Code civil en ces termes : « A défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité est admise sous réserve de l'application de l'article 326 ».

4. 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* 17 jan. 2009, p. 1062.

son enfant, [elle] À levé ce secret à l'égard de ses propres parents et permis à sa mère de voir l'enfant peu après sa naissance, établissant ainsi un lien avec elle. »¹ Alors que l'accouchement sous X doit rompre toute possibilité d'identification de l'enfant à l'égard de la mère, il n'en était rien dans les faits. Sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, les grands-parents ont donc demandé à ce que soit effectuée une expertise de comparaison des sangs établissant un lien entre l'enfant et eux, lien qui puisse fonder leur intérêt à agir dans la contestation de l'admission de l'enfant comme pupille de l'État². Le juge des référés ordonna une expertise génétique – et non une expertise comparée des sangs³ – afin « d'exclure ou de confirmer le lien de parenté dont ils se préval[ai]ent en qualité de grands-parents. »⁴

Alors même qu'elle est niée comme fondement du lien de filiation à l'égard de la mère en raison de l'accouchement anonyme, la réalité génétique peut donc néanmoins prouver le lien existant entre l'enfant et ses grands-parents maternels. Le juge des référés procède à une distinction : l'établissement d'un lien juridique de filiation entre la mère et l'enfant ne peut être envisageable que dans le cadre d'une action en recherche de maternité engagée par l'enfant⁵, mais, en revanche, la preuve d'un lien biologique, en dehors de toute action relative à la filiation, peut être recherchée. Autrement dit, si le lien de filiation ne peut être établi, il peut tout de même être prouvé à d'autres fins... L'expertise génétique est donc employée comme preuve d'une filiation qui ne peut être juridiquement reconnue mais qui peut être connue pour justifier d'une qualité à agir dans une autre procédure. La preuve génétique du lien entre l'enfant et les grands-parents ne servirait pas à l'établissement d'une filiation mais seulement à la remise en cause d'une décision d'admission en tant que pupille de l'État. Elle sera pourtant bien utile dans une action en recherche de maternité ultérieure engagée par l'enfant lui-même.

1. TGI Angers, ord. réf., 8 oct. 2009, n° 09/00568, *JurisData n° 2009-011061* ; *JCP G.* 30 nov. 2009, p. 14, note F. BOULANGER ; *Dr. Fam.* déc. 2009, p. 22, note P. MURAT ; *Gaz. Pal.* 31 déc. 2009, p. 4, note J. MASSIP ; *AJ. Fam.* 2009, p. 456, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *RTD. civ.* 2009, p. 708, obs. J. HAUSER ; *RJPF* déc. 2009, p. 25, note M.-C. LE BOURSICOT.

2. Code de l'action sociale et des familles, Art. L. 224-8.

3. Ce qui, comme l'avait souligné un auteur (P. MURAT, « L'expertise biologique au secours des grands-parents réclamant leur petite-fille après l'accouchement anonyme de la mère », *Dr. Fam.* 2009, 152, p. 22, spéc. p. 24), pose un problème de légalité de la mesure ordonnée. En effet, un recours à la technique des empreintes génétiques est soumis à l'article 16-11 al. 2 du Code civil qui exige que cette technique soit réservée aux actions tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides. Or, en l'espèce, la demande visait à se prémunir d'une preuve utile dans le cadre d'un recours contre l'admission de l'enfant comme pupille de l'État. Aussi, la mesure ordonnée, non conforme à celle demandée, n'était pas légale en l'espèce. C'est en ce sens qu'a statué ensuite le TGI d'Angers le 26 avril 2010, mais le jugement a été infirmé par la Cour d'appel d'Angers le 26 janvier 2011.

4. TGI Angers, ord. réf., 8 oct. 2009, n° 09/00568, *JurisData n° 2009-011061* ; *JCP G.* 30 nov. 2009, p. 14, note F. BOULANGER ; *Dr. Fam.* déc. 2009, p. 22, note P. MURAT ; *Gaz. Pal.* 31 déc. 2009, p. 4, note J. MASSIP ; *AJ. Fam.* 2009, p. 456, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *RTD. civ.* 2009, p. 708, obs. J. HAUSER ; *RJPF* déc. 2009, p. 25, note M.-C. LE BOURSICOT.

5. Code civil, art. 325.

La distinction entre la preuve et le lien en matière de filiation est très ténue puisque l'une matérialise l'existence de l'autre... Aussi, nous semble-t-il que, sous couvert de preuve employée à d'autres fins que l'établissement de la filiation, il est bien question de filiation. Il est étonnant de prouver un lien de filiation et de ne pas l'établir ensuite¹. Si le raisonnement développé à propos de cette espèce est peut-être isolé, il n'en reste pas moins qu'il est peu cohérent au regard de l'ensemble du droit de la filiation. Et cet impératif de cohérence est, sans aucun doute, ce qui permet la mesure entre la réalité génétique et les autres fondements de la filiation. Altérer la cohérence, c'est ébranler l'équilibre instauré progressivement en la matière. Et donner une place prépondérante à la réalité génétique en contradiction de la volonté de retrait de la mère d'origine, c'est remettre en cause le processus de l'adoption en lui-même.

C'est bien ce raisonnement qu'a sanctionné le TGI d'Angers en jugeant irrecevable l'expertise génétique parce qu'elle avait été réalisée hors du champ de l'article 16-11 du Code civil, c'est-à-dire hors d'une action en établissement ou contestation d'un lien de filiation, ou en obtention ou suppression de subsides². Les juges ont estimé qu'il ne pouvait y avoir recours à la preuve génétique d'un lien de filiation en dehors du cadre légal des actions relatives à celle-ci et ont également précisé que le lien biologique ne suffisait pas à prouver l'existence du lien requis par l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles pour contester l'admission de l'enfant en tant que pupille de l'État. Il fallait qu'un lien affectif soit également constaté, ce qui, en cas d'accouchement sous X, est très délicat voire impossible. Aussi, une telle solution rendait impossible une telle contestation par les grands-parents d'un enfant accouché sous X. La réalité génétique ne suffisait pas à contrer la volonté de retrait de la mère ni à rétablir un lien à l'égard des grands-parents. Le choix des juges était clairement en faveur de la filiation volontaire.

Enfin, la Cour d'appel d'Angers a infirmé ce jugement et finalement confié l'enfant aux soins des grands-parents, l'intérêt de l'enfant étant de grandir au sein de sa famille génétique³. Sa décision s'est fondée sur l'intérêt de l'enfant, sur lequel les juges de première instance ne s'étaient pas appuyés. En effet, « la question à trancher n'est pas de savoir si la volonté des grands-parents doit supplanter celle des parents, mais de rechercher l'intérêt supérieur

1. Cette absence de lien de causalité entre la preuve du lien et son établissement étonne en droit civil interne mais pas en droit international privé où l'on reconnaît la condamnation alimentaire prononcée à l'étranger sur la base de faits qui y établissent la filiation sans reconnaître pour autant au for cette filiation judiciairement constatée à l'étranger.

2. TGI Angers, 26 avr. 2010, n° 10/00171 ; *Daloz Actualité* 21 mai 2010, obs. C. LE DOUARON ; *LPA* 18 nov. 2010, no 230, p. 9, note J. MASSIP ; *AJ. Fam.* 2010, p. 278, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *Dr. Fam* juil. 2010, comm. 114, p. 31, obs. P. SALVAGE-GEREST ; *RTD. civ.* 2010, p. 540, obs. J. HAUSER.

3. CA Angers, *M et Mme O.*, n° 10/01339, 26 jan. 2011 ; *Daloz Actualité* 2 fév. 2011, obs. I. GALLMEISTER ; *JCP G.* 2011, no 161, p. 298, note A. GOUTTENOIRE ; *D.* 2011, p. 1053, note T. GARÉ ; *AJ. Fam.* 2011, p. 156, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *RLDC* mar. 2011, p. 45, obs. J. GALLOIS.

de l'enfant ». Suivant son raisonnement, l'intérêt de l'enfant, apprécié *in abstracto*, se trouve dans le maintien des liens entre l'enfant et sa famille d'origine¹. Puis, apprécié *in concreto*, l'intérêt de l'enfant ne s'oppose pas, en l'espèce, à ce que l'enfant soit confié à ses grands-parents génétiques : « en l'espèce, l'intérêt d'Hélène doit s'apprécier en considération des éléments de fait, *sans pouvoir occulter la réalité biologique* qui a établi que les époux X étaient les grands-parents de l'enfant ». Aussi, la réalité biologique ne peut-elle être ici écartée au risque que cela soit contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant².

Une telle solution remet en perspective la réalité génétique comme fondement de la filiation. S'il est de l'intérêt de l'enfant d'être élevé par sa famille génétique, et cela malgré la volonté contraire de la mère, pourquoi cette réalité ne fonde-t-elle pas exclusivement la filiation ? Pourquoi accepter de l'écarter ou de la nier si elle apparaît si essentielle pour l'intérêt de l'enfant ? Cette affaire témoigne parfaitement de la construction intellectuelle contemporaine de la famille selon laquelle il n'y a finalement de « véritable » filiation que de chair et de sang. Le droit s'en trouve régulièrement déstabilisé.

C. À l'égard du parent incestueux

185. Une filiation interdite. La réalité génétique est, enfin, niée lorsque l'enfant est issu d'une relation incestueuse prohibée. La relation étant interdite, la filiation ne peut exister.

186. Une interdiction expresse en droit français. L'article 310-2 du Code civil pose clairement l'interdiction de l'établissement de la filiation de l'enfant incestueux à l'égard de ses deux parents³.

L'établissement de la filiation révélatrice de l'inceste est interdit quel qu'en soit le mode : reconnaissance, possession d'état ou encore adoption⁴. La réalité génétique, en ce qu'elle

1. La Cour d'appel s'appuie ici sur une combinaison de l'intérêt supérieur de l'enfant issu de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (transposé dans l'article L. 112-4 CASF), de son droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux de l'article 7-1 de la même convention, et du droit fondamental de l'enfant de connaître ses origines qui permet de faire primer l'intérêt de l'enfant sur le droit de la mère de conserver l'anonymat, comme le démontre la suppression de la fin de non-recevoir à l'action en établissement de la maternité liée à l'accouchement sous X par la loi du 16 janvier 2009.

2. Ce raisonnement se rapproche de celui que les Cours anglaises ont suivi, s'appuyant sur l'intérêt de l'enfant pour favoriser ou écarter la réalité génétique. L'intérêt de l'enfant permet ici aux juges du fond d'assouplir une solution juridique trop rigoureuse à leur sens. La différence fondamentale entre les deux systèmes est que les juges français procèdent à une appréciation *in abstracto* et *in concreto* de l'intérêt de l'enfant tandis que les juges anglais procèdent à une appréciation *in concreto*. La comparaison de l'approche de l'intérêt de l'enfant sera approfondie dans le Titre II de cette même Partie, v. page 249.

3. Code civil, Art. 310-3 : « *S'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit* ».

4. Cass. 1^{re} civ., 6 jan. 2004, *Bull. civ.* I, 2 ; D. 2004, p. 362, note D. VIGNEAU ; *JCP G.* 2004, t. I, 109,

certifie l'exactitude du lien et donc de l'inceste, ne peut donc être, *a fortiori*, que niée. Une telle filiation révélerait le tabou dont l'enfant serait victime socialement. Aussi, l'ordre social et la protection de l'enfant justifient l'impossibilité de mettre en conformité filiations juridique et génétique.

Le droit consacre ainsi une filiation uniparentale : l'enfant incestueux ne peut, en effet, avoir qu'un seul et unique parent juridique. Comme désormais l'établissement de la filiation maternelle résulte de l'acte de naissance, c'est donc la filiation paternelle qui n'est pas établie.

187. Une absence d'interdiction expresse en droit anglais. En droit anglais, il existe des empêchements à mariage¹ ou à *Civil partnership*² fondés sur l'interdit de l'inceste mais pas de règle spécifique relative à la filiation incestueuse. L'union incestueuse est légalement prohibée mais le statut des fruits d'une union incestueuse de fait n'est pas envisagé par la loi. Cependant, l'établissement de la filiation d'un enfant ne se fait automatiquement qu'à l'égard de la mère suivant le principe *mater semper certa est*. La mère déclare l'enfant comme le sien. Si elle est mariée, la présomption de paternité joue à l'égard du mari. Or, son mari ne peut être son père ou son frère ou toute personne avec laquelle l'union est prohibée. La filiation incestueuse n'est pas révélée. Hors mariage, il faut que la mère donne son accord à la déclaration de paternité de celui qui se prétend père. Si le père ou le frère venait à déclarer leur paternité, la mère pourrait s'y opposer. Et le souhaiterait-elle, le *registrar* pourra refuser d'inscrire une telle filiation.

S'agissant du *Civil partnership*, la filiation qui peut être instaurée à l'égard du *partner* de la mère ou du père ne pourra être incestueuse puisque précisément une telle union est prohibée.

Alors, l'établissement d'une telle filiation incestueuse ne semble tout simplement pas possible en pratique. L'organisation de la filiation en droit anglais ne permet pas à la filiation incestueuse d'être révélée. Le droit n'a pas besoin ici de poser de règle explicite, la force de l'interdit moral suffit.

188. L'interdit de l'inceste est si important pour les sociétés française et anglaise que le droit, directement ou indirectement, ne permet pas l'établissement d'une filiation de cette na-

obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; *JCP G.* 2004, t. II, 0064, note C. LABRUSSE-RIOU ; *Defrénois* 2004, p. 594, obs. J. MASSIP ; *Dr. Fam* 2004, no 16, note D. FENOUILLET ; *RTD. civ.* 2004, p. 75, obs. J. HAUSER, La Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, qui avait admis l'adoption simple d'un enfant incestueux, pour contrariété au principe d'ordre public d'interdiction d'un double lien de filiation en cas d'inceste absolu. Sur ce point : v. *infra*, page 303.

1. Marriage Act 1949, La *Schedule 1 Part 1* de cette loi dresse une liste de personnes entre lesquelles un mariage ne peut être célébré. Ainsi est nul un mariage avec l'un de ses parents (adoptifs également), grands-parents, enfants, petits-enfants, frères ou soeurs, oncles ou tantes, neveux ou nièces.

2. *Schedule 1 Part 1.* du Civil Partnership Act (c. 33) 2004, Calqués sur ceux du mariage, on retrouve les mêmes empêchements en matière de *Civil partnership*.

ture. Pourtant cette filiation correspond à la réalité génétique. Pour des raisons d'ordre social, celle-ci est niée au profit d'un vide de filiation. La réalité génétique n'est finalement pas si prégnante, elle atteint sa limite face à l'intérêt de la société.

189. Bilan. La réalité génétique ne peut être retenue comme le fondement exclusif de la filiation au risque de ne pas tenir compte des autres réalités familiales. En effet, si la notion de filiation était réduite à sa seule composante génétique, elle n'appréhenderait aucunement les liens qui se construisent au quotidien ni ne permettrait d'envisager les solutions offertes aux personnes qui ne peuvent engendrer. La notion de filiation serait alors extrêmement restreinte. Par conséquent, le droit se doit de limiter et d'encadrer l'accès à cette réalité génétique qui peut tout à la fois fonder un lien de filiation et en détruire un autre issu d'une autre source. Le droit s'efforce donc de trouver un équilibre entre l'attrait pour une certitude physique et la sécurité que nécessite un vécu familial et affectif par le recours à un juge et à l'aide de divers instruments tels que la prescription ou encore l'intérêt de l'enfant. De même, l'exigence du consentement à l'expertise génétique de la personne concernée tend à contenir d'éventuels excès dans la recherche de la filiation. Mais cette exigence n'est pas exactement la même dans les deux systèmes juridiques, le droit anglais permettant de passer outre un refus afin de s'assurer de l'exactitude génétique de la filiation de l'enfant. Limitée, la réalité génétique n'en reste pas moins un fondement essentiel de la notion de filiation.

Conclusion du Chapitre 1

190. La réalité génétique est donc le premier fondement de la filiation car le plus intuitif en raison de son caractère physique. À première vue, la filiation semblerait s'assimiler à l'engendrement en ce que les parents sont, intuitivement, ceux qui donnent naissance à l'enfant.

191. D'abord, la réalité génétique n'était que vraisemblable parce qu'invérifiable. La présomption de paternité offre ainsi la possibilité de rattacher l'enfant à une famille légitime en se fondant sur la seule vraisemblance que le mari de la mère devrait être le père des enfants, en raison du devoir de fidélité qu'implique l'union matrimoniale.

Ensuite, grâce à la possibilité de recourir à l'expertise génétique, la preuve de la filiation est devenue certaine ; la réalité génétique s'est alors muée en socle fondamental de la filiation parce qu'elle désignait désormais incontestablement le parent. Autrement dit, celui qui souhaiterait échapper à sa parenté ne le peut plus de sorte que l'enfant se voit assuré d'établir sa filiation et aussi, plus matériellement, de bénéficier d'un débiteur alimentaire. Le fondement génétique est alors porteur d'une garantie pour l'enfant lorsque celui-ci n'a pas de filiation établie. En revanche, l'enfant, dont la filiation est déjà établie sans qu'il y ait eu « vérification » génétique, peut nécessiter une stabilité familiale que le droit va s'efforcer de garantir face à l'impératif croissant de « vérité ».

192. En effet, le droit encadre l'accès à la réalité génétique ainsi que la possibilité de remettre en cause une filiation déjà établie au nom d'une « vérité » physique. La nécessité d'une décision judiciaire pour réaliser une expertise génétique était censée prémunir contre les excès de vérifications compulsives des liens de filiation. Mais, ce préalable a tendance à s'altérer face à l'accord des parties en droit anglais ou à être contourné par la pratique de tests « sauvages » en France. Cela est révélateur de ce que, pour la grande majorité des personnes, le lien de filiation s'enracine dans le lien physique et qu'ils ont besoin de le connaître, au moins pour construire leur identité.

C'est moins la protection de la famille qui est désormais recherchée que la satisfaction de l'intérêt personnel à connaître son ascendance génétique. Le développement des droits

fondamentaux, tels que le droit au respect de la vie privée qui inclut désormais le droit de connaître son identité¹ ou encore le droit de connaître son ascendance², favorise d'ailleurs cette tendance puisqu'ils peuvent justifier la remise en cause de l'exigence du consentement de la personne à l'expertise³ ou encore des délais de prescription.

Cependant, le droit est paradoxalement, contraint de nier cette même réalité génétique afin d'ancrer un lien de filiation dans un autre fondement, comme la volonté, ou encore lorsque cette réalité est défavorable à l'enfant parce qu'elle révèle la transgression d'un interdit social. La primauté de la réalité génétique peut alors ployer face à d'autres fondements que le choix politique lui préférera.

193. L'épigénétique, ou la démonstration scientifique que la génétique se nourrit de l'environnement familial. Il faut ajouter, pour mener cette conclusion à bien, qu'il n'est désormais plus certain que la réalité génétique soit si constitutive de la personne ni qu'elle ne soit pas déjà « dépassée » scientifiquement. En effet, l'épigénétique – c'est-à-dire l'étude du développement des gènes en fonction de l'environnement dans lequel la personne évolue – a permis de révéler que l'environnement auquel est confronté l'embryon, puis l'enfant, a des incidences sur sa propre construction. L'utilisation des gènes par l'embryon, puis l'enfant, différera selon les modes de vie et comportements des parents. Une étude révélait en 2009 que l'alimentation trop riche du père peut causer une modification des spermatozoïdes qui n'entraînera pas une modification des gènes de l'embryon mais plus exactement de la façon dont ces gènes vont être utilisés par l'embryon dans sa propre construction. Apparaissait ainsi une empreinte paternelle dans la construction de certains organes (foie, pancréas) de l'embryon, entièrement due à l'environnement du père et non lisible dans la séquence des gènes. La construction physique de l'enfant est donc également déterminée par le mode de vie de son père ; ils partagent donc beaucoup plus que des gènes, ils partagent un environnement décisif.

194. Plus surprenant encore, une série d'études a révélé que le comportement des parents pouvait avoir des conséquences sur l'utilisation des gènes par l'embryon ou l'enfant. C'est ce que le Professeur Jean-Claude AMEISEN dénomme « l'hérédité des caractères acquis. »⁴

1. V. dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : CEDH, *Kearns c. France*, 10 jan. 2008 ; *D.* 2008, p. 415, obs. P. GUIOMARD ; *AJ. Fam.* 2008, p. 78, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *Dr. Fam.* 2008, étude 14, note A. GOUTTENOIRE. CEDH sect. III, *Jäggi c. Suisse*, 13 juil. 2006, n° 58757/00 ; *RTD. civ.* 2006, p. 727, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTD. civ.* 2007, p. 100, obs. J. HAUSER ; *Deffrénois* 2008, p. 573, obs. J. MASSIP ; *Dr. Fam.* mai 2008, p. 13, obs. A. GOUTTENOIRE.

2. En vertu de l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant, désormais d'application directe en droit français.

3. Comme dans l'affaire CEDH sect. V, *Pascaud c. France*, 16 juin 2011, n° 19535/08 ; *RTD. civ.* 2011, p. 526, obs. J. HAUSER.

4. J.-C. AMEISEN, « Conférence sur la parentalité » in *Quel avenir pour l'embryon humain ? Journées annuelles d'éthique du Comité consultatif national d'éthique (CCNE) - Universcience*, 28 jan. 2011.

Il faut expliquer ici les grandes lignes de l'expérience menée. Des souris génétiquement identiques ont été séparées en deux groupes selon qu'elles étaient anxieuses ou non. Des souriceaux, nés de souris anxieuses, ont été confiés à des souris calmes et, réciproquement, des souriceaux, nés de souris calmes, ont été confiés à des souris anxieuses. À l'âge adulte, la souris a les caractéristiques cérébrales et comportementales de la mère adoptive et non pas de la mère génétique. Plus étonnant encore, à la génération suivante, les souriceaux présentent les caractéristiques cérébrales et comportementales de la grand-mère adoptive et non de la grand-mère génétique. Parce que l'on retrouve d'une génération à l'autre ces caractéristiques qui ne sont en rien génétiques mais comportementales, on parle d'hérédité des caractères acquis. Il y a donc un effet de l'environnement sur la construction du corps en lui-même.

195. Qu'en conclure concernant la filiation ? Il faut bien admettre que la génétique ne fait pas tout. Elle est un élément de construction de l'individu et est révélatrice d'un rattachement physique à des parents. Mais, elle doit justement rester au service de ce qui la dépasse : la construction du lien de filiation, d'une famille. Comme l'écrivait le doyen CORNU, « la filiation n'est pas seulement la naissance ; la famille n'est pas seulement le sang, mais grandir, vivre, vieillir ensemble. »¹ La réalité génétique ne peut et ne doit donc pas être l'unique fondement de la filiation. Ainsi, doit-elle être coordonnée avec mesure et équilibre avec les autres fondements de la filiation : le vécu familial et la volonté.

1. G. CORNU, « La filiation », *Arch. philo. dr.* 1975, XX, p. 29, spéc. p. 36.

Chapitre 2

La volonté, fondement amplifié

196. L'inné et l'acquis. La filiation ne se fonde pas seulement dans l'existence d'un lien charnel – lien subi – mais elle se fonde aussi, voire parfois uniquement, dans la manifestation de volonté du parent de se rattacher l'enfant – lien choisi. Une seconde dichotomie se dégage alors, celle de l'inné et l'acquis ; la filiation voulue, acquise, se conjugue ou, parfois même, se substitue à la filiation génétique, innée. Afin de construire des liens de filiation détachés du modèle génétique et même physique, le droit recourt de plus en plus à la volonté qui lui offre une grande flexibilité. Dépourvue de contraintes matérielles et morales, toute filiation devient envisageable lorsque la volonté individuelle est à sa source.

197. Une volonté de rattachement. La volonté peut se définir comme un état psychologique qui va se manifester dans un comportement. En notre domaine, son extériorisation va fonder l'établissement d'un lien juridique de filiation. Elle est celle suivant laquelle l'individu recherche, en établissant un lien juridique de filiation, à intégrer l'enfant dans sa propre lignée, mais également à assumer la charge de celui-ci dans son ensemble. Ainsi, c'est la manifestation concrète d'une telle volonté qui pourra être retenue comme fondement de la filiation.

198. Volonté et loi. Cette volonté parentale, individuelle ou conjointe, ne connaît d'incidences qu'organisées par l'État. Comme en matière de contrat¹, la volonté n'est pas toute-puissante ; elle n'est pas à elle seule créatrice de droits. C'est le droit qui attribue à cette volonté une valeur juridique et y associe des effets. Autrement dit, la seule volonté d'être parent n'a d'effets sur la filiation à l'égard de l'enfant que si elle s'insère dans un processus légal voire institutionnel. La loi détermine donc le rôle, l'étendue et les conséquences de la volonté

1. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, p. 35, n° 28 *in fine*. Traitant de la force obligatoire du contrat, les auteurs ont cette formule : « la force obligatoire ne vient donc pas de la promesse, mais de la valeur que le droit attribue à la promesse ». C'est donc l'ordre juridique qui donne à la volonté son véritable rôle.

comme fondement de la filiation.

La volonté est favorisée pour fonder la filiation hors mariage en tant que palliatif à l'absence de lien de droit entre les géniteurs de l'enfant. L'expression de la volonté va permettre un rattachement qui est présumé, en principe¹, en présence d'un couple marié et qui nécessite d'être révélé par une déclaration en dehors d'une telle union parentale. Le déclin du modèle de la famille légitime a contribué à l'essor de la volonté comme fondement de la filiation en ce que la reconnaissance ou la déclaration de parenté sont apparues plus courantes, elles se sont normalisées. Ces modes d'établissement volontaires soulèvent désormais de nouvelles interrogations quant à leur emploi par des personnes de même sexe mais également par plus de deux personnes à l'égard d'un seul enfant. Si la volonté est à l'origine de la filiation, pourquoi doit-elle être limitée ?

199. Une amplification en matière de filiation élective. C'est en matière de filiation élective que la volonté a encore davantage pris de l'ampleur comme fondement de la filiation. Si la volonté est un fondement historique de la filiation adoptive, elle a été étendue aux filiations des enfants issus de procréation médicalement assistée avec tiers donneur. Désormais, la volonté est de plus en plus sollicitée au soutien de l'établissement de la filiation d'un enfant issu de nouveaux modes de procréation, telle que la gestation pour autrui, ou de l'ouverture de certaines de ces figures à d'autres titulaires, tels que les couples de même sexe. De sorte que, « sur un sujet aussi passionné et passionnel que le désir d'enfant, que le mal d'enfant, la volonté se veut souveraine, sans obstacles »². La volonté est alors à l'origine du « projet parental » qui mène à la filiation, elle n'est plus uniquement un mode de rattachement de l'enfant à une famille mais l'élément fondateur de la conception organisée de l'enfant.

Il s'agit là de la manifestation de la deuxième tendance contemporaine du droit de la filiation ; la première survalorisant la génétique comme fondement de la filiation, allant jusqu'à dire qu'il s'agit d'une « vérité », celle dont il est ici question survalorise la volonté pour élargir la notion de filiation à des situations qui n'en relevaient pas jusqu'alors. La volonté est alors l'outil de torsion de la notion de filiation qui en est, certes, renouvelée mais également déstabilisée.

1. En effet, la loi du 13 mai 2013 qui a ouvert le mariage aux couples de même sexe en France n'a pas prévu l'extension des effets de la présomption de paternité au sein d'un couple de même sexe. Aussi, un enfant né au sein d'un couple homosexuel marié devra être reconnu par l'épouse de la mère. Le droit anglais a instauré une présomption de parenté au profit du *civil partner* du parent de l'enfant lorsque l'enfant est issu d'un projet parental commun. L'ouverture du mariage aux couples de même sexe depuis juillet 2013 aura donc logiquement pour effet d'étendre la présomption au sein des couples mariés qu'ils soient hétérosexuels ou homosexuels.

2. É. HIRSOUX, *La volonté individuelle dans l'établissement du lien de filiation*, Paris, 1988, p. 3.

200. Ainsi, la volonté, initialement révélatrice du lien de filiation (Section I) en est devenue constructrice (Section II).

Section I Une volonté révélatrice de l'engagement parental

201. **Un aveu de filiation et un engagement parental.** Comme la réalité génétique, la volonté est très souvent présentée comme simple mode de preuve du lien de filiation. Plus exactement, la volonté ne serait que « révélatrice du lien de sang qui seul compterait pour le système juridique ¹ ». Mais, l'expression de la volonté instituant juridiquement la filiation ne se limite pas à une supposition de concordance entre la filiation juridique et la réalité génétique ; l'expression de la volonté révèle également un engagement parental. Cette double fonction a été dégagée par Ambroise COLIN qui voyait dans l'acte de reconnaissance à la fois une « reconnaissance-confession », en ce qu'il constitue un aveu de la filiation, et une « reconnaissance-admission », acte de volonté unilatéral destiné à se rattacher l'enfant, à le faire entrer dans la famille de l'auteur de la reconnaissance ².

L'expression de la volonté traduit ainsi l'aveu d'un lien de filiation reposant sur une réalité physique supposée exacte et un engagement parental pour l'avenir. Cet engagement peut se retrouver à la source de toute filiation établie. Il préexiste à la naissance de l'enfant lorsque le couple est marié ; l'engagement conjugal se prolonge de la sorte dans l'engagement parental. Précisément, l'expression de la volonté de se rattacher juridiquement un enfant vient ici pallier l'absence d'engagement conjugal. La filiation s'ancre alors dans cette volonté qui s'exprime dans un acte unique ³, à la forme sensiblement différente selon le système juridique : la reconnaissance, en droit français, et la déclaration de filiation, en droit anglais.

S'ils sont des actes différents (§ 1.), la reconnaissance et la déclaration de filiation remplissent les mêmes fonctions révélatrices (§ 2.).

1. D. FENOUILLET, « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : Dalloz, PUF, Éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 509, spéc. p. 521.

2. A. COLIN, « De la protection de la descendance légitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD. civ.* 1902, p. 257. Le doyen CARBONNIER a expliqué historiquement cette double composante de la reconnaissance : « si notre conception de la reconnaissance réunit les deux courants contradictoires de la conception et de l'admission, c'est peut-être que deux courants de pensée y confluent : l'un venu de la pratique de l'Ancien droit en matière de séduction, l'autre de la philosophie volontariste du XVII^e siècle » (J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille*, t. I, Quadriges, Paris : PUF, 1999, p. 780.).

3. P. RAYNAUD, « Le rôle de la volonté individuelle dans l'établissement du lien de filiation : état du droit positif français » in *Droit de la filiation et progrès scientifique*, sous la dir. de C. LABRUSSE et G. CORNU, Economica, 1981, p. 87, spéc. p. 95 : « la reconnaissance est un aveu fait une fois pour toutes ».

§ 1. Des actes différents

202. Une manifestation de la volonté à l'origine du lien de filiation. Hors mariage, s'il est besoin d'une manifestation de volonté pour fonder la filiation, c'est en raison de l'absence de lien de droit entre les parents de l'enfant¹. Aussi, les droits français et anglais organisent-ils un système d'établissement de la filiation hors mariage essentiellement fondé sur la volonté. En droit français, la principale manifestation de volonté est la reconnaissance, transcrite à l'état civil. En droit anglais, c'est par le biais de la seule inscription à l'état civil que celle-ci se traduit, sans recours à une reconnaissance. Une telle inscription est-elle un équivalent de la reconnaissance de droit français ? Et dans ce dernier, la seule inscription à l'état civil pourrait-elle suffire ? Sans que le mode choisi soit identique, celui-ci est constitutif d'un cadre d'expression de la volonté parentale et d'un véritable acte fondateur de la filiation.

203. La manifestation de volonté va prendre des formes distinctes pour révéler la filiation dont elle est porteuse. Distinctes selon le système juridique mais également au sein même des systèmes étudiés (A.). Au-delà de la forme des actes, c'est aussi le mécanisme permettant d'assurer la véracité de leur contenu, autrement dit le formalisme, qui diffère (B.).

A. Un acte aux formes distinctes

204. La manifestation de volonté à l'origine de la filiation en droit français est concrétisée par un acte spécifique : la reconnaissance (1.). En droit anglais, elle se concrétise dans la simple déclaration au *registrar*, équivalent de l'officier d'état civil (2.).

1. La reconnaissance, un acte spécifique

205. Un mode d'établissement de la filiation. En droit français, la reconnaissance est le principal mode d'établissement volontaire de la filiation. Elle est définie comme une manifestation de volonté par laquelle une personne accepte de tenir pour établie une situation préexistante de fait, un lien de filiation par exemple². Elle est également « l'acte volontaire par lequel

1. É. HIRSOUX, *La volonté individuelle dans l'établissement du lien de filiation*, Paris, 1988, p. 540. Cette affirmation doit cependant être nuancée en raison de l'institution du Pacte civil de solidarité (Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au Pacte civil de solidarité, *JO* 16 nov. 1999). En effet, le Pacs crée un lien de droit entre les deux partenaires mais n'envisage aucun lien de filiation à l'égard des enfants nés d'une telle union. La dimension verticale du Pacs est donc absente, c'est pourquoi les enfants nés de parents pacsés sont considérés comme nés hors mariage. Le raisonnement de M. Hirsoux est donc toujours d'actualité : les modes d'établissement de la filiation hors mariage visent à pallier l'absence de lien de droit, plus précisément de lien matrimonial, entre les parents de l'enfant.

2. G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 2005.

un parent déclare être l'auteur de l'enfant et vouloir établir le lien de filiation à son égard¹ ». Elle est donc l'expression de volonté parentale à l'origine de la filiation juridique, expression qui s'appuie généralement sur l'existence supposée d'un lien génétique entre l'auteur de la reconnaissance et l'enfant.

206. Un acte distinct de la déclaration à l'état civil. La spécificité de la reconnaissance réside dans son indépendance par rapport à l'acte de naissance. L'article 316 alinéa 3 du Code civil dispose que « [la reconnaissance] est faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier d'état civil ou par tout autre acte authentique ». Ainsi, la reconnaissance peut avoir l'acte de naissance pour support². Autrement dit, l'acte de naissance peut être l'*instrumentum* d'une reconnaissance³. Mais elle n'en est pas le *negotium*. L'acte de naissance peut être un élément de la reconnaissance mais il n'est donc pas suffisant pour être constitutif d'une reconnaissance. *A fortiori*, la reconnaissance peut figurer dans un acte séparé de l'acte de naissance⁴. En pratique, la reconnaissance est généralement contenue dans l'acte de naissance, l'auteur peut donc légitimement penser qu'il s'agit d'un seul et même acte. Sa volonté, tout comme sa reconnaissance, se manifesterait donc dans l'acte de naissance de l'enfant même si, juridiquement, ce dernier contient deux actes distincts.

207. Un acte subsidiaire. La reconnaissance est un mode d'établissement subsidiaire de la filiation ; elle intervient à défaut de l'emploi d'autres modes. Suivant l'article 316 du Code civil, elle n'a vocation à intervenir que « lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre », autrement dit à défaut de désignation dans l'acte de naissance⁵ ou de présomption de paternité⁶. Dans ces deux cas, l'expression de la volonté n'est pas nécessaire. En effet, lorsque la mère est désignée dans l'acte de naissance, la filiation est établie sans qu'il y ait besoin d'une reconnaissance. De même, lorsque les parents sont mariés, la présomption de paternité permet de lier l'enfant au mari de la mère sans qu'aucune

1. A. BÉNABENT, *Droit civil – Droit de la famille*, Domat Droit Privé, Montchrestien - Lextenso éditions, 2010, p. 360.

2. Mais il n'est pas nécessaire que la reconnaissance soit mentionnée en marge de l'acte de naissance dès lors qu'il n'existe aucun doute sur l'identité de l'enfant faisant l'objet de la reconnaissance avec celui dont la mère a accouché (Cass. 1^{re} civ., 17 fév. 1982, *Bull. civ. I*, 78 ; *D.* 1983, IR 331, obs. D. HUET-WEILLER).

3. P. RAYNAUD, « L'acte de naissance de l'enfant naturel » in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université de Toulouse, 1976, p. 903, p. 908, n° 11.

4. Dans un acte d'une autre nature, tel qu'un acte de décès (Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juil. 1981 ; *D.* 1982, p. 105, note D. HUET-WEILLER.) ; dans un acte notarié dressé à cette unique fin ou à l'occasion d'un acte ayant un autre objet principal, tel qu'un testament (qui ne peut être olographe : Cass. 1^{re} civ., 2 fév. 1977, *Bull. Civ. I no 63* ; *D.* 1978, p. 276, note D. HUET-WEILLER.), à condition que ce dernier soit authentique.

5. Code civil, art. 311-25.

6. *Ibid.*, art. 312.

autre formalité ne soit nécessaire¹.

208. Un acte prénatal ou postnatal. La spécificité de la reconnaissance par rapport à la déclaration à l'état civil a pour conséquence que la reconnaissance peut être faite avant ou après la naissance de l'enfant, selon les termes de l'article 316 du Code civil.

Cette possibilité de reconnaissance prénatale était déjà admise avant l'ordonnance du 4 juillet 2005² mais elle est désormais consacrée légalement. La reconnaissance prénatale présente l'intérêt d'offrir à son auteur une possible primauté de l'établissement de la filiation. Le principe chronologique énoncé par l'article 320 du Code civil implique que, « tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait ». Aussi, l'établissement de la filiation est au prix de la course, c'est-à-dire que la première personne qui reconnaît l'enfant en est le parent légal. La personne qui reconnaît l'enfant en premier est donc le parent juridique de l'enfant³.

Comme la maternité s'établit désormais par l'inscription du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant⁴, il n'est plus nécessaire de recourir à la reconnaissance prénatale pour se rattacher l'enfant dès que possible⁵. En revanche, pour la filiation paternelle, la reconnaissance prénatale va permettre à son auteur de s'assurer de l'établissement de sa paternité. Elle évitera qu'une reconnaissance opérée par un autre homme n'entraîne un conflit de filiation, qui ne pourra être réglé que par une action en contestation de la filiation établie, suivie, si l'issue de celle-ci lui est favorable, de l'établissement de la paternité à l'égard du requérant⁶. Elle pourra

1. Il a été soutenu que le consentement au mariage valait reconnaissance par le mari des enfants à naître : voir A. COLIN, « De la protection de la descendance légitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD. civ.* 1902, p. 257. et, s'appuyant sur cet auteur : C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français, Étude critique*, sous la dir. de E. PUTMAN, 2009, PUAM, p. 333.

2. Cette solution est de jurisprudence constante depuis 1811 : « l'enfant conçu peut être reconnu avant la naissance. » (Cass. civ., 16 déc. 1811 ; S. 1809-1811, I, 433).

3. Ce principe vaut indifféremment que l'enfant soit né en ou hors mariage de ses parents car, depuis 2005, la reconnaissance est ouverte au mari de la mère. Il pourra se protéger de la sorte d'une éventuelle reconnaissance prénatale opérée, par exemple, par l'amant de la mère.

4. Code civil, art. 311-25.

5. Lors de l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe par la loi du 13 mai 2013, le législateur n'a pas envisagé les autres modes volontaires d'établissement de la filiation. Or, dans le cadre de ces familles où la réalité génétique ne pourra fonder la filiation à l'égard des deux parents, il serait envisageable que l'expression de la volonté fondatrice ne se limite pas au cadre de l'adoption mais puisse prendre la forme de la reconnaissance, renouvelant de la sorte cet acte. Alors, si la mère gestatrice verra sa filiation établie par l'inscription de son nom dans l'acte d'état civil, la mère d'intention pourrait reconnaître l'enfant comme issu de son projet parental avec la mère gestatrice. Et, en cas de recours à un géniteur identifié, la reconnaissance prénatale par la mère d'intention pourrait empêcher que le géniteur reconnaisse sa paternité à l'égard de l'enfant. Pour le moment, le législateur s'est refusé à penser le renouvellement de ces modes d'établissement de la filiation pour ces familles mais il sera sans aucun doute vite impératif d'y remédier et d'opérer des choix clairs en faveur de la volonté parentale ou non.

6. Le véritable enjeu réside, au-delà de l'établissement de la filiation, dans le bénéfice de ses effets de la filiation. Le principe chronologique d'établissement de la filiation a pour conséquence que la première personne

aussi permettre à celui qui s'estime père de l'enfant de reconnaître l'enfant alors même que la mère serait mariée avec un autre homme, empêchant le jeu de la présomption de paternité, ou mariée avec une femme, empêchant de la sorte l'adoption – nécessairement post natale – de l'enfant à naître. Elle empêchera également que l'enfant soit adopté en cas d'accouchement anonyme de la mère du fait de l'existence préalable d'une filiation paternelle¹.

209. La reconnaissance reste donc un mode d'établissement de la filiation hors mariage, paternelle à titre principal, et maternelle à titre secondaire. Elle constitue l'expression de la volonté fondatrice de la filiation qui peut être exprimée avant ou après la naissance de l'enfant, marquant ainsi clairement le rattachement de l'enfant à l'auteur de la reconnaissance.

2. La déclaration auprès du *registrar*, un acte suffisant

210. Un acte lié à l'enregistrement de la naissance de l'enfant. En droit anglais, la manifestation de volonté du parent se concrétise à travers la déclaration de maternité ou de paternité lors de l'enregistrement de la naissance de l'enfant. La déclaration de filiation consiste en l'inscription du nom du parent, à son initiative, dans l'acte de naissance de l'enfant. Elle s'inscrit dans le cadre de l'enregistrement de la naissance de l'enfant à l'état civil. Cette déclaration doit être impérativement accomplie dans les 42 jours de la naissance de l'enfant issu d'un couple marié ou non².

211. Une manifestation de volonté ? Il n'y a donc pas d'acte spécifique à accomplir pour établir la filiation de l'enfant. La déclaration de filiation est finalement un corollaire de l'enre-

à l'égard de laquelle la filiation est établie bénéficie de certains des effets de la filiation en priorité et d'une certaine exclusivité. Ainsi, l'article 311-23 alinéa 1^{er} du Code civil dispose que « lorsque la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un parent à la date de la déclaration de naissance, l'enfant prend le nom de ce parent ». L'établissement de la filiation par reconnaissance peut donner lieu à une véritable « course au nom », la personne la plus rapide à reconnaître l'enfant étant alors certaine de la transmission de son nom. C'est dans ce cadre que la reconnaissance maternelle prénatale peut trouver un intérêt. La reconnaissance prénatale peut également garantir au père l'exercice de l'autorité parentale. Selon l'article 372 alinéa 2 du Code civil, « lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un [des parents] 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 ». Cette conséquence est clairement désavantageuse pour le père puisque la maternité est établie dès l'inscription du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant, autant dire très rapidement après la naissance. Si elle n'informe pas le père de la naissance de l'enfant, elle peut alors l'exclure de l'exercice de l'autorité parentale. Pour se prémunir contre une telle situation, le père aura tout intérêt à reconnaître prénatalement un enfant à naître. Encore faut-il qu'il soit au courant de la grossesse... Parce que ces situations sont rares, la reconnaissance prénatale a plus d'intérêt quant à la garantie de l'établissement de la filiation et à la dévolution du nom qu'à l'obtention de la titularité de l'autorité parentale.

1. *Aff. Benjamin* Cass. 1^{re} civ., 7 avr. 2006 ; *D.* 2006, p. 2293, note POISSON-DROCOURT ; *Defrénois* 2006, p. 1127, obs. J. MASSIP ; *Gaz. Pal.* 2006, p. 3210, note GUITTET ; *RDSS* 2006, p. 575, note C. NEIRINCK ; *RTD. civ.* 2006, p. 273, obs. P. RÉMY-CORLAY ; *RTD. civ.* 2006, p. 292, obs. J. HAUSER.

2. Births and Deaths Registration Act 1953, Partie I, Section 2.

gistrement de la naissance de l'enfant. S'agit-il alors d'une véritable manifestation de volonté parentale ?

Traditionnellement, la mère est la femme qui a accouché¹. En déclarant l'enfant, la mère reconnaît en avoir accouché et donc en être la mère². Mais l'indication de son nom dans l'acte de naissance de l'enfant est impérative : il est de son devoir (« *duty* ») de déclarer l'enfant. Un dispositif tel que l'accouchement sous X n'existe pas en droit anglais, elle n'a donc pas le choix dans l'établissement de sa maternité. Sa volonté de se rattacher ou non l'enfant n'est pas prise en compte. La déclaration de maternité n'est donc pas une manifestation de libre volonté parentale. Néanmoins, sa volonté va intervenir dans l'établissement de la paternité.

Celui qui s'estime être le père de l'enfant peut, en principe, faire le choix de déclarer ou non l'enfant. Avant le *Welfare Reform Act 2009*³, sa volonté n'était pas souveraine car sa déclaration de paternité était soumise à l'approbation préalable de la mère⁴. L'expression de sa volonté n'avait pas pour effet garanti d'établir la filiation de l'enfant à son égard. La mère pouvait avoir le contrôle sur l'établissement de la paternité de son enfant. Aussi, afin de favoriser l'intérêt de l'enfant à voir établie sa filiation à l'égard de ses père et mère ainsi que l'égalité entre ses parents, la réforme de 2009 a mis à la charge de la mère l'obligation de donner des informations relatives au prétendu père⁵ afin qu'il puisse être contacté ensuite par le *registrar* et « reconnaître » (*acknowledge*) qu'il est bien le père de l'enfant⁶.

En cas de refus de confirmation d'une déclaration de filiation⁷, le *Welfare Reform Act 2009*⁸ innove en instituant une possibilité de vérification génétique de la paternité. Des tests scientifiques pourront être réalisés lorsque la naissance n'aura pas été enregistrée ou qu'elle aura été enregistrée mais sans indication du nom du père⁹. L'absence de volonté de se rattacher l'enfant laissera alors la place au fondement génétique, indiscutable, qui permettra de contraindre le père ainsi scientifiquement désigné. Néanmoins, la contrainte n'est pas absolue, en effet, la section 2E (4) du *Births and Deaths Registration Act 1953*, ainsi modifié par le *Welfare Reform Act 2009*, précise qu'il ne sera pas possible de recourir ou d'exiger le recours à une telle expertise sans le consentement de la mère et du prétendu père à celle-ci et à ses

1. *Amphill Peerage Case* [1977] AC 547 (HL).

2. L'établissement de la filiation maternelle se fait donc suivant l'adage *mater semper certa est*.

3. *Welfare Reform Act* (c. 24) 2009.

4. Voir *infra*, page 126.

5. *Births and Deaths Registration Act 1953*, Section 2B, v. *infra*, page 127.

6. *Ibid.*, Section 2C, sous-section (2) (b). insérée par le *Welfare Reform Act* (c. 24) 2009, *Schedule 6, Part I, Section 4*.

7. *Births and Deaths Registration Act 1953*, Section 2C, sous-section (2) (b).

8. *Welfare Reform Act* (c. 24) 2009, *Schedule 6, Part I, Section 4*.

9. *Births and Deaths Registration Act 1953*, Section 2E, sous-section (1) inséré par le *Welfare Reform Act 2009*.

conséquences¹. Autrement dit, la mère et le prétendu père doivent conjointement consentir au test et à l'établissement de la filiation paternelle qui s'ensuivra automatiquement si le test révèle une paternité génétiquement certaine. Il ne s'agit plus là d'une volonté parentale individuelle mais conjointe qui précède le recours à l'expertise génétique. Le refus du père de déclarer l'enfant comme le sien rend à nouveau nécessaire l'intervention de la mère. L'objectif est de former un couple parental dans la mesure du possible. S'il n'y a pas d'accord, il conviendra alors de recourir aux actions de droit commun.

212. Un semblant de « reconnaissance » en droit anglais. En principe, la déclaration du père intervient postérieurement à celle de la mère. Désormais, il résulte de la section 2D « *Declaration before registration by person claiming to be other parent* » du *Births and Deaths Registration Act 1953*, insérée par le *Welfare Reform Act 2009*², que le père peut déclarer l'enfant comme le sien auprès du *registrar* alors même que la naissance de l'enfant n'a pas été enregistrée³.

Il faut ensuite que la mère de l'enfant, suivant les informations fournies par le père, reconnaisse ou non le déclarant comme le père de l'enfant. Si la mère valide la déclaration du prétendu père, ce dernier sera enregistré comme tel dans l'acte de naissance de l'enfant. Le père peut donc se rattacher à l'enfant sans l'accord préalable de la mère, requis antérieurement. C'est en cela que la démarche se rapproche de celle de la reconnaissance de droit français : le père est à l'initiative de celle-ci. Mais, contrairement au droit français, l'auteur de la déclaration anglaise est tout de même soumis à la validation, postérieure à la déclaration, par la mère de son identité de père sans laquelle son nom ne peut être inscrit sur l'acte de naissance de l'enfant. La confirmation maternelle reste le moyen de vérifier la véracité de la déclaration, et par là même un semblant de véracité de la filiation.

213. La déclaration en vue de l'enregistrement du nom du père dans l'acte de naissance de l'enfant ne peut se faire prénatalement. Il n'est alors pas possible de se rattacher l'enfant par avance. L'enregistrement a pour objet la naissance de l'enfant plus que la filiation de l'enfant, c'est l'existence juridique de l'enfant qui est d'abord en jeu. Aussi, tant qu'il n'est pas né, sa naissance ne peut être enregistré ni sa filiation établie. La différence avec le droit français est ici nette : la reconnaissance ne présume pas la filiation mais l'établit véritablement. La reconnaissance est indépendante de l'acte de naissance et a pour seul objet l'établissement de

1. *Ibid.*, Section 2E, sous-section (4).

2. *Welfare Reform Act (c. 24) 2009, Schedule 6, Part I, Section 4.*

3. Cela ne signifie pas pour autant que le père puisse déclarer l'enfant avant la naissance. Il peut seulement le déclarer sous son nom avant que la mère n'ait procédé à l'enregistrement de la naissance, mais cela n'équivaut pas à une déclaration de paternité en tant que tel. La déclaration prénatale n'est qu'indicative, et pourra être utilisée comme indice à l'appui de la déclaration de paternité après la naissance.

la filiation ; elle peut donc intervenir avant la naissance de l'enfant.

214. Une différence de moyens, une équivalence de résultat. A première vue, les deux modes d'établissement de la filiation hors mariage ne semblent pas équivalents puisqu'en droit français, la reconnaissance est plus qu'une simple déclaration à l'état civil tandis que celle-ci suffit à l'établissement de la filiation en droit anglais. Pourtant, comme nous l'avons observé, la reconnaissance incluse dans l'acte de naissance semble, à première vue, n'être qu'un seul et même acte. La manifestation de volonté est donc semblable. En outre, la ligne directrice est la même : pallier l'absence de lien de droit entre la femme qui a accouché et le prétendu père¹ ou l'autre prétendu parent. C'est pourquoi, il est besoin d'un cadre spécifique à la manifestation de volonté initiatrice de la filiation. Mais l'acte en lui-même ne suffit pas comme palliatif, il convient de s'assurer de son sérieux. C'est le formalisme, dont ils sont l'objet, qui en sera la garantie.

B. Un acte aux formalismes distincts

215. Le formalisme, garantie du sérieux de la manifestation de volonté. Pour éviter que la manifestation de volonté ne soit trop irréfléchie, ou encore inexacte et donc potentiellement contraire à l'intérêt de l'enfant, les systèmes juridiques français et anglais ont imposé un certain formalisme pour les encadrer : le premier exige un acte authentique (1.) tandis que le second exigeait une confirmation maternelle de la déclaration. Ce dernier se contente désormais de mettre à la charge de la mère une obligation d'information quant à l'identité du père (2.).

1. La reconnaissance, un acte formel

216. Aspects du formalisme. Pour que la reconnaissance puisse permettre l'établissement de la filiation hors mariage ou en pacs, il convient qu'elle réponde à un certain formalisme. Elle doit être contenue soit dans l'acte de naissance mais reçu par l'officier d'état civil, soit dans un acte authentique².

Comme nous l'avons envisagé, elle peut être contenue dans l'acte de naissance et ne nécessite pas un acte séparé. L'acte de naissance contient alors deux actes juridiques en un : un acte d'état civil relatif à la naissance de l'enfant et une reconnaissance, acte volontaire d'établissement de la filiation de celui-ci.

1. É. HIRSOUX, *La volonté individuelle dans l'établissement du lien de filiation*, Paris, 1988, p. 540, n° 766.

2. Code civil, Art. 316 al. 3.

Elle peut également être faite par acte authentique. Celui-ci peut être un acte notarié, c'est-à-dire soit un acte spécial établi à cette fin, soit accessoirement à un autre acte, tel un testament authentique ou un contrat de mariage. Il suffit que, dans le corps de l'acte l'intéressé soit qualifié d'enfant naturel par le signataire, pour qu'il y ait reconnaissance. Elle peut également résulter d'un aveu judiciaire : elle constitue la déclaration faite devant un juge par un homme ou une femme qui reconnaît sa paternité ou sa maternité. Elle intervient sous cette forme dans le cadre d'une procédure civile par exemple.

Mais elle ne peut en aucun cas être faite dans un acte sous seing privé¹. Celui-ci ne répond pas au formalisme garantissant le sérieux de la reconnaissance.

217. Un formalisme *ad validitatem*. Si la reconnaissance ne répond pas aux conditions de forme précédemment envisagées, elle sera frappée de nullité absolue. Cette sanction révèle que la reconnaissance n'est pas qu'un mode de preuve de la filiation, elle est un acte à l'origine de celle-ci, un acte constitutif, dont la forme conditionne la validité.

218. Le formalisme de la reconnaissance permet de garantir une certaine responsabilisation de son auteur, qui peut ainsi se rendre compte de l'engagement parental qu'il prend à l'égard de l'enfant. Cette prise de conscience est renforcée par la lecture lors de l'établissement de l'acte de reconnaissance des articles 371-1 et 371-2 du Code civil, relatifs à l'autorité parentale et à l'obligation d'entretien auxquels sont tenus les parents à l'égard de l'enfant². Le formalisme de la reconnaissance est un équivalent de celui requis en mariage mais directement appliqué à la filiation. Il révèle le rôle de la volonté comme palliatif de l'absence de lien de droit entre les parents de l'enfant.

2. La déclaration, un acte soumis à l'intervention de l'autre parent.

219. Afin de garantir la véracité du contenu de l'acte de naissance de l'enfant, la déclaration de paternité était auparavant soumise à la validation maternelle (a.). Jugé un peu trop matriarcal, le système antérieur a été remplacé par une obligation d'information à la charge de la mère (b.).

1. Même s'il s'agit d'un testament olographe déposé chez un notaire : Cass. 1^{re} civ., 2 fév. 1977, *Bull. Civ. I* no 63 ; D. 1978, p. 276, note D. HUET-WEILLER. et Cass. 1^{re} civ., 14 jan. 2003 ; *Defrénois* 2003, 40, 37727, obs. J. MASSIP.

2. Code civil, art. 62.

a. La déclaration paternelle soumise à la validation maternelle.

220. Avant la réforme de 2009, le nom du père ne pouvait être inscrit dans l'acte de naissance de l'enfant sans l'accord de la mère. Ainsi, la section 10 (1) du *Births and Deaths Registration Act 1953* envisageait que, dans le cas d'une filiation hors mariage, il n'était possible d'enregistrer le nom du prétendu père que dans certaines situations limitativement déterminées.

D'abord, lorsque le père et la mère avait fait une déclaration conjointe de paternité de l'enfant, l'accord de la mère sur la paternité de l'enfant était acquis et n'avait pas à être renouvelé, aussi le père pouvait-il être déclaré comme tel. Ensuite, l'accord de la mère n'était pas requis lorsque l'un des parents avait fait une demande en déclaration auprès du *registrar*, accompagnée d'un document dans lequel il certifiait être le père ou la mère de l'enfant et d'une déclaration dans laquelle l'autre parent certifiait qu'il était bien le père ou la mère de l'enfant. Le but recherché était donc la concordance des déclarations concernant la paternité de l'enfant. Si la déclaration de paternité n'émanait pas des deux parents conjointement, elle devait résulter de la rencontre de deux déclarations conformes. Enfin, il n'était pas besoin d'un accord de la mère en présence d'une demande en déclaration de paternité émanant de la mère ou du prétendu père appuyée par un *parental responsibility agreement* et une déclaration du prétendu père confirmant cet accord. L'accord en amont sur la *parental responsibility* présumait alors la confirmation de la paternité par la mère. Dans le même esprit, lorsqu'un jugement relatif à l'enfant avait été rendu à l'encontre du prétendu père, par exemple concernant la *parental responsibility* ou des aliments, la mère ou le prétendu père pouvait demander à ce que celui-ci soit déclaré comme père de l'enfant. Ici, c'était l'autorité de la chose jugée qui garantissait la réalité de la paternité du prétendu père. La mère n'avait pas besoin de la confirmer puisque le juge l'avait fait.

Que la déclaration de paternité soit conjointe, confirmée par l'autre parent ou encore appuyée par un accord ou un jugement, le rôle de la mère était central dans l'établissement de la filiation paternelle hors mariage. Elle pouvait choisir de refuser que le déclarant soit inscrit comme père dans l'acte de naissance de son enfant, elle pouvait écarter le père de la filiation de l'enfant. La limite résidait dans les décisions de justice établissant, non pas un lien de filiation, mais un engagement du prétendu père à l'égard de l'enfant. Si cette mainmise de la mère sur l'établissement de la paternité peut étonner, elle permet d'expliquer l'absence de formalisme requis pour la déclaration. Celle-ci était compensée par le commun accord des parents sur la filiation de l'enfant. Le droit anglais souhaite donc que l'établissement de la filiation de l'enfant né hors mariage soit réalisé d'un commun accord des parents, accord sur la filiation de l'enfant à l'image de celui d'un couple marié.

Une telle soumission à la validation de la mère était-elle contraire aux engagements internationaux, par exemple à l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant, relatif au droit de l'enfant de connaître ses parents¹ ? Le rôle central que joue la mère dans l'établissement de la filiation en Angleterre viole-t-il cette disposition ? À première vue, le fait que le père ne puisse établir sa paternité qu'avec le consentement de la mère diminue la possibilité pour l'enfant de bénéficier d'une filiation complète, c'est-à-dire paternelle et maternelle. Cela limite l'accès de l'enfant à la connaissance de son père. Pourtant, les dispositions anglaises font ressortir que l'objectif poursuivi est l'établissement d'une filiation réelle, consensuelle et non conflictuelle. Le droit de connaître ses parents semble appréhendé ici d'un point de vue qualitatif plus que quantitatif : le droit anglais souhaite s'assurer, à travers la confirmation maternelle, que la paternité déclarée est fondée.

Avec les modifications apportées par le *Welfare Reform Act 2009*, il semble que l'établissement de la filiation paternelle soit moins soumis à la volonté de la mère, son rôle étant réduit à la délivrance d'informations. Pourtant celle-ci est capitale car la rétention d'information peut entraîner une rétention de filiation. Les cas de rétention sont certes délimités par la loi² mais la mère peut prétendre ne pas connaître l'identité du père³, ou encore qu'il est dangereux pour sa sécurité et celle de l'enfant de révéler cette identité⁴, afin de contourner l'obligation. Alors l'enfant sera privé de sa paternité du fait de la mère. Mais, le droit anglais prévoit ces cas particuliers pour mieux s'appuyer sur la bonne foi de la mère dans sa déclaration. Elle peut les détourner mais il ne s'agit là que d'un éventuel effet pervers du système. Ce dernier favorise plutôt l'établissement de la paternité hors mariage en poussant la mère à en révéler l'identité. Le droit anglais ne semble donc pas contraire sur ce point à l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

b. Une obligation d'information à la charge de la mère, garantie de l'établissement de la paternité hors mariage

221. L'institution d'une obligation d'information maternelle. Depuis le *Welfare Reform Act 2009*⁵, l'inscription du nom des deux parents sur les registres de l'état civil est favorisée. Les sections 2A, « *Information concerning birth of child whose parents are not married* », et 2B, « *Duties of unmarried mother when acting alone* » du *Births and Deaths Act 1953*, ainsi

1. Convention internationale des droits de l'enfant 20 nov. 1989, Article 7 : 1. « L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et être élevé par eux. »

2. *Welfare Reform Act* (c. 24) 2009, Section 2B (4).

3. *Ibid.*, Section 2B (4) (c).

4. *Ibid.*, Section 2B (4) (f).

5. *Ibid.*

réformé, envisagent que la mère qui déclare seule la naissance de l'enfant est débitrice d'une obligation d'information. L'objectif affirmé est que l'enfant né hors mariage voit sa filiation paternelle établie le plus souvent possible¹, que l'enfant ait accès à ses origines et jouisse d'une véritable famille².

Lorsque l'enfant naît hors mariage, la mère³ doit fournir certaines informations au *registrar*, c'est-à-dire celui qui tient le registre des naissances, autrement dit l'équivalent fonctionnel de l'officier d'état civil français. Elle est tenue de donner les informations relatives à la naissance de l'enfant ainsi que celles qu'elle détient concernant le père. (Le texte exige la délivrance conjointe des deux types d'information en utilisant le terme « *together* » ; le législateur a souhaité ici lier ces informations pour des raisons pratiques, la présence de la mère pour l'enregistrement de la naissance facilitant leur obtention. Cette obligation d'information vise à permettre l'établissement de la filiation paternelle hors mariage du plus grand nombre d'enfants et de réduire corrélativement la proportion d'enfants sans filiation paternelle⁴).

Dans les *Regulations*⁵, édictées par le *Minister* pour la mise en oeuvre du *Welfare Reform Act 2009*, des modèles de formulaires d'enregistrement de naissance sont reproduits. Ainsi, doivent y être inscrits les noms, prénoms, date et lieu de naissance de l'enfant et des ses parents. L'élément le plus notable est l'espace réservé à l'*informant* ; ce dernier doit indiquer ses nom, prénom, adresse, ainsi qu'une déclaration sur l'honneur certifiant que les informations qu'il a données sont vraies⁶.

222. Une information susceptible de vérification. À la suite de la délivrance de ces informations, il conviendra d'en vérifier la teneur. Le *registrar* demandera confirmation au père allégué (*alleged father*). En effet, pour que l'établissement de la paternité soit effectif, il faut

1. Welfare Reform Act (c. 24) - Explanatory Notes 2009, p. 6, n° 32 *in fine* : « in order to ensure that unmarried fathers details are entered on the birth register in as many cases as possible ».

2. THE SECRETARY OF STATE FOR WORK AND PENSIONS, *Joint birth registration : recording responsibility*, 2008, p. 5, n° 5-8 : « At the heart of our reform is a desire to promote child welfare and the right of every child to know who his or her parents are. In most cases, a child's right to be acknowledged and cared for by his or her father should not be dependent on the relationship between the parents. In 45 per cent of cases where there is sole registration, the father is still in regular contact with his child. By making it easier for fathers to register jointly with mothers, a significant proportion, if not all, of these children will have joint birth registration, which will help to crystallise the parent-child relationship. We want to see more fathers recorded on their child's birth certificate and more fathers with parental responsibility ».

3. Si elle est décédée, la section 2A (1) (b) renvoie à la section 1 relative aux personnes ayant autorité sur l'enfant dans ces cas : « (b) the occupier of the house in which the child was to the knowledge of that occupier born ; (c) any person present at the birth ; (d) any person having charge of the child ».

4. Welfare Reform Act (c. 24) - Explanatory Notes 2009, Part 4 : *Birth Registration n° 32* : « the provisions included in Part 1 of Schedule 6 confer additional rights and duties on both unmarried mothers and fathers, in order to ensure that unmarried fathers' details are entered on the birth register in as many cases as possible. »

5. Registration of Births, Deaths, Marriages, etc., England and Wales. The Registration of Births and Deaths (Amendment) (England and Wales) Regulations 2009 n° 2165 5 août 2009.

6. « I certify that the particulars entered above are true to the best of my knowledge and belief. »

que le père allégué confirme le lien auprès du *registrar*. La sous-section (2) des *Regulations* précise les principales étapes que la réglementation à venir devra organiser en détails. En premier lieu, il faudra donner les moyens au *registrar* de contacter le père allégué pour qu'il reconnaisse ou non qu'il est le père de l'enfant. Il conviendra alors de lui permettre, ou bien d'exiger de lui, qu'il mette en demeure¹ le père allégué de faire cette reconnaissance. Il ne s'agit pas nécessairement d'une obligation à la charge du *registrar*, cela peut n'être qu'une faculté. Mais la finalité est la même, c'est-à-dire l'obtention de cette reconnaissance provoquée.

Ensuite, si cette reconnaissance a lieu, le *registrar* devra inscrire le nom du père allégué dans l'acte de naissance de l'enfant, ou, si la naissance a déjà été enregistrée, procéder à un nouvel enregistrement de celle-ci en indiquant le père allégué comme véritable père. Il devra également signer le registre, marquant ainsi matériellement son engagement.

223. Les cas de dispense. Des cas de dispense à l'obligation d'information de la mère sont prévus² et peuvent être regroupés en trois catégories³ : l'impossibilité physique (*impossibility*), l'impossibilité pratique (*impracticability*), et le caractère déraisonnable (*unreasonableness*).

Les cas d'impossibilité physique recouvrent trois situations principales : lorsqu'en vertu de la section 41 de l' *Human Fertilisation and Embriology Act 2008*, l'enfant est réputé sans père, ou bien lorsque le père est décédé ou encore que la mère ignore son identité⁴.

Les cas d'impossibilité pratique sont ceux dans lesquelles la mère ne sait pas où se trouve le père ou lorsque le père ne peut prendre certaines décisions en raison d'une incapacité mentale⁵.

Le caractère déraisonnable de la délivrance des informations, enfin, concerne la situation où la mère justifie de craintes pour sa sécurité ou celle de l'enfant si le père est contacté pour l'enregistrement de la naissance⁶.

Des cas d'exclusion de l'obligation d'information sont également prévus : si l'enfant est mort ou mort-né, ou encore si la mère reconnaît, en accord qu'une personne qui a précédemment déclaré l'enfant comme le sien, en vertu de la sous-section (2)(a) de la section 2B, est bien l'autre parent de l'enfant⁷.

1. Il convient de préciser ici que la formule *notice to require*, contraignante, ne semble pouvoir se traduire que par celle de « mise en demeure ».

2. Births and Deaths Registration Act 1953, Section 2B, sous-section (3). insérée par le Welfare Reform Act (c. 24) 2009.

3. Issues du rapport : THE SECRETARY OF STATE FOR WORK AND PENSIONS, *Joint birth registration : recording responsibility*, 2008, p. 11, n° 27.

4. Births and Deaths Registration Act 1953, Section 2B, sous-section (4).

5. *Ibid.*, Section 2B, sous-section (4) (d) et (e).

6. *Ibid.*, Section 2B, sous-section (4) (f).

7. *Ibid.*, Section 2B, sous-section (5).

Le législateur anglais, pragmatique, a souhaité permettre à la mère, en fonction de sa situation personnelle, de se dégager de cette obligation d'information. Ces décharges confèrent ainsi à la mère une liberté conditionnée et un maintien contrôlé de son contrôle sur l'établissement de la paternité.

224. La rétention d'informations ou la violation de l'obligation. Existe-t-il une sanction si la mère ne fournit pas les informations demandées ? Que peut faire le *registrar* face à la mère qui refuse de donner des informations concernant le père ? Il ne peut décemment la contraindre. D'autant que la mère pourra toujours se réfugier derrière l'un des cas de dispense pour éviter de donner l'identité du père. Nous pensons ici tout particulièrement au cas de dispense relatif à la sécurité de la mère et de l'enfant, qui peut accueillir des situations diverses¹. L'obligation d'information est donc dépourvue de sanction directe. La sanction indirecte est celle que subit l'enfant à travers l'absence de filiation paternelle. Le droit anglais compte donc sur la conscience familiale de la mère à l'égard de son enfant pour qu'elle remplisse son obligation d'information.

225. Les finalités de l'obligation d'information. Le principal destinataire d'une telle obligation d'information est l'enfant par le biais du *registrar*. Grâce à cette déclaration conjointe ou successive de filiation, l'enfant voit sa filiation établie de façon complète. Le droit de l'enfant de connaître ses parents, tel que l'exige l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant², est ainsi favorisé. La finalité poursuivie par la réforme de 2009 est la « *joint birth registration* »³ et à travers elle, la « coopération⁴ » des parents dans l'établissement de la filiation hors mariage et, ensuite, dans l'éducation de l'enfant. La déclaration commune facilite donc la désignation du titulaire de la *parental responsibility* et diminue à l'avenir les actions en justice visant à déterminer ledit titulaire.

226. Une obligation d'information indirecte en droit français. De telles dispositions existent-elles en droit français ? La mère, lors de l'inscription de son nom dans l'acte de naissance de l'enfant, n'est pas tenue de donner des informations sur le père. Ni sur l'identité si sur les coordonnées de celui-ci. La liberté de la mère quant à la délivrance de ces informations est réelle qu'elle soit mariée ou non. Lorsqu'elle n'est pas mariée, la liberté est implicite du fait de l'absence d'engagement à l'égard du père⁵.

1. Welfare Reform Act (c. 24) 2009, Section 2B, sous-section (4) (f).

2. Convention internationale des droits de l'enfant 20 nov. 1989.

3. C'est d'ailleurs l'intitulé du rapport du *Secretary for Work and Pensions*. THE SECRETARY OF STATE FOR WORK AND PENSIONS, *Joint birth registration : recording responsibility*, 2008.

4. Nous traduisons littéralement le terme *co-operation* employé dans le rapport *Joint birth registration*.

5. Le seul cas où elle peut être tenue de donner ce type d'informations à l'officier d'état civil serait celui où, son nom n'ayant pas été inscrit dans l'acte de naissance de l'enfant et le père ayant déjà reconnu l'enfant, elle

227. Bilan. En droit français, la volonté est individuelle, en droit anglais, elle est devenue conjointe. Une telle différence révèle que le droit français vise l'établissement de la filiation, se risquant alors aux reconnaissances de complaisance, tandis que le droit anglais vise l'établissement d'une filiation fondée sur la volonté mais aussi approchant au plus près de la réalité génétique. Cette véracité de la filiation repose sur la mère, en ce qu'elle choisit ou non de révéler les informations identifiant celui qu'elle pense être le père, ou bien, en cas de déclaration initiale par le père, en confirmant la véracité de celle-ci. Ce dispositif permet également une égalité indirecte entre enfants nés en et hors mariage car il rétablit un équilibre face à la présomption de paternité. Cette dernière établit en effet une filiation conjointe, et les déclarations, même différées dans le temps, aboutissent à un résultat identique : une filiation établie à l'égard des deux parents¹. La liberté est alors privilégiée pour établir volontairement la filiation en droit français tandis que l'égalité entre les filiations est favorisée indirectement en droit anglais. Cette tendance de fond se vérifie dans l'identité de fonctions poursuivie par la reconnaissance et la déclaration de filiation.

§ 2. Des fonctions identiques

228. En droit français comme en droit anglais, l'acte par lequel la manifestation de volonté, fondatrice du lien de filiation, se concrétise est à la fois révélateur du lien physique supposé préexister entre l'auteur et l'enfant (A.) et de l'engagement parental ainsi réalisé (B.).

A. La révélation d'un lien préexistant

229. L'expression de la volonté visant à lier son auteur à un enfant a pour objet de révéler un lien préexistant de fait et d'opérer sa transformation en lien de droit. Ce lien préexistant, qui vise à être consacré juridiquement, n'est autre que celui, de nature génétique, par lequel l'auteur de la reconnaissance ou de la déclaration de filiation se pense être lié à l'enfant. Parce qu'il n'y a pas de contrôle de l'exactitude génétique de la manifestation de volonté, il

procéderait à une reconnaissance et le père en serait avisé suivant l'article 57-1 du Code civil. Il s'agit là d'un cas assez rare puisqu'il faut que la mère refuse l'inscription de son nom dans l'acte de naissance puis décide finalement de se rattacher l'enfant.

1. Le projet doctrinal de Code européen de la Famille (*Model Family Code, From a global perspective*, sous la dir. de I. SCHWENZER et M. DIMSEY, Intersentia, 2006.) envisage ainsi dans son article 3.5 intitulé « Filiation intentionnelle » une filiation « non-maternelle », c'est-à-dire une filiation à l'égard de l'autre parent que la mère, et non pas seulement du père, en tenant compte ainsi de la filiation à l'égard de couples homosexuels. Cet article dispose : « Le parent légal est la personne qui, avec le consentement de la mère qui a donné naissance à l'enfant, assume intentionnellement la filiation de l'enfant ». Cette disposition nous donne, à titre indicatif, une tendance de ce que pourrait être l'harmonisation européenne à ce sujet, articulée autour de l'intention d'être le parent de l'enfant.

est possible qu'une personne décide de reconnaître ou de déclarer l'enfant comme le sien, sachant pertinemment qu'aucun lien physique ne sous-tend cet acte. La reconnaissance ou la déclaration peut alors reposer sur sa seule volonté ou encore sur vécu familial préexistant, mais ce n'est, en principe pas ce type de lien qui a vocation à être révélé par ce biais.

Faisant état de la réalité préexistante, l'acte par lequel la volonté parentale est exprimée présente ainsi une nature déclarative.

230. Un acte principalement déclaratif. La reconnaissance est une « manifestation de volonté par laquelle une personne accepte de tenir pour établie une situation préexistante de fait (lien de filiation) ou de droit (obligation)¹ ». À la lecture de cette définition, il est clair qu'il s'agit d'un acte déclaratif en ce qu'il ne fait que révéler une situation préexistante. La filiation, lien de fait demeuré abstrait, innommé, devient grâce à la manifestation de volonté un lien de droit, concret et nommé. L'acte de reconnaissance transfigure le lien de fait en lien de droit ; elle permet ainsi à la filiation de produire pleinement ses effets juridiques. C'est ici que réside la véritable force créatrice de la volonté.

En droit anglais, la manifestation de volonté du parent s'inscrit dans le cadre de l'enregistrement de la naissance de l'enfant. La mère déclare l'enfant sous son nom et établit ainsi sa maternité. Aucun acte distinct n'est exigé, aucune solennité particulière n'est requise pour la validité de cette déclaration. Il n'en est pas exactement de même pour la filiation paternelle hors mariage, comme nous l'avons présenté précédemment, puisque la déclaration de paternité antérieure à la déclaration de maternité devra être confirmée par la mère lors de sa propre déclaration².

Ce dispositif n'ajoute pas une solennité particulière à la déclaration. Elle reste une étape nécessaire à l'enregistrement de l'enfant et demeure un acte principalement déclaratif en ce qu'elle révèle un lien de filiation préexistant, transcrit sur le *register*.

231. La rétroactivité de l'acte, conséquence de sa nature déclarative. La reconnaissance produit ses effets dès la date de naissance de l'enfant. Elle est donc rétroactive et ce régime s'explique par sa nature déclarative³. La reconnaissance constate un lien de filiation préexis-

1. G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 2005, v. « Reconnaissance ».

2. V. *supra*, page 125.

3. Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1977, *Bull. civ. I*, 305 ; *D.* 1977, IR 436, obs. D. HUET-WEILLER ; Cass. 1^{re} civ., 17 juil. 1980, *Bull. civ. I*, 224 ; *D.* 1981, IR 298, obs. D. HUET-WEILLER ; Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 2000, *Bull. civ. I*, 318 ; *D.* 2001, p. 1496, note GARÉ ; *D.* 2002, somm. p. 1879, obs. AUTEM ; *JCP* 2001, II, 10478, note CASEY ; *Defrénois* 2001, p. 604, obs. MASSIP ; *Dr. Fam* 2001, 32, note BEIGNIER ; *LPA* 13 avr. 2001, note CORNUT ; *RTD. civ.* 2001, p. 120, obs. HAUSER ; *RTD. civ.* 2001, p. 425, obs. VAREILLE ; Cass. 1^{re} civ., 3 déc. 2008 ; *D.* 2009, p. 105, note J. HAUSER.

tant dont les effets remontent à la naissance de l'enfant¹. Ce n'est donc pas la reconnaissance qui rétroagit mais la filiation préexistante qui aurait dû produire ses effets dans le passé². La filiation juridique, établie par la reconnaissance, se fond avec la filiation de fait préexistante dès le point de départ de celle-ci, la naissance. La reconnaissance, sous ce rapport, est déclarative et non constitutive de droits. De même, la filiation établie grâce à la déclaration auprès du *registrar* produit ses effets à compter de la naissance de l'enfant, non à compter de la date de la déclaration. Cette rétroactivité révèle encore davantage la nature déclarative de la reconnaissance et de la déclaration.

232. Un mode de preuve de la filiation, à l'appui de la qualification d'acte déclaratif. Un autre aspect renforce la qualification d'acte déclaratif, il s'agit de l'utilisation de l'expression de la volonté comme preuve de la filiation. La volonté est généralement appréhendée comme un mode de preuve de la filiation génétique. Elle est, en effet, souvent associée à l'aveu d'un fait juridique : la paternité ou la maternité³. L'aveu peut être défini comme une déclaration par laquelle une personne tient pour vrai un fait qui peut produire contre elle des conséquences juridiques⁴, ou encore comme la « reconnaissance par un plaideur de l'exactitude d'un fait allégué contre lui, qui constitue un mode de preuve du fait avoué⁵ ». En l'occurrence, l'auteur de la reconnaissance déclare sa paternité⁶ ou sa maternité auprès de l'officier d'état civil ou d'un notaire, déclaration qui va engendrer des droits et des devoirs à l'égard de l'enfant désigné. L'association de la reconnaissance à l'aveu met en relief la nature éminemment déclarative de

1. Et même à la conception de celui-ci (J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil. La Famille, Fondation et vie de la famille*, sous la dir. de J. GHESTIN, 2^e éd., Paris : LGDJ, 1993, n° 745), dans le cas de la reconnaissance prénatale. Pourtant, elle ne peut avoir d'effets si l'enfant ne naît pas vivant et viable. C'est donc la naissance qui est le véritable fait générateur de la filiation.

2. J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille*, t. I, Quadriges, Paris : PUF, 1999, p. 1042.

3. A. COLIN, « De la protection de la descendance légitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD. civ.* 1902, p. 257 ; P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La Famille*, 3^e éd., Paris : Defrénois, 2011, p. 469 ; D. FENOUILLET, « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : Dalloz, PUF, Éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 509, spéc. p. 522.

4. S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER, *Lexique des termes juridiques*, 17^e éd., Dalloz, 2010.

5. G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 2005, Cette définition, très procédurale, est intéressante en ce qu'elle utilise le terme de « reconnaissance » pour définir l'aveu. Cela laisse entendre que les deux termes sont synonymes. L'aveu est une reconnaissance, et la reconnaissance un aveu.

6. J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille*, t. I, Quadriges, Paris : PUF, 1999, Il semble, pour le Doyen Carbonnier, que « de la part de l'homme, ce ne puisse être que l'aveu d'avoir eu des rapports sexuels avec la mère à l'époque de la conception, l'aveu d'une faute que l'aveu lui-même tente de réparer, la faute ayant consisté à livrer l'enfant à un état incertain. » L'incertitude de cet état vient de ce qu'il n'a pas de paternité présumée, ce qui serait le cas s'il était né en mariage. Avoir soumis l'enfant à cet état est-il pour autant une « faute » ? Rien n'est moins sûr dans la mesure où l'enfant n'est pas privé de moyens d'action pour établir sa filiation paternelle, ou encore, à travers l'action à fins de subsides, d'obtenir des aliments sans qu'aucun lien de filiation ne soit établi. L'incertitude n'est pas irréversible. Admettre qu'il y aurait une « faute » dans le fait d'engendrer un enfant hors mariage réintroduirait un jugement de valeur, une hiérarchie entre les filiations, chose que l'ordonnance du 4 juillet 2005 s'est efforcée de gommer. L'aveu, qui est fait dans la reconnaissance de paternité, n'est que celui du fait d'être père de l'enfant, sans aucune culpabilité tacite.

celle-ci.

En droit anglais, la déclaration de l'enfant dans le *register* est également considérée comme une preuve. Elle est tout d'abord une preuve de la naissance¹. Mais elle est également une preuve de la filiation, comme la combinaison des sections 2 et 34 du *Births and Deaths Registration Act 1953* le laisse entendre. En effet, la première disposition exige que l'enfant soit déclaré dans le délai de 42 jours de la naissance par les parents qui signeront le registre, la seconde reconnaît à l'acte une valeur probante². L'acte, preuve de la naissance, doit être établi sur la base d'informations données par les parents. Traditionnellement, la mère est la femme qui a accouché³, en déclarant l'enfant, la mère reconnaît en avoir accouché et donc en être la mère. Elle révèle à la fois des informations sur la naissance mais également sur la filiation. L'acte de naissance est donc bien une preuve de la maternité. En est-il de même pour la paternité ? La déclaration de maternité entraîne le jeu de la présomption de paternité à l'égard du mari de la mère. Pour le père non marié, il n'existe pas une telle présomption. Pourtant, l'indication de son nom dans l'acte de naissance est un indice de paternité ; ce qui fait dire à certains auteurs qu'elle est constitutive d'une présomption de paternité hors mariage⁴.

Le législateur anglais avait conçu un système de paternité confirmée⁵. La validation maternelle de la déclaration de paternité renforçait la présomption de paternité hors mariage. Elle la faisait même changer de nature : la présomption, confirmée, se muait en un aveu conjoint de filiation. Cela était révélateur de l'objectif poursuivi : la déclaration conjointe de filiation ou la filiation consensuelle⁶. Ainsi, si la déclaration de paternité semblait un acte moins engageant

1. Births and Deaths Registration Act 1953, Section 34 qui s'intitule « *Entry in register as evidence of birth or death* ».

2. Il s'agit d'une disposition à interpréter *a contrario*. La sous-section (3) de la section (34) envisage en effet que l'enregistrement de la naissance n'est pas une preuve de celle-ci si elle n'a pas été faite dans les 42 jours de la naissance. Il en est donc la preuve si elle est faite dans le délai imparti. Il est prévu deux cas de « rattrapage » : lorsque la déclaration intervient moins d'un an après la naissance, la double signature du *superintendent registrar* et du *registrar*, la valident, tout comme l'intervention du *Registrar General* ; lorsque la déclaration est postérieure à douze mois après la naissance, le *Registrar General* devra établir l'acte.

3. *Amphill Peerage Case* [1977] AC 547 (HL).

4. T. CALLUS, « La filiation en droit anglais », *Recherches familiales* 2010, p. 59, spéc. p. 61. « D'autres présomptions ont été consacrées par le législateur. Par exemple, à partir de l'inscription des actes civils, est père celui qui est nommé comme tel dans l'acte de naissance ». L'auteur tire ce principe de l'interprétation de la section 34 (2) du *Births and Deaths Registration Act 1953*. Cela n'est pas si évident. Comme il a été expliqué précédemment, la section 34 (2) envisage l'acte de naissance comme une preuve de la naissance, voire de la filiation. Mais s'agit-il d'une véritable présomption de paternité hors mariage ? En droit anglais, la présomption est définie comme une supposition dont la loi autorise ou exige qu'elle soit réalisée : « *Presumption : A supposition that the law allows or requires to be made* » (J. LAW et E. A. MARTIN, *Oxford Dictionary of Law*, 7^e éd., Oxford University Press, 2009). L'inscription du nom du prétendu père dans l'acte de naissance laisse supposer qu'il est le véritable père, supposition que la section 34 du *Births and Deaths Registration Act 1953* permet. Ainsi, une présomption de paternité hors mariage semble pouvoir être dégagée en droit anglais.

5. Births and Deaths Registration Act 1953, Section 10 (1) (c) (ii).

6. En effet, dans le cas où les parents ne déclareraient pas conjointement l'enfant (Section 10 (1) (a)), la déclaration peut être faite par la mère qui doit produire un document dans lequel elle reconnaît que l'homme

que la reconnaissance de droit français en raison d'une volonté peut-être moins manifeste, la validation maternelle requise lui conférerait une dynamique différente, celle de la parenté conjointement assumée.

Cette dynamique a été poursuivie dans la réforme de 2009¹ puisqu'à travers l'obligation d'information, la mère initie la filiation paternelle. Ce système favorise la déclaration conjointe de filiation, même différée dans le temps². S'il existait une présomption de paternité hors mariage, elle n'existe plus aujourd'hui que dans la situation où le père déclare l'enfant avant la mère. Cette déclaration devra alors être confirmée par la mère³. Là encore, la présomption individuelle se transforme en aveu conjoint de la filiation.

233. La reconnaissance et la déclaration de filiation sont toutes deux des actes déclaratifs en ce qu'ils révèlent l'existence d'un lien préalable. Pourtant, le droit peut prévoir qu'il y soit fait recours alors même que ce lien est déjà révélé de façon à renforcer le lien juridique contre d'éventuelles contestations.

On peut donner comme exemple l'ouverture de la reconnaissance au mari de la mère pour rétablir sa filiation à l'égard de l'enfant né de son épouse lorsque la présomption de paternité a été écartée. En effet, l'article 315 *in fine* du Code civil ouvre la reconnaissance au mari comme mode de rétablissement de la présomption de paternité⁴, c'est-à-dire en vertu de l'article 313 du Code civil. Le lien de filiation établi par la présomption de paternité écarté, un nouveau lien peut alors être établi. Le recours à la reconnaissance va permettre cet établissement à l'égard de celui-là même qui était bénéficiaire de la présomption de paternité écartée. Bien que surprenante, ce recours à la reconnaissance révèle la grande force de la volonté comme fondement de la filiation puisqu'elle permet même de pallier la défaillance d'un lien préexistant juridiquement.

L'acte de volonté va alors révéler le lien préexistant mais écarté en raison de sa défaillance

qu'elle désigne est le père et un autre dans lequel celui-ci reconnaît lui-même être le père (Section 10 (1) (b)). Il s'agit alors d'une déclaration initiée par la mère mais complétée par une manifestation de volonté du père. La déclaration peut être faite à l'initiative du prétendu père qui doit produire un document dans laquelle il reconnaît être le père de l'enfant et un autre dans lequel la mère certifie qu'il est bien le père de l'enfant (Section 10 (1) (c)). Initiée par le père, la déclaration est confirmée par la mère. Dans ces trois cas non judiciaires (par opposition aux alinéas (d) à (g)), les deux parents sont impliqués dans la déclaration de paternité hors mariage, l'objectif est donc bien la déclaration conjointe de parenté, ou un équivalent dont la réalisation est différée dans le temps.

1. Welfare Reform Act (c. 24) 2009, Schedule 6, Part I, Section 4.

2. V. *supra*, page 125.

3. Births and Deaths Registration Act 1953, Section 2D (1) (b) et (2) (b). issue du Welfare Reform Act (c. 24) 2009.

4. Circulaire n° CIV/13/06 de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation., *Bulletin officiel du Ministère de la Justice* 30 juin 2006, la loi du 16 janvier 2009 n'a fait que transcrire ce que la circulaire énonçait : « lorsque la présomption de paternité a été écartée, la filiation n'est donc pas établie à l'égard du mari par l'effet de la loi, ce qui lui permet de reconnaître l'enfant dans les mêmes conditions que le père non marié » (II. 2.1.1.a *in fine*).

et lui redonner une existence juridique. Il ne s'agit pas seulement d'un lien génétique pré-existant mais aussi d'un lien qui s'est ancré dans le vécu familial car le mari de la mère peut avoir élevé l'enfant comme le sien. Il pourrait alors envisager de rétablir la filiation grâce à la preuve de la possession d'état mais il aura plus vite fait d'assurer le rétablissement par une reconnaissance que par une action en rétablissement, habituellement envisagée. De la sorte, la volonté opère une révélation d'un lien préexistant juridiquement et en opère la restauration.

234. L'expression de la volonté parentale a pour objet la révélation d'un lien préexistant et il convient de déclarer l'existence d'un tel lien afin de le consacrer juridiquement. Cependant, cette consécration ne ressort pas de la seule déclaration mais bien également de l'engagement parental qui l'accompagne.

B. La révélation d'un engagement parental

235. Un acte également constitutif. L'expression de la volonté parentale n'est pas que révélatrice d'un lien préexistant, elle n'est pas qu'un simple aveu du lien de filiation, plus qu'un simple acte déclaratif, elle doit être considérée également comme « un acte de volonté, l'auteur signifiant, par là, qu'il consent à admettre, dans sa famille, l'enfant qui n'y figure pas, à raison de sa naissance hors des liens du mariage¹ ». En raison de l'engagement parental qu'elle implique, l'acte qui contient l'expression de volonté parentale est également un acte constitutif de la filiation.

De la sorte, la reconnaissance est « un acte générateur d'obligations en soi », elle ne se limite pas à « la simple constatation du fait (la filiation) dont découlent les rapports juridiques que la nature établit entre les parents et leurs enfants même illégitimes² ». À la certitude de l'existence d'un lien de filiation, doit s'ajouter la volonté consciente de l'auteur de la reconnaissance de tenir l'enfant pour le sien avec les conséquences juridiques que l'établissement de ce lien de filiation emporte³. La reconnaissance est donc un acte impliquant la volonté d'assumer la responsabilité de l'éducation de l'enfant⁴. Celui ou celle qui reconnaît un enfant comme étant le sien est *ipso jure* tenu pour son père ou sa mère et doit en assumer toutes les conséquences, tant patrimoniales qu'extra-patrimoniales⁵. C'est ainsi, « en dépassant la

1. A. COLIN, « De la protection de la descendance légitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD. civ.* 1902, p. 257, spéc. p. 274.

2. *Ibid.*, p. 274.

3. X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, sous la dir. de J. GHESTIN, Paris I, 1994, LGDJ, p. 345, n° 211.

4. A. POUSSON et J. POUSSON, *L'affection et le droit*, Sciences sociales, CNRS, 1990, p. 130. cités par C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français, Étude critique*, sous la dir. de E. PUTMAN, 2009, PUAM, p. 329.

5. A. SÉRIAUX, « L'engagement unilatéral en droit positif français actuel » in *L'utilitarisme et le droit des*

seule analyse probatoire, que l'on peut envisager substantiellement la reconnaissance¹ ». La reconnaissance n'est autre qu'un véritable engagement parental.

En droit anglais, la démarche volontaire de l'auteur de la déclaration ne se limite pas non plus à la simple révélation de la filiation. La déclaration de filiation ne donne pas lieu à une théorie juridique, à une sorte d'institutionnalisation, elle n'en est pourtant pas moins un acte volontaire constitutif de filiation. En effet, celle-ci va entraîner des conséquences juridiques à l'égard de son auteur ; la filiation va produire ses effets parce que la déclaration aura été effectuée. Aussi, elle implique que son auteur assume les conséquences juridiques de la filiation. Elle est donc également constitutive de la filiation.

236. L'expression de la volonté est révélatrice de l'engagement parental qu'implique l'établissement du lien de filiation. La qualification de l'acte, unilatéral ou synallagmatique, permettra d'apprécier la teneur familiale de l'engagement (1.) et l'irrévocabilité de principe de l'acte permettra de mesurer la force de cet engagement (2.).

1. La qualification de l'acte, reflet de l'engagement familial

237. Alors que la reconnaissance et la déclaration contiennent toutes deux un engagement parental à l'égard de l'enfant dont la filiation est ainsi établie, la reconnaissance est plutôt un acte unilatéral tandis que la déclaration est davantage un acte conjoint des parents. Cette différence révèle étonnamment une conception plus individualiste en droit français qu'en droit anglais, puisque ce dernier a pris la mesure dernièrement de l'importance de l'établissement coparental de la filiation.

238. La reconnaissance : un engagement unilatéral de volonté parentale ? La reconnaissance, en tant qu'acte juridique, peut-elle être qualifiée d'engagement unilatéral de volonté ? Celui-ci se définit comme une manifestation de volonté émanant d'un individu qui entend créer certains effets de droit sans le secours d'aucune autre volonté². En l'occurrence, la reconnaissance est effectivement une manifestation de volonté par laquelle une personne va établir sa parenté à l'égard d'un enfant. Cette reconnaissance se fait individuellement, unilatéralement, sans aucune autre volonté. La filiation ainsi établie sera à l'origine d'obligations patrimoniales mais aussi extra-patrimoniales.

obligations, Actes du colloque organisé par le Centre de recherche européen de droit des obligations de l'Université Paris XII et le Centre René-Demogüe pour la recherche interdisciplinaire et comparative en droit des contrats de l'Université de Lille II, 9 jan. 1998, sous la dir. de C. JAMIN et D. MAZEAUD, *Economica*, 1999, p. 7.

1. D. FENOUILLET, « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : Dalloz, PUF, Éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 509, spéc. p. 521.

2. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, p. 66, n° 50.

A première vue, la reconnaissance semble proche de l'engagement unilatéral de volonté. Mais, certains auteurs, considèrent que si la reconnaissance entraîne des obligations, celles-ci sont déterminées par la loi elle-même, et non pas par l'auteur de la reconnaissance qui ne saurait les moduler à son gré¹. L'auteur de la reconnaissance n'est en effet pas « créateur » d'effets de droit, puisqu'il ne les détermine pas, mais il en est un déclencheur en ce que sa volonté de s'engager comme parent, exprimée dans la reconnaissance, va entraîner la production des effets de la filiation. La volonté parentale est à l'initiative de la filiation et, par ricochet, des effets de celle-ci mais elle n'est pas créatrice de ces derniers. Autrement dit, la volonté parentale est fondatrice de la filiation même si elle n'est pas créatrice des effets de celle-ci. Pour autant, la détermination par la loi des effets d'un acte juridique exclut-elle la qualification d'engagement unilatéral de volonté ?

M. le Professeur Cyril GRIMALDI considère, quant à lui, qu'il ne faut pas s'en tenir au sens traditionnel de l'« engagement unilatéral », à savoir un acte juridique unilatéral produisant directement des obligations mais qu'il faut l'entendre plus largement. Ainsi, il peut être aussi un acte juridique « traduisant l'adhésion à un ensemble objectif de normes prédéterminées, à un statut ». À l'appui de sa démonstration, il prend justement l'exemple de la reconnaissance d'un enfant². En effet, le parent qui reconnaît un enfant adhère à un statut légalement défini, celui de parent. La filiation établie grâce à cet engagement va entraîner automatiquement toute une série d'effets déterminés par la loi. La volonté est ici celle d'adhérer au statut de parent, une volonté d'adhésion plus qu'une volonté créatrice. La reconnaissance correspond alors à cette définition élargie.

Mais, comme nous l'avons précédemment envisagé, elle rend juridique une situation de fait ; elle *produit* donc une situation juridique nouvelle, la filiation de droit, à partir d'une situation de fait préexistante. Ce qui fait dire à M. le Professeur Cyril GRIMALDI que « la reconnaissance [...] est véritablement un acte créateur du lien de filiation. »

Cette distinction permet de déceler des degrés de volonté distincts dans l'engagement créateur d'obligations. Pour celui qui nous concerne, l'aire d'action de la volonté est plutôt réduite : s'engager ou non³. L'originalité d'un tel engagement réside dans ce que le parent va lui-même déterminer sa qualité de débiteur d'obligations parentales mais non le contenu de celles-ci.

1. P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, 11^e éd., Manuel, LexisNexis - Litec, 2010, p. 42, n° 58.

2. C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, Paris II, 2007, Defrénois, p. 454, n° 983.

3. Concernant la reconnaissance, « il est certain que dans le domaine de la filiation la contrainte de la réalité biologique, la base objective est si forte qu'elle réduit d'autant, sans qu'on fasse appel à l'élément objectif légal l'aire d'action de la volonté et prive celle-ci aussi bien de son étendue d'action que de sa force habituelle » (J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (Contribution à la théorie générale de l'acte juridique)*, sous la dir. de P. RAYNAUD, 1969).

239. Ainsi, la volonté, source de l'engagement parental et donc base de la filiation, est également une source d'obligations. La reconnaissance, manifestation de cette volonté, est donc un acte créateur et non pas seulement révélateur, un acte déclaratif mais surtout constitutif de filiation. Elle est donc un peu plus qu'un acte déclaratif mais un peu moins qu'un acte constitutif, autrement dit elle est un acte supra-déclaratif et infra-constitutif¹. En définitive, la volonté est initiatrice, fondatrice, créatrice du lien, la loi organise le régime de la filiation ainsi créée. La volonté n'exclut donc pas la loi, elle lui est complémentaire comme source de la filiation.

240. **La déclaration de filiation : un engagement synallagmatique ?** En droit français, la reconnaissance est un acte individuel et personnel. Mais en droit anglais, la déclaration de paternité hors mariage était subordonnée à la confirmation maternelle. Peut-on envisager de comparer ce mécanisme à celui de l'offre et de l'acceptation ? Et par là même de qualifier la déclaration d'engagement parental synallagmatique ? L'*offer* est définie comme « *an indication of willingness to do or refrain from doing something that is capable of being converted by acceptance into a legally binding contract*² ». Elle se rapproche donc de l'offre en droit français, « proposition qu'il suffira que le sollicité accepte pour que le contrat soit conclu³ ». En retour, l'*acceptance* est l'« *agreement to the terms of an offer that converts the offer into a legally binding contract*⁴ » ; elle se rapproche ainsi également de l'acceptation de droit français, agrément de l'offre⁵.

Il faut rappeler que la section 10 du *Births and Deaths Registration Act 1953* conditionnait l'enregistrement du père non marié à une demande conjointe de la mère et du prétendu père. Il est envisageable d'assimiler à une offre de parenté, la déclaration du demandeur à l'enregistrement de la paternité, et à une acceptation, la déclaration dans laquelle l'autre parent confirme la véracité de la filiation paternelle. Ainsi, lorsque la mère forme une demande d'enregistrement de la paternité, assimilée à une offre, il faut que le père dans sa propre déclaration confirme sa paternité et par là même accepte la filiation. Lorsque le père forme une demande d'enregistrement de sa paternité, offre de parenté, la mère doit confirmer la véracité de celle-ci et accepter par là même la parenté conjointe. Lorsqu'il s'agit d'une demande conjointe d'enregistrement de la paternité, l'offre de paternité est intrinsèquement acceptée par la mère.

1. Pour paraphraser René CHAPUS énonçant que les principes généraux du droit auraient une valeur supra-décrétale et infra-législative : R. CHAPUS, « De la valeur des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.* 1966, I, chron. p. 119.

2. J. LAW et E. A. MARTIN, *Oxford Dictionary of Law*, 7^e éd., Oxford University Press, 2009.

3. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 4^e éd., Droit Civil, Defrénois - Lextenso Éditions, 2009, p. 238, n° 465.

4. J. LAW et E. A. MARTIN, *Oxford Dictionary of Law*, 7^e éd., Oxford University Press, 2009.

5. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 4^e éd., Droit Civil, Defrénois - Lextenso Éditions, 2009, p. 243.

L'objet de cet échange est l'établissement de la filiation paternelle. La mère ou le prétendu père peuvent l'un et/ou l'autre initier le processus d'enregistrement de la paternité mais celui-ci ne pourra être clôt que lorsqu'ils auront tous deux certifié que la filiation paternelle est exacte. La différence entre les deux acceptations tient à ce que celle du père porte sur la filiation en elle-même, celle de la mère porte sur le partage de l'exercice de la parenté avec l'autre parent. À compter de l'acceptation de l'autre parent, les deux parents se trouvent liés à l'égard de l'enfant. L'échange des consentements mène à un engagement synallagmatique un peu particulier puisqu'il est conclu au profit d'un tiers, l'enfant. Le but recherché est une véritable parenté conjointe, à l'image de celle existant dans le mariage, mais construite artificiellement par le biais de l'offre et de l'acceptation à la parenté et non à l'engagement marital. Il s'agit bien, à travers cet accord parental encadré juridiquement de pallier à l'absence de lien de droit entre les parents.

En raison de la modification opérée par le *Welfare Reform Act 2009* sur les dispositions du *Births and Deaths Registration Act 1953*, le dispositif favorise désormais la déclaration conjointe des parents. Ainsi, une obligation d'information pèse sur la mère quant à l'identité du prétendu père. Lorsque la mère a délivré des informations sur l'identité du père, il faut que ce dernier confirme la véracité de sa paternité¹. Il va alors « reconnaître » (*acknowledge*) qu'il est le père. Peut-on rapprocher ce mécanisme de celui de l'offre et de l'acceptation ? La réponse est moins nette que sous le régime antérieur. La mère était détentrice de la décision de partage de la filiation et de la parenté. Désormais, la mère fournit des informations² pour que l'offre puisse être transmise au bénéficiaire, et ce dernier accepte de reconnaître l'enfant, d'en assumer la paternité³. La mère n'est plus réellement à l'initiative de l'offre, elle doit délivrer des informations identifiantes sur le père de l'enfant. Elle est davantage fournisseur d'informations qu'offrant de parenté. Le père, quant à lui, confirme la paternité ainsi initiée et l'accepte en reconnaissant qu'il est bien le père de l'enfant enregistré. L'offre est moins claire mais l'acceptation l'est davantage. L'objectif, la déclaration conjointe, même différée dans le temps, continue d'être poursuivie ; la démarche modifiée laisse percevoir la nécessité d'un accord de volontés pour que l'établissement de la filiation soit accompli. Il semble alors que l'on puisse qualifier l'engagement parental de *bilateral* plutôt qu'*unilateral*.

241. La vérité de la filiation face à la liberté parentale. La différence d'approche quant à la reconnaissance et la déclaration permet d'observer que le droit anglais vise l'établissement de la filiation dans la majorité des cas, mais il fait en sorte que cette filiation corresponde à la réalité en exigeant des aveux concordants des parents, même si ceux-ci sont différés dans le

1. Births and Deaths Registration Act 1953, Section 2C (1) et (2). issue du Welfare Reform Act (c. 24) 2009.

2. Births and Deaths Registration Act 1953, Section 2B. issue du Welfare Reform Act (c. 24) 2009.

3. Births and Deaths Registration Act 1953, Section 2C. issue du Welfare Reform Act (c. 24) 2009.

temps. L'objectif est d'approcher au plus près l'exactitude de la filiation et l'expression d'une volonté conjointe d'assumer l'enfant indépendamment de la structure du couple duquel il est issu. Le droit français vise, quant à lui, une volonté parentale individuelle. Celle-ci s'exerce séparément, sans contrôle ni validation de l'autre parent. Le droit français préfère préserver la liberté de chacun des parents d'établir ou non la filiation de l'enfant, cela rejoint la notion de divisibilité de la filiation hors mariage. La liberté individuelle du parent prime sur la véracité de la filiation de l'enfant. Mais une fois que l'auteur a engagé sa liberté, son engagement doit être durable.

2. L'irrévocabilité de l'acte, force de l'engagement

242. Le caractère éminemment personnel de la reconnaissance ainsi que l'exclusivité qu'elle entraîne sont révélateurs de l'engagement volontaire pris envers l'enfant. La force de cet engagement transparaît tout particulièrement dans le caractère irrévocable de la reconnaissance. Il n'est pas possible d'anéantir un tel acte en retirant simplement sa volonté d'être parent¹, il faut que l'auteur de la reconnaissance engage une action en contestation de la filiation ainsi établie s'il souhaite se dégager de tout lien avec l'enfant.

Le caractère irrévocable de la reconnaissance s'explique par sa double nature d'aveu² et d'engagement unilatéral.

Cette irrévocabilité permet de responsabiliser l'auteur de la reconnaissance, de lui faire prendre conscience de l'ampleur de cet engagement parental. La responsabilisation de l'engagement parental permet de dépasser la simple manifestation de volonté, elle l'ancre dans la réalité familiale³ et lui évite de fluctuer dans le temps.

243. En droit anglais, la déclaration est-elle irrévocable ? Peut-on la retirer librement ? La question se pose différemment car l'engagement n'est pas unilatéral mais conjoint. Suivant un

1. « Irrévocable en soi, elle peut cependant être contestée, comme inexacte par toute personne intéressée, et il n'y a aucune raison juridique pour que l'auteur de la reconnaissance lui-même ne figure pas au nombre de ceux qui pourront élever cette contestation, en démontrant qu'elle a été faite sous l'empire d'une erreur ou d'une surprise et qu'elle est contraire à la réalité des faits. » A. COLIN, « De la protection de la descendance légitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD. civ.* 1902, p. 257, spéc. p. 280.

2. « La reconnaissance est un acte irrévocable par sa nature et par son objet, en ce sens qu'on ne peut revenir arbitrairement sur l'aveu qu'elle contient » *ibid.*, p. 279.

3. C'est d'ailleurs pourquoi les reconnaissances dites de complaisance ne sont pas punissables en elles-mêmes. Selon la chambre criminelle, « la reconnaissance mensongère d'un enfant naturel dans un acte d'état civil ne constitue pas en soi un faux punissable ». Cass. crim., 8 mar. 1988, *Bull. crim.* 117 ; *D.* 1989, p. 528, note E. S. de la MARNIÈRE ; *JCP G.* 1989, t. II, 21162, obs. W. JEANDIDIER, L'engagement, que prend l'auteur de la reconnaissance à l'égard de l'enfant, ne peut être remis en cause par le seul retrait de sa volonté parentale, et cela, alors même que la reconnaissance ne correspondait pas à la réalité biologique. La validité de la reconnaissance n'est donc pas conditionnée à sa correspondance avec la réalité biologique de la filiation ; la qualité de la filiation est totalement indifférente. Elle est un véritable engagement qui ne peut être soumis aux fluctuations de la volonté de son auteur.

parallélisme des formes, il serait cohérent que le père, qui souhaite revenir sur sa déclaration de paternité, ne puisse le faire qu'avec l'accord ou la confirmation de la mère. Mais, comme en droit français, le seul retrait de sa volonté ne suffit pas et l'intervention du juge est nécessaire pour remettre en cause la filiation ici présumée.

La jurisprudence tire de la section 26 du *Family Law Reform Act 1969* l'outil de la *balance of probabilities*¹ afin de renverser la présomption de paternité légitime, résultant du mariage, ou la présomption de paternité illégitime, résultant de la déclaration de paternité. Le juge va user des différents éléments de fait qui lui sont soumis pour apprécier la véracité de la présomption ; il va les mettre en balance pour évaluer la probabilité de véracité de cette filiation ainsi établie. Dans l'arrêt *S v S, W. v Official Solicitor (or W.)*², Lord REID considère que les présomptions peuvent être renversées grâce à une preuve quelle qu'elle soit. Deux voies principales s'ouvrent alors : celle de la preuve génétique ou de la preuve factuelle. Le père peut demander que soit effectué un test génétique suivant la section 20 du *Family Law Reform Act 1969*³ ou encore apporter la preuve qu'il ne peut de fait pas être le père⁴.

Ainsi, la reconnaissance comme la déclaration de paternité sont des manifestations de volonté, fondatrices de la filiation, qu'il ne suffit pas de retirer pour remettre en cause l'engagement parental ainsi réalisé.

244. Ainsi, les systèmes anglais et français prennent en compte la volonté parentale dans l'établissement de la filiation en tant que palliatif à l'absence de lien de droit entre les parents de l'enfant, lien de droit ayant des conséquences sur la filiation tout au moins. Cependant, cette volonté n'est pas véritablement autonome puisqu'elle doit s'exercer dans un cadre légal prédéfini. Exercée dans ce cadre, elle est bien plus qu'un simple révélateur de la filiation, elle en constitue la véritable assise, son fondement en ce qu'elle manifeste un engagement de la part de son auteur. La filiation s'ancre alors dans l'engagement d'être parent. Exercée dans un cadre différent, celui des filiations électives, la volonté est encore amplifiée en tant que fondement de la filiation puisqu'elle n'en est pas seulement révélatrice mais intégralement constructive.

1. Family Law Reform Act (c. 46) 1969, Section 26 : « *Rebuttal of presumptions as to legitimacy and illegitimacy : Any presumption of law as to the legitimacy or illegitimacy of any person may in any civil proceedings be rebutted by evidence which shows that it is more probable than not that that person is illegitimate or legitimate, as the case may be, and it shall not be necessary to prove that fact beyond reasonable doubt in order to rebut the presumption* ».

2. *S v S, W. v Official Solicitor (or W.)*, [1972] AC 24

3. Family Law Reform Act (c. 46) 1969, Section 20 : « *Power of Court to require use of scientific tests* », sous-section (1).

4. Par exemple, en apportant la preuve qu'il est stérile ou qu'il était absent à la date de la conception.

Section II Une volonté constructrice du lien

245. Un nouveau modèle de filiation. L'expression de la volonté n'est pas seulement révélatrice d'un lien génétique ou social préexistant, elle peut être intégralement fondatrice du lien. Ainsi, il est question en droit anglais d'*intent model*¹, c'est-à-dire d'un modèle de filiation fondé sur l'intention, sur la volonté, et non pas sur le lien conjugal entre les parents ou sur la réalité génétique. L'expression exprime bien l'importance que la volonté a acquise en droit de la filiation au point de devenir un « modèle », c'est-à-dire une référence que le droit va favoriser. Ce constat peut être transposé en droit français également. Longtemps, la filiation légitime a tenu ce rôle de modèle en droit français comme en droit anglais, alors que désormais plusieurs modèles coexistent, sans hiérarchie entre eux. En effet, alors que la filiation volontaire était plutôt un palliatif à une absence de filiation génétique, elle est devenue un mode de rattachement d'un enfant au sein de couples qui ne peuvent concevoir ensemble. Le modèle de la filiation volontaire s'est ainsi amplifié, offrant le cadre adéquat à la fondation de nouvelles familles.

246. Un fondement des filiations électives. En tant que fondement de la filiation, la volonté s'insère d'abord dans un dispositif institué par le législateur, l'adoption, afin de procurer une famille aux enfants abandonnés et un enfant aux couples ou personnes seules qui n'en ont pas.

Ensuite, la volonté est l'unique fondement de la filiation établie, dans le cadre de la procréation médicalement assistée avec tiers donneur, à l'égard du parent stérile ou du conjoint, partenaire ou concubin de même sexe du parent, ou encore, en cas de don d'embryon, à l'égard du couple demandeur.

Dans toutes ces situations, l'enfant n'est jamais génétiquement rattaché aux deux parents juridiques, il peut tout au plus l'être à l'un d'entre eux.

247. Une volonté de retrait et une volonté de rattachement. L'enfant ne naît pourtant pas sans géniteur. Le lien initial entre l'enfant et ses géniteurs doit faire l'objet d'une renonciation, d'une volonté de retrait. L'importance de celle-ci varie selon la situation : en premier lieu, lorsque l'embryon n'est pas conçu, le donneur de gamètes renonce à une paternité potentielle ; en second lieu, lorsque l'embryon est conçu, les parents à l'origine de sa conception médicalement assistée vont manifester une volonté de retrait de la filiation de l'enfant ; en troisième et dernier lieu, lorsque l'enfant est né, le ou les parents génétiques de l'enfant vont consentir à l'adoption de l'enfant, se retirant ainsi de la filiation déjà établie.

1. R. PROBERT, « Families, assisted reproduction and the law », *CFLQ* 2004, 16, 3, p. 273, spéc. p. 284.

En écho à cette volonté de retrait, les parents d'avenir manifestent leur volonté d'insérer l'enfant au sein de leur famille. Leur volonté, constatée par le médecin, en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, ou par le juge, en cas de don d'embryon ou d'adoption, va permettre l'établissement juridique de la filiation de l'enfant.

La création du lien de filiation résulte donc d'un équilibre entre la volonté des parents d'origine et celle des parents d'avenir (§ 1.).

248. Une justification de l'utilisation du « progrès » scientifique. Mais, si la volonté fonde exclusivement certains liens de filiation, elle devient également la justification de l'utilisation des avancées scientifiques et médicales à des fins procréatives. La volonté ne sert plus uniquement au rattachement d'un enfant à une famille mais surtout à la conception organisée de l'enfant en amont. La volonté de filiation se meut alors en désir d'enfant, fin qui peut justifier tous les moyens même ceux qui semblent les plus contraires aux principes fondamentaux de notre société. Alors, la construction de la filiation s'opère par les excès de la volonté (§ 2.).

Sur ces pratiques nouvelles telles que la procréation *post mortem*, la gestation pour autrui ou encore le clonage, il sera particulièrement intéressant de constater que le droit anglais apparaît plus progressiste que le droit français, en ce qu'il favorise l'individualisme plutôt que la cohérence d'ensemble du lien de filiation et de la famille ainsi structurée.

§ 1. La construction par l'équilibre des volontés

249. Retrait et insertion familiale. Pour que la volonté soit constructrice du lien de filiation d'un enfant à l'égard d'un parent non génétique, il convient qu'il y ait corrélation d'une volonté de retrait de la vie de l'enfant, exprimée par le ou les parents d'origine (A.), avec une volonté d'insertion familiale, exprimée par le ou les parents d'avenir (B.).

A. Une volonté de retrait des parents d'origine

250. Un retrait en amont ou en aval de la naissance. Afin que l'enfant puisse être accueilli dans un nouveau foyer familial, il convient que ses parents d'origine se retirent de sa filiation en amont ou en aval de la naissance, selon la situation.

251. Des degrés de volonté de retrait. La volonté de retrait présente plusieurs degrés qui sont fonction de l'implication des parents d'origine à l'égard de l'enfant.

Le donneur de gamète a une implication mineure à l'égard de l'enfant. Il est géniteur potentiel en ce qu'il n'est pas certain que la fécondation aboutisse et qu'un enfant naisse. Il

n'a donc pas à manifester de volonté de retrait autrement que par son don. Il ne se retire que d'une filiation potentielle¹.

En revanche, le couple donneur d'embryon a une implication plus importante à l'égard de l'enfant. Ils doivent renoncer au projet parental qui a mené à la conception de cet embryon. Ils doivent donc manifester expressément leur volonté de retrait de la filiation de l'enfant à naître. Il s'agit alors d'un consentement à adoption prénatale.

Enfin, lorsqu'un enfant est né et que sa filiation est établie, ses parents doivent consentir expressément à son adoption. L'implication parentale à l'égard de l'enfant déjà né est, en effet, majeure. Ils doivent accepter que l'enfant soit rattaché à une autre famille. Il convient donc que leur volonté de retrait soit certaine afin de préserver l'intérêt actuel et futur de l'enfant.

252. Une volonté expresse ou tacite. Cette volonté de retrait peut se manifester expressément pour le don d'embryon ou l'adoption (1.) ou bien tacitement c'est-à-dire résulter d'un comportement, pour l'adoption (2.).

1. L'exigence d'une volonté expresse, exigence commune aux deux systèmes

253. La volonté de retrait doit être exprimée expressément à l'égard d'un enfant à naître (a.) ou bien d'un enfant déjà né (b.).

a. Une volonté de retrait exprimée à l'égard de l'enfant à naître

254. Un accord de volonté du couple pour le don d'embryon. En raison de l'implication physique fondamentale du couple dans la conception d'un embryon, la loi exige qu'ils expriment clairement leur consentement au don de leur embryon². Le juge recueille ainsi leur consentement par écrit³. Leur volonté de retrait doit être explicite pour qu'ensuite puisse s'exercer la volonté d'accueil des parents d'intention.

La filiation issue d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur ou don d'embryon résulte d'un véritable accord de volonté. Ainsi, « les accords de volonté sont la base du système qui a été retenu, puisque l'assistance médicale à la procréation ne peut prospérer que dans le cadre d'un couple et non pour aboutir à des procréations de convenance⁴. Dans ces conditions, leur mise en œuvre et le lien de filiation qui en découle reposent sur l'accord de volonté, parce que l'attribution de la filiation juridique ne correspond pas à la vérité génétique : accord entre futurs parents pour le recours à un tiers donneur qui fait l'objet d'une solennisa-

1. R. PROBERT, « Families, assisted reproduction and the law », *CFLQ* 2004, 16, 3, p. 273.

2. Code de la santé publique, Art. L. 2141-5.

3. *Ibid.*, Art. L. 2141-6 al. 2.

4. *Ibid.*, Art. L.2141-2.

tion renforcée (art. 311-20 du Code civil) ; accord du couple à l'origine de la conception d'un embryon pour l'accueil de cet embryon¹ ».

Le droit anglais pose des exigences de même ordre : chaque personne dont les gamètes ont été employés pour la conception de l'embryon doit donner un consentement écrit pour que ledit embryon fasse l'objet d'un don². Ce consentement est recueilli non par le juge mais par l'organisme médical chargé du traitement et de la conservation des embryons.

255. Que l'enfant soit à naître ou déjà né, il convient qu'une volonté de retrait soit exprimée afin de vérifier qu'une filiation pourra être valablement et durablement établie ensuite à l'égard des parents d'intention.

b. Une volonté de retrait exprimée à l'égard d'un enfant déjà né

256. La volonté de retrait de la vie de l'enfant s'exerce plus clairement encore lorsque l'enfant est déjà né. Une filiation est déjà établie à l'égard de l'enfant et il convient que le parent s'en retire pour que l'enfant puisse être adopté.

257. L'exigence du consentement du parent à l'adoption de son enfant. Pour qu'un enfant soit adopté, il faut donc que la famille d'origine de celui-ci donne son accord à l'adoption.

En droit français, le consentement à l'adoption dépend de ceux à l'égard desquels un lien de filiation est établi. Si la filiation est établie à l'égard des deux parents, un consentement conjoint à l'adoption est requis³. Lorsque la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un de ses auteurs, le consentement de celui-ci suffit⁴. La règle du consentement parental conjoint est assouplie lorsque l'un des parents est hors d'état de manifester sa volonté, déchu de l'autorité parentale ou décédé, alors, dans ces cas, le consentement d'un seul parent peut suffire⁵. Si l'un et l'autre des parents sont dans l'une de ces situations, le consentement est donné par le « conseil de famille » après avoir consulté la personne qui s'occupe réellement de l'enfant⁶.

En droit anglais, il est fait référence aux notions de *parents* et de *guardians*⁷. Est entendu comme *parent*, le parent titulaire de la *parental responsibility*⁸. Autrement dit, le parent sans

1. Code de la santé publique, Art. L.2141-6. V. P. MURAT, « Rattachement familial de l'enfant et contrat » in *La contractualisation de la famille*, sous la dir. de D. FENOUILLET et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, Economica, 2001, p. 133, p. 135.

2. Human Fertilisation and Embryology Act 1990, Schedule 3, section 6.

3. Art. 348 al. 1^{er}.

4. Art. 348-1.

5. Art. 348 al. 2.

6. Art. 348-2.

7. Adoption and Children Act (c. 38) 2002, Section 52 (1). « *The court cannot dispense with the consent of any parent or guardian of a child to the child being placed for adoption or to the making of an adoption order in respect of the child [...]* »

8. *Ibid.*, Section 52 (6). « *“Parent” means a parent having parental responsibility.* »

parental responsibility n'a pas à consentir : c'est le cas du père non marié qui n'a pas bénéficié d'un *parental order* par exemple. Pour autant, ce dernier n'est pas totalement ignoré puisque l'agence d'adoption doit normalement lui notifier la procédure d'adoption concernant son enfant. La notification s'effectue auprès de la personne que l'agence pense être le père de l'enfant¹. Le *guardian*, quant à lui, n'est pas un parent, il est un adulte référent auquel est attribué un statut particulier et que l'on peut rapprocher de celui de tuteur de droit français². La *parental responsibility* étant partagée avec les parents, le *guardian* et ceux-ci doivent conjointement donner leur consentement à l'adoption de l'enfant.

Le *Adoption and Children Act 2002*³ envisage les cas de dispense du consentement des parents à l'adoption de l'enfant : lorsque le parent ou le *guardian* est introuvable ou incapable, ou bien lorsque le bien-être de l'enfant l'exige⁴.

Dans les deux systèmes, le consentement à l'adoption est requis de la personne à l'égard de laquelle un lien de filiation est établi et plus exactement du titulaire des droits parentaux. En effet, lorsque le parent n'est pas titulaire de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant, son consentement n'est pas exigé. Pour pouvoir se retirer d'un lien de filiation, la parenté ne doit pas se limiter à un titre, elle doit être effective. Elle ne doit pas se limiter au statut, mais s'accompagner de l'exercice du rôle.

258. Un consentement éclairé. En raison de l'importance de l'acte, le Code civil exige que le consentement soit donné dans un acte solennel. Le consentement est donné par acte authentique devant un notaire, le greffier en chef du tribunal d'instance ou les agents diplomatiques ou consulaires. Il peut également être reçu par le service de l'aide sociale à l'enfance lorsque l'enfant lui a été remis⁵. De même, en droit anglais, le consentement doit être donné par écrit sur un formulaire indiquant les effets de l'adoption et est ensuite certifié par un officier du Children and Family Court Advisory and Support Service (CAFCASS). L'objectif poursuivi est que le consentement soit libre, totalement éclairé, et que ces qualités requises soient vérifiées par une personne reconnue compétente par le législateur.

1. Ce qui peut mener à des situations étonnantes : *Re B (A Child) (Parentage : Knowledge of Proceedings)* [2004] 1 FCR 473 (CA). Dans cette affaire, la *Court of appeal* a exigé que l'agence d'adoption notifie au mari de la mère la procédure d'adoption d'un enfant dont elle venait d'accoucher – naissance ignorée par le mari – alors même que la mère soutenait que son mari n'en était pas le père.

2. L. SAUVÉ-LESTIENNE, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, sous la dir. de G. CHAMPENOIS, Paris II, 2013, LGDJ, p. 140 : « La notion de *guardianship of the child* désigne en droit anglais moderne la personne qui va obtenir les prérogatives de la responsabilité parentale après le décès des parents. Il s'agit donc de l'équivalent du tuteur en droit français. »

3. *Adoption and Children Act* (c. 38) 2002.

4. *Ibid.*, Section (1) : « [...] unless the court is satisfied that – (a) the parent or guardian cannot be found or lacks of capacity (within the meaning of the *Mental Capacity Act 2005*) to give consent, or (b) the welfare of the child requires the consent to be dispensed with ».

5. Art. 348-3.

La poursuite d'un consentement éclairé se traduit pourtant différemment dans les deux systèmes concernant la mère. En droit anglais, celle-ci doit attendre six semaines après la naissance avant de pouvoir donner un tel consentement¹. En droit français, la logique est inversée : le consentement à l'adoption peut être donné dès la naissance mais l'enfant ne pourra pas être placé chez les futurs adoptants pendant un délai de deux mois à compter du recueil de son enfant². Cette différence est liée à l'accouchement anonyme autorisé en France³ mais non en Angleterre. Par l'accouchement anonyme, la mère empêche l'établissement de la filiation à son égard, et de la sorte, autorise l'adoption. C'est un consentement indirect à l'adoption. Comme pour tout consentement à l'adoption, une possibilité de rétractation est ouverte. Mais le délai de rétractation court à compter de la naissance de l'enfant tandis qu'en droit anglais, il court à compter de l'expression du consentement, c'est-à-dire nécessairement après les six semaines à compter de la naissance. Il y a donc, en droit anglais, un délai de réflexion suivi d'un délai de rétractation à compter de l'expression consentement.

Ainsi, la solution anglaise est davantage favorable à la mère et à l'enfant car elle permet à la mère de bien comprendre le sens de sa décision ; la solution française est, quant à elle, plus favorable à l'adoption en ce qu'elle génère des nouveaux-nés adoptables définitivement le plus tôt possible. L'objectif n'est pas de favoriser la famille d'origine mais la famille à venir.

259. Un consentement *ad personam* ? Le consentement à l'adoption est un acte important en ce qu'il va mener à l'effacement de tout lien entre l'enfant et celui qui l'exprime. Aussi, il pourrait n'être envisagé qu'en fonction de la personne qui va exprimer une volonté de se rattacher l'enfant afin de rassurer celui qui se retire de la vie de l'enfant. Le régime diffère dans les deux pays sur ce point. En droit français, le consentement à l'adoption est donné de façon générale tandis qu'en droit anglais, il est donné *ad personam*, c'est-à-dire pour un adoptant déterminé⁴. L'adoption est dénommée pour cette raison « *open adoption* », illustrant bien la transparence qui existe sur l'identité des adoptants et la possibilité d'exprimer un consentement éclairé à l'adoption.

En droit français, les services de l'aide sociale ou un organisme autorisé pour l'adoption jouent le rôle d'intermédiaire entre les parents d'origine et les adoptants. Le choix de l'adoptant est alors laissé à un tuteur désigné au sein de l'organisation qui a recueilli l'enfant. Ce choix se fait en accord avec « le conseil de famille des pupilles de l'État ou du conseil de famille de la tutelle organisée à l'initiative de l'organisme autorisé pour l'adoption⁵ ». En

1. Adoption and Children Act (c. 38) 2002, Section 52 (3) : « *Any consent given by the mother to the making of an adoption order is ineffective if it is given less than six weeks after the child's birth* ».

2. Art. 351.

3. Art. 326.

4. Adoption and Children Act (c. 38) 2002.

5. Art. 348-4.

pratique, le consentement à l'adoption n'est pas conditionné par la personne de l'adoptant, les parents d'origine ne choisissent ni ne recalent de potentiels adoptants pour leur enfant. Le consentement à l'adoption est donc objectif, car donné en considération de la vocation sociale de l'institution de l'adoption, plutôt que subjectif auquel cas il serait donné en considération de la personne de l'adoptant. L'intercession des services sociaux ou de l'organisme se justifie par le rôle de l'État à l'égard des pupilles dont il a la charge jusqu'au prononcé de l'adoption. Cette intercession permet également, en principe, d'éviter la mise en place d'un marché privé de l'adoption.

En droit anglais, le consentement peut être limitativement donné pour des adoptants identifiés. Un consentement subjectif à l'adoption est donc possible. Ceci s'explique par le fait que le consentement est donné plus librement et de façon plus éclairé si les parents ont des informations quant aux éventuels adoptants. Cela traduit la recherche de transparence de l'institution de l'adoption en droit anglais, liée au fait que la filiation initiale ne sera pas niée mais associée à la filiation adoptive sur l'acte de naissance de l'enfant. Les noms des parents d'origine figureront dans l'acte de naissance malgré l'adoption. Le consentement à l'adoption peut également être donné objectivement, comme en droit français. Dans ce dernier cas, le choix de l'adoptant est alors laissé à l'organisme chargé de placer l'enfant.¹

Si le droit français ne favorise pas la transparence quant à l'identité des parents et à celle des candidats à l'adoption, il favorise en revanche l'adoption en elle-même en acceptant la prise en compte d'une volonté tacite d'adopter.

1. *Ibid.*, Section 19 : *Placing children with parental consent*, v. annexes page 485.

2. Une volonté tacite, particularité du droit français

260. Une volonté déduite d'un comportement passif. La volonté de retrait n'est pas uniquement expresse, elle peut également être tacite. Elle peut être déduite d'un comportement passif à l'égard d'un enfant. Le droit français organise un dispositif visant à prendre en compte le désintérêt manifeste des parents à l'égard de l'enfant pour lui permettre d'être adopté par la suite¹. Le droit anglais ne connaît pas de dispositif identique, il exige toujours une manifestation expresse de la volonté de retrait. Lorsque les parents ne s'expriment pas en ce sens, il faut avoir recours au *child's welfare* pour que le juge puisse autoriser l'adoption de l'enfant².

261. La déclaration d'abandon ne rompt pas le lien de filiation d'origine³, car seule l'adoption aura cet effet définitif. Mais cette déclaration ouvre la voie à la procédure d'adoption dans laquelle le consentement exprès des parents ne sera alors pas requis. Les conséquences sont d'importance et les parents d'origine n'en ont pas nécessairement connaissance. C'est la raison pour laquelle trois éléments constitutifs doivent être réunis pour le prononcé de la déclaration d'abandon : un élément matériel (l'abandon) et un élément intentionnel (la volonté de désintéressement) (a.). À cela s'ajoute une condition temporelle : le désintérêt doit avoir duré au moins un an.

Mais parce que la déclaration d'abandon est une mesure radicale pour l'enfant et les parents d'origine, elle suscite beaucoup de critiques (b.).

a. L'exigence d'un abandon et d'une volonté d'abandon

262. L'élément matériel : l'abandon. Il convient d'abord de constater l'existence d'un élément matériel : l'abandon. Ce désintérêt manifeste est caractérisé, selon l'alinéa 2 de l'article 350, lorsque les parents n'ont pas entretenu avec l'enfant les relations nécessaires au maintien de liens affectifs. C'est donc l'absence de standard minimum de comportement parental qui est pris en compte.

Mais le standard minimum n'est précisément pas réduit au strict minimum. Ainsi, selon l'alinéa 3, « la simple rétractation du consentement à l'adoption, la demande de nouvelles ou l'intention exprimée mais non suivie d'effet de reprendre l'enfant n'est pas une marque d'intérêt suffisante pour motiver de plein droit le rejet d'une demande en déclaration d'abandon. ».

1. Suivant l'article 350 du Code civil, lorsque l'enfant est confié à un particulier ou un organisme de l'aide sociale à l'enfance, et que les parents font preuve d'un désintérêt manifeste à son égard durant un an au moins, le juge saisi peut le déclarer abandonné.

2. V. *infra*, page 249.

3. Mais elle la prive de ses effets extra-patrimoniaux puisque le tribunal l'accompagne d'une délégation d'autorité parentale au profit du service de l'aide sociale à l'enfance (Art. 350 al. 5).

La simple intention, la simple manifestation d'intérêt isolée ne suffit pas¹, il faut un comportement effectif. Ainsi, « la réalité de l'intérêt porté à l'enfant doit être évidente et la profondeur des sentiments [des parents] découler de leur comportement² ».

Il est intéressant de noter que la rétractation du consentement à l'adoption ne suffit pas à rejeter la demande en déclaration d'abandon. Le comportement plus que négligent des parents, alors que l'enfant est recueilli par d'autres, est tellement significatif qu'il acquière une force plus importante que le consentement à l'adoption manifesté dans les formes traditionnelles. A plus forte raison, lorsque le délai d'un an est écoulé, la volonté tacite de retrait est frappée d'une sorte d'irrétractabilité : la simple volonté contraire ne permet plus d'empêcher la déclaration judiciaire d'abandon.

Mais pour ne pas se comporter en tant que parent, encore faut-il vouloir ce non-comportement.

263. L'élément intentionnel : la volonté d'abandon. L'abandon ne doit pas être seulement constaté matériellement mais aussi intentionnellement³. Certains auteurs estimaient que l'état d'abandon était une situation de fait qu'il suffisait au juge de constater⁴, son appréciation aurait été alors purement objective. D'autres considéraient que les circonstances matérielles de l'abandon devaient se doubler d'une intention parentale en ce sens⁵. Les juges du fond ont opté pour l'appréciation subjective qui nous semble la plus opportune⁶. En effet, la déclaration d'abandon est un acte important dans la vie de l'enfant mais également des parents, un simple constat objectif de l'abandon ne permettrait pas de tenir compte des aspects humains de la situation en cause. En effet, le caractère volontaire est intrinsèquement lié à l'abandon. C'est ainsi qu'en droit des biens, duquel l'abandon des personnes a été inspiré, l'abandon des choses doit être volontaire⁷. On voit mal alors comment le constat objectif de l'abandon pourrait suffire dans le domaine des personnes et de la famille.

1. CA Versailles 8 oct. 2009 cité par M.-C. LE BOURSIKOT : « les manifestations superficielles ou par trop épisodiques, les simples velléités, les engagements sans lendemain ne sont pas des marques suffisantes d'intérêt ».

2. CA Versailles 8 oct. 2009, *ibid.*

3. Cass. 1^{re} civ., 23 oct. 1973, *Bull. civ. I*, 19 ; *D.* 1974, p. 135, note GAURY.

4. C. ALLAER, « L'enfant oublié », *JCP G.* 1975, 2735, « Le désintérêt doit être objectif et apparent. C'est ajouter au texte que d'exiger que le désintérêt soit volontaire et conscient. » ou encore A.-M. FOURNIÉ, « De l'abandon à l'adoption plénière. Le contentieux de l'abandon », *JCP G.* 1974, I, p. 2640. « Il n'est pas demandé au tribunal de dire que les parents ont abandonné l'enfant, mais que l'enfant se trouve dans une situation spécifique d'enfant abandonné au sens de l'article 350 sans que l'on sache jamais exactement ce qu'elle recouvre d'inconscience, d'indifférence ou d'égoïsme, d'incapacité, de faiblesse et de honte de la part des parents. Un défaut d'intérêt qui serait volontaire ne serait-il pas une faute plutôt qu'un abandon de l'article 350 ? »

5. Y. PATUREAU, « Le désintérêt de l'enfant déclaré judiciairement abandonné », *D.* 1978, I, Chron, p. 167. J. STOUFFLET, « L'abandon d'enfants », *RTD. civ.* 1959, p. 627. P. RAYNAUD, « La réforme de l'adoption », *D.* 1967, Chron, p. 77.

6. Cass. 1^{re} civ., 23 oct. 1973, *Bull. civ. I*, 19 ; *D.* 1974, p. 135, note GAURY.

7. « Les objets abandonnés sont ceux dont le propriétaire a volontairement abdiqué la propriété » : P. MA-LAURIE et L. AYNÈS, *Les Biens*, Defrénois, 2007, p. 186.

La volonté semble donc être un élément constitutif de l'abandon en lui-même. Reste encore à déterminer ce qu'on entend par « volonté ». Doit-on déceler un véritable souhait d'abandon, ou plus simplement s'assurer que le désintérêt n'est pas dû à une cause extérieure ? La seconde voie est celle à suivre¹. Ainsi, « l'abandon doit être volontaire, c'est-à-dire qu'on ne prend pas en considération les abandons causés par la maladie, par un état de détresse ou de nécessité extrême »². Rien ne doit altérer ou empêcher la manifestation de la volonté sinon celle-ci n'est pas caractérisée.

Mais l'appréciation des causes d'empêchement et de leur caractère irrésistible est très délicate. Laissée aux juges du fond, elle varie selon les espèces et les juridictions³. Ainsi, la toxicomanie⁴, l'alcoolisme⁵ ou encore les troubles psychologiques graves⁶ ne suffisent pas toujours à rendre involontaire le comportement des parents. Mais il est possible de dégager une tendance générale : les éléments qui résultent du comportement et des choix de vie du parent (toxicomanie, alcoolisme...) sont en principe considérés comme volontaires en eux-mêmes, ils ne peuvent alors entraîner un comportement involontaire⁷. En revanche, les éléments véritablement extérieurs au parent (maladie, intervention d'un tiers) peuvent causer un comportement de cette nature⁸. Mais, il faut toutefois tempérer ces affirmations car un comportement

1. V. Y. PATUREAU, « Le désintérêt de l'enfant déclaré judiciairement abandonné », *D.* 1978, I. Chron, p. 167, spéc. p. 172. « Les juges doivent rechercher si la mère a eu une attitude de désintéressement et d'abstention suffisamment graves. »

2. Rapport Rivièrez, *J. O.*, déb. Ass. nat., 2 déc. 1976, p. 8910, 2ème col. *in fine*, cité par Y. PATUREAU, p. 170.

3. La Cour de cassation vérifie uniquement que les juges du fond ont relevé le caractère volontaire du désintérêt.

4. CA Versailles, 28 janv. 2010, cité par M.-C. LE BOURSICOT, « Quand le délaissement parental devient un abandon d'enfant », *RLDC* mar. 2010, 69, p. 35. La toxicomanie avancée par la mère pour justifier son absence auprès de l'enfant, placé dès sa naissance en raison même de cette addiction, « ne saurait constituer un fait permettant d'affirmer que le désintérêt manifesté serait involontaire tant il est vrai qu'il n'est pas établi qu'elle ait été totalement privée de discernement et de la volonté suffisante pour nouer et entretenir des relations affectives durables avec sa fille pendant deux ans et demi ».

5. CA Douai, 13 nov. 2008, cité par M.-C. LE BOURSICOT : le père ne peut soutenir que l'annulation des visites avec sa fille en raison de son alcoolisation ou de ses incarcérations est involontaire « puisque ces événements découlent de son comportement ».

6. CA Montpellier, 17 mai 2006, cité par M.-C. LE BOURSICOT. Dans cet arrêt, la Cour d'appel retient que les troubles psychologiques de la mère ne pouvaient l'empêcher de continuer des relations avec son enfant.

7. Nous pouvons alors faire un rapprochement avec le dol éventuel du droit pénal. Celui-ci consiste en l'intention de réaliser une infraction moindre que celle constituée par le résultat effectivement obtenu (G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 2005). Transposé en notre domaine, le comportement du parent va entraîner des conséquences par ricochet qu'il devra tout autant assumer : sa consommation excessive d'alcool ou de stupéfiants va causer sa perte des réalités et par là même son désintérêt pour l'enfant. Le résultat obtenu – la déclaration d'abandon – n'est pas voulu expressément mais découle du résultat premier – la perte de discernement. Il devra assumer les deux.

8. Le rapprochement est à faire ici avec la notion de force majeure, exonératoire de la responsabilité civile. Un événement extérieur, irrésistible et empêchant l'exécution des devoirs parentaux sera à l'origine d'un désintérêt involontaire. Il nous semble que les trois critères doivent être réunis cumulativement. Mais il convient alors de considérer que la maladie est un événement extérieur à la personne en ce qu'elle ne lui est pas intrinsèque

volontaire peut mener à un état de dépendance physique proche de l'état de malade, de sorte que le caractère volontaire ne sera pas suffisamment établi¹.

264. L'exception révolue de la grande détresse des parents. Afin de tenir compte des situations dans lesquelles le désintéret volontaire a une cause valable, le législateur avait instauré une exception en cas de grande détresse des parents². Il s'agissait de donner au juge une marge d'appréciation supplémentaire. Il devait alors examiner la situation des parents tout autant que celle de l'enfant, et pouvait refuser de déclarer l'abandon même en cas de désintéret manifeste et volontaire.

Mais, en réalité, cette exception ne servait guère car les juges du fond l'interprétaient strictement³. Cette appréciation semblait contenue dans la notion de grande détresse elle-même. En effet, « les juges sont nécessairement appelés à rejeter très souvent l'hypothèse de grande détresse, ou du moins à être très sévères sur l'appréciation de celle-ci, tant les affaires qui leur sont soumises dans le cadre de l'article 350 révèlent presque systématiquement de la grande détresse matérielle ou morale des parents⁴ ». L'obligation pour le juge d'établir le caractère volontaire du désintéret suffit : l'appréciation de la situation est déjà subjective, il n'est pas besoin de davantage de subjectivité.

Le législateur a donc très logiquement supprimé cette exception en 2005⁵.

265. Le rôle de l'intérêt de l'enfant dans la déclaration d'abandon. Une autre exception au prononcé de la déclaration d'abandon est fondée sur l'intérêt de l'enfant. Lorsqu'il constate le désintéret manifeste, le juge peut rejeter une requête aux fins de déclaration d'abandon lorsqu'il y va de l'intérêt de l'enfant⁶.

En revanche, l'intérêt de l'enfant peut-il fonder une déclaration d'abandon ? En d'autres

mais l'affecte. Partant, dans son arrêt du 8 octobre 2009 (cité par M.-C. LE BOURSICOT), la Cour d'appel de Versailles a retenu que les hospitalisations de la mère, placée sous curatelle pour troubles psychologiques n'ont été que ponctuelles et « qu'elle n'a jamais cherché à renouer des relations avec sa fille lors de ses autorisations de sortie et à l'occasion desquelles elle a été jugée capable de discernement suffisant par le corps médical, pas plus que lors de ses fugues ». La volonté de désintéret est donc relevée même aux confins de la capacité juridique.

1. CA Montpellier, 28 mars 2006 cité par M.-C. LE BOURSICOT.

2. Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption, *JO* 6 juil. 1996.

3. La notion de grande détresse n'avait pas été retenue pour une mère invoquant sa situation de SDF (CA Agen, 13 oct. 2004 ; *Dr. Fam* fév. 2005, comm. 29, note P. MURAT) ni pour une mère atteinte de troubles psychologiques (Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2010 ; *LPA* 22 oct. 2010, p. 8, note C. SIFFREIN-BLANC ; *AJ. Fam.* Oct. 2010, p. 433, obs. F. CHÉNÉDÉ).

4. Selon Pierre MURAT à propos de : CA Agen, 13 oct. 2004 ; *Dr. Fam* fév. 2005, comm. 29, note P. MURAT.

5. Loi n° 2005-744 du 4 juillet 2005, *JO* 5 juil. 2005. M.-C. LE BOURSICOT, « Une nouvelle loi pour réformer l'adoption », *RJPF* oct. 2005, p. 6. P. SALVAGE-GEREST, « Génèse d'une quatrième réforme, ou l'introuvable article 350 alinéa 1 du Code civil », *AJ Fam.* 2005, p. 350.

6. Code civil, Art. 350 al. 4 : « L'abandon n'est pas déclaré si, au cours du délai prévu au premier alinéa du présent article, un membre de la famille a demandé à assumer la charge de l'enfant et si cette demande est jugée conforme à l'intérêt de ce dernier ».

termes, le juge peut-il, dans l'intérêt de l'enfant, déclarer l'abandon ? Selon la jurisprudence, l'intérêt de l'enfant n'est pas une condition suffisante permettant de déclarer judiciairement l'abandon¹. Aussi, l'intérêt de l'enfant peut permettre d'éviter la déclaration d'abandon mais non de la forcer, il ne peut se substituer à la nécessité d'une volonté de retrait des parents d'origine.

Il est intéressant de constater que l'intérêt de l'enfant préserve ici toujours les parents d'origine. En effet, soit les conditions de l'article 350 ne sont pas réunies, les parents ne manifestent pas de volonté de retrait, auquel cas, l'intérêt de l'enfant à être adopté ne suffit pas pour déclarer l'abandon. L'enfant demeure lié à sa famille d'origine et ne pourra être adopté. Soit les conditions sont réunies, la volonté de retrait est constituée et l'enfant devrait être déclaré abandonné pour pouvoir ensuite être adopté. Mais l'intérêt de l'enfant de rester avec ses parents d'origine – qui pourtant s'en désintéressent manifestement – va primer et empêcher la déclaration d'abandon². Que l'intérêt de l'enfant ne puisse passer outre la réunion des conditions légales se justifie : il ne serait tout simplement pas cohérent de déclarer abandonné un enfant qui ne l'est pas. Mais en revanche, constater un intérêt de l'enfant à rester avec ses parents d'origine et à ne pas être adopté, alors même que les conditions de la déclaration d'abandon sont réunies, peut étonner. La justification réside dans la préférence du législateur et du juge pour la famille d'origine, la plus légitime à s'occuper de l'enfant, et pour l'aversion pour l'abandon, socialement répréhensible. Pourtant, il nous semble que l'intérêt de l'enfant peut également résider dans son adoption, celle-ci lui offrant une famille effective et non un lien en déshérence³. Si l'on suit cette logique, l'enfant doit être rendu adoptable et ce, le moins tard possible pour que son assimilation dans la famille adoptive soit réalisable.

b. La remise en question de la volonté tacite de retrait

266. La déclaration d'abandon, une mesure radicale. La déclaration d'abandon est très critiquée parce qu'elle est une mesure radicale à l'égard des parents d'origine, caractérisant une intrusion de l'État dans le droit de l'enfant et des parents au respect de leur vie familiale. L'effectivité de la déclaration est également critiquée car elle intervient souvent tardivement, compromettant l'insertion de l'enfant dans sa famille adoptive. C'est pourquoi des proposi-

1. Cass. 1^{re} civ., 16 juil. 1992, *Bull. civ. I*, 230 ; *Deffrénois* 1993, obs. J. MASSIP.

2. Par exemple, CA Montpellier 28 mars 2006, précité : l'intérêt de l'enfant est « de ne pas voir tous les liens juridiques coupés d'avec ses parents, l'espoir de les voir, l'un ou l'autre, voire les deux, finir par faire face à leurs obligations parentales subsistant ». La Cour refuse donc de déclarer l'abandon de l'enfant.

3. En ce sens, CA Reims 17 avr 2009, cité par M.-C. LE BOURSICOT, « Quand le délaissement parental devient un abandon d'enfant », *RLDC* mar. 2010, 69, p. 35. l'intérêt de l'enfant, qui « a trouvé dans la famille d'accueil équilibre psychologique, stimulation et affection..., est dans la *stabilité et le maintien des conditions favorables à son épanouissement et non dans l'attente d'un très éventuel projet parental concret à son égard* ». On voit bien ici que l'enfant a intérêt à ce que lien familial soit réel et non éventuel, vécu et non passif.

tions de réforme ont été proposées, sans grand succès pour le moment car elles sont aussi critiquées et critiquables.

267. Conformité de la déclaration d'abandon aux normes européennes et internationales.

Dans son rapport annuel 2009¹, la Défenseure des enfants considère que la déclaration d'abandon est une mesure constitutive de « l'ingérence la plus grave de l'État dans le droit de l'enfant et de ses parents au respect de leur vie familiale, qui peut être exclusivement et exceptionnellement rendue nécessaire par l'intérêt de l'enfant ». Pour cette raison, elle ne doit être employée que dans des circonstances exceptionnelles. Elle fait référence à l'article 5.3 de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée) du 27 novembre 2008 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. [...] »². Le rapport explicatif de la Convention précise que ces motifs exceptionnels sont, par exemple, le cas où les parents ne peuvent être contactés ou bien celui où ils sont incapables de donner leur consentement, ou encore en cas de refus abusif à l'adoption de l'enfant. Ces exemples peuvent être complétés par le droit interne de chaque État membre. Le désintérêt manifeste du droit français peut-il être considéré comme exceptionnel au sens du droit européen ? Tout d'abord, la déclaration d'abandon en cas de désintérêt manifeste est bien l'exception au principe du consentement parental à l'adoption. C'est bien lorsque les parents n'ont pas consenti à l'adoption, qu'il est besoin de recourir à la déclaration d'abandon, préalablement à l'ouverture d'une procédure d'adoption. Ensuite, le désintérêt manifeste est précisément délimité : il convient de réunir les critères matériel et intentionnel de l'abandon pour qu'il soit constaté. De plus, les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation en la matière de sorte que la particularité de la situation de l'enfant est bien prise en compte. Enfin, le juge peut refuser de déclarer l'abandon lorsque celui-ci est contraire à l'intérêt de l'enfant. Cette exception à l'exception entraîne le retour au principe : la nécessité du consentement des parents à l'adoption. Il nous semble donc bien que le désintérêt manifeste peut être qualifié de motif exceptionnel dispensant du consentement exprès des parents à l'adoption de leur enfant, et qu'il n'est donc pas contraire au droit européen.

À l'appui de sa critique, la Défenseure des enfants cite également l'article 21 de la Convention internationale des droits de l'enfant suivant lequel il doit être tenu compte de la situation de l'enfant par rapport à ses père et mère³. Les autorités compétentes doivent également véri-

1. DÉFENSEURE DES ENFANTS, *Rapport d'activité*, 2009, p. 76.

2. Conseil de l'Europe - Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée) 27 nov. 2008.

3. Convention internationale des droits de l'enfant 20 nov. 1989. Article 21 : « les États parties doivent s'assurer que l'intérêt supérieur de l'enfant et veillent à ce que l'adoption d'un enfant ne soit autorisée que par les

fier que, « *le cas échéant*, les personnes intéressées ont donné leur consentement à l'adoption en connaissance de cause, après s'être entourés des avis nécessaires ». La souplesse contenue dans le texte montre bien qu'il doit être tenu compte des circonstances particulières de chaque espèce et qu'en fonction, le consentement des parents à l'adoption peut ne pas être recueilli expressément. Aussi, la procédure de déclaration d'abandon du droit français ne nous paraît-elle pas non plus contraire à la Convention internationale des droits de l'enfant. La déclaration d'abandon ne nous semble donc pas critiquable de ce point de vue.

268. De la volonté tacite à la volonté expresse. Afin de clarifier la volonté de retrait des parents d'origine, C. SIFFREIN-BLANC propose dans sa thèse la mise en place d'une obligation parentale de se prononcer sur leur volonté de consentir ou non à l'adoption de leur enfant¹. Lorsque le délaissement apparaîtrait avéré rapidement, le juge pourrait enjoindre aux parents de s'exprimer de manière expresse sur la faculté de faire adopter leur enfant. Il s'agirait donc d'une volonté de retrait expresse. Alors, leur acceptation serait constitutive d'un véritable consentement à l'adoption. En cas de refus, la procédure d'adoption ne pourrait être ouverte. Mais parce qu'il s'agirait d'un refus de consentement à l'adoption de l'enfant, le juge pourrait passer outre en vertu de l'article 348-6 du Code civil. Celui-ci autorise le tribunal à prononcer l'adoption lorsque le refus est abusif et que « les parents se sont désintéressés de l'enfant au risque d'en compromettre la santé ou la moralité »². Or, le « désintérêt » exigé par les articles 348-6 et 350 recouvre souvent la même réalité, car celui dont il est question dans l'article 350 risque souvent de compromettre la santé ou la moralité de l'enfant. Le constat du désintérêt ne serait pas réellement différent³ mais deviendrait tout de même un peu plus exigeant en ce que le juge devrait vérifier que le délaissement de l'enfant risque de compromettre sa santé ou sa moralité. En revanche, l'appréciation du caractère abusif du refus est une condition supplémentaire par rapport à l'article 350.

La proposition nous paraît intéressante car elle sollicite une manifestation expresse de la volonté de retrait des parents. Une telle mesure clarifierait les situations dans lesquelles l'abandon n'est aujourd'hui pas clairement caractérisé et accélérerait d'autant les procédures. En moyenne, la déclaration d'abandon n'est prononcée qu'après cinq ans et neuf mois de prise

autorités compétentes, qui vérifient, conformément à la loi et aux procédures applicables et sur la base de tous les renseignements fiables relatifs au cas considéré, que l'adoption peut avoir lieu eu égard à la situation de l'enfant par rapport à ses père et mère, parents et représentants légaux et que, le cas échéant, les personnes intéressées ont donné leur consentement à l'adoption en connaissance de cause, après s'être entourées des avis nécessaires ».

1. C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français, Étude critique*, sous la dir. de E. PUTMAN, 2009, PUAM, p. 313.

2. Ces deux conditions sont cumulatives : Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 1980 ; *D.* 1981, p. 514, note J. MOULY.

3. D'autant que le désintérêt de l'article 348-6 doit également être volontaire : Cass. 1^{re} civ., 19 juil. 1989 ; *JCP G.* 1990, t. II, 21443, note P. SALVAGE-GEREST ; *Defrénois* 1989, p. 1344, obs. J. MASSIP.

en charge de l'enfant par l'Assistance Sociale à l'enfance¹, alors que l'article 350 prévoit un délai d'un an de désintérêt parental au terme duquel la demande de déclaration doit être effectuée. Par ailleurs, 85% de ces enfants étaient âgés de 3 à 11 ans lorsque leur admission comme pupille de l'État a été prononcée. Si les causes exactes de tels délais ne sont pas connues, il n'est pas exclu que cela soit en raison d'une hésitation des juges à déclarer l'abandon dans un grand nombre de situations non tranchées, dans lesquelles les parents ont épisodiquement manifesté un intérêt pour l'enfant. Les soumettre à un choix clair quant à l'adoption de leur enfant pourraient réveiller leur responsabilité. Il est fort probable d'ailleurs que les parents, à qui l'on expliquerait les tenants et les aboutissants de l'adoption, l'envisageraient comme une solution bénéfique pour l'enfant, surtout s'il s'agit d'une adoption simple ne rompant pas le lien de filiation.

Mais, une telle consultation des parents ne peut intervenir qu'en combinaison avec le régime actuel. La tentation serait d'étendre le consentement exprès à l'adoption à toutes les situations. Ainsi, la famille d'origine, toujours consultée, serait davantage considérée ; la volonté de retrait serait certaine parce qu'exprimée et non déduite d'une absence de comportement parental. Une telle extension ne nous paraît pas souhaitable. En effet, elle freinerait de la sorte l'adoptabilité de l'enfant. En premier lieu, l'obstacle matériel de la disparition des parents ferait échec à tout recueil de consentement. En second lieu, le consentement d'un seul des parents équivalant à un refus, cela placerait l'enfant dans une situation sans issue². À trop vouloir favoriser la famille d'origine, l'on risque de défavoriser l'enfant.

269. L'intervention du Parquet, une proposition à l'étude. Une autre option est envisagée afin d'améliorer l'effectivité du dispositif : l'implication renforcée du parquet dans la pratique de la déclaration d'abandon. Le rapport COLOMBANI avait envisagé cette solution : « Sans attendre, une instruction ministérielle aux parquets devrait leur enjoindre de veiller à ce que les déclarations judiciaires d'abandon soient examinées dans les délais les plus rapides (un délai de trois mois serait envisageable), dès lors qu'ils ont été saisis par les services sociaux³ ».

Mais, dans un projet de loi relatif à l'adoption déposé au Sénat en juin 2009, la secrétaire d'État à la famille est allée plus loin dans les modifications à opérer⁴. Deux mesures principales sont prévues. En premier lieu, la disposition suivante serait insérée à l'alinéa 1^{er} de

1. OBSERVATOIRE NATIONAL DE L'ENFANCE EN DANGER, *Situation des pupilles de l'État*, 31 déc. 2005, p. 13. V. sur ce rapport : P. SALVAGE-GEREST, « Le rapport de l'ONED sur la situation des pupilles de l'État », *Dr. Fam.* Juin 2007, 24, p. 13. Dans le même sens, voir J.-M. COLOMBANI, *Rapport sur l'adoption*, mar. 2008, p. 51.

2. Suivant les règles du consentement à l'adoption, précisément l'article 348 du Code civil, un consentement des père et mère est exigé ; c'est-à-dire que le dissentiment vaut refus (Cass. 1^{re} civ., 22 avr. 1975 ; *D.* 1975). Le juge pourrait néanmoins passer outre le refus de l'un d'eux si celui-ci était abusif.

3. J.-M. COLOMBANI, *Rapport sur l'adoption*, mar. 2008, p. 77, proposition n° 13.

4. Projet de loi relatif à l'adoption 2009.

l'article 350 : « La demande peut également, à l'expiration du même délai, être présentée par le ministère public agissant d'office ». Le tribunal de grande instance pourra donc être saisi, non plus seulement par le particulier, l'établissement ou le service de l'aide sociale à l'enfance, mais par le ministère public¹. Cela devrait en principe permettre de raccourcir le délai préalable à la requête en déclaration d'abandon².

En second lieu, il est envisagé d'instaurer une obligation à la charge du service de l'aide sociale à l'enfance de se prononcer sur la situation de désintérêt manifeste des parents au sens de l'article 350 du Code civil. Le service devrait remplir cette obligation lors de l'établissement de son rapport annuel et pluridisciplinaire sur la situation de tout enfant recueilli³. Ainsi le service de l'aide sociale à l'enfance se prononcera au moins une fois par an sur l'éventualité d'une situation de désintérêt manifeste des parents⁴. L'implication du parquet serait ainsi accompagnée de celle des services sociaux.

Ces deux mesures nous paraissent opportunes. Elles ne vont pas transformer la pratique de la déclaration d'abandon mais peuvent la rendre plus effective dans le temps notamment. La Défenseure des enfants les a critiquées dans son rapport annuel en 2009, s'inquiétant de ce que le Parquet puisse saisir le tribunal sans attendre l'initiative du particulier ou du service qui a recueilli l'enfant⁵. Il nous semble pourtant que le ministère public ne saisira pas le tribunal sans s'être informé de la situation de l'enfant à l'égard de ceux qui l'ont recueilli. D'autant que l'obligation nouvelle des services sociaux de se prononcer sur le désintérêt des parents permettra précisément au Parquet d'avoir un état annuel de la situation de l'enfant justifiant son action. Enfin, le contrôle des juges du fond n'est en rien diminué, il leur appartiendra de vérifier l'existence des caractères de l'abandon quel que soit l'auteur de la saisine. On ne peut alors pas considérer que l'ouverture de la saisine au Parquet puisse faciliter le prononcé de la déclaration d'abandon ni non plus atténuer le caractère exceptionnel d'une telle mesure⁶.

1. Mme LE BOURSIKOT relève d'ailleurs que dans une espèce, le service de l'aide sociale à l'enfance avait d'ores et déjà demandé au Procureur de la République de saisir le tribunal de grande instance d'une requête en déclaration d'abandon (CA Bourges, 16 avr. 2009). V. M.-C. LE BOURSIKOT, « Quand le délaissement parental devient un abandon d'enfant », *RLDC* mar. 2010, 69, p. 35.

2. Projet de loi relatif à l'adoption 2009. C'est l'objectif affiché dans l'exposé des motifs : « cette mesure devrait permettre d'accélérer les procédures d'acquisition du statut protecteur de pupille de l'État. [...] L'intervention du parquet sera de nature à faciliter le déclenchement des procédures », dont on a vu l'excès de durée.

3. L'article L. 223-5 du Code de l'action sociale et des familles devrait être complété en ce sens.

4. Projet de loi relatif à l'adoption 2009, v. l'exposé des motifs.

5. DÉFENSEURE DES ENFANTS, *Rapport d'activité*, 2009, p. 78. Elle propose plutôt de raccourcir les délais de procédure, la requête en déclaration d'abandon introduite, car il faudrait actuellement, selon elle, trois à quatre ans pour que l'enfant soit déclaré pupille. Mais Mme LE BOURSIKOT, au vu de son étude jurisprudentielle récente, conteste ce délai : la durée moyenne constatée est plutôt de 12 à 14 mois à compter de la requête (M.-C. LE BOURSIKOT, « Quand le délaissement parental devient un abandon d'enfant », *RLDC* mar. 2010, 69, p. 35).

6. Contrairement à ce que soutient la Défenseure des enfants : DÉFENSEURE DES ENFANTS, *Rapport d'activité*, 2009, p. 78.

270. Une volonté de don. Les parents d'origine qui manifestent expressément ou tacitement une volonté de retrait à l'égard de l'enfant lui permettent de naître ou d'être élevé dans une autre famille. En se retirant de la filiation de l'enfant, ils lui permettent d'établir une filiation à l'égard des parents d'avenir. Ils lui offrent donc la possibilité d'une nouvelle famille. En cela, la volonté de retrait a une finalité altruiste, elle est en réalité une volonté de don. Don de gamètes, don d'embryon, don d'enfant.

Face à cette volonté de don, les parents d'avenir doivent exprimer leur volonté de se rattacher l'enfant, de le faire leur. Cette volonté a une intensité toute particulière puisque la filiation ainsi établie lie des personnes sans rapport génétique.

B. Une volonté d'insertion familiale des parents d'intention

271. Une volonté comme palliatif à l'absence de lien génétique. La filiation issue de l'adoption ou de la procréation médicalement assistée avec tiers donneur résulte d'une fiction. En effet, aucun lien génétique ne lie le parent à l'enfant. La cause de cette absence de communauté de patrimoine génétique est l'impossibilité physique ou physiologique d'un couple à la procréation. Aussi, la loi a-t-elle instauré un procédé permettant à un couple de se rattacher juridiquement un enfant déjà né : l'adoption¹. Il s'agit ici d'une filiation entre un enfant et un couple, ou parfois à l'égard d'un parent seul.

Puis, en raison des avancées de la science et en réponse à des demandes de filiation fondée sur la génétique, le législateur a organisé le recours à l'assistance médicale à la procréation. Trois cas sont alors envisageables : la procréation artificielle endogène², à demie exogène³ et totalement exogène⁴.

Le cas de la procréation artificielle endogène ne nous intéresse pas ici puisqu'il est fait recours aux gamètes des parents. La filiation est alors fondée sur un lien génétique⁵. En revanche, les procréations artificielles exogènes partielles ou totales entrent pleinement dans notre réflexion. Lorsque seul l'un des membres du couple se trouve dans l'impossibilité de procréer, il est alors possible de recourir à un tiers donneur qui fournira des gamètes mâles ou femelles. Dans ce dernier cas, la filiation n'est fictive qu'entre l'enfant et le parent non génétique ; à l'égard de l'autre parent, elle consacre le lien génétique préexistant. La filiation est en quelque sorte « adoptive pour moitié ». Lorsque l'un et l'autre parents sont face à cette

1. Articles 343 et s. du Code civil ; Adoption Act (c. 36) 1976. et Adoption and Children Act (c. 38) 2002.

2. Articles 311-19 et 311-20 du Code civil, L. 2141-1 à L. 2141-11-1 du Code de la Santé Publique ; Human Fertilisation and Embryology Act 1990. et Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

3. Code de la santé publique, Art. L. 1244-1 et s. Human Fertilisation and Embryology Act 1990. et Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

4. Code de la santé publique, Art. L. 2141-5 et 2141-6.

5. V. *infra*, page 225.

même impossibilité, le recours au don d'embryon est exceptionnellement ouvert. Il s'agit alors d'une filiation adoptive déguisée en filiation génétique : l'enfant n'est lié génétiquement aux deux parents juridiques mais sa gestation s'est déroulée dans l'utérus de sa mère juridique. La mère est celle qui accouche donc l'enfant est bien né de sa mère. La filiation juridique est en apparence conforme à la filiation génétique. Le consentement des futurs parents porte alors sur l'implantation de l'embryon et non sur le rattachement d'un enfant déjà né comme dans l'adoption.

272. Le fondement de ces filiations non génétiques consacrées par la loi est la volonté. En effet, elle est à l'origine de tout projet d'adoption ou de procréation médicalement assistée avec tiers donneur. Elle opère comme élément liant entre l'enfant et le ou les parents légaux, elle est l'instrument de la construction de ces filiations dites « par greffe¹ ». Cette volonté de même nature (1.) s'exprime dans des cadres différents selon que l'enfant est en projet ou qu'il est déjà né (2.).

1. Une même volonté de filiation

273. Une filiation « par greffe ». Que ce soit dans le cadre de l'adoption ou de la procréation médicalement assistée exogène, une volonté de même nature est à l'origine de la filiation : celle de l'insertion de l'enfant dans une famille avec laquelle il ne partage pas une totale identité génétique. La finalité de la filiation est finalement toujours d'insérer un enfant dans une famille, mais elle prend encore davantage de sens dans les filiations « par greffe² » ou dites « électives ». En Angleterre, l'expression employée est celle de « *transplant model* »³ qui est à rapprocher de l'idée de greffe. Toutes ces expressions rendent bien compte de la qualité d'« étranger génétique » de l'enfant par rapport à la famille qui l'accueille. Il s'agit donc que la greffe « prenne ». C'est la volonté parentale qui va le permettre.

274. Une volonté initiatrice de la filiation. La volonté parentale s'exerce en amont de la filiation, elle est fondatrice. En effet, elle est initiatrice en ce qu'elle sous-tend la requête en adoption des futurs adoptants et la constitution du dossier pour la procréation médicalement assistée avec tiers donneur ou le don d'embryon. Mais elle ne va pas intervenir au même moment : en amont de la conception pour la procréation médicalement assistée, en aval pour

1. *Les filiations par greffe – Adoption et Procréation médicalement assistée, Actes des journées d'études*, 5-6 déc. 1996, LGDJ, 1997.

2. *Ibid.*

3. J. HERRING, *Family Law*, 4^e éd., Pearson Longman - LexisNexis, 2009, p. 677. « *Traditionally, adoption was based on the "transplant model", namely that children would be transplanted from one family and inserted into new family. The child would cease to be a member of his or her "old family" and would become a full member of the new family.* »

l'adoption.

275. Une volonté exprimée en amont de la conception de l'enfant dans le cadre de la procréation médicalement assistée. Dans le cadre de la procréation médicalement assistée, l'accord de volonté, indispensable à la fondation du lien de filiation, est anténatal. La volonté va être à la source d'une véritable fiction en ce que la filiation établie à la naissance sera, en principe, conforme à l'accord parental initial. La filiation sera établie à l'égard des auteurs de l'accord, indépendamment de toute conformité à la réalité génétique. Puisque l'insémination ou le transfert d'embryon n'a pas encore eu lieu, l'enfant à naître n'a pas encore de filiation. Il n'est donc pas besoin de rompre un lien pour en instaurer un autre tel que dans l'adoption. Il suffit de suivre les règles traditionnelles d'établissement de la filiation : puisque l'enfant naît physiquement d'un couple, il suffit d'imiter la nature et faire en sorte que ce couple soit reconnu juridiquement comme le couple parental. La fiction est donc de faire d'une filiation volontaire une filiation apparemment génétique.

En droit français, la volonté transparait dans la « demande parentale » exigée par l'article L. 2141-2 du Code de la Santé Publique¹. La volonté de fonder une famille sous-tend cette demande. Puis, elle intervient à travers le consentement préalable des parents au transfert des embryons ou à l'insémination² et, tout particulièrement, dans leur consentement de recourir à un tiers pour un don de gamètes, ou au don d'embryon. En effet, selon l'alinéa 1^{er} de l'article 311-20 du Code civil, « les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner [...] *leur consentement* au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation ».

Pour ce qui est de l'accueil d'embryon, l'article L. 2141-6 alinéa 2 du Code de la Santé Publique prévoit que le juge doit vérifier la réunion des conditions de l'article 2141-2 du même Code mais également faire procéder à toutes les investigations permettant d'apprécier l'accueil de l'enfant à naître. Or, ce contrôle passe bien évidemment par celui de leur volonté parentale.

L'accord de volonté est donc à la base du lien de filiation qui découle de l'un de ces modes de procréation assistée³.

1. Code de la santé publique, Art. L. 2141-2 al. 1^{er} : « L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la *demande parentale* d'un couple. »

2. *Ibid.*, Art. L. 2141-2 al. 3. Ce consentement doit être éclairé. Il ne peut en effet intervenir qu'après des entretiens particuliers entre le couple et les membres de l'équipe médicale qui devront les informer des possibilités de réussite et d'échec des techniques envisagées, de leurs effets secondaires, des risques encourus ainsi que de leur pénibilité (art. L. 2141-10 2) mais aussi de l'impossibilité de réaliser un transfert d'embryons conservés en cas de rupture du couple ou de décès d'un de ses membres (même article, 2 bis).

3. P. MURAT, « Rattachement familial de l'enfant et contrat » in *La contractualisation de la famille*, sous la dir. de D. FENOUILLET et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, Economica, 2001, p. 133, spéc. p. 135.

276. Une volonté exprimée en aval de la naissance dans le cadre de l'adoption. Si la volonté est exprimée en amont de la naissance de l'enfant dans le cas de la procréation médicalement assistée, elle intervient, en revanche, en aval de la naissance dans le cas de l'adoption. En effet, c'est la volonté parentale qui est à l'initiative de la procédure d'adoption. Elle se manifeste dans une demande qui peut être également qualifiée de « parentale » en ce qu'elle vise à devenir parent d'un enfant déjà né. Elle peut être formée par un couple¹ ou bien par une personne seule². Ici, il n'est plus question de consentement à l'acte de procréation mais de demande en justice de devenir parent d'un enfant génétiquement étranger au couple demandeur. La volonté parentale est constituée par le seul recours à la procédure d'adoption. Il conviendra alors de vérifier que les candidats à l'adoption y sont aptes. C'est pourquoi les contrôles administratif et judiciaire portent non sur la réalité de la volonté d'adoption mais sur les conditions d'accueil de l'enfant³. La finalité d'un tel contrôle est alors de vérifier que l'intérêt de l'enfant sera pleinement servi par l'adoption par cette personne ou ce couple candidat.

277. Ainsi, la volonté est à l'origine de la conception de l'enfant et, *a fortiori*, du lien de filiation en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur ; elle est à l'origine de la gestation mais non de la conception en cas de don d'embryon et elle est uniquement à l'origine du lien de filiation en cas d'adoption. Dans les trois situations, il s'agit d'une même volonté d'insertion familiale de l'enfant. Elle demeure cependant soumise à des régimes distincts selon qu'il s'agit d'une filiation adoptive ou bien médicalement assistée.

1. Code civil, art. 343. Adoption and Children Act (c. 38) 2002, Sections 49 (1) (a) et 50.

2. Code civil, art. 343-1. Adoption and Children Act (c. 38) 2002, Sections 49 (1) (b) et 51.

3. L'article R. 225-4 du Code de l'action sociale et des familles précise que les investigations concernant les candidats à l'adoption doivent notamment prendre la forme d'une évaluation de la situation familiale, des capacités éducatives et possibilités d'accueil en vue de l'adoption de l'enfant d'une part, et d'une évaluation du contexte psychologique dans lequel est formé le projet d'adoption d'autre part.

En Angleterre, la section 45 du *Adoption and Children Act 2002*^{Ibid.} renvoie aux *regulations* le soin de préciser les éléments à prendre en compte pour déterminer l'aptitude (*suitability*) des candidats à adopter un enfant, notamment au regard de la permanence et de la stabilité de leur relation. Ainsi, la section 23 des *The Adoption Agencies Regulations 2005*. impose un contrôle du passé pénal des candidats à l'adoption auprès du *Criminal Record Bureau* ; il convient de vérifier tout particulièrement qu'il n'y a pas eu de condamnation pour violences conjugales ni pour *offence against a child*, c'est-à-dire d'infractions sexuelles sur mineurs. Sur les autres aspects, les *regulations* n'apportent finalement pas beaucoup de précisions supplémentaires. Il faut se référer à d'autres documents destinés aux praticiens (DEPARTMENT FOR EDUCATION AND SKILLS, *Preparing and assessing prospective adopters*, 2006) pour confirmer que peuvent être pris en compte les situations familiale et professionnelle, la santé, ou encore patrimoniale des futurs adoptants. Dans les deux systèmes, il s'agit donc de vérifier que le futur environnement familial de l'enfant est adéquat et, à plus forte raison, qu'il n'est dangereux d'aucune manière pour celui-ci.

2. Des régimes distincts

278. La filiation d'un enfant à concevoir face à la filiation d'un enfant déjà né. Si la procréation médicalement assistée avec tiers donneur, l'accueil d'embryon ou encore l'adoption ont le même fondement volontaire, leur régime n'est pas identique. Cette différence est principalement due au fait que l'enfant, sujet de la volonté d'insertion familiale, n'est pas dans la même situation puisque, selon les cas, il n'est pas encore conçu, il est conçu mais est à l'état d'embryon conservé *in vitro*, ou bien encore il est déjà né. Ainsi, la procréation médicalement assistée est la filiation volontaire d'un enfant en projet (a.) tandis que l'adoption est la filiation d'un enfant déjà né (b.). Cette tendance globale se retrouve en droits français et anglais. Mais les deux systèmes diffèrent sur certaines modalités, révélatrices de leur conception interne de la notion de filiation et plus largement de leur définition de la famille.

a. La procréation médicalement assistée, filiation volontaire d'un enfant en projet

279. Une volonté fondatrice permettant le dépassement de l'imitation de la procréation naturelle. Face au nombre croissant de couples en difficulté pour procréer, la procréation médicalement assistée avec tiers donneur est apparue comme une solution pour construire une famille. Afin que le plus grand nombre ait accès à ce mode de procréation, la forme conjugale du couple parental est indifférente (i.) de même que, en droit anglais, leur orientation sexuelle. Ce faisant, le droit anglais s'est affranchi du modèle traditionnel imitant la procréation naturelle. La notion de filiation se remodèle autour de la volonté du couple de concevoir une famille et non plus autour de l'imitation initiale d'un lien physique.

Comme son nom l'indique, la procréation *médicalement* assistée intervient dans un cadre médical de sorte que le recueil de la volonté d'insertion familiale des futurs parents est fait par des médecins (ii.), ce qui diffère de l'adoption où celui-ci est opéré par le juge. Parce que la volonté fondatrice du lien de filiation est préalable à la conception de l'enfant, il n'y a pas de contrôle judiciaire de celle-ci à l'exception du cas où le couple bénéficie d'un don d'embryon, qui se rapproche de l'adoption par l'accueil d'un enfant génétiquement étranger aux futurs parents.

Parce que cette volonté est à la source d'une filiation parce qu'elle commande la conception d'un enfant (iii.), le droit s'assure que le retrait de cette volonté ne soit pas possible. La filiation est ainsi sécurisée par avance.

i. L'indifférence de la forme conjugale du couple parental

280. Les droits français et anglais ouvrent l'accès à la procréation médicalement assistée quel que soit le mode d'union – mariage, partenariat enregistré, concubinage – du couple demandeur. Mais, en droit français, elle est réservée aux couples hétérosexuels (α .) alors qu'en droit anglais, les couples homosexuels y ont également accès (β .).

α . L'exigence persistante d'un couple hétérosexuel en droit français

281. Une pratique fermée aux couples de même sexe. Le droit français ouvre l'accès aux pratiques d'assistance médicale à la procréation à tous les couples mariés, engagés dans un Pacs ou bien vivant en concubinage¹.

En revanche, il n'est pas ouvert aux couples homosexuels ; en effet, l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique précise expressément que le couple à l'origine de la demande parentale est composé d'un homme et d'une femme. De plus, son objet est exclusivement thérapeutique, il s'agit de « remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité² ». Or, l'« infertilité » des couples homosexuels n'est pas pathologique mais structurelle et donc non prise en compte à ce titre par le législateur. La réforme du 17 mai 2013 ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de même sexe n'a pas choisi d'ouvrir l'accès aux procréations assistées aux couples de même sexe³. Néanmoins, plusieurs réflexions sont en cours à ce sujet.

282. L'imitation du mode naturel de procréation. Il s'agit là d'imiter la procréation naturelle : un couple hétérosexuel, stable, vivant et en âge de procréer. Autrement dit, un couple dont l'apparence ne permet pas de déceler qu'ils ont eu recours à une quelconque méthode d'assistance médicale à la procréation et, plus encore, à une insémination artificielle avec donneur. Cela participe au secret de la conception⁴ mais également de la filiation. La volonté des parents va permettre de gommer toute différence génétique originelle pour pouvoir instaurer une filiation qui ressemble en tous points à celle sans assistance. La volonté est fondatrice mais aussi dissimulatrice. Même si le secret de la conception n'est plus favorisé en pratique, les conditions juridiques de la procréation médicalement assistée avec tiers donneur lui restent

1. Code de la santé publique, Art. L. 2141-2 al. 2. Le texte précisait, avant la loi du 7 juillet 2011, que seuls les couples mariés ou faisant état d'une vie commune d'une durée d'au moins deux ans pouvaient accéder à l'assistance médicale à la procréation. Désormais, il ne précise plus la forme du couple candidat.

2. *Ibid.*, Art. L. 2141-2 al. 2.

3. Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, *JO* 18 mai 2013.

4. L'article 311-20 du Code civil énonce que le consentement des membres du couple doit être donné « dans des conditions garantissant le secret ».

néanmoins favorables. Le droit français de la filiation s'attache encore, sur ce point, à ce que la filiation juridique ait l'apparence d'une filiation génétique¹. Ce n'est désormais plus le choix du droit anglais.

β. L'indifférence de l'orientation sexuelle du couple en droit anglais

283. Un mode de procréation ouvert à tous les couples. En Angleterre, tous les couples ont accès à la « reproduction assistée » (*assisted reproduction*) qu'ils soient mariés, unis par un *civil partnership* ou bien vivants sans contrat, *like partners*. Posée ainsi, la règle semble identique à celle du droit français. Mais la grande différence réside dans le fait que les couples homosexuels ne sont pas exclus de son champ d'application. En effet, le *Civil Partnership*, institué en 2004, n'est ouvert qu'aux couples homosexuels². Du fait de la nature, seuls les couples homosexuels féminins peuvent recourir à la « reproduction assistée » : l'insémination ou le transfert d'embryon ne peut être utilement reçue que par une femme. Dans cette situation, un lien de filiation pourra juridiquement être établie à l'égard de la *partner* de la mère³. Quant aux couples homosexuels féminins non engagés dans un *Civil Partnership*, ils ont également accès à la « reproduction assistée »⁴.

Le droit anglais ne distingue donc ni en fonction de la conjugalité du couple parental ni de l'orientation sexuelle de celui-ci. Mais, la volonté n'étant pas tout-puissante, le législateur n'a pu permettre qu'aux couples homosexuels féminins de recourir à la « reproduction assistée ». Pour autant, les couples homosexuels masculins ne subissent pas de discrimination puisque, comme nous l'étudierons plus tard⁵, ils ont accès à l'adoption ou à la *surrogacy maternity*, c'est-à-dire la gestation pour autrui.

284. La volonté, outil du dépassement du lien physique. La volonté est à l'origine de la filiation mais, contrairement au droit français, elle ne vise pas à opérer une correspondance apparente entre génétique et filiation. Elle permet la conception de l'enfant et le rattachement de l'enfant au couple, quel qu'il soit. Il n'y a plus ni référence au modèle qu'était le mariage, ni non plus imitation de celui-ci. Si la référence conjugale n'est plus le mariage, alors elle ne semble plus avoir de raison d'être celle des règles régissant la filiation non plus. Le droit an-

1. Cependant, il est fort probable que la disparition de cette conformité entre la filiation et l'apparence de celle-ci en matière d'adoption depuis l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe en 2013 (*ibid.*) fasse évoluer cette conception initiale de la procréation médicalement assistée. Cette dernière changera alors de finalité puisqu'elle perdra sa dimension curative, de soin médical, pour devenir un palliatif à l'incapacité physiologique des deux membres du couple à procréer ensemble.

2. *Civil Partnership Act* (c. 33) 2004. Section 1 (1) : « *A civil partnership is a relationship between two people of the same sex [...] which is formed when they register as civil partners of each other* ».

3. *Human Fertilisation and Embryology Act* 2008, Section 42.

4. *Ibid.*, Sections 43 et 44.

5. Même section, § 2, B, 1.

glais de la filiation s'est donc davantage dégagé de la référence au mariage comme fondement de la famille et de la filiation que ne l'a fait le droit français en l'état du droit positif.

C'est ainsi que la volonté prend toute son ampleur : elle permet d'accéder à la filiation, indépendamment de tout modèle familial et même de toute réalité physiologique. La filiation fondée sur la volonté se dégage alors totalement de la réalité génétique et même de l'imitation du modèle du couple parental hétérosexuel. La notion de filiation se fonde alors sur le seul engagement d'être parent, indépendant de toutes les contingences qui l'entravaient jusqu'alors.

ii. Un contrôle médical de la volonté parentale

285. Le pouvoir discrétionnaire de décision du médecin. Dans ce cadre, l'enfant n'est pas encore conçu, ni même né, à la différence de l'adoption. Par ailleurs, le corps médical est l'acteur principal de l'assistance médicale à la procréation. Ce sont les raisons pour lesquelles la réunion des conditions d'accès est contrôlée par le corps médical et non par le juge. Le médecin s'est vu alors conférer une responsabilité et un pouvoir importants.

En droit français, le médecin et son équipe doivent vérifier la réunion des conditions d'accès au cours d'entretiens particuliers avec le couple demandeur¹. Doit notamment être vérifiée « la motivation de l'homme et la femme formant le couple² », c'est-à-dire la teneur de la volonté parentale de recourir à ce mode de procréation. Pour que leur consentement soit éclairé, un grand nombre d'informations leur sont fournies, tant sur les techniques que sur les possibilités de réussite ou d'échec de celles-ci, sur les impossibilités légales que sur l'adoption, autre solution qui leur est offerte³.

En Angleterre, le pouvoir de décider quels couples auront accès à l'assistance médicale à la procréation est également laissé au corps médical. Si l'*Human Fertilisation and Embryology Act 1990*⁴ pose quelques règles relatives à l'agrément des cliniques pratiquant la procréation médicalement assistée, la loi ne restreint pas qui peut avoir accès au traitement. L'appréciation est intégralement laissée aux médecins. Les médecins doivent, pour prendre leur décision, tenir compte de l'intérêt de l'enfant qui peut naître du traitement – tout particulièrement de son besoin d'un parent référent –, et de celui de l'enfant qui pourrait être affecté par cette naissance⁵. L'intérêt de l'enfant est ici en cause en raison de la possibilité pour une femme seule

1. Code de la santé publique, Art. L. 2141-10.

2. *Ibid.*, Art. L. 2141-10 al 2. 2^o.

3. *Ibid.*, Art. L. 2141-10 al 2. 2^obis et 3^o.

4. Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

5. *Ibid.* Section 13 (5) : « A woman shall not be provided with treatment services unless account has been taken of the welfare of any child who may be born as a result of the treatment (including the need of the child for supportive parenting), and of any other child who may be affected by the birth. » Il est à noter que la Section 14 (3) (b) de l'*Human Fertilisation and Embryology Act 2008* en a modifié les termes en introduisant la notion de *child's need for supportive parenting* (que l'on pourrait traduire par besoin d'un parent référent pour l'enfant)

de bénéficier des mesures d'assistance médicale à la procréation. Il convient alors d'apprécier tout particulièrement l'intérêt de l'enfant à être conçu et à naître dans une famille monoparentale *ab initio*. C'est pourquoi les médecins prennent en compte le besoin d'un parent référent pour l'enfant.

S'ajoute à cela, un code de pratique non contraignant, édicté par l'*Human Fertilisation and Embryology Authority*¹. Il encourage les cliniques à partir du principe que tous ceux qui demandent un traitement contre l'infertilité doivent le recevoir². Elles apprécient ensuite s'il y a des éléments du passé médical ou social du patient qui pourraient engendrer un tort médical, physique ou encore psychologique à l'enfant³. Les cliniques ont donc un pouvoir discrétionnaire de décision en la matière puisqu'elles décident au cas par cas de l'accès à la reproduction assistée.

286. La question de la légitimité du contrôle médical. Se pose alors la question de la légitimité d'un contrôle purement médical. La seule compétence médicale des médecins suffit-elle à justifier leur pouvoir de décision en Angleterre et leur pouvoir de contrôle des conditions en France ?

En droit anglais, l'examen de l'intérêt de l'enfant par les médecins est très critiqué. Certains auteurs⁴ ainsi que le *House of Commons Science and Technology Committee*⁵ proposent plutôt de supprimer la référence à l'intérêt de l'enfant et de laisser la résolution des cas délicats aux *local clinical ethics committee*. Selon le *Science and Technology Committee*, les méde-

en lieu et place de celle de *child's need of father* (besoin d'un père pour l'enfant). Ainsi est prise en compte la possibilité pour les couples homosexuels féminins de recourir à la procréation médicalement assistée. La teneur de l'intérêt de l'enfant est élargie puisqu'il doit être tenu compte non plus du besoin de l'enfant d'avoir un père mais d'avoir un parent référent, quel que soit le sexe de celui-ci.

1. HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY, *Code of Practice*, 2010. Elle y rappelle les dispositions légales et donne ensuite des *guidances*, des lignes de conduite incitatives. Cela permet de mettre en exergue les priorités à suivre.

2. *Ibid.* *Guidance* n° 8. 11 : « *When considering a child's need for supportive parenting, centres should consider the following definition : 'Supportive parenting is a commitment to the health, well being and development of the child. It is presumed that all prospective parents will be supportive parents, in the absence of any reasonable cause for concern that any child who may be born, or any other child, may be at risk of significant harm or neglect. Where centres have concern as to whether this commitment exists, they may wish to take account of wider family and social networks within which the child will be raised.* »

3. *Ibid.* *Guidance* n° 8.9 : « *The centre should take a medical and social history from each patient and their partner (if they have one). Where appropriate, the patient and their partner may be interviewed separately.* » ; et 8.10 : « *The centre should consider factors that are likely to cause a risk of significant harm or neglect to any child who may be born or to any existing child of the family.* » Suivent ensuite l'énumération de facteurs tels que la violence, la consommation d'alcool, de stupéfiants, l'existence d'une maladie grave transmissible par le parent...

4. E. JACKSON, « Conception and the irrelevance of the welfare principle », *MLR* 2002, 65, p. 176, Selon elle, il n'est pas possible d'apprécier le potentiel intérêt de l'enfant qui va naître d'une reproduction assistée.

5. THE HOUSE OF COMMONS – SCIENCE AND TECHNOLOGY COMMITTEE, *Human Reproductive Technologies and the Law, Fifth report of session 2004-05*, 14 mar. 2005.

cins doivent décider non en vertu de la loi mais d'une bonne pratique médicale¹. En réalité, les médecins agissent dans l'intérêt de leur patient et non véritablement en considération de celui de l'enfant à naître. Selon le rapport de l'*Human Fertilisation and Embryology Authority* de 2005², peu de cliniques refusent les traitements à leurs patients. Lorsqu'elles le font, ce n'est pas en se référant au *child's welfare*, c'est-à-dire au bien-être de l'enfant, mais pour des raisons médicales, psychiatriques ou, parfois, sociales. Le *child's welfare* est donc pris en compte implicitement et non explicitement. Ce qui peut laisser penser que l'exigence pour le médecin d'en tenir compte dans sa décision est inutile. Le médecin n'a pas à apprécier le *child's welfare*, cela doit relever d'autres autorités et tout spécialement du juge.

En droit français, les conditions à remplir sont plus précises et donc, en principe, moins délicates à apprécier. Pour autant, il n'est pas seulement question ici de l'aptitude d'un patient à suivre un traitement mais de l'intérêt de l'enfant. Si le droit français ne l'exprime pas clairement, cette exigence est néanmoins perceptible à travers l'exigence d'un couple, stable de surcroît, et d'un projet parental. « Voilà donc le médecin investi d'un pouvoir qui confine à celui d'agent de vérification étatique, puisque le voilà chargé, au nom de l'État, d'apprécier les bons et les mauvais parents... En quoi est-il habilité à exercer une telle fonction³ ? » Il est en effet contestable que le médecin soit investi d'une telle mission sans contrôle judiciaire surtout lorsqu'il s'agit d'une procréation avec tiers donneur. Mais le régime actuel est à notre sens assez mesuré puisque la décision d'accueil d'embryon – décision plus grave – relève bien du pouvoir judiciaire.

La question qui se pose également est celle de la marge de liberté des médecins pour refuser des patients qui correspondraient aux conditions légales mais qu'ils ne souhaiteraient pas prendre en charge pour des raisons de conviction personnelle ou dans l'intérêt de l'enfant à naître⁴. Les avis sont partagés : certains considèrent que le refus constituerait un abus de pouvoir⁵, d'autres qu'il résulte de l'organisation générale de la profession médicale et de sa

1. THE HOUSE OF COMMONS – SCIENCE AND TECHNOLOGY COMMITTEE, *Human Reproductive Technologies and the Law, Fifth report of session 2004-05*, 14 mar. 2005. p. 51 : « *The welfare of the child provision has enabled the HFEA and clinics to make judgments that are more properly made by patients in consultation with their doctor. It should be abolished in its current form. [...] Doctors should minimise the risks to any child conceived for treatment within the constraints of available knowledge but this should be encouraged through the promotion of good medical practice not legislation.* »

2. HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY, *Tomorrow's children : A consultation on guidance to licensed fertility clinics on taking in account the welfare of children to be born of assisted conception treatment*, jan. 2005, p. 9.

3. D. FENOUILLET, « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : Dalloz, PUF, Éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 509, p. 547, n° 3.

4. F. DREIFUSS-NETTER, « Adoption ou assistance médicale à la procréation : quelles familles ? », *D.* 1998, I. p. 100.

5. B. FEUILLET-LE MINTIER, « Le droit des couples stériles à l'obtention d'un enfant, droits de l'homme, réalités médicales et pratiques administratives » in *Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement*

déontologie une clause de conscience implicite¹. Une clause de conscience explicite clarifierait la liberté dont dispose le médecin en la matière².

287. Un contrôle judiciaire de la volonté parentale, davantage au service de l'intérêt de l'enfant ? Pourrait-on envisager que le contrôle de la volonté parentale soit opéré par le juge et non par le médecin ? En droit français, lorsqu'il y a recours à un tiers donneur, le consentement du couple est recueilli par le juge ou le notaire³. Leur compétence juridique est la garantie d'une information complète et précise sur les conséquences de leur acte en matière de filiation. L'accueil d'embryon, quant à lui, fait l'objet d'une décision judiciaire. Le juge va vérifier la réunion des conditions classiques de l'accès à l'assistance médicale à la procréation mais également faire « procéder à toutes les investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique⁴ ». En réalité, en évaluant le futur cadre de vie de l'enfant à naître, le juge tient compte implicitement de l'intérêt de celui-ci. La volonté parentale ne suffit pas à elle seule en ce cas, l'intérêt de l'enfant se pose en limite. On se rapproche alors de l'adoption qui est prononcée par le juge après qu'il ait vérifié que les conditions légales sont remplies et que « l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant⁵ ». La référence à l'intérêt de l'enfant pourrait figurer dans l'article L. 2141-6 al. 2 du Code de la santé publique pour plus de cohérence de la notion. Certes, la grande différence est que, dans l'adoption, l'enfant est déjà né et a une histoire personnelle qu'il convient de prendre en compte. Pour l'embryon à accueillir, l'histoire n'est « que » génétique. Le juge doit alors vérifier que le cadre de vie futur est convenable pour tout enfant quelle que soit son histoire.

En Angleterre, le juge n'intervient ni pour contrôler le consentement du couple à une procréation médicalement assistée exogène ni pour décider du transfert d'embryon. C'est le corps médical qui prend ces décisions. Or, la notion de *child's welfare*, c'est-à-dire de bien-être de l'enfant⁶, implique que l'État joue un rôle dans la détermination des candidats à la procréation médicalement assistée. Alors, le juge, autorité judiciaire de l'État, est bien plus compétent que le médecin pour apprécier si l'intérêt de l'enfant à naître est bien d'être conçu au sein de la famille en question.

La notion de *child's welfare*, réactualisée avec la prise en compte de la parenté homo-

assistée. LGDJ, 1997.

1. P. DEMAY DE GOUSTINE, « Procréation médicalement assistée et pouvoir médical », *RDSS* 1996, p. 1, spéc. p. 11.

2. D. FENOUILLET, « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : Dalloz, PUF, Éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 509, p. 547, n° 3.

3. Art. 311-20 al. 1 du Code civil.

4. Code de la santé publique, Art. L. 2141-6 al. 2.

5. Code civil, Art. 353 al. 1.

6. V. *infra*, page 249.

sexuelle, nous semble adaptée pour encadrer la volonté de conception. Elle pourrait même bien être la notion clé en la matière. Elle l'est déjà en matière d'adoption¹ où, précisément, réalité génétique et filiation diffèrent. Dans les cas où l'on recourt à des gamètes extérieures au couple parental, la dissociation est identique. La différence est que l'enfant n'est ni conçu ni né. Pour autant, son intérêt à vivre dans une famille stable et saine n'est pas moindre².

288. Une gradation des compétences. En définitive, une solution médiane serait d'envisager, dans les deux systèmes, une gradation des compétences. Lorsque la procréation médicalement assistée est endogène, il nous semble que le contrôle purement médical des conditions d'accès ne pose pas de véritables difficultés. Le médecin procure des soins et peut permettre, dans ce cadre, une fécondation qui ne pourrait être réalisée avec succès sans son intervention, il est dans son rôle. En revanche, lorsque la procréation médicalement assistée est partiellement exogène, la compétence médicale ne devrait plus être suffisante pour recueillir le consentement du couple. Il faudrait alors recourir à l'autorité judiciaire ou l'officier ministériel, davantage garant de l'application du droit et du respect de l'intérêt de l'enfant. Enfin, lorsque la procréation médicalement assistée est entièrement exogène, le médecin ne serait plus compétent que pour pratiquer l'acte, il n'aurait plus de pouvoir de décision. Seul le juge pourrait décider de l'accueil d'embryon. Une telle répartition graduée des compétences serait plus équilibrée et protectrice.

Toutefois, que l'expression de cette volonté soit contrôlée par le médecin ou par le juge, elle est à l'initiative de la conception de l'enfant et sera la source du lien de filiation de cet enfant.

iii. La volonté de conception, prémice de la filiation

289. La volonté, à l'origine de la conception et de la filiation de l'enfant. Cette volonté juridiquement constatée va pouvoir justifier la conception de l'enfant avec les gamètes d'un tiers ou l'utilisation d'un embryon donné. La filiation sera établie à l'égard de ceux qui auront exprimé la volonté non pas de se rattacher un enfant mais de le concevoir. La volonté est donc

1. Adoption and Children Act (c. 38) 2002. Section 1 (2) : « *The paramount consideration of the court or adoption agency must be the child's welfare, throughout his life.* »

2. En ce sens, dans le THE HOUSE OF COMMONS – SCIENCE AND TECHNOLOGY COMMITTEE, *Human Reproductive Technologies and the Law, Fifth report of session 2004-05*, 14 mar. 2005. p. 44, est citée l'opinion de M. JOHNSON, la *Parliamentary Under Secretary for Public Health*, qui considère le *child's welfare* comme le facteur le plus important en matière. Dr. A. MCWHINNIE et le Professeur A. BISSETT-JOHNSON de l'Université de Dundee ajoutent que la législation actuelle est insuffisante pour prendre en compte les implications et conséquences à long terme pour les enfants nés de ces programmes de procréation. Elles proposent de transposer la législation de l'État de Victoria en Australie selon laquelle le bien être et les intérêts de toute personne né ou à naître d'un traitement sont la considération suprême (« *The welfare and interests of any person born or to be born as a result of a treatment procedure are paramount* »).

à la fois créatrice de l'enfant et fondatrice de la filiation.

Dans son caractère fondateur, l'expression de la volonté pallie l'absence de lien génétique entre le parent et l'enfant. La volonté va fonder une filiation fictive (α .) à l'égard du ou des parents d'intention. Parce que cette volonté est également à l'origine de la conception de l'enfant, le droit s'assure que le parent d'intention ne revienne pas sur l'expression de sa volonté afin de protéger l'enfant de l'absence de filiation. La filiation est donc également « sécurisée » (β .).

α . Une filiation fictive

290. Une fiction légale. La filiation établie à l'issue d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur relève de la fiction légale. La fiction est définie comme le « mensonge de la loi » consistant à « faire comme si », à supposer un fait contraire à la réalité en vue de produire un effet de droit¹. On parle encore de « déni social et juridique² ». En effet, en matière de procréation médicalement assistée, les législateurs anglais et français font en sorte que l'enfant soit traité *ab initio* comme celui des auteurs du projet parental. Peu importe sa filiation génétique, l'enfant sera soumis aux règles traditionnelles d'établissement de la filiation comme s'il était né véritablement des parents d'intention. L'intervention de l'autorité judiciaire n'est pas nécessaire pour créer le lien de filiation fictif, l'apparence suffira au jeu des règles d'établissement de la filiation.

291. Une maternité sociologique déguisée en maternité génétique. Ainsi, la loi décide qu'en cas de don d'ovocytes les règles d'établissement de la maternité sont les mêmes que pour toute maternité : en France, la mère est la femme désignée comme telle dans l'acte de naissance de l'enfant, en Angleterre, la mère de l'enfant est la femme qui accouche³. Le fondement de la règle étant jurisprudentiel, le législateur anglais a préféré préciser le principe en matière de reproduction assistée. Il est donc indiqué dans le *Human Fertilisation and Embryology Act* en 1990 puis en 2008 que la femme qui porte ou a porté l'enfant issu d'une insémination ou d'un transfert d'embryon doit être considérée comme la mère⁴. Cela traduit

1. V. Fiction. G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 2005. et J. LAW et E. A. MARTIN, *Oxford Dictionary of Law*, 7^e éd., Oxford University Press, 2009. « *An assumption that something is true irrespective of whether it is really true or not* », c'est-à-dire une présomption de la vérité d'un fait ou d'une situation indépendamment de ce que cela soit vrai ou non.

2. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD. civ.* 1995, p. 249. P. KAYSER, « Les limites morales et juridiques à la procréation artificielle », *D.* 1987, p. 189. F. DREIFUSS-NETTER, « La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers », *RTD. civ.* 1996, p. 1.

3. *Amphill Peerage Case* [1977] AC 547 (HL).

4. La section 27 (1) du *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* devenue la section 33 du *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* dispose que « *The woman who is carrying or has carried a child as a*

que l'élément essentiel concernant la maternité n'est pas le lien génétique mais les faits de la grossesse et de l'accouchement. Autrement dit, porter l'enfant et en accoucher fondent alors la filiation maternelle. Cette conception illustre bien la distinction doctrinale entre les notions de *parentage*, qui désigne ceux dont est issu génétiquement l'enfant – ici, la donneuse de gamètes – et de *parenthood*, qui désigne ceux auxquels l'enfant est relié juridiquement¹ – ici, la femme qui accouche de l'enfant. Une telle différence de concepts n'apparaît pas aussi clairement en droit français. Mais le principe reste le même : la mère juridiquement reconnue comme telle est la femme qui accouche de l'enfant, et cela indépendamment de l'existence ou non d'un lien génétique de filiation.

La spécificité de cette filiation maternelle médicalement assistée est niée du fait de l'accouchement par la mère juridique comme si la nature reprenait ses droits. C'est là que réside la fiction : la filiation répond aux mêmes règles d'établissement que toute autre filiation alors même qu'elle en diffère par l'intervention d'une tierce personne dans la conception de l'enfant. On se fie à l'*apparence* d'une filiation génétique. La loi donne donc la possibilité à la volonté parentale de faire passer pour génétique une filiation qui ne l'est pas, en se fondant non pas sur une apparence due au vécu familial comme dans la possession d'état, ou sur une apparence fondée sur l'union matrimoniale des parents, ou encore sur une apparence décidée par le juge comme dans l'adoption mais sur une apparence reposant sur un fait physique, l'accouchement. Le principe selon lequel la mère est toujours certaine n'est donc plus ; la mère n'est plus certaine que juridiquement et non plus génétiquement. Et ce, à plus forte raison, dans le cas de la gestation pour autrui².

292. Le jeu de la présomption de paternité et l'instauration d'une présomption d'homoparenté. Concernant la paternité, il convient de distinguer si l'enfant naît en ou hors mariage. Si l'enfant naît en mariage, alors la présomption de paternité s'applique : le père est le mari de la mère³. En droit anglais, depuis 2008, la compagne de la mère, engagée dans un *Civil partnership* au moment de la mesure d'assistance médicale à la procréation, doit être traitée comme un parent de l'enfant⁴. La *civil partner* de la mère est donc considérée, par le jeu

result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child ».

1. A. BAINHAM, « Parentage, Parenthood and Parental Responsibility : Subtle, Elusive Yet Important Distinctions » in *What is a Parent ? A Socio-Legal Analysis*, sous la dir. de A. BAINHAM, S. DAY SCLATER et M. RICHARDS, Oxford : Hart Publishing, 1999, p. 25, L'auteur y distingue les notions de *parenthood*, rattachement juridique, *parentage*, rattachement purement génétique, et *parental responsibility*, rôle parental. V. *supra*, page 20.

2. V. *infra*, page 204.

3. Art. 312 du Code civil ; *Banbury Peerage Case* [1811] 1 Sim & St 153 (HL). et Section 35 (1) du Human Fertilisation and Embryology Act 2008. *Woman married at time of treatment*.

4. Section 42 (1) *ibid.*, *If at the time of the placing of the embryo or the sperm and eggs or of her artificial insemination, W was a party to a civil partnership, the other party to the civil partnership is to be treated as a*

d'une présomption de parenté, comme l'autre parent de l'enfant. La fiction transparaît ici très nettement : la volonté parentale permet de considérer qu'un enfant soit juridiquement rattaché, dès la naissance, à deux femmes. Le droit permet alors de créer une filiation qui n'existe pas et ne pourrait exister génétiquement, en l'état actuel de la médecine, en se fondant uniquement sur la volonté parentale.

293. La reconnaissance ou la parenté consentie. En revanche, si l'enfant naît hors mariage, le père doit reconnaître ou déclarer l'enfant comme le sien. Par son consentement, il s'est engagé à assumer l'enfant qui naîtra de la procréation médicalement assistée avec tiers donneur. Sa volonté initiale, nécessaire à la conception de l'enfant, doit être doublée d'une seconde volonté, nécessaire à l'établissement de la filiation de l'enfant né. Le droit français ne précise pas de règles spécifiques en la matière : celles de la reconnaissance suffisent.

Mais le droit anglais pose des règles précises, calquées sur celles de la déclaration de filiation¹, pour la filiation à l'égard du père non marié² mais également de la compagne de la mère non engagée dans un *Civil partnership*³. Il s'agit de la *agreed fatherhood* (« paternité consentie ») et de la *agreed female parenthood* (« parenté féminine consentie »). Cette conception de « parenté consentie » est révélatrice de la place centrale de la volonté dans la filiation médicalement assistée. La filiation résulte d'un échange de volontés concernant la filiation de l'enfant.

Ainsi, pour que la « parenté consentie » soit constituée, deux séries de conditions doivent être remplies. La première concerne le consentement à la parenté⁴. L'homme ou la femme, impliqué dans le traitement de la mère, doit donner un document écrit et signé de sa main dans lequel il consent à être traité comme le père ou le parent de l'enfant issu du traitement. De son côté, la mère doit elle-même donner un document écrit et signé de sa main dans lequel elle consent à ce que l'homme ou la femme mentionné soit ainsi traité. Il convient ici de remarquer l'identité de procédé avec la déclaration de parenté : la mère doit donner son accord pour que la filiation soit établie à l'égard du père ou de la parente féminine. La volonté de la mère est donc déterminante dans l'établissement de la filiation de l'enfant conçu naturellement ou médicalement. La mère est souveraine dans son choix du coparent : elle peut en effet décider de consentir à ce qu'un autre homme ou une autre femme, que celui ou celle à qui elle a

parent of the child unless it is shown that she did not consent to the placing in W of the embryo or the sperm and eggs or to her artificial insemination (as the case may be).

1. V. *supra*, page 121.

2. *Ibid.*, Section 36 et 37.

3. *Ibid.*, Section 43 et 44.

4. *Ibid.*, Section 37 « *The agreed fatherhood conditions* » et Section 44 « *The agreed female parenthood conditions* ».

initialement consenti, puisse être traité comme le père ou le parent de l'enfant¹. En ce cas, il faut qu'un tel changement intervienne avant l'insémination. Le parent consentant et consenti est définitivement considéré comme tel dès lors que l'insémination ou le transfert d'embryon a été effectué. L'homme ou la femme, futur parent, peut également retirer son consentement à la parenté avant l'intervention médicale. Enfin, le parent consentant ne doit pas avoir de lien incestueux de parenté avec la mère de l'enfant.

A cette première série de conditions, s'en ajoute une seconde : pour que la paternité ou la parenté féminine soit établie, il faut que les conditions de la parenté consentie soient réunies au moment de l'insémination, que le parent dont il est question soit vivant à cette date, que l'embryon n'ait pas été conçu avec le sperme du père consentant². Si toutes ces conditions sont réunies, alors l'homme est considéré comme le père de l'enfant ; s'il s'agit d'une femme, elle est considérée comme l'autre parent de l'enfant.

294. Parce que l'expression de cette volonté fondatrice de la filiation est exprimé dès avant la conception de l'embryon, le droit s'assure que le parent, qui s'est ainsi engagé préalablement, ne pourra remettre en cause ce lien une fois l'enfant né. De la sorte, le droit tente d'offrir à la filiation volontaire une sécurité aussi grande que celle que le fondement génétique semble accorder au lien qu'il fonde.

β. Une filiation « sécurisée »

295. Un engagement réel. La volonté de conception dote la filiation qui en est issue d'une force particulière. À tel point que le père ne peut échapper à la paternité de l'enfant à la conception duquel il a consenti. La volonté de conception se mue ainsi en volonté de filiation.

En droit français, si celui qui a consenti à l'assistance médicale à la procréation s'abstient de reconnaître l'enfant, sa paternité sera judiciairement déclarée en vertu de l'alinéa 5 de l'article 311-20 du Code civil. La filiation préexiste donc à la naissance, la reconnaissance ne fait que la traduire à l'état civil. Elle n'est que le parachèvement de l'engagement initial du père lorsqu'il a donné son consentement à l'assistance médicale à la procréation. Ainsi, la volonté initiale est suffisamment puissante pour imposer l'établissement d'une filiation. Elle devrait d'ailleurs l'être pour établir la filiation de façon prénatale et l'on pourrait, en ce sens, considérer que le consentement à l'assistance médicale à la procréation vaut reconnaissance prénatale³. Il n'y aurait alors besoin que d'une seule manifestation de volonté. En droit an-

1. Section 37 (1) (d) et 44 (1) (d), Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

2. *Ibid.*, Section 36 « *Treatment provided to woman where agreed fatherhood conditions apply* » et Section 43 « *Treatment provided to woman who agrees that second woman to be parent* ».

3. C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français, Étude critique*, sous la dir. de E. PUTMAN, 2009, PUAM, p. 353.

glais, l'accord de volonté entre la mère et un homme, avec lequel elle n'est pas mariée, a pour conséquence qu'il sera considéré comme le père de l'enfant né de la procréation médicalement assistée. De même, l'accord de volonté entre la mère et la femme, avec laquelle elle n'est pas engagée dans un *Civil partnership*, la consacrera parente de l'enfant.

Dans les deux systèmes, il s'agit du seul cas où un homme se voit reconnaître une paternité en l'absence de tout lien génétique avec l'enfant et de tout lien matrimonial avec la mère de l'enfant. Quant au statut de la femme, qui n'est pas *civil partner*, il s'agit là d'un lien nouveau de filiation. La femme est parente, non pas une seconde mère, mais l'établissement d'un tel lien empêche tout établissement d'une paternité¹. L'exclusivité de ce lien permet donc d'affirmer qu'il s'agit d'un lien de filiation et pas seulement de parenté. L'enfant a deux parents : une mère et une parente féminine, mais est dépourvu de filiation paternelle. Il y a exclusivement deux liens de filiations, le lien de filiation peut désormais être dégagé de tout rapport avec l'engendrement. Le lien de filiation, fondé sur la volonté, dépasse toute imitation de la conception naturelle. Il n'est plus rattaché à aucun modèle ni matrimonial ni d'engendrement. Le droit le crée de toutes pièces.

296. La possibilité de retirer son consentement jusqu'à l'insémination ou l'implantation de l'embryon. La volonté de conception engage celui qui l'exprime pour la filiation de l'enfant. Aussi, cette volonté ne peut être révoquée qu'avant l'insémination ou le transfert d'embryon². Une fois que l'une ou l'autre a été réalisée, la conception est concrétisée et la filiation sera établie.

Mais, la révocation de la volonté de conception et de filiation par l'un des membres du couple empêche l'autre de mener à bien son projet. Cela n'est-il alors pas contraire au droit au respect à la vie privée et familiale ? Dans l'affaire *Evans c/ Royaume-Uni*³, la question a été soumise à la Cour européenne des droits de l'homme de savoir si les exigences posées par le droit anglais en la matière n'étaient pas contraires à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Un couple de concubins avait eu recours à la procréation médicalement assistée. La femme, atteinte de graves tumeurs aux ovaires, avait pu se faire prélever quelques ovules avant l'ablation. Elle pouvait ainsi se faire implanter ultérieurement les embryons issus de la fécondation in vitro avec les gamètes de son compagnon. Le couple

1. Human Fertilisation and Embryology Act 2008, Section 45 (1) *Where a woman is treated by virtue of section 42 or 43 as a parent of the child, no man is to be treated as the father of the child.*

2. L'article 311-20 alinéa 3 du Code civil envisage que l'homme ou la femme peut révoquer son consentement à la procréation médicalement assistée avant la réalisation de celle-ci. Cette révocation doit intervenir par écrit auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale. En droit anglais, le Schedule 3, section 4 *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990 prévoit des dispositions similaires.

3. CEDH gr. ch., *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avr. 2007, n° 6339/05 ; *JCP G.* 2007, t. II, 10097, note MATHIEU ; *RDSS* 2007, p. 810, obs. D. ROMAN ; *RDC* 2007, p. 1321, note F. BELLIVIER et C. NOIVILLE ; *RTD. civ.* 2007, p. 295, obs. MARGUÉNAUD ; *RTD. civ.* 2007, p. 545, obs. HAUSER.

donna les consentements requis. Peu de temps après l'ablation des ovaires de la femme mais avant toute implantation d'un embryon, le couple se sépara. L'homme demanda à ce que les embryons fussent détruits. La femme s'y opposa et engagea une action afin de les conserver. Déboutée devant les juridictions internes, elle présenta une requête devant la Cour de Strasbourg.

La difficulté résidait dans le fait que les embryons en cause étaient certainement les derniers que la femme avait pu concevoir avec ses gamètes. L'enjeu était de taille. Aussi, prétendait-elle que leur destruction porterait atteinte à son droit au respect de la vie privée et familiale. La Cour européenne des droits de l'homme ne lui a pas donné raison. Elle a estimé que le Royaume-Uni n'était pas le seul État du Conseil de l'Europe à autoriser la révocation du consentement avant l'insémination ou l'implantation d'embryons et, qu'en l'absence de concordance de vues nette en Europe sur cette question, il y a lieu d'accorder au Royaume-Uni une ample marge d'appréciation. Enfin, elle a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'accorder davantage de poids au droit de la requérante au respect de son choix de devenir parent au sens génétique du terme qu'à celui du compagnon au respect de sa volonté de ne pas avoir un enfant génétique avec elle. Bien que compatissant à la situation de la requérante, la Grande Chambre a considéré qu'il n'y avait pas violation des articles 8 et 14 de la Convention.

Cet arrêt est intéressant car ni le législateur français ni le législateur anglais n'envisagent, avec précision, le cas de la rupture du couple au cours du processus de procréation. Il semble donc que cette circonstance n'importe pas, l'essentiel est que la révocation du consentement individuel intervienne avant l'insémination ou le transfert d'embryon. La volonté de conception doit donc être conjointe et, dès que ce caractère a disparu, la procréation médicalement assistée ne peut plus s'effectuer. La Cour s'attache donc au projet parental en commun plutôt qu'au désir d'enfant de l'autre membre du couple dissous. Aussi dramatiques qu'en soient les conséquences pour celui-ci, il doit s'y résigner. Estimant la solution trop sévère, certains auteurs considèrent que, à l'image de la procréation naturelle, la femme devrait avoir le dernier mot. « Force est de constater qu'un homme qui féconde l'ovule de sa femme lors d'un rapport sexuel ne peut plus retirer son consentement. Parallèlement, pourquoi pourrait-il le retirer lors d'une fécondation *in vitro* ?¹ ». Il nous semble que cette comparaison est malvenue. C'est bien parce qu'il ne s'agit pas d'une fécondation naturelle que le régime est différent : dans la procréation médicalement assistée, la question se pose d'aller ou non au bout du processus engagé tandis que, dans la procréation naturelle, la question ne se pose pas, pour l'homme en

1. L. AZOUX-BACRIE, « Du consentement à la procréation médicalement assistée et de son retrait : une approche contestable, (A propos de l'arrêt Evans c. Royaume Uni du 10 avril 2007) » in *Le droit de la famille à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. de F. KRENC et M. PUÉCHAVY, Nemesis Bruylant, 2008, spéc. p. 104.

tout cas. Ce genre d'affaires n'est pourtant pas sans soulever des interrogations plus larges, notamment quant au statut de l'embryon : « appartient »-il à l'un ou l'autre des parents ? C'est l'instauration d'un tel statut qui pourra permettre de clarifier de tels conflits parentaux.

297. La contestation de la volonté, véritable moyen de contestation de la filiation. Une fois que l'embryon est conçu et implanté et que l'enfant est né, ceux qui ont exprimé la volonté de conception seront les parents de l'enfant. Aussi, parce que la volonté est l'unique fondement de cette filiation, seule sa remise en cause peut éventuellement entraîner celle de la filiation. Pour empêcher l'établissement d'une filiation ou la contester si elle est déjà établie, il ne faut donc pas une expertise génétique mais la preuve de l'absence de consentement à l'insémination ou au transfert d'embryon. Ainsi, la filiation n'est pas établie à l'égard du mari ou du *partner* de la mère, lorsqu'il prouve qu'il n'a pas consenti à l'insémination ou au transfert d'embryon¹. Cette seule preuve suffit à dégager la personne concernée de toute parenté à l'égard de l'enfant. Pour le concubin ou la concubine de la mère, il faut que les conditions de la *agreed parenthood* ne soient pas remplies, c'est-à-dire qu'il n'y ait pas ou plus d'accord de volontés entre la mère et la personne concernée au moment de l'insémination. Comme l'*agreed parenthood* s'exprime par écrit, il sera aisé de prouver qu'il n'y a pas d'écrit émanant du parent prétendu dans lequel il consent à la filiation, et/ou pas d'écrit émanant de la mère consentant à ce que cette personne soit désignée comme père ou parent de l'enfant.

En droit français, l'article 311-20 alinéa 2 du Code civil pose l'interdiction de principe de remettre en cause la filiation sauf à prouver que le consentement initial a été privé d'effets. L'alinéa 3 du même article précise les cas restrictifs dans lesquels 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 ». La rupture du couple, du fait du décès ou d'une séparation quelle que soit sa forme, prive donc la volonté parentale initiale de tout effet. La volonté qui est requise est donc conjointe et non pas individuelle. En pratique, la survenance de l'un de ces événements est extrêmement rare car ils constituent également des obstacles à l'insémination² et l'équipe médicale qui en est chargée vérifie leur inexistence. Ce n'est donc que dans les cas où lesdits obstacles auraient été contournés que la volonté parentale ne peut avoir d'effet sur la filiation.

1. Human Fertilisation and Embryology Act 2008. Section 35 (1) : [...] *then the other party to the marriage is to be treated as the father of the child unless it is shown that he did not consent to the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or to her artificial insemination (as the case may be).*

Section 42 (1) : [...] *then the other party to the civil partnership is to be treated as a parent of the child unless it is shown that she did not consent to the placing in W of the embryo or the sperm and eggs or to her artificial insemination (as the case may be).*

2. Art. L. 2141-2 alinéa 3 : « [...] Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie. »

298. L'adultère, justification génétique de la contestation d'une filiation volontaire. Il faut ajouter une dernière exception propre au droit français : l'alinéa 2 de l'article 311-20 envisage que l'action en contestation de la filiation soit recevable lorsqu'il est prouvé que l'enfant n'est pas issu de l'insémination artificielle, autrement dit qu'il est issu d'un adultère de la mère. Il n'est pas nécessaire d'apporter la démonstration absolue de cette situation, une simple vraisemblance suffit¹. Le recours à l'expertise génétique n'est alors que secondaire. Pour une filiation dont le fondement n'est absolument pas génétique, il est cohérent que l'ouverture d'une action en contestation ne s'appuie pas sur une comparaison d'ADN. Mais il est étonnant qu'il puisse y être même fait recours. En effet, que cherche-t-on à prouver ? Que l'enfant ne peut être génétiquement rattaché à son père actuel ? Lorsqu'il y a intervention d'un tiers donneur dans la conception de l'enfant, c'est généralement le cas. Et comment vérifier que l'enfant n'est pas issu du donneur, alors que précisément ce dernier est anonyme ? Une levée de l'anonymat strictement limitée à la procédure serait-elle possible ? Il ne semble pas que cela soit le cas pour le moment. Aussi, à moins de connaître l'identité de l'amant et d'engager une action en recherche de paternité à son encontre, une telle exception ne semble pas applicable.

L'exception ainsi posée à l'article 311-20 alinéa 2 est révélatrice des difficultés entraînées par une filiation intégralement fondée sur la volonté. Elle montre que la volonté de conception ne peut entraîner de filiation à l'égard de son auteur que si l'enfant, né de la procréation médicalement assistée, correspond bien à l'objet du consentement. Elle révèle que, même si l'on met le fondement génétique de côté, celui-ci garde néanmoins une place importante dans la conception de la notion de filiation. Il est possible de faire sien un enfant issu d'un donneur anonyme mais pas d'un amant... Pourtant, dans les deux cas, l'enfant n'est pas génétiquement celui de son père juridique. On accepte que la réalité génétique soit contournée tant que le projet parental initial est respecté, tant que l'enfant est issu du mode convenu. Si la mère commet un adultère, elle rompt l'accord de volonté et le prive d'effet en termes de filiation². La fiction est ici très nette : ce n'est pas tant que l'enfant soit issu d'un autre homme que le mari ou le concubin de la mère qui pose problème que le fait que l'accord de volonté n'ait pas été respecté.

299. Si l'on peut constater le rôle prégnant, et toujours croissant, de la volonté dans la conception médicalement assistée de l'enfant et dans la construction du lien de filiation de celui-ci à l'égard du parent non génétique, il faut également étudier l'importance fondatrice de la volonté dans l'institution de l'adoption.

1. TGI Paris, 2 sept. 1997 ; *LPA* 16 nov. 1998, note HÉNAFF.

2. Il est à noter que si en concubinage, il n'y a pas de devoir de fidélité, il semble qu'il y en ait un lorsque le couple a consenti à une procréation avec tiers donneur. Tout au moins, s'il y a infidélité, elle sera sanctionnée en matière de filiation. Le couple parental éclatera.

b. L'adoption, filiation volontaire d'un enfant déjà né

300. Une filiation pour un enfant abandonné. L'adoption est souvent présentée comme la filiation volontaire par excellence. À la différence de la procréation médicalement assistée exogène, l'enfant n'a aucun patrimoine génétique commun, même partiel, avec ses parents adoptifs et, surtout, sa gestation n'a pas eu lieu dans l'utérus de la femme qui est juridiquement sa mère. Le droit permet alors de fonder un lien de filiation sur la seule volonté de potentiels parents adoptifs, sans s'appuyer sur aucune réalité génétique ou physique.

L'adoption permet de pallier la défaillance des parents naturels. Elle fournit à l'enfant une famille de remplacement qui souhaite l'intégrer en son sein. Dans le même temps, elle fournit un enfant à des parents sans enfant. Elle se forme alors par l'adéquation de la volonté des parents et de la volonté de l'enfant. Cette dernière n'est en réalité que peu prise en compte par le droit.

Comme pour la filiation hors mariage ou la filiation médicalement assistée, la volonté à elle seule ne suffit pas. Il faut qu'elle soit exercée dans un cadre légalement établi pour produire ses effets. Ce cadre tend en principe à l'imitation de la filiation génétique en ce que la famille adoptive ressemble à la famille traditionnelle : hétérosexuelle, en âge de procréer... Ce cadre était l'une des garanties pour l'État de fournir à l'enfant un environnement équilibré et stable, propice à son épanouissement et à sa construction personnelle. Mais un autre outil est aujourd'hui principalement employé à cette même fin : l'intérêt de l'enfant¹. L'appréciation de celui-ci est confiée au juge, représentant de l'État, qui décidera ensuite de la création d'un lien de filiation adoptive au profit des parents d'avenir. En réalité, c'est « l'autorité publique qui crée ce lien de toute pièces à partir d'une pure manifestation de volonté² ».

Ainsi, la volonté a ici une grande force en ce qu'elle va fonder un lien de filiation sans support physique préalable et à l'égard d'un enfant déjà né (i.), longtemps calqué sur le modèle de la filiation légitime puis celui de la filiation génétique (ii.). Mais la volonté permet désormais de s'affranchir de presque tout modèle et de faire de l'adoption un mode prisé d'établissement de la filiation. L'expression de cette volonté fondatrice demeure cependant soumise au contrôle du juge qui doit vérifier que l'intérêt de l'enfant est bien au cœur de la démarche parentale (iii.).

i. Une volonté puissante

« Centrée sur la seule personne de l'enfant, détachée de toute autre considération et ani-

1. V. *infra*, page 249.

2. A. BÉNABENT, *Droit civil – Droit de la famille*, Domat Droit Privé, Montchrestien - Lextenso éditions, 2010, p. 403, n° 1000.

mée du seul souci de s'attribuer une parenté, la volonté adoptive impressionne, non pas seulement par sa puissance, mais aussi en raison de la pureté de l'engagement parental qui la fonde et la motive.^{1.} »

301. L'adoption, une « appropriation juridique ». La volonté adoptive est fondatrice parce que sans elle, il n'y a tout simplement pas d'adoption possible. Il faut que les candidats à l'adoption aient la volonté de s'engager dans ce projet familial. Aussi, doivent-ils exprimer leur consentement à l'adoption, c'est-à-dire à un engagement familial à l'égard de l'enfant. Ils acceptent de devenir les parents légaux de l'enfant et que ce dernier devienne membre de leur famille. Il y a ainsi « appropriation juridique » de l'enfant².

En soi, la volonté adoptive est moins délicate à apprécier et à recueillir que la volonté de retrait. En effet, le fait même de constituer un dossier d'adoption la révèle. C'est pourquoi elle ne fait pas l'objet de nombreuses dispositions légales. Ainsi, il est prévu que le consentement des parents adoptifs soit recueilli par une instance officielle en amont de la procédure : greffier en chef du tribunal d'instance du domicile des adoptants, notaire français ou étranger, ou encore agents diplomatiques ou consulaires en France³, *adoption agencies* en Angleterre. Les *adoption agencies* sont des agences enregistrées auprès de l'État et qui ont pour mission de constituer les dossiers d'adoption, de vérifier que les futurs adoptants sont aptes à adopter, de trouver l'adoptant adéquat pour l'enfant ainsi que de recueillir le consentement à l'adoption des parents d'origine et celui des futurs adoptants.

Enfin, lorsque le juge vérifiera la réunion des conditions de l'adoption, il portera une attention particulière à l'existence de la volonté de retrait des parents initiaux et de la volonté d'insertion des candidats à l'adoption.

302. Une volonté plus constructrice que dans les autres filiations volontaires. La volonté est encore davantage constructrice de la filiation dans l'adoption que dans la procréation médicalement assistée. Le fait que la volonté s'opère à l'égard d'un enfant déjà né engage fortement le ou les candidats à l'adoption. Leur volonté doit être de se rattacher un enfant qui a déjà un passé, une famille, et de le transposer dans une autre histoire familiale, la leur. L'adéquation entre les besoins de l'enfant et ceux des parents d'avenir donne ainsi à la volonté parentale une dimension plus large que dans la procréation médicalement assistée. Pourtant, l'accueil d'embryon ressemble à l'adoption en ce que l'enfant ne partage aucun patrimoine génétique avec ses parents. On pourrait penser que la volonté a la même teneur. Mais dans ce dernier cas, il y a tout de même un lien physique avec la mère puisqu'elle va porter l'enfant. Dans l'adoption,

1. É. HIRSOUX, *La volonté individuelle dans l'établissement du lien de filiation*, Paris, 1988, p. 1265, n° 1716.

2. *Ibid.*, p. 1265, n° 1716.

3. Art. 348-3 du Code civil.

il n'y a ni lien physique ni lien génétique, il n'y a qu'un lien volontaire juridiquement institué et judiciairement prononcé. Le seul cas qui pourrait aller au-delà de la volonté adoptive serait celui d'une gestation pour autrui avec des gamètes issus de donneurs masculin et féminin¹.

La volonté adoptive est également plus forte que celle exprimée dans l'acte de reconnaissance. En effet, la filiation établie par une reconnaissance peut être remise en cause soit par son auteur ou bien par un tiers. En revanche, la filiation instaurée par l'adoption plénière ne le peut pas. En effet, l'adoption est irrévocable², c'est-à-dire qu'elle ne peut pas être remise en cause ni par les adoptants ni par l'enfant. La volonté instaure une filiation définitive dans ce dernier cas³. Les mesures de placement préalables au prononcé de l'adoption ainsi que le contrôle de l'adéquation de l'adoption avec l'intérêt de l'enfant justifient cette irrévocabilité. Ceci révèle la force de la volonté instituée : elle garantit une sécurité au lien de filiation. En cela, la volonté adoptive se rapproche de la volonté en matière de procréation médicalement assistée où la filiation est presque incontestable. Le caractère fondateur de la volonté est donc particulièrement puissant.

303. Une volonté parentale en surcroît, le cas particulier de l'adoption simple. Il existe en droit français une autre forme d'adoption que l'adoption plénière, l'adoption simple. Dans celle-ci, le lien de filiation adoptif se superpose aux liens de filiation d'origine. L'enfant dispose alors d'un double lien de filiation maternel et paternel.

La volonté permet alors de fonder un deuxième lien de filiation, transcrivant juridiquement les liens du cœur. L'adoption simple consacre un surcroît de volonté parentale grâce auquel un enfant pourra intégrer une famille affective et effective, tout en conservant un lien avec sa famille d'origine. Elle est l'institution par laquelle le beau-parent peut se lier à l'enfant de son conjoint⁴. Parce que l'adoptant choisit l'adopté, et réciproquement, la filiation et la famille se construisent sur une volonté très concrète et subjective. « C'est bien ici la volonté privée qui prend le dessus sur l'aspect étatique de l'institution. »⁵. La volonté se détache de l'institution pour n'en utiliser que le cadre à ses propres fins privées. Elle est ainsi « l'épanouissement du

1. V. *infra*, page 204.

2. En droit français : art. 359 du Code civil. En droit anglais, le principe est également l'irrévocabilité avec pour seule exception la section 55 du Adoption and Children Act (c. 38) en cas d'adoption par une personne seule puis de légitimation par mariage subséquent. Alors, il est possible de révoquer l'adoption qui faisait doublon, la filiation étant établie par ailleurs.

3. Dans *Re B (Adoption : Jurisdiction To Set Aside)* [1995] Fam 239 (CA). SWINTON THOMAS LJ a rappelé que les *adoption orders* sont des décisions définitives et à vie (*final and for life*) au regard des adoptants, des parents d'origine et de l'enfant. Ces caractéristiques justifient qu'en l'absence d'irrégularités ou d'erreurs, il n'existe aucun pouvoir de révoquer un *adoption order*.

4. Dans la limite du raisonnable car l'enfant ne peut être adopté par le conjoint de son père et par celui de sa mère. Il ne peut faire l'objet de l'adoption dans chaque famille recomposée. V. Cass. 1^{re} civ. 12 janvier 2011, n° 09-16527.

5. É. HIRSOUX, *La volonté individuelle dans l'établissement du lien de filiation*, Paris, 1988, p. 1282, n° 1735.

caractère volontaire de l'adoption »¹ et a, en tant que telle, vocation à se développer de plus en plus dans la mesure où elle permet de doter l'adulte référent d'un statut de parent et pas seulement d'un rôle à l'égard de l'enfant².

La filiation ainsi instituée n'est pas exclusive, la révocation du lien adoptif ne priverait donc pas l'enfant de toute famille. C'est pourquoi, l'adoption simple est révocable³. Mais, parce que l'adoption simple est un engagement parental à part entière quelle que soit sa forme, elle ne peut pas être remise en cause au gré du changement de volonté. Sa révocabilité est donc exceptionnelle et doit être justifiée par des « motifs graves⁴ » dont l'appréciation est laissée aux juges du fond⁵. L'absence de prise en compte de la volonté de rupture du lien adoptif sans justification sérieuse s'ancre dans la force de l'engagement parental initial. Ainsi, sont garanties la solidité et la stabilité de la filiation adoptive simple tout en tenant compte de sa particularité.

304. La volonté adoptive permet donc de rattacher un enfant à une famille avec laquelle il n'a aucun lien initial, le dotant ainsi d'une famille. La volonté adoptive permet même, en droit français, de bénéficier d'un surcroît de filiation en offrant à l'enfant un voire deux liens de filiation supplémentaires à l'égard d'adultes qui ont une place significative dans la vie de son parent ou dans sa vie à lui. Cette institution de l'adoption a initialement été construite par imitation de la filiation génétique ou, tout au moins, physique.

ii. Une volonté d'imitation

305. Une filiation conçue par référence à des modèles familiaux. La filiation adoptive a longtemps été conçue par référence à la filiation légitime, c'est-à-dire bilinéaire et hétérosexuelle (α). Ainsi, les conditions de l'adoption quant à l'altérité sexuelle du couple d'adoptants et leur âge visaient à *imiter* celles de la procréation ; les conditions relatives à la nature de leur union visaient à imiter le modèle familial connu comme le plus protecteur. L'érosion

1. G. CORNU, *Droit civil, La famille*, 9^e éd., Paris : Montchrestien, 2007, p. 449.

2. Nous pourrions observer dans la seconde partie de ce travail que la tendance à la consécration du rôle, c'est-à-dire de l'aspect dynamique du statut, tend à se développer à travers l'attribution de certains effets de la filiation à des adultes référents pour l'enfant mais à l'égard desquels il n'y a pas de lien de filiation établi.

3. Art. 370 du Code civil.

4. Par exemple, le comportement de l'adopté mêlant refus d'autorité, violence et acte de délinquance constitue un motif grave de révocation : CA Dijon, 28 jan. 1997 ; *JCP G.* 1997, t. II, 1978 ; *BICC* 1^{er} juil. 1997, no 865. De même pour le climat conflictuel régnant dans le couple d'adoptants, révélant une mésentente profonde : CA Limoges, 26 nov. 1992 ; *D.* 1994, p. 207, note BERRY. et CA Limoges, 21 nov. 1996 ; *Dr. Fam* 1997, no 136, note P. MURAT. Pour autant, il n'y a pas d'automatisme relative à la mésentente des parents adoptifs : leur divorce n'est pas ainsi, à lui seul, un motif grave de révocation : CA Rouen, 31 mar. 1987 ; *Gaz. Pal.* 1998, Somm. p. 278.

5. Cass. 1^{re} civ., 10 juil. 1973 ; *JCP G.* 1974, t. II, 17689, note E. S. de la MARNIÈRE. Cass. 1^{re} civ., 20 mar. 1978, *Bull. civ.* I, 114.

du modèle matrimonial et le dépassement de certaines contraintes physiques par la médecine ont altéré le sens de ces conditions. Elles ont alors été considérées comme injustifiées.

A cette évolution, s'est ajoutée une importance croissante de l'individualisme et de l'utilitarisme qui devait notamment justifier l'accès à l'adoption à des personnes de même sexe. Alors, l'adoption ne se fonde plus non plus sur l'imitation de la procréation naturelle, tel que l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision relative à la loi ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de même sexe : « aucune exigence constitutionnelle n'impose [. . .] que les liens de parenté établis par la filiation adoptive imitent ceux de la filiation biologique ¹ ». L'adoption devient ainsi un mode de filiation en lui-même, détaché de toute référence.

Toutefois, les futurs parents adoptifs doivent toujours répondre à des conditions d'âge calqués sur l'âge auquel il est possible physiquement de procréer, marquant ainsi que le droit persiste à imiter une certaine réalité physique (γ).

α . La famille fondée sur le mariage, le modèle longtemps imité

306. Finalité sociale et imitation d'un modèle familial. Lorsque l'adoption a été réintroduite en droit français après la Révolution, l'objectif était de fournir une famille aux orphelins de la Nation ². Cette finalité sociale ne pouvait s'inscrire que dans le cadre de la « famille » telle qu'elle était entendue à l'époque, c'est-à-dire au sein d'un couple hétérosexuel et marié. Elle ne pouvait s'entendre autrement. C'est pourquoi elle a servi de modèle à la famille adoptive qui l'a imitée ³.

307. La famille en mariage, un modèle en déclin. En France, seuls les couples mariés ont accès à l'adoption. L'article 343 l'envisage positivement : « l'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de 28 ans » et l'article 346 al. 1^{er} négativement : « nul ne peut être adopté par plu-

1. Cons. constit., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, § 51.

2. V. F. FORTUNET, « Le rétablissement du principe de l'adoption : une entrée par effraction ? » in *La famille, la loi, l'État. De la Révolution au Code civil*, sous la dir. de I. THÉRY et C. BIET, Éd. du Centre Georges Pompidou, 1989, p. 196. « Le principal objet, c'est "l'enfant, ou plus exactement son éducation de citoyen, en un mot l'avenir de la Révolution" ainsi que l'expose OUDOT dans son rapport le 9 août 1793 en évoquant explicitement le recours à l'adoption à cette fin ». L'objectif est de venir en aide et au secours de ceux qui ont perdu, dans des circonstances exceptionnelles et au service de la Patrie, leurs protecteurs naturels. C'est un acte de reconnaissance de la dette de la Nation et d'honneur à leur mémoire et sacrifice qui conduit les pères de la Patrie à adopter collectivement et publiquement ces pauvres enfants devenus orphelins. Ensuite, il suffit de l'étendre à tous ceux qui sont orphelins et de ce fait « dénués de toute ressource, sans soutiens, sans moyens ».

3. V. A.P. t. 66, Rapport AZÉMA au nom du comité de législation pour présenter un projet de décret de l'adoption, p. 40 : « cet acte qui doit imiter la nature, la suivre, avoir les mêmes motifs, se montre-t-il bien plus judicieux que la nature elle-même. De vivante image de la nature, l'adoption devient une seconde nature qui vivifie, qui fait reproduire les hommes comme la nature vivifie et fait reproduire toutes les choses. »

sieurs personnes si ce n'est par deux époux ». Depuis la réforme du 17 mai 2013¹, le mariage est ouvert aux couples de même sexe de sorte que ces couples peuvent désormais accéder à l'adoption.

Si le droit français de l'adoption se conforme encore au modèle de la famille légitime, le droit anglais en revanche s'en est totalement détaché. En effet, l'adoption est ouverte aux couples mariés, en *Civil Partnership* ou bien vivant comme des partenaires dans une « relation familiale durable »². Cette dernière situation équivaut à un concubinage stable et durable. L'*Adoption and Children Act 2002*³ a ouvert l'adoption aux couples homosexuels, anticipant alors sur la reconnaissance du couple homosexuel puisque le *Civil Partnership* n'a été institué qu'en 2004⁴. Depuis, il n'y a plus de filiation maternelle ou paternelle mais des filiations « parentales ». De la sorte, l'adoption fonde une filiation totalement fictive, ignorante des réalités génétiques, physiologique et scientifique. L'intérêt de l'enfant d'être élevé au sein d'une famille stable, hétérosexuelle ou homosexuelle, prime. Le but n'est plus de conforter la famille traditionnelle mais d'assurer pour l'enfant un environnement familial accueillant, chaleureux et stable⁵.

308. L'autonomie du fondement volontaire de la filiation. Lorsque la filiation adoptive tend à imiter, par ses conditions d'accès, la conception naturelle, c'est que son modèle est « génétique ». Certes, la filiation n'est pas fondée sur le partage d'un patrimoine génétique mais elle reste basée sur la possibilité physique de concevoir, autrement dit sur la procréation issue d'un couple hétérosexuel. Elle donne l'apparence d'une filiation charnelle, elle fait illusion. À partir du moment où l'on dissocie l'adoption de ce « modèle », la volonté devient l'unique fondement de la filiation. Elle est le seul élément de rattachement des parents adoptifs à l'enfant. La filiation adoptive parachève alors son caractère fictif..

La loi a donc édicté la volonté comme fondement de la filiation pour permettre la multiplication et la multiplicité des familles au détriment d'un modèle familial jusque là incontesté. Il s'agit là d'une tendance totalement inverse et en contradiction avec celle de la promotion de la réalité génétique telle que nous l'avons précédemment décrite⁶.

1. Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, *JO* 18 mai 2013.

2. *Adoption and Children Act* (c. 38) 2002, Section 144 (4).

3. *Ibid.*

4. *Civil Partnership Act* (c. 33) 2004.

5. T. CALLUS, « La filiation en droit anglais », *Recherches familiales* 2010, p. 59.

6. V. *supra*, page 43.

β. L'adoption individuelle, brèche ouverte dans l'imitation

309. Un détachement du modèle du couple parental. L'adoption n'est pas ouverte qu'à des couples, elle l'est aussi à une personne seule. L'on s'éloigne donc du « modèle » familial traditionnel dans lequel l'enfant est traditionnellement accueilli, c'est-à-dire par couple parental. La volonté individuelle de fonder une famille combinée avec l'intérêt de l'enfant peut permettre d'établir une filiation. Mais, en droit anglais, elle permet aussi d'exclure l'autre parent et donc de fonder volontairement une famille monoparentale.

310. Un projet individuel. En Angleterre, l'adoption est ouverte à une personne seule qui n'est ni mariée ni *civil partner*¹. Il s'agit donc bien d'une adoption en célibataire. Elle est ouverte tant aux personnes seules qu'aux couples vivant maritalement mais, dans ce dernier cas, ils ne pourront pas adopter conjointement, seul l'un d'eux pourra adopter. Il est cependant possible pour un personne mariée ou *civil partner* d'adopter seule en cas de séparation de fait² ou en cas d'incapacité du conjoint/*partner*³. En réalité, il faut une volonté adoptive exclusive du futur parent et l'absence physique ou mentale du conjoint/*partner* pour que l'adoption par un seul des membres du couple soit possible. Ainsi, le fait de ne pas être en couple, ou que celui-ci soit altéré, est une condition essentielle pour cette adoption.

Ce régime particulier a été instauré pour éviter le cas d'un désaccord concernant l'adoption entre les membres du couple candidat. Par exemple, l'un des époux souhaite adopter mais l'autre refuse de se joindre à la procédure. La volonté de l'un est entravée par celle de l'autre. Aussi, le législateur anglais a souhaité que la volonté du candidat soit respectée, que celle du conjoint ou *partner* ne soit pas forcée pour autant, et que l'enfant puisse être accueilli dans un foyer harmonieux. Les conditions particulières qui ont été édictées permettent de garantir l'équilibre ainsi recherché. Mais, elles révèlent aussi que l'intérêt de l'enfant à adopter ne réside plus nécessairement dans l'accueil par un couple mais plutôt dans un foyer stable et harmonieux, même si celui-ci n'est le fait que d'une personne seule.

311. L'adoption comme mode de création d'un lien avec le beau-parent. L'autre cas d'adoption par une personne seule est celui où l'adoptant est le beau-parent de l'enfant⁴. La volonté adoptive permet alors d'unifier les liens à l'égard de l'enfant : les deux membres du couple

1. Adoption and Children Act (c. 38) 2002. Section 51 (1) : « *An adoption order may be made on the application of one person who has attained the age of 21 years and is not married or a civil partner.* »

2. Il s'agit du cas où l'on ignore où se trouve le conjoint/*partner* ou en cas de séparation permanente des membres du couple (*ibid.*, Section 51 (3) et (4)).

3. C'est-à-dire lorsque l'époux/*partner* est atteint d'une maladie, mentale ou physique, le rendant incapable d'être partie à la procédure d'adoption (*ibid.*, Section 51 (3) et (4) (c) : « *the person's spouse/civil partner is by reason of ill-health, whether physical or mental, incapable of making an application for an adoption order* »).

4. *Ibid.*, Section 51 (2) : *An adoption order may be made on the application of one person who has attained the age of 21 years if the court is satisfied that the person is the partner of a parent of the person to be adopted.*

seront les parents de l'enfant. Mais, la difficulté vient de ce que, en principe, l'adoption par le beau-parent, personne seule, devrait priver le parent de sa *parental responsibility*, c'est-à-dire de l'autorité parentale, à l'égard de l'enfant. Ainsi, l'adoption d'un enfant par le concubin de la mère priverait cette dernière de toute autorité parentale. Pour y remédier, la section 46 (3) de l'*Adoption and Children Act 2002* prive l'adoption par le beau-parent de cet effet radical¹. Mais elle fait néanmoins disparaître le lien de filiation à l'égard de l'autre parent, dans notre exemple à l'égard du père. Aussi, l'*Adoption and Children Act 2002* a-t-il modifié le *Children Act 1989* en introduisant une alternative à l'adoption : le partage de l'autorité parentale entre les parents et le beau-parent². Les effets de l'adoption ont donc été aménagés pour prendre en compte les familles recomposées.

312. L'adoption comme mode de légitimation de l'*illegitimate child*. Le dernier cas d'adoption par une personne seule, en droit anglais, est celui de l'adoption par le parent de son propre enfant. Une telle adoption permet à un *illegitimate child*, enfant illégitime, d'acquérir le statut de *legitimate child*, enfant légitime³. Autrement dit, l'adoption a ici une fonction légitimatrice. L'adoption permet donc à l'enfant d'acquérir un statut plus favorable, ce qui peut être conforme à son intérêt. Pour que cela soit possible, certaines conditions doivent être remplies. La Section 51 (4) de l'*Adoption and Children Act 2002* envisage que l'adoption par une personne seule ne peut être faite par le père ou la mère de l'enfant à moins que l'autre parent ne soit mort ou introuvable, ou bien qu'il n'y ait pas d'autre parent car l'enfant est issu d'une mesure d'assistance médicale à la procréation, ou enfin parce qu'il existe une autre raison justifiant l'adoption de l'enfant par son propre parent uniquement⁴. Mais, cette forme d'adoption a pour effet d'exclure l'autre parent de la filiation de l'enfant. En effet, l'enfant va être juridiquement considéré comme étant celui de l'adoptant uniquement⁵. La finalité de la volonté adoptive est alors exclusive et non inclusive, ce qui peut aller à l'encontre du *child's welfare*.

313. Ce point a été au cœur d'une décision de la *House of Lords* : *Re B (Adoption : by the Natural Parent to Exclusion of Other)*⁶. Dans cette affaire, la mère célibataire avait confié l'enfant aux services sociaux pour qu'il soit adopté. Elle n'avait informé le père ni de

1. *Adoption and Children Act* (c. 38) 2002, Section 46 (3) (b) : *An adoption order [...] in the case of an order made on an application under section 51 (2) by the partner of a parent of the adopted child, does not affect the parental responsibility of that parent or any duties of that parent within subsection (2) (d).*

2. *Children Act* (c. 41) 1989, Section 4 (1).

3. *Adoption and Children Act* (c. 38) 2002. Section 67 (2) : *An adopted person is the legitimate child of the adopters or adopter [...].*

4. *Ibid.*, Section 51 (4).

5. *Ibid.* Section 67 (1) : *An adopted person is to be treated in law as if born as the child of the adopters or adopter.*

6. *Re B (Adoption By One Natural Parent To Exclusion of Other)* [2001] UKHL 70, [2002] 1 WLR 258. .

la grossesse ni de la naissance. Les autorités locales avaient pourtant retrouvé ce dernier qui avait exprimé son désir de s'occuper lui-même de l'enfant. L'enfant avait alors été placé avec lui. Bien qu'il bénéficiât de la *parental responsibility* du fait d'un accord parental, il demanda néanmoins à adopter l'enfant. La mère ne s'y opposait pas et maintenait qu'elle ne désirait pas s'occuper de l'enfant. La question qui se posait alors était de savoir s'il était dans l'intérêt de l'enfant d'exclure la mère de sa filiation. En première instance¹, l'adoption fût prononcée. Le juge BRACEWELL considérait que l'anxiété du père à propos du maintien du statut de la mère, parent titulaire de la *parental responsibility*, risquait de perpétuer cette anxiété et d'affecter la stabilité de l'enfant. De plus, la mère avait consenti à l'adoption et n'avait aucune volonté d'interférer dans la vie de l'enfant.

La *Court of Appeal*² remit en cause l'adoption et lui substitua un *residence order*³. Selon elle, en raison de l'importance pour l'enfant d'avoir deux parents, l'adoption était une réponse disproportionnée aux vues de l'article 8 de la CEDH.

La *House of Lords* valida, quant à elle, la position du juge BRACEWELL tout en rappelant néanmoins que les circonstances dans lesquelles il est de l'intérêt de l'enfant d'être adopté par un seul parent à l'exclusion de l'autre sont exceptionnelles. En fonction des circonstances de l'espèce, l'adoption peut donc être prononcée au profit du parent d'origine qui le demande et à l'exclusion de l'autre. Une telle pratique de l'adoption peut apparaître choquante parce qu'elle semble éloignée de la finalité principale de l'adoption : doter l'enfant d'une famille. Mais, en réalité, elle répond à une autre finalité : l'intérêt de l'enfant. Celui-ci peut être de n'avoir de liens qu'avec l'un de ses parents d'origine lorsque cela est nécessaire à son épanouissement et à son équilibre personnel mais aussi que l'autre parent ne souhaite pas s'investir dans la vie de l'enfant. Ainsi, les conditions posées dans la loi ne sont pas exhaustives, c'est l'intérêt de l'enfant qui va être décisif.

314. L'adoption par une personne seule peut donc prendre plusieurs formes en droit anglais. Elles révèlent à la fois une conception pluraliste de la famille adoptive : monoparentale par principe, recomposée, et même exclusive du parent de naissance. Elles sont ainsi la manifestation de la force de la volonté individuelle dans l'établissement d'un tel lien de filiation.

315. L'adoption par une seule personne en droit français. Le droit français n'offre pas une telle variété de filiations adoptives ouvertes à une personne seule. Une seule possibilité est envisagée par l'article 343-1 alinéa 1^{er} du Code civil⁴. La volonté adoptive peut donc

1. *B v P (Adoption by Unmarried Father)* [2000] 2 FLR 717 (FD).

2. *Re B (Adoption By One Natural Parent To Exclusion of Other)* [2001] 1 FLR 589 (CA).

3. Le *residence order* est une mesure prononcée par le juge fixant la résidence de l'enfant en vertu de la Section 8 du Children Act (c. 41) 1989.

4. Art. 343-1 alinéa 1^{er} : « L'adoption peut aussi être demandée par toute personne âgée de plus de 28 ans. »

être individuelle. Mais, il n'est pas indispensable que l'adoptant soit célibataire comme en Angleterre. En effet, « toute personne » ne signifie pas « une personne seule » mais « une seule personne ¹ ». Il s'agit d'une adoption individuelle mais l'adoptant peut être en couple. Il peut même être marié et prétendre seul à l'adoption, mais il lui faudra alors obtenir l'accord de son conjoint ². La personne seule peut également être engagée dans un Pacs ou dans un concubinage, homosexuel ou hétérosexuel. Le consentement du partenaire ou du concubin n'est pas requis mais son implication dans l'accueil de l'enfant sera appréciée lors de l'enquête sociale préalable au placement. La volonté individuelle suffit en principe mais il doit être tenu compte du contexte conjugal du candidat à l'adoption afin que l'enfant soit accueilli dans un environnement favorable.

Lorsque cette disposition a été introduite dans le Code civil en 1966, elle permettait au conjoint du parent d'adopter l'enfant ou encore de légitimer l'enfant. Comme en Angleterre, l'adoption était un outil de changement de statut pour l'enfant, il pouvait devenir légitime. Depuis les réformes de 1972 et 2005, l'égalité des filiations a fait perdre cette utilité à l'adoption individuelle. Elle sert désormais à donner un statut au beau-parent à l'égard de l'enfant, ou bien encore à ouvrir indirectement l'adoption aux personnes non mariées ou auxquelles le mariage n'était pas ouvert, comme les couples de même sexe jusqu'en 2013.

316. Rompant le lien avec le parent initial, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint doit répondre à des conditions particulières. Selon l'article 345-1 du Code civil, elle n'est possible que si l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard du parent conjoint, ou bien si l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale, ou encore si l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant. Ainsi, en cas de décès de l'autre parent, de filiation non établie à l'égard de celui-ci, ou encore de déchéance totale d'autorité parentale accompagnée du décès ou du désintérêt manifeste des ascendants du parent, l'adoption est possible. Le droit français est ici plus restrictif que le droit anglais en prévoyant les cas dans lesquels l'adoption est possible. Mais, cela s'explique par l'existence d'une alternative à l'adoption plénière en droit français : l'adoption simple. Permettant de ne pas rompre définitivement les liens de filiation avec les parents d'origine, cette forme d'adop-

1. F. DREIFUSS-NETTER, « Adoption ou assistance médicale à la procréation : quelles familles ? », *D.* 1998, I. p. 100.

2. Art. 343-1 al. 2 : « Si l'adoptant est marié et non séparé de corps, le consentement de son conjoint est nécessaire à moins que ce conjoint ne soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté ». Mais il ne bénéficie pas de la faculté de rétractation de l'article 348-3, ouverte aux seuls parents de l'adopté : Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 1997, *Bull. civ.* I, 333 ; *JCP G.* 1998, t. II, 10038, note F. DREIFUSS-NETTER ; *Deffrénois* 1998, p. 1026, obs. J. MASSIP ; *Dr. Fam* 1998, no 3, note P. MURAT. La faculté de rétractation est un repentir trop lié à l'abandon d'enfant pour qu'une extension analogique soit justifiée (G. CORNU, *Droit civil, La famille*, 9^e éd., Paris : Montchrestien, 2007, p. 436, nbp n° 16).

tion a la préférence du législateur hors les cas limitativement énumérés par l'article 345-1. Le droit anglais, en revanche, ne connaît pas cette modalité mais a résolu ce type de situations dans l'aménagement de l'exercice de la *parental responsibility*¹.

317. L'indifférence de l'orientation sexuelle du candidat à l'adoption. Quant à l'adoption par une personne célibataire, elle vise une personne seule ou bien en couple mais non mariée. L'adoption est alors indirectement ouverte aux couples pacsés ou en concubinage, hétérosexuels ou homosexuels. Le recours individuel à l'adoption permet de contourner l'accès restreint de l'adoption aux couples mariés. Avant la réforme de 2013 ouvrant l'adoption aux couples de même sexe², la question de la validité de l'adoption par une personne seule homosexuelle s'est posée. Fallait-il considérer que seules les personnes hétérosexuelles pouvaient recevoir l'agrément à l'adoption ? Une réponse positive se serait inscrite dans la lignée du modèle d'imitation de la famille traditionnelle. Mais n'était-ce pas ajouter une condition au texte ? N'était-ce surtout pas discriminatoire ? En 2002, la Cour européenne des droits de l'homme avait considéré que le refus d'agrément à l'adoption en raison de l'homosexualité du candidat n'était pas discriminatoire³. En effet, d'une part, un tel refus poursuivait un but légitime : « protéger la santé et les droits des enfants pouvant être concernés par une procédure d'adoption⁴ ». D'autre part, s'agissant d'un domaine ne faisant pas l'objet d'un consensus européen, une « large marge d'appréciation⁵ » était laissée aux États membres pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifiaient des distinctions de traitement juridique. En conséquence, le refus d'agrément n'avait pas transgressé le principe de proportionnalité.

En revanche, en 2008, dans une affaire approuvée, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle des candidats à l'adoption⁶. Dans cette affaire, une femme avait fait une demande d'adoption. L'agrément administratif, préalable à la procédure, lui avait été refusé pour deux raisons : l'absence de référent paternel dans son foyer et le comportement de sa compagne. Cette dernière ne se

1. V. *infra*, page 343.

2. Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, *JO* 18 mai 2013.

3. CEDH, *Fretté c. France*, 26 fév. 2002, n° 36515/97 ; *D.* 2002, p. 2024, obs. GRANET ; *D.* 2002, p. 2569, obs. COURTIN ; *JCP G.* 2002, t. II, 10074, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *RJPF* avr. 2002, p. 20, obs. L. LE BOURSICOT ; *Dr. Fam* 2002, p. 8, note DEBET ; *Dr. et patr.* Juin 2002, p. 107, obs. LOISEAU ; *AJDA* 2002, p. 401, note POIROT-MAZÈRES ; *LPA* 10 juil. 2002, p. 10, note VASSEUR-LAMBRY et CARIUS ; *RTD. civ.* 2002, p. 281, obs. HAUSER ; *RTD. civ.* 2002, p. 389, obs. MARGUÉNAUD.

4. *Ibid.*, § 38.

5. *Ibid.*, § 41.

6. CEDH, gr. ch., *E.B c. France*, 22 jan. 2008, Req. no 43546 ; *D.* 2008, *AJ*, p. 351, obs. ROYER ; *D.* 2008, p. 2038, note HENNION-JACQUET ; *Gaz. Pal.* 25 juil. 2008, p. 10, obs. TAHRI ; *RJPF* fév. 2008, p. 22, note C. VALORY ; *LPA* 7 fév. 2008, p. 9, note CHALTIEL ; *RTD. civ.* 2008, p. 249, obs. MARGUÉNAUD ; *RLDC* mai 2008, p. 41, note L. BOURSICOT.

sentait, en effet, pas engagée par la demande d'adoption de la requérante.

Après avoir rappelé sa solution dans l'affaire *Fretté c. France*, la Cour relève les différences entre les deux affaires. Tout d'abord, dans l'affaire en cause, les autorités administratives françaises n'avaient pas fait référence expressément aux « choix de vie » de la requérante à la différence de l'affaire *Fretté c. France*. Ensuite, elles ont relevé les qualités de la requérante ainsi que ses capacités éducatives et affectives, ce qu'elles n'avaient là encore pas fait dans l'affaire *Fretté c. France*. Enfin, elles ont pris en compte l'attitude de la compagne de la requérante avec qui cette dernière avait indiqué vivre une relation stable et durable, élément là encore inexistant dans le dossier de M. Fretté qui était célibataire.

Puis, la Cour examine les deux arguments de l'administration française justifiant le refus d'agrément. Concernant le motif tiré de l'absence de référent paternel ou maternel dans le foyer d'un demandeur à l'agrément en vue d'adopter, la Cour estime qu'il risque de vider de sa substance le droit des célibataires à demander l'agrément. L'adoption est ouverte aux personnes célibataires et le Code civil n'exige pas la présence d'un référent ou non, « un tel motif aurait donc pu conduire à un *refus arbitraire* et servir de *prétexte* pour écarter la demande de la requérante en raison de son homosexualité¹ ». Invoquer l'absence de référent de l'autre sexe n'est pas discriminatoire en soi. Mais le manque de cohérence entre les termes de la loi qui permettent une adoption en célibataire et les exigences de la pratique d'un référent de l'autre sexe ont laissé penser à la Cour qu'une discrimination pouvait ainsi être dissimulée.

Si l'incohérence ne peut être niée, la présomption de discrimination qui en découle est critiquable. En effet, le même argument a été utilisé par les juridictions françaises pour refuser l'agrément à une célibataire du même sexe². À l'inverse, lorsque le candidat à l'adoption ne marque aucune hostilité de principe envers les représentants du sexe opposé, le Conseil d'État considère que le refus d'agrément est injustifié³. Ce qui est recherché par l'administration française est donc l'équilibre et l'épanouissement de l'enfant, en d'autres termes son intérêt. Et celui-ci devrait pouvoir justifier un refus d'agrément quelle que soit l'orientation sexuelle du candidat à l'adoption.

Mais, étonnamment, la Cour européenne des droits de l'homme apprécie différemment

1. CEDH, gr. ch., *E.B c. France*, 22 jan. 2008, Req. no 43546 ; *D.* 2008, AJ, p. 351, obs. ROYER ; *D.* 2008, p. 2038, note HENNION-JACQUET ; *Gaz. Pal.* 25 juil. 2008, p. 10, obs. TAHRI ; *RJPF* fév. 2008, p. 22, note C. VALORY ; *LPA* 7 fév. 2008, p. 9, note CHALTIEL ; *RTD. civ.* 2008, p. 249, obs. MARGUÉNAUD ; *RLDC* mai 2008, p. 41, note L. BOURSICOT, § 73.

2. CE, *Francois*, 18 fév. 1994 ; *D.* 1994, IR, p. 78. Dans cet arrêt, la requérante opérait un refus systématique de tout référent masculin. L'adoption projetée avait donc été perçue comme le moyen de mettre fin à la solitude de celle-ci.

3. CE, 27 oct. 1995, n° 161788, L'adoption en célibataire n'est qu'une modalité de l'adoption, elle n'en est pas le modèle. Cette forme d'adoption ne doit pas fermer définitivement toute possibilité de constitution d'une famille avec une autre personne. C'est pourquoi l'état d'esprit du futur adoptant quant au parent référent de l'autre sexe est prise en compte.

l'intérêt de l'enfant dans cette espèce. En effet, elle considère que l'existence d'un partenaire du candidat à l'adoption, sa position et la « place qu'il occupera nécessairement au quotidien auprès de l'enfant » commandent « un examen spécifique dans l'intérêt supérieur de l'enfant ». Cette prise en compte du partenaire du candidat à l'adoption avait été réalisée dans l'examen de la situation par le président du conseil général concernant les conditions d'accueil de l'enfant sur les plans familial, éducatif et psychologique. Ainsi, tenir compte de l'attitude de la compagne de la candidate à l'adoption n'était pas, en soi, constitutif d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. L'intérêt de l'enfant adoptif justifiait un tel contrôle. Pourtant, la Cour européenne a considéré qu'il fallait opérer une *appréciation globale* des deux motifs du refus d'agrément et que « le caractère illégitime de l'un des motifs a pour effet de contaminer l'ensemble de la décision¹ ». Elle en a alors conclu que l'influence de l'homosexualité déclarée de la requérante sur l'appréciation de sa demande était avérée et qu'elle avait revêtu un caractère décisif, menant à la décision de refus d'agrément en vue d'adopter.

Cette décision montre la priorité du principe de non-discrimination sur l'intérêt de l'enfant, tendance qui a donc été inversée par rapport à l'affaire *Fretté c. France*. La conséquence principale de cette décision est que l'administration française ne devra pas envisager la présence d'un adulte référent de l'autre sexe dans l'entourage du candidat à l'adoption pour refuser l'agrément. En revanche, elle devrait pouvoir tenir compte du comportement de cet adulte référent, favorable ou non à l'adoption, pour délivrer son agrément. À l'heure où le *projet parental* est au cœur d'un grand nombre de décisions concernant la conception et la filiation d'un enfant, il serait cohérent que son existence ou son absence soit prise en compte, et cela même dans le cadre d'une adoption individuelle nous semble-t-il. L'intérêt de l'enfant doit s'apprécier en fonction de l'ensemble du contexte familial dans lequel il sera amené à grandir et non en en faisant abstraction. Il est à souhaiter que l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe évitera ce genre de situations à l'avenir puisque l'adoption par une personne seule ne sera plus leur seul moyen de fonder une famille.

318. La volonté individuelle permet alors la « consécration institutionnelle d'une famille tronquée² » en raison de la fondation d'une filiation unilinéaire. En effet, la parenté ascendante de l'enfant se réduit à une seule ligne maternelle ou paternelle. S'appuyant sur ce détachement du modèle bilinéaire et sur la pratique constatée d'adoptions à titre individuelle par une personne homosexuelle célibataire ou vivant en couple, le législateur français a fait le

1. CEDH, gr. ch., *E.B c. France*, 22 jan. 2008, Req. no 43546 ; *D.* 2008, AJ, p. 351, obs. ROYER ; *D.* 2008, p. 2038, note HENNION-JACQUET ; *Gaz. Pal.* 25 juil. 2008, p. 10, obs. TAHRI ; *RJPF* fév. 2008, p. 22, note C. VALORY ; *LPA* 7 fév. 2008, p. 9, note CHALTIEL ; *RTD. civ.* 2008, p. 249, obs. MARGUÉNAUD ; *RLDC* mai 2008, p. 41, note L. BOURSICOT, § 80.

2. G. CORNU, *Droit civil, La famille*, 9^e éd., Paris : Montchrestien, 2007, p. 437, n° 279.

choix d'ouvrir l'adoption aux couples de même sexe¹, laissant persister les conditions d'âge comme dernière référence au modèle physique de la filiation.

γ. Les conditions d'âge, persistance du modèle

319. Les conditions d'une filiation plausible. Alors même que la référence au modèle de la famille légitime et hétérosexuelle a progressivement disparu, des conditions d'âge sont maintenues pour accéder à l'adoption. Elles sont l'illustration de ce que le droit de l'adoption continue à s'inspirer d'une représentation physique de la procréation et de la filiation. Aussi, l'enfant doit être suffisamment jeune pour s'insérer dans une famille de même qu'une différence d'âge trop étroite entre l'adoptant et l'adopté ne lui serait pas non plus favorable. L'imitation est aussi une garantie de ce que les conditions d'accueil de l'enfant seront les meilleures.

Il convient donc que l'enfant soit le plus jeune possible pour s'insérer au mieux dans une famille, il ne doit donc pas présenter un âge maximum. En Angleterre, il doit avoir moins de 19 ans². En France, l'adoption plénière n'est permise qu'en faveur des enfants âgés de moins de 15 ans³. Pour son équilibre et sa stabilité, il faut également que la famille d'adoption soit responsable, donc que les adoptants soient majeurs et d'une certaine maturité. Les parents adoptifs doivent présenter un âge minimum : 21 ans en Angleterre et 28 ans en France⁴. Il peut être moindre en France si le couple est marié depuis au moins deux ans⁵ et même supprimé lorsqu'il s'agit de l'adoption de l'enfant du conjoint⁶ ; en Angleterre lorsqu'il s'agit de l'adoption de son propre enfant, l'adoptant peut avoir 18 ans seulement mais l'autre parent adoptif, s'il y en a un, doit avoir 21 ans au moins⁷.

En Angleterre, il n'est pas possible que l'adoption d'un adulte soit prononcée afin de lui faire bénéficier de droits successoraux. En France, en revanche, la forme particulière de l'adoption simple offre la possibilité d'adopter un adulte. C'est pourquoi elle est très employée pour gratifier l'enfant du conjoint. Mais il convient alors qu'il existe une différence d'âge significative entre l'adoptant et l'adopté.

1. Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, *JO* 18 mai 2013.

2. Adoption and Children Act (c. 38) 2002, Sections 47 (9) et 49 (4). et *Re B (A Minor) (Adoption Order : Nationality)* [1999] 2 AC 136 (HL).

3. Art. 345 al 1 du Code civil. Compte tenu de la difficulté pour certains enfants d'être adopté, l'alinéa 2 du même article assouplit la règle au profit de la famille d'accueil de l'enfant. L'adoption pourra alors être demandée pendant la minorité de l'enfant et dans les deux ans suivant sa majorité.

4. Respectivement, Section 50 (1) du Adoption and Children Act (c. 38) 2002. et articles 343 et 343-1 du Code civil.

5. Art. 343 du Code civil.

6. Art. 343-2 du Code civil.

7. Adoption and Children Act (c. 38) 2002, Section 50 (2).

L'exigence d'une différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté subsiste donc afin de respecter le décalage naturel des générations. Il convient que la filiation soit plausible. Ainsi, le droit français exige que l'adoptant ait 15 ans de plus que l'adopté sauf dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint, auquel cas il suffit de 10 ans de différence¹. En Angleterre, il n'y a pas d'exigence de ce type. Mais, le juge en tient compte dans l'examen du *child's welfare* ; il ne serait pas favorable à l'enfant d'avoir des parents adoptifs qui soient trop proches de son âge. Mais il ne le serait pas non plus d'avoir des parents adoptifs trop âgés, au-delà des possibilités naturelles de procréation.

320. Parce que l'imitation n'est plus au cœur des dispositions relatives à l'adoption, le juge voit la nature de son contrôle se renforcer puisqu'il est le garant non plus de l'institution mais de l'intérêt de l'enfant à adopter.

iii. Le juge, acteur du contrôle de la volonté adoptive

321. L'adoption, une institution. L'État joue un rôle d'intermédiaire au service de l'intérêt de l'enfant, il est le relais entre la famille d'origine et la famille adoptive. Il recueille la volonté de retrait des parents d'origine et celle d'accueil de la famille d'adoption. Il est le relais des volontés exprimées dans le cadre de l'adoption. Il délègue les mesures administratives aux autorités locales : le conseil général en France, la *local authorities* en Angleterre. Puis les agences d'adoption, publiques ou agréées par l'État, se chargent de placer les enfants qui leur sont confiés.

À la différence de la procréation médicalement assistée, le juge est chargé du contrôle de la réunion des conditions de l'adoption, et tout particulièrement de la volonté de retrait des parents d'origine et de la volonté d'insertion des parents candidats. Il est chargé de s'assurer que cette adoption répond aux besoins et à l'intérêt de l'enfant dont il est question. Ce contrôle s'opère *in concreto* car il s'agit de vérifier que cet enfant va s'épanouir dans la famille qui demande à l'accueillir.

322. L'intérêt de l'enfant, l'élément central de la décision du juge. En matière d'adoption, l'intérêt de l'enfant est la notion centrale. En droit français, l'adoption doit y être conforme². En droit anglais, ce n'est pas l'intérêt de l'enfant qui est poursuivi mais le *child's welfare*, littéralement le bien-être, le bonheur de l'enfant. Il doit être la considération principale dans la décision du juge ou des agences d'adoption³. Nous étudierons par la suite si ces deux no-

1. Art. 344.

2. Art. 353 du Code civil.

3. *Ibid.* Section 1 (2) : *The paramount consideration of the court or adoption agency must be the child's welfare, throughout his life.* Le même principe est contenu dans la section 1 (1) du Children Act (c. 41) 1989.

tions ont le même contenu¹ mais il est clair qu'il s'agit de l'axe décisionnel du juge. Le droit français ne précise aucun élément d'appréciation de la notion et laisse cette tâche aux juges du fond. Le droit anglais, en revanche, établit une liste d'éléments à prendre en compte dans l'appréciation du *child's welfare*. Doivent notamment être envisagés² : les souhaits et sentiments de l'enfant concernant l'adoption, ses besoins particuliers, les conséquences probables sur l'enfant d'être coupé de sa famille d'origine et de devenir un enfant adopté. Doivent également être pris en compte l'âge, le sexe, le passé et toute autre caractéristique de l'enfant que le juge considère comme pertinente, tout dommage que l'enfant a subi ou risque de subir. Doit enfin être examinées les relations de l'enfant avec les membres de sa famille et avec d'autres personnes que le juge peut estimer importantes. Pour ce faire, la vraisemblance qu'une telle relation perdure et l'apport pour l'enfant qu'il en soit ainsi, la capacité et la volonté de tout membre de sa famille, ou de toute personne, de lui fournir un environnement sûr dans lequel il pourra se développer et de répondre à ses besoins, ainsi que les souhaits et sentiments de tout membre de la famille de l'enfant, ou de toute personne, à propos de l'enfant, seront des indices utiles à l'appréciation du *child's welfare*.

Il faut percevoir le *child's welfare* comme une garantie pour l'enfant et comme une limite à la volonté parentale. Cette dernière ne peut en effet suffire au prononcé de l'adoption, il doit être d'abord tenu compte de l'enfant. À tel point qu'en Angleterre, il est clairement indiqué que le juge ne doit prononcer l'adoption que si cette décision est plus favorable à l'enfant que l'abstention de celle-ci³. Cette prise en compte de l'intérêt de l'enfant ou de son bien-être démontre bien que l'adoption est avant tout une institution tournée vers l'enfant plus que vers le désir des parents de fonder une famille, à la différence de la procréation médicalement assistée.

323. L'adoption internationale. Nous n'envisagerons pas les règles régissant l'adoption internationale admise dans les deux systèmes. En effet, la volonté des parents adoptifs français ou anglais est bien la même : celle d'insérer l'enfant dans la famille, quelle que soit l'origine nationale de celui-ci. Les règles de l'adoption internationale ne sont ni plus ni moins révélatrices de la volonté parentale que celles de l'adoption interne. Elles ont seulement vocation à s'exercer en présence d'un élément d'extranéité.

324. Adoption et procréation médicalement assistée, ou la volonté de fonder une famille. La volonté, qui irrigue les projets parentaux de procréation médicalement assistée avec tiers

1. V. *infra*, page 249.

2. Adoption and Children Act (c. 38) 2002, Section I (4).

3. *Ibid.* Section 1(6) : « [...] and the court must not make any order under this Act unless it considers that making the order would be better for the child than not doing so. »

donneur ou d'adoption, vise avant tout à fonder une famille. Le droit permet grâce à des fictions plus ou moins fortes de fonder une famille grâce à l'établissement de liens de filiations entre des parents et des enfants qui n'ont pas de patrimoine génétique commun. La volonté parentale permet ainsi à la fiction d'exister. Mais jusqu'où peut-elle aller ? Elle permet déjà de s'éloigner de l'imitation traditionnelle des filiations génétiques. Peut-elle, doit-elle aller plus loin ? La levée de limites corporelles ou temporelles ne risque-t-elle pas de transformer la volonté parentale en désir d'enfant ?

§ 2. La construction par l'excès de volonté

325. De la volonté parentale au désir d'enfant. La volonté permet de fonder totalement une filiation. Celle-ci est, à l'origine, une filiation d'imitation. Désormais, la tentation est grande de dépasser l'imitation de la famille traditionnelle afin de fonder une filiation déconnectée de toute réalité génétique, physique ou temporelle. La fiction n'est plus uniquement dans la substitution d'un lien volontaire à un lien génétique mais elle est aussi dans la transformation d'une filiation impossible en filiation possible.

En réalité, la volonté parentale change alors de nature. Elle n'est plus altruiste, elle ne vise plus seulement à fournir une famille à un enfant déjà né. Si elle avait déjà perdu une part de cette nature dans le cadre de la procréation médicalement assistée en ce qu'elle intervenait *ab initio*, elle la perd définitivement lorsqu'elle permet de contourner les impossibilités structurelles à procréer. Elle se mue alors en désir d'enfant. Seul compte le but à atteindre : l'enfant. Toutes les méthodes possibles doivent être mises en œuvre pour atteindre cette fin. Le désir d'enfant justifie alors l'utilisation de gamètes après la mort de son auteur, la filiation à l'égard de couples de même sexe, la délocalisation de la gestation de l'enfant dans un autre corps que celui de la mère génétique, et demain peut-être le clonage, l'utérus artificiel, voire une reproduction monosexuée¹.

L'enfant est désormais l'enjeu principal, peu importe le statut conjugal du parent, ses possibilités physiques de concevoir, ou encore qu'il soit vivant ou non.

Il convient donc d'étudier cette forme de volonté, le désir d'enfant, qui fonde aujourd'hui les nouvelles formes de procréation et permet l'établissement d'une filiation au-delà de la mort (A.) et au-delà du corps (B.).

1. En décembre 2010, des chercheurs de l'Université du Texas ont réussi à concevoir des souriceaux viables à partir de deux souris mâles.

A. La filiation au-delà de la mort

326. La volonté, plus forte que la mort ? En principe, lorsqu'une personne décède, il ne peut plus engendrer. Exception faite de la femme qui accouche quelques mois après le décès du père de l'enfant. De même, en principe, lorsqu'une personne décède, son consentement à la procréation médicalement assistée s'éteint. La volonté ne peut pas permettre de passer outre la mort.

Pourtant, en droit anglais, la volonté exprimée de son vivant peut continuer à produire ses effets après la mort de son auteur. Ses gamètes ou l'embryon conçu avec celles-ci pourront être utilisés alors même qu'il ne pourrait plus naturellement concevoir. La procréation médicalement assistée *post mortem* est donc possible au Royaume-Uni (2.) mais demeure interdite en France (1.).

1. L'interdiction de la procréation médicalement assistée *post mortem* en droit français

327. Si le droit français pose une interdiction de principe (a.), l'autorisation du transfert d'embryon *post mortem* est à l'étude (b.).

a. Une interdiction de principe

328. En droit français, la procréation médicalement assistée *post mortem* est interdite. Tout d'abord, l'article L. 2141-2 alinéa 3 du Code de la Santé Publique précise que l'homme et la femme formant le couple « doivent être vivants ». La règle est tellement claire que, dans le même alinéa, elle est formulée de façon négative : « font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple [...] ». Ensuite, les juges du fond ont réaffirmé ces interdictions qu'il s'agisse de l'implantation d'un embryon après le décès du mari ou encore, plus récemment, de la restitution des paillettes congelées du mari décédé¹.

b. Une autorisation en germe

329. Le transfert d'embryon *post mortem*. Dans le cadre de la révision des lois de bioéthique², les députés avaient adopté en commission, le 26 janvier 2011, deux amendements autorisant le transfert d'un embryon après le décès du père si celui-ci a donné son consentement préalable³. S'ils n'ont finalement pas été retenus, leur contenu renseigne sur le fait que

1. TGI Rennes, 15 oct. 2009, no RG 09/00588 ; *RTD. civ.* 2010, p. 93, note J. HAUSER.

2. Projet de loi relatif à la bioéthique 2010.

3. Ces deux amendements avaient un contenu identique : l'amendement n° 1 est présenté par la députée UMP Martine AURILLAC, l'amendement n° 139 par les députés PS Alain CLAEYS et Jean-Luc LE DÉAULT.

la procréation médicalement assistée *post mortem* n'est pas exclu des réflexions politiques touchant au domaine de la filiation.

330. La dernière phrase du dernier alinéa de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique était ainsi remplacée par trois nouveaux alinéas :

« Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons 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.

Fait obstacle à l'insémination le décès d'un des membres du couple.

Le transfert des embryons peut être réalisé à la suite du décès de l'homme dès lors que celui-ci a donné par écrit son consentement à la poursuite de l'assistance médicale à la procréation dans l'éventualité de son décès. Cette faculté lui est présentée lorsqu'il s'engage dans le processus ; son consentement peut être recueilli ou retiré à tout moment. Le transfert d'embryons ne peut être réalisé qu'au minimum six mois et au maximum dix-huit mois après le décès, après autorisation de l'Agence de biomédecine. La naissance d'un ou de plusieurs enfants à la suite d'un même transfert met fin à la possibilité de réaliser un autre transfert. La femme doit bénéficier dans ce cadre d'un accompagnement personnalisé. Elle peut à tout moment renoncer au transfert. Son mariage ou son remariage fait obstacle à la réalisation de ce transfert d'embryons. »

331. Conditions positives. Il était donc rappelé le principe de l'interdiction de l'insémination *post mortem*. En revanche, il était prévu de lever l'interdiction pour le transfert d'embryons. Plusieurs conditions étaient requises par l'amendement.

D'abord, était requise *l'exigence d'un consentement du futur père à ce que le transfert soit accompli après sa mort*. Son consentement initial à l'assistance médicale à la procréation devait être doublé d'un consentement exprès relatif au transfert de l'embryon après sa propre mort. La volonté parentale permettait alors d'aller au-delà de l'obstacle physique et réel à la procréation qu'est la mort. Si le père le souhaitait et l'exprimait, alors un enfant aurait pu naître entre 15 et 27 mois après le décès de son père¹... Nous verrons que cette proposition se rapproche alors de la solution de droit anglais.

Ensuite, était exigé *le respect d'un double délai à compter du décès de l'homme*. Le premier délai était un délai de réflexion de 6 mois à compter du décès du père pendant lequel la femme aura le choix de décider ou non de l'implantation des embryons, le second était un délai de forclusion de 18 mois à compter du décès afin de permettre plusieurs tentatives

1. En effet, le transfert ne devait pas avoir lieu avant l'écoulement d'un délai de six mois à compter du décès et pas après un délai de dix-huit mois à compter de cette même date. En ajoutant les neuf mois de gestation, l'enfant serait né entre 15 et 27 mois après le décès de son père.

de transfert. Autrement dit, le transfert d'embryon ne pouvait intervenir avant un délai de six mois ni après dix-huit mois à compter du décès du père. Il s'agissait d'éviter une prise de décision trop rapide de la mère mais également de permettre l'effectivité de la mesure grâce à plusieurs essais de transfert d'embryon.

Enfin, il convenait d'obtenir *l'autorisation du transfert par l'Agence de biomédecine*. En matière d'assistance médicale à la procréation, les médecins jouent un rôle central. Il est donc cohérent que l'Agence de biomédecine donne son autorisation au transfert. Pourtant, est-ce bien opportun ? Le recours à un juge ne permettrait-il pas d'apprécier davantage l'intérêt de l'enfant à naître ? Il est également permis de se demander sur quels critères l'Agence de biomédecine aurait pris sa décision. Il s'agit là encore d'une illustration de ce que, en matière d'assistance médicale à la procréation et plus largement de bioéthique, le pouvoir décisionnel est plus médical que juridique¹.

332. Conditions négatives. A ces conditions positives, s'ajoutaient un ensemble de conditions négatives. D'abord, il convenait qu'il n'y ait pas *d'enfant(s) déjà nés d'un transfert post mortem*. Le recours au transfert d'embryon *post mortem* était présenté comme une solution exceptionnelle, ultime et à usage unique. Il ne pouvait donc y avoir qu'une seule gestation après le décès de l'homme ayant consenti à l'assistance médicale à la procréation. Cette restriction souligne bien que les auteurs des amendements n'avaient pas pour but de généraliser ni la paternité ni la famille *post mortem*, elle était donc la bienvenue.

Ensuite, *l'absence de renoncement de la future mère au transfert* devait avoir été constatée. Devait subsister une volonté conjointe des futurs parents pour qu'il soit procédé au transfert d'embryon, aussi si la mère y renonce, le projet parental n'aboutira pas.

Enfin, *l'absence de mariage ou remariage de la future mère* devait être vérifiée. Cette condition était particulièrement intéressante car elle montrait que l'engagement de la mère dans un nouveau projet familial éteignait le précédent avec le *de cuius*. Le transfert d'embryon *post mortem* ne pouvait se cumuler avec un autre projet parental, il était exclusif. Cette qualité concordait ainsi avec celle d'unicité précédemment évoquée. Il faut noter que l'entrée en Pacs n'avait pas la même conséquence. Certes, la constitution de la famille n'est pas de l'essence du Pacs tel qu'il a été conçu initialement car il n'a pas d'effets verticaux spécifiques. L'absence de devoir de fidélité entre les partenaires et de présomption de paternité corrélative pouvait justifier cette absence de prise en compte d'un Pacs subséquent au décès du conjoint. Néanmoins, si c'est le projet parental qui doit être pris en compte, celui-ci peut aussi se réaliser au sein d'un Pacs et vide de son sens le projet *post mortem* mené avec les gamètes du défunt. La condition aurait pu être élargie à notre sens.

1. B. MATHIEU, *La bioéthique*, Connaissance du droit, Dalloz, 2009, p. 2.

333. L'adaptation nécessaire des règles de droit de la filiation. La volonté parentale permettrait donc de dépasser la mort de l'un des parents dans la réalisation de la conception d'un enfant. Cela étant posé, il faut en tirer les conséquences en matière de filiation : comment l'établir alors que le mari, le partenaire ou le concubin n'est plus ? Les amendements au projet de loi relatif à la bioéthique distinguaient selon que l'enfant est né en ou hors mariage. Si l'enfant était né en mariage, la présomption de paternité jouait. Mais, qu'en était-il si celle-ci venait à être écartée par le jeu de l'article 313, c'est-à-dire lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père ? On voit mal comment, suivant l'article 314, une possession d'état pourrait rétablir ladite présomption puisque le père n'a pu ni traiter l'enfant comme le sien, ni se faire reconnaître comme tel à l'égard des tiers, ni enfin lui accorder son nom. Le consentement au transfert d'embryon après sa mort pourrait-il être l'élément suffisant pour constituer la possession d'état ? Cela est fort possible car ce consentement pourrait être envisagé comme un engagement de paternité pour l'avenir.

Mais pour dissiper tout doute, les amendements au projet de loi relatif à la bioéthique prévoyaient un article 314-1 qui disposait :

« Si l'enfant est inscrit sans l'indication du nom du mari et n'a pas de possession d'état à l'égard de ce dernier, la présomption de paternité n'est toutefois pas écartée lorsqu'il est établi que le décès du mari est intervenu postérieurement à un processus d'assistance médicale à la procréation ayant donné lieu à la conception d'embryons pendant la durée du mariage, que l'intéressé a donné par écrit son consentement à une gestation intervenant après son décès, et que la mère a bénéficié postérieurement à celui-ci d'un transfert d'embryon, dans les conditions prévues à l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique. »

Pour l'enfant né hors mariage, un article 311-21 assimilait le consentement au transfert *post mortem* à une reconnaissance :

« Le consentement écrit donné par un homme à la poursuite éventuelle par sa concubine, postérieurement au décès de celui-ci, de leur projet parental vaut reconnaissance de l'enfant né du transfert des embryons du couple, si ceux-ci ont été conçus et transférés dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation réalisée dans les conditions prévues à l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique. Le consentement ainsi donné interdit toute action en contestation de filiation ou en réclamation d'état, à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été révoqué. »

Il est étonnant que cette assimilation ait pu être envisagée pour une mesure d'assistance médicale à la procréation *post mortem* alors qu'elle ne l'est pas lorsque les deux parents sont vivants. La volonté aurait alors pu aller plus loin en matière de filiation médicalement assistée *post mortem* que *in vivo*.

334. L'adaptation corrélative du droit des successions. Une telle réforme aurait aussi des conséquences en matière de successions. En effet, lorsque les conditions sont remplies, comment prendre en compte l'embryon non encore transféré dans la succession du *de cuius* ? Doit-on attendre la naissance de l'enfant pour procéder à la liquidation ? Les enfants nés de cette union, ou encore d'une précédente, verraient alors leur part successorale restreinte au profit de cet enfant à venir. Le transfert d'embryons *post mortem* serait la cause d'incertitude et d'insécurité successorales. Pour y remédier, les amendements avaient envisagé de modifier certaines règles de droit des successions. L'insertion d'un nouvel article 724-2 dans le Code civil disposait que

« Par dérogation à l'article 725, l'enfant né à la suite d'un transfert d'embryon réalisé après le décès du père dans les conditions prévues à l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique, est appelé à la succession du défunt qui a donné par écrit de son vivant son consentement à la mise en œuvre d'un tel processus d'assistance médicale à la procréation. »

Si le principe reste que, pour succéder, il faut exister à l'instant de la succession ou tout au moins être déjà conçu puis naître viable, il serait désormais possible pour un enfant, encore au stade d'embryon congelé au moment du décès de son père, d'être appelé à la succession de ce dernier dès sa naissance. Du fait du consentement du père au transfert après sa mort, l'embryon congelé acquiert un statut dont il ne dispose pas autrement. Il est considéré comme un enfant en devenir, à la filiation et aux droits successoraux assurés malgré le décès de l'un de ses géniteurs. L'on pressent bien que l'embryon, projeté dans l'avenir grâce à la volonté de son père, bénéficie d'un statut dont les autres embryons ne bénéficient pas. Ce qui relance alors la discussion du statut de l'embryon.

335. Des orphelins *ab initio* ? Au nom du désir d'enfant, la volonté pourrait mener à la naissance d'un enfant que l'on sait orphelin *ab initio*. Certes, il y a toujours existé des enfants nés après le décès de leur père. Mais la grande différence est que dans le cas de la procréation médicalement assistée, l'enfant n'est pas encore conçu ou bien il n'est qu'au stade d'embryon congelé et non encore implanté, tandis que dans le cas d'un enfant conçu avant le décès de son père mais né après, son développement est déjà engagé. Il peut déjà bénéficier du principe *Infans conceptus* tandis que ne le peut pas l'embryon congelé. Celui-ci n'est effectivement pas considéré comme véritablement conçu, il convient qu'il soit implanté dans l'utérus de la mère pour que cela soit le cas. C'est donc la gestation qui fait ici la différence. C'est pourquoi il nous semble que le statut d'orphelin n'est pas le même dans l'un et l'autre cas : dans l'un, il est subi, dans l'autre il est voulu par les parents. L'on perçoit bien ici la force en devenir de la volonté parentale : elle pourrait permettre de détacher encore davantage la conception et

la naissance d'un enfant de toute référence au cycle naturel de la vie. Il s'agit là encore d'un choix de société qui, s'il est pris, aura bien d'autres conséquences : quel statut pour l'embryon qui n'est pas transféré après la mort du père initial ? Qu'en est-il de l'embryon conçu avec les gamètes d'un tiers donneur ? En effet, si le projet parental peut se poursuivre après la mort de l'un des membres du couple, on ne voit pas pourquoi l'insémination ou le transfert *post mortem* pourrait être refusé dans ce cas. Et il convient alors de se demander s'il ne s'agira pas ici de donner à la mère la possibilité d'un enfant non plus « souvenir ¹ » mais « caprice » parce que répondant à son seul désir individuel.

Il ne faut en effet pas perdre de vue la cohérence de notre système juridique. Tel qu'il est aujourd'hui, il est encore calqué sur un modèle physique de la procréation, au sens où l'âge et le caractère vivant du parent sont encore pris en compte dans l'élaboration des règles d'accès à la procréation médicalement assistée. Malheureusement, « la construction d'un droit cohérent se heurte, à notre époque, à une casuistique romantique qui met perpétuellement en exergue quelques cas douloureux. Mais, au delà des cas, il y a une cohérence philosophique simple : quand on est mort, on ne fait plus d'enfants parce que la fabrication des enfants n'est pas seulement faite pour satisfaire ou consoler ceux qui les font ² ». Un rappel de bon sens est toujours le bienvenu.

336. *De minimis non curat praetor...* En autorisant le transfert d'embryons *post mortem*, la loi traiterait ici de cas très particuliers (trois ou quatre par an selon les médecins), oubliant sa vocation générale. Le législateur doit-il s'emparer de causes si minimes ? Par ailleurs, une telle réforme entraînerait un bouleversement du droit de la filiation et des successions. Est-ce vraiment nécessaire ? La tendance générale va dans le sens d'une telle évolution puisque le Comité consultatif national d'éthique a donné un avis favorable en la matière ³.

2. L'autorisation de la procréation médicalement assistée *post mortem* en Angleterre

337. De l'autre côté de la Manche, la filiation *post mortem* est autorisée, que l'enfant soit issu indifféremment d'une insémination ou d'un transfert d'embryon. C'est le *Human Fertilisation and Embryology (Deceased Father) Act 2003* ⁴ qui a instauré les dispositions en la matière. Elles ont été reprises par le *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* ⁵

1. J. HAUSER, « L'enfant souvenir », *RTD. civ.* 1995, p. 873.

2. J. HAUSER, « Procréation post mortem : un nouveau droit à..., le droit à l'éternité ?, Note sous TGI Rennes 15 octobre 2009 », *RTD. civ.* 2010, p. 93.

3. COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE, *Avis 113 : La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple*, 10 fév. 2011.

4. *Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act 2003* (c. 24) 2003.

5. *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*.

concernant la paternité et élargies aux couples homosexuels féminins.

S'agissant de la paternité, il convient de distinguer selon que le sperme utilisé pour la conception de l'enfant est celui du mari ou concubin de la mère¹, ou bien d'un tiers².

a. La possibilité d'une insémination ou de l'implantation d'embryons *post mortem* en cas d'utilisation des gamètes du mari ou du concubin de la mère

338. Un consentement préalable. S'il s'agit des gamètes du mari ou concubin, celui-ci doit avoir donné son consentement par écrit à ce qu'ils soient utilisés après sa mort *et* à ce qu'il soit considéré comme le père de l'enfant. Le consentement porte donc sur l'utilisation du sperme en vue d'une fécondation *post mortem* ou bien au transfert *post mortem* d'un embryon conçu avant sa mort³. Mais il porte également sur la filiation à l'égard de l'enfant à venir. Ce consentement peut être révoqué par son auteur jusqu'à sa mort, par écrit également.

339. La confirmation maternelle de la filiation paternelle. Pour que la filiation soit établie à son égard, il faudra encore que la mère le déclare comme tel auprès du *registrar* dans le délai de 42 jours à compter de la naissance de l'enfant. La volonté d'être père après la mort ne suffit pas pour établir la filiation, il faut encore que la mère la confirme.

b. La seule implantation d'embryon *post mortem* en cas de recours à un tiers donneur

340. Exigence du consentement du mari ou du *civil partner*. Lorsqu'il y a eu recours à un tiers donneur, seul le transfert d'embryon est possible *post mortem*. Lorsque la mère est mariée au moment de la conception de l'embryon, le mari doit donner, avant son décès, son consentement par écrit au transfert après sa mort *et* à être considéré comme le père de l'enfant⁴. Pour que la filiation soit établie, la mère doit indiquer le nom du père lors de l'enregistrement de la naissance.

341. Exigence du consentement du compagnon. Lorsque la mère n'est ni mariée ni engagée dans un *Civil partnership* au moment de la conception de l'embryon, l'homme doit exprimer un consentement à l'objet identique que celui du mari⁵. Mais, du fait de l'absence

1. Human Fertilisation and Embryology Act 2008, Section 39 « [...] *use of sperm, or transfer of embryo, after death of man providing sperm* ».

2. *Ibid.*, Section 40 « [...] *embryo transferred after death of husband etc who did not provide sperm* ».

3. *Ibid.*, Section 39 (1).

4. *Ibid.*, Section 40 « *Embryo transferred after death of husband etc who did not provide sperm* », (1).

5. *Ibid.* La Section 40 (2) est construite selon le même modèle que la sous-section (1). Nous ne reproduirons donc ici que les dispositions qui nous semblent les plus pertinentes. Concernant le consentement de l'homme, il s'agit du point (c) : « *a man consented in writing (and did not withdraw the consent) – (a) the placing of the embryo in W after his death, and (b) to being treated [...] as the father of any resulting child* »

de lien matrimonial, il faut que les conditions de l'*agreed fatherhood*¹ soient remplies, autrement dit qu'un véritable accord de volonté soit réalisé entre les deux parents en devenir². En réalité, le consentement au transfert *post mortem* s'ajoute au consentement donné initialement : l'homme consent par anticipation à être le père des enfants à naître de son vivant au moyen de la reproduction assistée mais doit également consentir à cette même paternité qui surviendrait après sa mort.

342. Exigence du consentement de la *civil partner* ou de la compagne de la mère. Enfin, le législateur prévoit également le transfert d'embryon au profit d'une femme malgré le décès de sa *civil partner* ou compagne. La section 46 du *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* adapte donc le dispositif du double consentement, précédemment envisagé, pour les couples homosexuels féminins ayant recours à la reproduction assistée. Ainsi, si un embryon a été conçu alors que la future mère était engagée dans un *Civil partnership*, que la *civil partner* de celle-ci est décédée avant le transfert de l'embryon, il convient que cette dernière ait consenti, de son vivant et par écrit, audit transfert *post mortem* et à être considérée comme le parent de l'enfant à naître. Si la mère n'est pas engagée dans un *Civil Partnership*, alors il conviendra que les conditions de l'*agreed female parenthood* soient remplies.

343. La primauté du lien voulu sur le lien existant. Ainsi, lorsque le père donne ses propres gamètes pour la réalisation de la procréation médicalement assistée, il peut consentir à une procréation posthume sous forme d'insémination artificielle ou de transfert d'embryon. En revanche, lorsque les gamètes proviennent d'un tiers donneur, le mari ou concubin, la *civil partner* ou la concubine ne peut consentir qu'à la continuation de la procréation déjà initiée par la conception d'un embryon *in vitro*. C'est l'accomplissement du projet parental entamé avant le décès de l'autre parent. La filiation est alors totalement détachée de tout modèle conjugal puisque peu importe la forme du couple qui recourt à la reproduction assistée ; elle est également désormais détachée de tout modèle corporel puisque un parent peut dépasser le cadre de sa vie pour procréer et établir une filiation à l'égard de l'enfant qui va naître.

La reproduction assistée n'est donc plus conçue pour remédier à une impossibilité médicale de procréer mais seulement pour répondre à un désir d'enfant. C'est ce désir qui est central. Peu importe donc le lien qui existe, seul le lien voulu importe. Un enfant pourra donc naître de deux femmes dont l'une pourtant décédée lors du transfert d'embryon. La science médicale a permis de renforcer la volonté comme fondement de la filiation, elle a ouvert de nouvelles possibilités de fiction pour le législateur qui les a transcrites juridiquement. La volonté n'est un fondement de la filiation que parce qu'elle est servie par la médecine et édiflée

1. V. *supra*, page 125.

2. *Ibid.*, Section 40 (2).

comme telle par la loi.

B. La filiation au delà du corps

344. Une délocalisation. La volonté permet également de fonder des filiations dépassant les limites du corps humain. Nous l'avons envisagé pour la procréation médicalement assistée grâce à laquelle l'infertilité de l'un ou l'autre parent peut être contournée. Mais il est également possible de délocaliser la gestation de l'enfant dans l'utérus d'une autre femme que celui de la mère. La conception, la gestation et la filiation sont alors dissociées. La volonté va permettre de rétablir la filiation maternelle à l'égard de la fournisseuse d'ovules alors qu'en raison de l'accouchement, elle avait été attribuée à la gestatrice¹. Si le droit anglais autorise la *surrogacy maternity*, le droit français l'interdit (1.). De nombreuses propositions vont dans le sens de la légalisation de cette pratique notamment au regard du droit des pays voisins².

Une autre forme de délocalisation de la filiation est le clonage (2.), c'est-à-dire la possibilité de « créer » un être humain à partir de cellules d'un individu sans qu'il y ait recours à aucune fécondation. La filiation en serait alors totalement déconnectée. Pour l'instant, il demeure interdit dans les deux pays étudiés. À l'avenir, d'autres modes de procréation seront également peut-être possibles, tels que l'ectogénèse.

1. La gestation pour autrui, délocalisation de la filiation

345. La gestation pour autrui est autorisée en droit anglais (a.) mais demeure interdite en droit français (b.) au nom du principe de l'indisponibilité du corps humain, qu'ignore le droit anglais.

a. La *surrogacy maternity*, une pratique autorisée en droit anglais

346. En droit anglais, la *surrogacy maternity* est autorisée depuis 1985 comme une technique d'assistance médicale à la procréation parmi les autres (i.). La femme qui accouche de l'enfant est juridiquement la mère, ce qui nécessite un rattachement ultérieur aux parents

1. Pour une étude critique de l'ensemble de la question, v. M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Fayard, 2013.

2. La question a été notamment soulevée lors des débats relatifs à l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe en France où il a été soutenu que l'accès à la filiation adoptive par les couples de même sexe allait justifier leur accès à la procréation médicalement assistée au nom de l'égalité. Or, de fait, seuls les couples de femmes pourraient en bénéficier. Par conséquent, il a été soutenu que, toujours au nom de l'égalité, les couples d'hommes devraient se voir offrir des modalités de procréation assistée, parmi lesquelles figure la gestation pour autrui.

génétiques ou d'intention (ii.) et implique également un régime favorable à l'égard de cette femme investie physiquement et émotionnellement (iii.).

i. Une technique d'assistance médicale à la procréation

347. Une technique d'assistance médicale à la gestation. Le recours à une mère porteuse n'est autre qu'une technique d'assistance médicale à la procréation, plus exactement à la gestation. En effet, la mère porteuse doit être inséminée avec les gamètes du père génétique ou bien qu'il lui soit implanté un embryon conçu avec les gamètes des parents commettants. Une clinique, autorisée par les services étatiques, intervient donc dans la conception et/ou l'implantation de l'embryon. Il ne s'agit donc pas d'un mode naturel de procréation mais bien d'un mode assisté médicalement.

De fait, le recours à une mère porteuse est ouvert aux personnes incapables d'avoir un enfant par elles-mêmes, par exemple les couples homosexuels masculins, ou bien aux personnes pour lesquelles la fécondation *in vitro* n'est plus possible ou a échoué de nombreuses fois, ou encore aux femmes qui ne peuvent porter l'enfant pour des raisons de santé (notamment l'absence d'utérus). Mais il n'y a pas de restrictions légales quant aux personnes ayant accès à la *surrogacy maternity*¹. La pratique professionnelle médicale peut cependant en limiter l'accès, au cas par cas, si les conditions de l'assistance médicale à la procréation ne lui semble pas remplies, à commencer par le *child's welfare*.

348. Un accord de volonté. La maternité pour autrui est organisée autour de l'accord de volonté entre la mère gestatrice (*gestational mother*) et les parents commettants (*the commissioning parents*) au sein d'un *surrogacy arrangement*. La mère gestatrice va accepter de porter un enfant pour le compte du couple commettant. La section (1) du *Surrogacy Arrangements Act 1985* précise que le *surrogacy arrangement* doit être conclu avant la conception de l'enfant et avoir pour but la remise de l'enfant aux parents commettants dès la naissance ainsi qu'un transfert de la *parental responsibility* à leur profit².

349. Une synthèse de l'adoption et de la procréation médicalement assistée. Comme dans l'adoption, il y a une volonté de retrait de la mère porteuse et une volonté d'accueil des parents commettants. Comme dans l'assistance médicale à la procréation, il s'agit de décider de la conception d'un enfant et non de l'accueil d'un enfant déjà né. Mais, en réalité, la gesta-

1. Initialement, la *surrogacy maternity* était plutôt tolérée qu'autorisée : elle était réservée aux femmes ne pouvant physiquement porter l'enfant ou qu'une grossesse lui était totalement déconseillée pour des raisons médicales (*Human Fertilisation and Embryology Authority's Code of Practice 1995*, § 3-20).

2. *Surrogacy Arrangements Act 1985*, Section 1 « *Meaning of "surrogate mother", "surrogacy arrangement" and other terms* », (2) et (3).

tion pour autrui opère une synthèse des deux procédés volontaires de filiation. La conception va être à l'initiative des parents commettants. Ensuite, parce que l'enfant naîtra d'une autre femme que la mère commettant, il conviendra de le rattacher juridiquement à ceux qui l'ont initié. C'est alors que le juge intervient pour prononcer un *parental order* qui opérera un transfert de la filiation et de ses effets au profit des parents commettants. La volonté va permettre de fonder juridiquement une filiation génétique, elle va rétablir la « vérité » de la filiation. Il y a donc un processus volontaire à la fois en amont de la conception et en aval de la naissance de l'enfant.

La gestation pour autrui peut ainsi allier filiations génétique et volontaire à des degrés variables selon l'implication physique des parents commettants et/ou de la mère porteuse. Plusieurs situations peuvent se présenter : soit la mère porteuse se voit implanter un embryon conçu avec les gamètes des membres du couple commettant, soit elle se voit implanter un embryon conçu avec les gamètes de l'un des membres du couple et de ceux d'un tiers donneur, soit elle se voit implanter un embryon conçu avec les gamètes de tiers donneurs masculin et féminin, soit encore elle est inséminée avec le sperme du père commettant ou d'un tiers donneur.

Dans les trois premières situations, la femme qui porte l'enfant n'est donc que gestatrice, elle n'est pas impliquée dans la conception de l'enfant mais uniquement dans son développement *in utero*. Lorsque seuls les gamètes des parents commettants ont été utilisés, il y a adéquation entre filiation génétique et juridique d'un enfant dont seule la gestation aura été délocalisée dans le corps d'une tierce personne. En ce cas, la gestation pour autrui réalise une synthèse des fondements génétique et intentionnel de la filiation : un couple ou une personne seule pourra participer génétiquement à la conception d'un enfant tout en externalisant la gestation de celui-ci dans un corps tiers mais en se le rattachant juridiquement grâce à un accord de volonté contrôlé par le juge.

En revanche, lorsque les gamètes d'un tiers donneur ont été utilisées, l'adéquation entre filiations génétique et juridique ne sera que partielle. La situation est celle d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur et externalisée. Lorsque les gamètes ne sont pas ceux des parents commettants mais de tiers donneurs, il n'y a plus d'adéquation entre filiations génétique et juridique. Un enfant est désiré par un couple, conçu avec les gamètes de tiers donneur et placé en gestation dans le corps d'une autre personne. En ce que l'enfant n'a aucun lien génétique avec ses parents juridiques, la situation se rapproche de l'adoption. Mais, en ce que les parents juridiques sont à l'initiative de la conception de l'enfant, elle se rapproche de la procréation médicalement assistée. Cette situation cumulative peut être dénommée, selon nous, « adoption médicalement assistée ».

Dans la dernière situation, la mère porteuse est à la fois génitrice et gestatrice. Elle est tout

simplement la mère génétique de l'enfant. Les gamètes mâles sont ceux du père commettant, auquel cas paternités génétique et juridique sont cumulées, ou celles d'un tiers donneur, auquel cas paternités génétique et juridique sont distinguées. En ce que l'enfant à naître est destiné *ab initio* à être confié à une personne ou un couple identifié, l'on peut parler d'« adoption programmée ».

Ainsi, la volonté des parents commettants peut initier la conception d'un enfant selon des modalités variées en fonction de leur situation personnelle. Mais cette volonté ne suffit pas à fonder la filiation, il faut encore l'intervention d'une décision judiciaire gracieuse, l'*order*.

ii. *Parental et Adoption orders*, moyens de rattachement de l'enfant à sa famille génétique ou d'intention

350. Le *parental order*, moyen d'établissement de la filiation. Lorsque l'enfant naît, ce sont les règles habituelles de filiation qui s'appliquent : la mère est celle qui a porté l'enfant et qui en accouche¹. Est donc tenue compte de la réalité physique avant tout. Ce principe a pour conséquence que si la *surrogate mother* est mariée, la présomption de paternité joue en faveur du mari². La présomption de parenté joue, de même, en faveur de la *civil partner* de la mère³. À défaut de présomption, l'enfant n'a pas de filiation paternelle tant que le père n'a pas déclaré sa paternité.

Les parents commettants devront obtenir un *parental order* pour être traités comme les parents de l'enfant et que l'enfant soit traité comme le leur. Le *parental order* est une décision de justice qui, comme l'*adoption order*, opère un transfert de la *parental responsibility* des parents d'origine vers les demandeurs. Les parents légaux sont désormais ceux qui sont titulaires du *parental order*, les parents d'origine sont, quant à eux, privés de toute *parental responsibility* ainsi que de toute mesure dont ils avaient pu bénéficier au titre de la section 8 du *Children Act 1989* à l'égard de l'enfant. Il pourrait sembler, à première vue, qu'il s'agit d'un équivalent du retrait de l'autorité parentale de droit français mais le *parental order* va plus loin en ce qu'il éteint définitivement la *parental responsibility* des parents d'origine qui ont donné leur consentement en ce sens. De plus, il a pour effet que l'enfant soit traité juridiquement comme celui des bénéficiaires de l'*order* : une filiation est ainsi judiciairement déclarée. Le *parental order* n'est autre qu'un mode judiciaire d'établissement d'une filiation volontaire. Alors, une telle décision pourrait-elle s'assimiler à une adoption simple, forme dans laquelle une filiation

1. Human Fertilisation and Embryology Act 2008, Section 33 (1) : « *The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child* ».

2. *Ibid.*, Section 35 (1) : « [...] *the other party to the marriage is to be treated as the father of the child* [...] »

3. *Ibid.*, Section 42 (1) : « [...] *the other party to the civil partnership is to be treated as the parent of the child* [...] »

adoptive se superpose à la filiation d'origine au lieu de s'y substituer ? Là encore, le rapprochement serait erroné en ce que le *parental order* ne dédouble pas le lien de filiation mais le transfère définitivement des parents d'origine aux parents judiciairement déclarés. Ainsi, le *parental order* institue les demandeurs à l'*order* comme véritables parents de l'enfant ; il opère une supposition de parents. Lorsque les parents commettants sont les parents génétiques de l'enfant, le *parental order* ne fait finalement que promouvoir la réalité génétique en effaçant le recours à une mère porteuse.

Pour obtenir un *parental order*, il faut déposer une demande dans les six mois de la naissance de l'enfant¹. Ensuite, il faut que plusieurs conditions soient remplies. En premier lieu, sont posées des conditions relatives à la conception de l'enfant : les parents commettants doivent avoir fourni tout ou partie des gamètes ayant permis la conception de l'enfant². L'enfant doit avoir été conçu artificiellement ou implanté, il ne peut résulter d'un rapport sexuel entre la mère porteuse et le père commettant. Il faut une filiation « artificielle ». En second lieu, des conditions concernent le couple de parents commettants. En plus d'être majeurs, ils doivent être dans une relation stable : mariés, *civil partners*, ou bien encore dans une relation durable mais sans lien de parenté entre eux relevant de l'inceste³. Si ce n'est pas le cas, ils ne peuvent solliciter un *parental order* mais seulement un *adoption order*. En troisième lieu, des conditions de domicile sont précisées : au moins l'un des requérants doit être domicilié en Grande-Bretagne et, au moment du prononcé de l'*order*, l'enfant doit résider avec les requérants⁴. En quatrième lieu, sont exigés plusieurs consentements au prononcé de l'*order*⁵ : celui du père génétique, celui de la mère gestatrice et celui du mari de cette dernière. Ces consentements doivent être libres, parfaitement éclairés sur ses implications et dépourvus de toute condition ou restriction. Afin de s'assurer de la réalité du consentement de la mère gestatrice, il lui est laissé un délai de réflexion ; elle ne pourra consentir au *parental order* qu'après un délai de six semaines à compter de la naissance de l'enfant⁶. Des dispenses de consentement

1. Human Fertilisation and Embryology Act 2008, Section 54 (3) : « [...] *the applicants must apply for the order during the period of 6 months beginning with the day on which the child is born* ».

2. *Ibid.*, Section 54 (1). Le *Brazier Committee* a proposé en 1998 que la Cour puisse ordonner un test ADN en cas de doute sur le lien génétique entre l'enfant et l'un des parents commettants. L'essence de la filiation est alors manifestement génétique. Mais cette mesure, comme toutes celles du rapport, n'a toujours pas été reprise par le législateur (DEPARTMENT OF HEALTH, *Surrogacy : Review for Health Ministers of current arrangements for payments and regulation, Report of the Review Team*, par M. BRAZIER, A. CAMPBELL et S. GOLOMBOK, 1998, p. 64).

3. Human Fertilisation and Embryology Act 2008, Section 54 (2). La réforme de 2008 a ouvert l'accès au *parental order* à tous les couples engagés durablement en droit ou en fait alors qu'il était jusqu'alors réservé aux couples mariés.

4. *Ibid.*, Section 54 (4).

5. *Ibid.*, Section 54 (6).

6. *Ibid.*, Section 54 (7) : « [...] *and the agreement of the woman who is carried the child is ineffective for the purpose of that subsection if given by her less than six weeks after the child's birth* ».

sont envisagées lorsque la personne est décédée ou introuvable¹. En dernier lieu, il convient qu'aucune rémunération n'ait été versée à la mère porteuse à moins qu'il ne s'agisse de *reasonable expenses*, c'est-à-dire les frais courants de la grossesse et la perte de gains qui en découle, ou que la Cour n'ait rétroactivement autorisé un tel paiement².

351. Le rôle particulier du *child's welfare*. Si certaines conditions rappellent celles de l'adoption – notamment en matière de consentement – il n'est en revanche pas prévu qu'une quelconque autorité administrative apprécie la compétence du couple à devenir parents. Le lien génétique avec l'un des parents semble dispenser d'un tel contrôle. Il faut noter également que la Cour décide de prononcer l'*order* au regard du *child's welfare*, première (*first*) – et non prédominante (*paramount*) – considération, à la différence de l'adoption³. En effet, s'applique toujours à la *surrogacy maternity* les dispositions de l'*Adoption Act 1976*⁴ suivant lesquelles le *welfare of the child* doit être la première considération à prendre en compte par le juge dans sa décision. C'est l'*Adoption Act 2002* qui a établi le *child's welfare* comme considération prédominante, mais celui-ci n'est pas applicable en la matière. La nuance terminologique peut paraître superficielle mais elle est substantielle en réalité. En effet, lorsque le *child's welfare* est la première considération (*first consideration*) à prendre en compte, il est au sommet d'une hiérarchie. Il est une considération prioritaire mais non exclusive. En revanche, lorsque le *child's welfare* est la considération prédominante, il est le fil directeur de la réflexion du juge. Tous les éléments de la situation doivent être appréciés à travers le prisme du *child's welfare*. Toute solution qui s'en éloigne ou le dessert doit être écartée. La loi n'est pas si exigeante en matière de *surrogacy maternity*.

352. Le *parental order* sera ensuite transcrit dans le *Parental Order Register* conservé par le *Registrar General* au *General Register Officer*. À l'âge de 18 ans, la personne née de mère porteuse pourra obtenir une copie de son acte de naissance, qui lui révélera l'identité de sa famille de naissance.

353. L'adoption order, moyen subsidiaire d'établissement de la filiation. Lorsque les parents commettants ne répondent pas aux conditions conjugales prévues par la loi – c'est-à-dire qu'ils ne sont ni mariés, ni *civil partners*, ni en relation durable –, ils peuvent recourir à l'*adoption order* pour établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant. Avant le *HFEA 2008*, seuls les couples mariés pouvaient obtenir un *parental order*, les autres couples avaient donc

1. *Ibid.*, Section 54 (7) : « *Subsection (6) does not require the agreement of a person who cannot be found or is incapable of giving agreement [...]* »

2. *Ibid.*, Section 54 (8).

3. V. *supra*, page 256.

4. Section 6 du *Adoption Act (c. 36) 1976*. Cet *Act* est applicable à la *surrogacy maternity* en vertu des *Parental Orders (Human Fertilisation and Embryology) Regulations 1994*.

recours à l'*adoption order*. Depuis, l'*adoption order* semble avoir perdu de son utilité en matière de *surrogacy maternity*. Ainsi, semblerait-il limité aux couples en relation non durable ou aux personnes seules. Mais, pour ce qui est des couples en relation non durable, il faudra qu'ils répondent aux conditions de l'adoption. Ils devront notamment être soumis au contrôle administratif d'aptitude parentale et il faudra également que l'adoption réponde au *child's welfare*. Or, si les juges ont estimé que la relation des requérants n'était pas suffisamment durable, c'est-à-dire stable et constructive, pour justifier le prononcé d'un *parental order*, elle ne l'est pas non plus, *a fortiori*, pour justifier celui d'un *adoption order*. Autrement dit, il semble qu'il y ait peu de chances pour un couple peu stable d'obtenir une telle décision à son profit. Ce qui ne les privera pas pour autant d'obtenir un *residence* ou un *contact order* en vertu de la section 8 du *Children Act 1989*.

Par ailleurs, il doit être recouru à l'*adoption order* lorsqu'aucun des parents commettants n'est génétiquement lié à l'enfant. De façon très cohérente, le droit anglais tient compte de l'absence de réalité génétique pour soumettre les parents commettants à une procédure d'adoption. Le fait qu'ils soient à l'initiative de la conception de l'enfant ne change rien. L'adoption organisée n'est autre qu'une adoption.

Ainsi, la volonté parentale permet-elle d'initier la conception d'un enfant et de délocaliser la gestation de celui-ci. Le lien de filiation sera juridiquement établi par le juge après vérification d'un certain nombre de conditions, garantes de l'intérêt de l'enfant. Pourtant, la volonté des parents commettants ne peut pas tout. Elle peut se heurter à celle de la mère porteuse.

iii. Un régime favorable à la *surrogate mother*

354. L'équilibre du dispositif de la *surrogacy maternity* passe par l'impossibilité de l'exécution forcée de l'accord entre les parents d'intention et la mère porteuse (α .) ainsi que par les règles régissant l'indemnisation de cette dernière (β .). Le droit anglais tente de protéger la gestatrice, dont l'engagement personnel est très important.

α . L'impossible exécution forcée des *surrogacy arrangements*

355. L'*Human Fertilisation and Embryology Act 1990* a précisé qu'aucun *surrogacy arrangement* n'était susceptible d'exécution forcée à l'égard de l'une ou l'autre partie¹. Autrement dit, la mère porteuse ne peut être forcée à confier l'enfant aux parents commettants, elle peut le garder si elle le souhaite. Par symétrie, les parents commettants peuvent ne plus

1. Le *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* a introduit dans le *Surrogacy Arrangements Act 1985*, une section 1A : *Surrogacy arrangements unenforceable* : « *No surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it.* »

désirer accueillir l'enfant. La liberté de la mère porteuse reste entière alors même que l'enfant peut ne lui être aucunement lié génétiquement. Mais, parce qu'elle en a accouché, elle en est juridiquement la mère et peut vouloir le rester. Elle est libre de rétracter *ad nutum* son consentement¹. Une telle rétractation ne peut intervenir qu'avant le prononcé d'un *parental order*, c'est-à-dire tant que la filiation n'a pas été transférée aux parents commettants. La volonté qui est prise ici en compte n'est plus celle des parents à l'origine du projet, et qui peuvent être les parents génétiques de l'enfant, mais celle de la femme qui l'aura porté tout au long de la grossesse. Alors, la réalité génétique est niée au profit de la réalité physique.

356. En ce cas, que se passe-t-il pour l'enfant ? Comme nous l'avons dit, la mère porteuse est la mère juridique de l'enfant². Les parents commettants peuvent alors former une demande pour obtenir un « *section 8 order* ». La section 8 du *Children Act 1989*³ prévoit diverses mesures que le juge peut prononcer. Au titre de cette section, les parents peuvent demander un *residence order* ou un *contact order*. Ces mesures permettent d'accorder certaines attributions de la *parental responsibility* à d'autres personnes que les parents de l'enfant. Plus précisément, le *residence order* détermine la résidence de l'enfant ; le *contact order* impose à la personne, avec laquelle l'enfant réside, d'autoriser celui-ci à rencontrer, demeurer pendant une période déterminée, ou encore avoir des relations régulières avec une autre personne. Les parents commettants pourraient donc obtenir du juge qu'il prononce un *residence order* ou un *contact order* à leur profit. Afin de déterminer s'il y a lieu de prononcer l'une de ces mesures, le *child's welfare* devra être la considération primordiale à prendre en compte par le juge. Il n'est pas tenu par les termes de l'accord entre la mère porteuse et les parents commettants. Ainsi, il a pu être décidé que l'enfant pouvait demeurer avec la mère porteuse dans la mesure où celle-ci le désirait et pouvait lui offrir un foyer sûr et aimant⁴.

Il ne s'agit pas d'un accord de volontés traditionnel, il implique trop les personnes concer-

1. J. FLAUSS-DIEM, « Maternité de substitution et transfert de parenté en Angleterre », *RIDC* 1996, 4, p. 855, spéc. p. 861. L'auteur décèle dans cette rétractation un indice de la désapprobation du législateur du processus de la maternité pour autrui : « il tolère que des personnes s'engagent dans cette voie, mais le pouvoir judiciaire ne saurait les contraindre à exécuter les termes de l'engagement ». Nous ne partageons pas ce point de vue car il nous semble que le législateur a souhaité ici laisser une liberté essentielle de la mère porteuse afin de prendre en compte le caractère humain de la situation. Surtout, il tient compte du lien de filiation existant entre la mère et l'enfant, même si celui-ci n'est pas génétiquement mais seulement physiquement fondé, et il en assure le respect. La filiation prime alors sur le contrat. Il nous semble que si le législateur anglais avait voulu marquer sa désapprobation, il l'aurait fait autrement, par une interdiction tout simplement.

2. Human Fertilisation and Embryology Act 2008, Section 33 (1) : « *The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child* ».

3. Children Act (c. 41) 1989.

4. *A v C* [1985] FLR 445 (FD). et *Re P (Minors) (Wardship : Surrogacy)* [1987] 2 FLR 421 (FD). Plus récemment et dans le même sens : *CW v NT* [2011] EWHC (Fam) 33. La solution diffère de celle retenue aux États-Unis où les termes de l'accord avaient été appliqués : *Re Baby M* 537 [1988] (SC of USA).

nées. Le régime de la *surrogacy maternity* prend alors en compte la liberté de la mère et l'humanité de son geste. De même, il est tenu compte de son investissement matériel afin d'envisager un dédommagement mais non une rémunération de son acte.

β. La *surrogacy maternity*, un acte désintéressé mais indemnisable

357. La *surrogacy maternity* s'inscrit dans une démarche désintéressée et non pas commerciale. Il ne peut y avoir de rémunération au profit de la mère porteuse ni d'aucun intermédiaire sous peine de sanction pénale et de nullité du contrat pour contrariété à l'ordre public¹. Cette interdiction constitue une garantie de la liberté de la mère porteuse. Liberté corporelle tout d'abord parce que la femme ne subit aucune contrainte, tacite ou expresse, pour engager son corps dans cette démarche, liberté de consentement au transfert de parenté ensuite puisqu'une éventuelle rétractation n'aura pas de conséquences financières.

358. Pour autant, il n'est pas interdit aux parents commettants d'indemniser la mère porteuse pour couvrir les dépenses et le désagrément causé par la grossesse (*genuine expenses*)². Celles-ci couvrent les dépenses courantes (habillement, nourriture, déplacement...), les frais médicaux (liés directement à la grossesse mais aussi, si besoin, liés à la particularité de la gestation pour autrui : consultation d'un psychologue...), les frais juridiques (recours à un *solicitor*) ainsi que la perte de revenus actuels et potentiels de la mère pendant la grossesse. Il s'agit là d'une indemnisation et non d'un salaire pour un travail effectué.

Il a été soulevé que ce régime était trop flou et que de véritables paiements pouvaient être dissimulés derrière l'indemnisation des frais de grossesses. Aussi a-t-il été proposé la fixation d'un plafond des indemnités et la détermination précise de l'affectation de celles-ci³. Cela

1. Surrogacy Arrangements Act 1985, Section 2 (1). En pratique, il est donc fait recours à des organisations bénévoles qui ont pour mission de mettre en contact les parents commettants et les mère potentielles. La plus importante est le COTS (*Childlessness overcome through surrogacy*) : www.surrogacy.org.uk. Le recours à des intermédiaires rémunérés mettant en relation les parents d'intention et la mère porteuse est contraire à l'ordre public, tel que nous l'envisagerons ultérieurement.

2. *Ibid.* Section 2 (3) : [...] *In this subsection "payment" does not include payment to or for the benefit of a surrogate mother or prospective surrogate mother.* Suivant les recommandations de la *British Medical Association*, les mères porteuses peuvent se voir rembourser les « dépenses raisonnables » jusqu'à un montant de 10 000£. Dans la pratique, le COTS indique que la majorité des indemnités est en moyenne entre 10 000 et 15 000£ mais qu'il est quelques rares cas où le montant peut dépasser les 15 000£.

3. DEPARTMENT OF HEALTH, *Surrogacy : Review for Health Ministers of current arrangements for payments and regulation, Report of the Review Team*, par M. BRAZIER, A. CAMPBELL et S. GOLOMBOK, 1998, p. 47-48. Le rapport recommande que les indemnités versés à la mère porteuse ne couvrent que les dépenses liées à la grossesse. Tous les versements supplémentaires doivent être interdits. Devraient être uniquement pris en charge à ce titre : les frais quotidiens (les vêtements de grossesse, la nourriture de qualité, l'aide domestique), les frais médicaux (trajets de et vers l'hôpital, les dépenses téléphoniques et postales, les nuits supplémentaires, les tests d'ovulation et de grossesse, les coûts d'insémination ou d'implantation, les médicaments et vitamines...) et les frais juridique et sociaux (conseils juridiques, assurance vie et handicap). Par ailleurs, il est à noter que ce

permettrait effectivement d'uniformiser la situation des mères porteuses, d'éviter les excès et de garantir leur liberté de choix.

359. La *surrogacy maternity*, une filiation adoptive renouvelée. La filiation établie à l'égard des parents commettants après avoir eu recours aux services d'une mère porteuse n'est, en définitive, qu'une filiation adoptive renouvelée. En effet, comme la filiation adoptive, elle résulte d'une décision judiciaire – le *parental order* – et répond à la volonté de personnes souhaitant être considérées juridiquement comme les parents de l'enfant. Elle n'est établie qu'après le recueil de la volonté de retrait des parents d'origine, surtout de la mère gestatrice, et de la volonté d'accueil des parents commettants. Mais, elle en diffère en ce que la volonté des parents commettants est à l'initiative de la conception de l'enfant et pas seulement de la création d'un lien de filiation. Elle en diffère également en ce que l'enfant est lié génétiquement à l'un des parents commettants au moins. La décision judiciaire, mode d'établissement de la filiation, permet ici aux parents commettants de se rattacher juridiquement leur enfant génétique dont la gestation a été délocalisée dans le corps de la mère porteuse. La concordance entre réalité génétique et filiation juridique est alors établie comme si la mère d'intention avait véritablement accouché de l'enfant. C'est en cela qu'il s'agit d'une filiation adoptive renouvelée. Le droit français ne la perçoit pas comme telle.

b. La gestation pour autrui, une pratique interdite en droit français

360. Si cette pratique est autorisée et réglementée au Royaume-Uni, elle demeure strictement interdite en France (i.). La volonté ne peut tout permettre, elle ne peut fonder une filiation « à tout prix ». Toutefois, la levée de cette interdiction est régulièrement soulevée (ii.) afin de permettre de fonder une famille à ceux qui en sont privés.

i. Une interdiction en vigueur

361. Suivant l'article 16-7 du Code civil, « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Le principe est clair et ne supporte aucune exception, quant bien même celle-ci aurait été valablement conclue à l'étranger¹. Cette interdiction se fonde sur le principe d'indisponibilité du corps humain selon lequel le corps et les produits de celui-ci ne sont pas dans le commerce juridique et n'ont pas de valeur pa-

rapport estime que c'est au Parlement de fixer en amont de telles règles, et qu'il n'est pas raisonnable de laisser cette tâche aux juges en matière de *surrogacy* (spéc. p. 19). Il est intéressant de constater que sur des questions délicates telles que celle des mères porteuses, la conception du rôle du législateur dans la conception de la règle de droit se rapproche de celle des pays de droit civil.

1. Sur la contrariété à l'ordre public de ces conventions, v. *infra*, page 287.

trimoniales¹. Déjà, la Cour de cassation, dans son arrêt d'assemblée plénière en date du 31 mai 1991², avait affirmé que « 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 ».

La jurisprudence fait preuve d'une grande fermeté en la matière. Elle a réaffirmé le principe de l'interdiction du recours à une mère porteuse en rappelant que la mère est la femme qui accouche³. Les juges du fond ont également refusé de couvrir l'illicéité de l'opération par le recours à des modes légaux d'établissement de la filiation : adoption⁴ ou possession d'état⁵. La Cour de cassation a confirmé ces solutions dans une série d'arrêts du 6 avril 2011⁶.

362. Par ailleurs, le Comité consultatif national d'éthique a rendu un avis défavorable⁷, soulignant les risques d'atteinte au principe de dignité de la personne humaine, les incertitudes substantielles relatives à l'avenir de l'enfant issu d'une telle gestation ou encore la conception contestable de l'égalité devant la loi dont procède la revendication de la légalisation de la gestation pour autrui. Selon eux, « même si la détresse des femmes stériles suscite un sentiment d'émotion ou de révolte, elle ne saurait imposer à la société d'organiser l'égalisation par la correction de conditions compromises par la nature. [...] Estimer que toute situation de souffrance mérite une solution législative conduit rapidement à une impasse, la souffrance humaine étant à la fois éminemment subjective et infiniment variée dans ses causes⁸ ». L'agence de la biomédecine a soulevé tous les risques de conflits que pourrait faire naître la légalisation de la gestation pour autrui et rendu un avis défavorable. Elle juge cette pratique « très

1. Art. 16-5 du Code civil : « Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles. »

2. Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991 ; *GAJ civ.* 2007, 50, p. 351, comm. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE ; *D.* 1991, II, p. 417, rapp. Y. CHARTIER, note THOUVENIN ; *JCP* 1991, II, 21752, comm. J. BERNARD, note F. TERRÉ, concl. DONTWILLE ; *Deffrénois* 1991, 1267, obs. AUBERT ; *RTD. civ.* 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER ; *RTD. civ.* 1992, p. 489, chron. M. GOBERT ; *LPA* 23 oct. 1991, 127, p. 4, note M. GOBERT.

3. Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1994 ; *D.* 1994, p. 581, note Y. CHARTIER ; *JCP G.* 1995, t. II, 22362, note RUBELLIN-DEVICHI ; *RTD. civ.* 1994, p. 842, obs. J. HAUSER ; *Deffrénois* 1995, p. 315, obs. MASSIP. CA Rennes, 4 juil. 2002 ; *D.* 2002, p. 2902, note GRANET ; *Dr. Fam* 2002, 142, note P. MURAT.

4. Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 2003 ; *D.* 2004, p. 1998, note POISSON-DROCOURT ; *Deffrénois* 2004, p. 592, obs. MASSIP ; *Dr. Fam* 2004, no 17, note P. MURAT ; *RTD. civ.* 2004, p. 75, obs. J. HAUSER.

5. TGI Lille, 22 mar. 2007 ; *RTD. civ.* 2007, p. 552, obs. J. HAUSER ; *D.* 2007, p. 1251, note X. LABBÉE. confirmé par CA Douai, 14 sept. 2009 ; *D.* 2009, p. 2845, note A. MIRKOVIC ; *RTD. civ.* 2010, p. 97, obs. J. HAUSER.

6. Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2011 ; *D.* 2011, p. 1522, note BERTHIAU et BRUNET ; *RTD. civ.* 2011, p. 340, obs. J. HAUSER ; *Rev. cr. DIP* 2011, p. 722, note P. HAMMJE ; *D.* 2011, p. 1064, obs. X. LABBÉE ; *AJ. Fam.* 2011, p. 262, obs. F. CHÉNÉDÉ.

7. COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE, *Avis 110 : Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui*, 6 mai 2010.

8. *Ibid.*, p. 16-17.

embarrassante¹ ».

363. Ainsi, en droit français, l'interdiction des mères porteuses prive la volonté de son rôle de refondation d'une filiation génétique délocalisée. Mais de nombreuses discussions visent à légaliser cette pratique.

ii. Une autorisation régulièrement projetée

364. Pourtant, la levée de l'interdiction est régulièrement proposée comme un remède à l'infertilité de certains couples et dont il serait véritablement dommageable de se priver. Pourquoi ne pas l'inclure dans le système de l'assistance médicale à la procréation ?

365. Un accès limité. Dans son rapport d'information de 2008, le Sénat a proposé d'autoriser la gestation pour autrui de façon très encadrée². Une première série de conditions concerne le couple demandeur à la gestation pour autrui. Tout d'abord, elle ne serait ouverte qu'aux couples hétérosexuels, mariés ou en âge de justifier d'une vie commune d'au moins deux ans, et en âge de procréer. Les conditions semblent issues d'un mélange entre celles de l'accès à l'adoption et celles de l'accès à la procréation médicalement assistée. Il s'agit de s'assurer de la stabilité du couple et de la réalité physique d'une telle filiation.

Ensuite, elle ne serait autorisée que « dans l'hypothèse où la femme ne pourrait mener une grossesse à terme ou ne pourrait la mener sans danger pour sa santé ou pour celle de l'enfant à naître³ ». Les gestations pour autrui dites de « convenance » seraient ainsi écartées.

Par ailleurs, en conformité avec le principe d'interdiction du double don de gamètes, au moins l'un des deux membres du couple demandeur devrait être le parent génétique de l'enfant.

Enfin, afin d'éviter le développement d'un tourisme procréatif, les deux membres du couple demandeur devraient être domiciliés en France.

366. Une faculté encadrée. Ensuite, une seconde série de conditions est relative à la future mère porteuse. Celle-ci ne devrait pas être la mère génétique de l'enfant. Elle ne pourrait en aucun cas être génitrice, seulement gestatrice. Cela éviterait une implication trop importante

1. AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Délibération sur la gestation pour autrui*, 21 sept. 2009, p. 6.

2. SÉNAT, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, Rapport d'information n° 421, 2008.

3. *Ibid.*, p. 73. Selon le rapport, les indications médicales pour lesquelles une femme ne peut porter un enfant ne peuvent être définies avec précision. Certaines de ces indications tiennent à l'absence, à la malformation ou aux lésions de l'utérus, congénitales ou pathologiques. Se pose alors la question de savoir si l'absence d'utérus d'un transsexuel pourrait être ici prise en compte. Le rapport envisage aussi les cas où les tentatives de fécondation *in vitro* auraient échouées, ainsi que ceux où la grossesse de la mère serait particulièrement risquée (risque d'insuffisance cardiaque, pulmonaire, rénale...). L'appréciation de ces impossibilités ou contre-indications médicales à la grossesse de la mère seraient appréciées par l'Agence de la biomédecine. L'on retrouverait ici l'implication du personnel médical propre à l'assistance médicale à la procréation.

de la mère et conforterait l'idée que la gestation pour autrui n'est qu'un mode de gestation et non de procréation. Elle devrait également avoir déjà eu un enfant sans avoir rencontré de difficulté particulière pendant la grossesse. Il s'agit de « faciliter non seulement son “désinvestissement affectif” à l'égard de l'enfant qu'elle porte mais également de prévenir les risques d'accident durant la grossesse ou l'accouchement et d'éviter que la gestatrice puisse se trouver privée de toute descendance dans l'hypothèse où un tel accident surviendrait et la rendrait stérile¹ ». Il faut comprendre ici qu'il convient d'éviter tout risque de développement d'un droit de la responsabilité civile en cas de dommage à l'enfant, à la gestatrice ou aux parents d'intention.

Par ailleurs, la même femme ne pourrait mener plus de deux grossesses pour le compte d'autrui, cela afin d'éviter qu'elle n'en fasse une profession. Pourrait-elle être parente des membres du couple demandeur ? Les avis sont partagés quant à la proximité du lien de parenté entre la mère porteuse et le couple demandeur. Certains estiment que la mère porteuse ne doit avoir aucun lien de parenté avec le couple demandeur, d'autres estiment qu'il ne doit pas exister de lien de filiation entre la mère porteuse et l'un des membres du couple mais qu'il est envisageable qu'existe un lien collatéral entre les personnes concernées. Ainsi, une mère ne pourrait porter l'enfant de sa fille mais une femme pourrait porter l'enfant de sa sœur ou de sa cousine. Il nous paraît pourtant absolument impossible d'autoriser une gestation pour autrui intra-familiale, quel que soit le degré de proximité des personnes concernées. En premier lieu, cela bouleverserait la généalogie de l'enfant. La grand-mère ou la tante serait également la mère de gestation. L'on pressent ici le caractère incestueux de ce lien physique entre l'une de ces mères porteuses et l'enfant. Il n'y aurait certes pas d'inceste au sens classique du terme puisque le père et la mère génétiques de l'enfant ne sont pas parents. Mais, il y aurait un inceste gestationnel en ce que la mère gestatrice et l'enfant auraient un lien de parenté. Ce lien physique ne pourrait donc, à notre sens, être raisonnablement ignoré au risque de déstabiliser la famille et la société dans son ensemble. La perte de repères serait certaine. En second lieu, le rapport préconise que la mère porteuse ait déjà eu au moins un enfant pour qu'elle ne soit pas trop investie affectivement. Peut-on croire raisonnablement que la mère porteuse – sœur de la mère d'intention et donc tante de l'enfant – ne le sera pas ?

Enfin, la dernière condition est géographique : la gestatrice, tout comme le couple demandeur, devrait être domiciliée en France.

367. Un régime obsolète par avance. Dans l'ensemble, avant même tout examen par le pouvoir exécutif ou le législateur, ces conditions sont déjà obsolètes. En effet, comment jus-

1. SÉNAT, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui, Rapport d'information n° 421*, 2008, p. 75.

tifier de restrictions d'accès si étroites et si vagues à la fois ? Les restrictions quant au couple demandeur sont en conformité avec le droit positif de l'adoption et de la procréation médicalement assistée. Mais, elles seront immédiatement critiquées par les associations de parents gays et lesbiens comme discriminatoires à leur égard. Même si cette critique ne sera pas nécessairement fondée – l'impossibilité de porter un enfant d'un homme n'est pas une situation identique à celle d'une femme née sans utérus – elle mettra en lumière qu'un nouveau mode d'assistance médicale à la procréation a été instauré sans que l'accès par les couples homosexuels ait pu être envisagé.

Par ailleurs, les restrictions quant à l'impossibilité médicale de porter un enfant sont à la fois vagues, puisqu'elles ne sont pas précisément définies, et étroites parce que la gestation pour autrui ne concernera que peu de situations. Il nous semble alors que, très vite, il conviendra d'envisager d'autres causes d'impossibilité de gestation, le transsexualisme de façon certaine, l'homosexualité à l'avenir. Nous ne pouvons donc que comprendre ce régime comme un premier pas vers la légalisation de la gestation pour autrui qui, une fois introduite dans notre droit positif, n'aura plus qu'à voir élargi son champ d'application.

368. La réflexion sur la gestation pour autrui ne doit pas être menée de façon isolée mais dans le cadre d'une réflexion plus large sur l'assistance médicale à la procréation dans son ensemble. Quel est l'objet de celle-ci ? S'agit-il de remédier à une infertilité médicalement constatée ou bien d'offrir des modes de procréations toujours renouvelés afin de dépasser les limites du corps humain et du couple ? La question fondamentale est donc de réfléchir à la limite que la société souhaite poser face à ces nouvelles techniques sans nécessairement être contraint de les assimiler au détriment des personnes elles-mêmes.

369. Ainsi, la gestation pour autrui est autorisée et encadrée en droit anglais, marquant ainsi que la volonté peut aller au-delà du lien physique entre la mère et l'enfant. Elle demeure cependant interdite en droit français au nom du principe d'indisponibilité du corps humain. Cependant, cette interdiction est régulièrement remise en cause notamment en raison de la possibilité de recourir à la gestation pour autrui dans d'autres pays et des difficultés soulevées par la transcription de telles filiations dans notre ordre interne¹. La gestation pour autrui est également souvent présentée comme une réponse au désir d'enfant et un moyen de procurer un bonheur familial dont il est dommageable de se priver. C'est alors la philosophie utilitariste qui transparaît, cherchant davantage le bonheur individuel que la protection des personnes. En raison de la rapidité de l'évolution scientifique, d'autres modes de procréation poseront certainement des difficultés similaires à l'avenir.

1. V. *infra*, page 317.

2. Le clonage et autres techniques procréatives d'avenir

370. Une juridico-fiction ? Si nous ne développerons pas outre-mesure ces techniques non encore autorisées, il nous a semblé pertinent de les évoquer pour illustrer ce à quoi pourrait mener la volonté parentale – devenue désir d'enfant. Ainsi, le clonage reproductif humain demeure prohibé dans les deux systèmes mais est tout de même employé pour les animaux. De même, le recours à l'utérus artificiel n'est encore expérimenté que sur les chèvres et commence à ne plus être totalement du domaine de la science-fiction. Une extension de ces techniques à l'homme est-elle envisageable ? Quels bouleversements seraient engendrés en droit de la filiation ?

a. L'interdiction de principe du clonage

371. Un mode de duplication. Le clonage est une technique consistant à reproduire des organismes vivants génétiquement identiques. En cela, elle ne nous semble pas être véritablement un mode de procréation mais de reproduction, plus exactement de duplication. Mais l'enfant issu d'un clonage reproductif devra tout de même être rattaché à un ou des parents, c'est là que le droit de la filiation interviendra.

372. L'interdiction du clonage reproductif. En l'état des droits positifs français¹ et anglais², le clonage reproductif est interdit. Plus largement, le clonage reproductif est condamné par les textes internationaux³.

373. D'un clonage à l'autre. Pourtant, le clonage thérapeutique est déjà autorisé en Angleterre. Il est ainsi possible de concevoir des embryons pour en cloner des cellules qui seront ensuite transplantées dans le corps de la personne malade. Un tel clonage thérapeutique est soumis, au cas par cas, à l'autorisation de l'*Human Fertilisation Embryology Authority*.

En France, le clonage thérapeutique est interdit. Il est impossible de concevoir des embryons uniquement à des fins thérapeutiques, c'est-à-dire en dehors de tout projet parental. Mais, face au manque d'organes disponibles pour sauver certains malades, l'issue que présente le clonage thérapeutique ne mettra pas longtemps à convaincre le législateur et l'opinion

1. Art. 16-4 al. 3 du Code civil. L'article 214-2 du Code pénal fait du clonage, reproductif ou thérapeutique, un crime contre l'espèce humaine.

2. Human Reproductive Cloning Act 2001, section 1.

3. L'article 11 de la Déclaration universelle sur le génome humain de l'Unesco interdit spécifiquement le clonage à des fins de reproduction d'êtres humains comme contraire au principe de dignité humaine. Dans le cadre du Conseil de l'Europe, le protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (dite « Convention "Bioéthique" » ou « Convention d'Oviedo ») interdit le clonage d'êtres humains. Plus de dix ans après l'avoir signée, la France a ratifié cette convention dans le cadre de la loi bioéthique 2011. Mais l'Angleterre ne l'a ni signée ni ratifiée à ce jour. Enfin, dans le cadre de l'Union européenne, le 4ème alinéa de l'article 3 de la Charte de l'Union européenne interdit le clonage reproductif.

publique de sa nécessité. L'interdiction du clonage ne serait plus absolue. Alors, « ce qui serait médicalement utile deviendrait socialement licite ¹ ». Ce sont, en effet, « des arguments liés à la lutte contre des maladies qui ont fait admettre, ici ou ailleurs, des pratiques jusqu'alors condamnées au nom du principe de dignité comme la recherche sur l'embryon humain ou la création d'embryons destinés à la recherche ² ». Il n'y aurait alors plus qu'une étape à franchir pour envisager l'autorisation du clonage reproductif. Et l'on voit déjà se profiler les arguments favorables à la prise en compte du désir d'enfant quel que soit le moyen employé pour arriver à cette fin ³. La détresse des personnes ne pouvant avoir d'enfants ne devrait-elle pas être prise en compte par le législateur ? Pourquoi interdire le clonage alors qu'il peut leur offrir une solution ? Sans doute, le sentimentalisme et le misérabilisme atténueront, voire effaceront, les considérations éthiques auxquelles le clonage porte atteinte fondamentalement.

Cette levée de l'interdiction du clonage reproductif ne nous semble pas envisageable car non seulement elle porterait une atteinte fondamentale à l'espèce humaine mais elle aboutirait aussi à un démantèlement total et définitif du lien de filiation. En effet, le clonage se fait à partir d'embryons conçus *in vitro* uniquement à cette fin. L'enfant issu d'un clonage ne serait pas issu de la fécondation de gamètes femelles par des gamètes mâles mais d'une duplication de cellules. Il n'y aurait plus de lien vertical entre les générations mais uniquement un lien horizontal, plus d'ascendance et de descendance mais seulement une identité collatérale, plus de lien de filiation mais uniquement une gemellité. L'engendrement se ferait indépendamment de la différence sexuelle et de celle des générations.

374. Filiation et clonage. Pour le moment, nous ne pouvons donc nous interroger que de façon purement théorique sur les règles alors applicables en matière de filiation. Qui seraient les parents de l'enfant ? Les parents génétiques de l'embryon cloné sont ceux de l'embryon initial. Mais qui seraient les parents en droit ? Les règles applicables en matière d'assistance médicale à la procréation, ou bien de gestation pour autrui, pourraient-elles être étendues aux enfants issus de clonage ? Dans la mesure où il s'agirait d'implanter un embryon, il est possible de penser que les règles applicables en matière de dons d'embryons seraient transposables. En droit français, il faudrait donc que cette pratique soit exceptionnelle et réservée aux personnes pour lesquels une assistance médicale à la procréation ne peut aboutir. Il faut

1. P. MALAURIE, *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, 2010, p. 118, n° 304.

2. B. MATHIEU, *La bioéthique*, Connaissance du droit, Dalloz, 2009, p. 81.

3. *Ibid.*, p. 81. Certains sont médicaux (lutte contre la stérilité, prévention de la naissance d'enfants atteints de certaines affections génétiques), d'autres s'appuient sur la revendication de droits individuels (droit à une reproduction non sexuée ou droit à la survie de son génome). « L'exacerbation dévoyée des droits de l'homme comme droit à la satisfaction de l'ensemble des désirs de chacun, crée un terrain favorable au développement de la revendication d'un droit à la reproduction par tout moyen que peut offrir la science. »

drait obtenir le consentement des parents génétiques au clonage de l'embryon issu de leurs gamètes et à l'implantation de l'embryon cloné. Il faudrait également que l'implantation soit subordonnée à une décision de l'autorité judiciaire chargée de s'assurer du consentement des parents d'origine et des parents d'accueil, mais également d'apprécier si les conditions d'accueil de l'enfant à naître sont conformes à son intérêt. Il nous semble en réalité que l'autorité judiciaire devrait même décider si le recours au clonage est justifié compte tenu de la situation qui lui est soumise. La décision judiciaire devrait donc intervenir en amont du clonage dans la perspective d'un accueil par un couple déterminé. Le clonage ne pourrait être décidé, outre l'expression des consentements requis, que si les parents d'accueil offrait à l'enfant un cadre de vie répondant à son intérêt.

375. Ainsi, si le clonage n'est pas – encore – d'actualité, il ne doit pas être ignoré dans une vision prospective du droit de la filiation. L'argument selon lequel le clonage fait l'objet d'une prohibition pénale et civile ne peut suffire à l'écarter purement et simplement. Il est, en effet, impossible de prévoir si ce qui est interdit aujourd'hui le sera encore demain.

b. L'utérus artificiel ou la désincarnation de la filiation

376. Reste encore une innovation en matière de procréation et de gestation qui confirme la tendance volontaire de la filiation. Plus exactement, elle confirme l'importance de l'assouvissement du désir d'enfant dans notre société. Cette technique est appelée ectogénèse mais est plus généralement connue sous le nom d'« utérus artificiel »¹. Elle permet le développement des embryons humains hors du corps d'une femme, dans une couveuse améliorée, depuis la fécondation jusqu'à la naissance. En l'état actuel de la science, elle n'est encore qu'au stade de l'expérimentation sur des animaux mais elle est prometteuse car les chercheurs ont déjà réussi à reproduire *in vitro* les cinq premiers jours de la gestation ainsi que les derniers jours (semaines 24 à 35) de celle-ci.

377. Une fois les difficultés scientifiques dépassées, il faudra encore que cette technique soit acceptée par la société. Une telle acceptation s'opérera suivant deux phases². La première phase sera thérapeutique : il s'agira notamment de prévenir les conséquences des naissances très prématurées, en proposant une fin de gestation hors du corps maternel, sans mise en œuvre de la fonction pulmonaire. La seconde phase verra ensuite dans le recours à des utérus artifi-

1. Le terme d'« ectogénèse » a été inventé en 1923 par John B. S. HALDANE, biologiste britannique, et a été reprise en 1932 par Aldous HUXLEY dans *Le meilleur des mondes*, roman d'anticipation. Elle est aujourd'hui envisagée comme technique de procréation (H. ATLAN, *L'utérus artificiel*, La librairie du XX^e siècle, Seuil, 2005)

2. *Ibid.* J.-Y. NAU, « L'utérus artificiel ou la dernière frontière humaine », *Le Monde* 11 mar. 2005.

ciels efficaces une nouvelle possibilité de donner la vie. D'abord le soin, ensuite la procréation. Cette acceptation à deux paliers a pu être employée pour l'assistance médicale à la procréation, pourrait l'être pour la gestation pour autrui, et risque de l'être pour le clonage également. La phase thérapeutique est essentielle pour rendre acceptable le procédé. Cela existe déjà donc cela n'est plus contestable ni choquant, pourquoi ne pas envisager son extension à d'autres situations ?

378. Un bouleversement de la filiation. Juridiquement, le recours à une telle technique bouleverserait tout particulièrement la maternité. En effet, en l'absence d'accouchement, qui est la mère ? La mère génétique serait certainement la mère juridique. L'ectogénèse est alors certainement l'avenir de la gestation pour autrui. Mais, il est possible d'envisager également que la mère génétique ne soit qu'une donneuse d'ovocytes qu'il conviendrait de distinguer de la mère d'intention. L'ectogénèse ne serait alors qu'un prolongement de l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur. Il conviendrait alors que la mère d'intention manifeste préalablement sa volonté de se rattacher l'enfant à naître, à l'image de ce qui se fait en matière de procréation médicalement assistée.

Concernant la paternité, l'ectogénèse n'aurait pas de véritables conséquences : le père serait le père génétique ou le père volontaire en cas de recours à un tiers donneur. La présomption de paternité pourrait, en théorie, s'appliquer également : l'enfant serait présumé être né du mari de la mère génétique. Pourtant, il nous semble que la présomption n'est pas suffisante. Il conviendrait que le mari de la mère consente à l'ectogénèse de la même manière qu'il consent à l'assistance médicale à la procréation. Ce consentement établirait la volonté paternelle de se rattacher l'enfant à naître. Quelle que soit la configuration familiale, il nous semble que le consentement à l'ectogénèse et à ses conséquences devrait être requis. Alors, la volonté initierait et parachèverait la filiation génétique tandis qu'elle fonderait intégralement la filiation dépourvue de réalité génétique.

Si cette technique n'est pas encore d'actualité, elle est sans nul doute celle qui succédera à la gestation pour autrui¹. En effet, elle n'impliquerait pas une tierce personne et éviterait l'instrumentalisation de la personne. Mais elle déshumaniserait totalement la filiation. Le choix du législateur sera bien délicat car il procédera d'une définition de l'humain. Préférera-t-on le risque d'une exploitation du corps d'autrui ou bien celui d'une absence de lien physique entre la mère et l'enfant ?

1. Pour H. ATLAN, elle est même le moyen d'une véritable égalité homme-femme puisqu'elle fait disparaître la dissymétrie introduite par la grossesse (H. ATLAN, « L'utérus artificiel, un pas de plus vers la séparation totale entre sexualité et procréation », *Libération* 2 avr. 2005).

379. Qu'il s'agisse du clonage ou de l'utérus artificiel, aucune des deux techniques ne nous paraît nécessaire ni souhaitable. L'une et l'autre assouvirait sans nul doute le désir d'enfant des parents candidats. Mais, en retour, elles affecteraient irrémédiablement l'espèce humaine et les générations futures. La fin justifiera-t-elle de tels moyens ? Cela est loin d'être certain. Auparavant il conviendrait de « réfléchir sur les valeurs qui fondent les interdits et le prix que nous accepterons de payer soit pour renverser ces interdits, soit pour s'y soumettre ¹ ».

380. Ainsi, les progrès de la science ont dissocié encore davantage la procréation de la gestation et de la filiation elle-même. Parce que la femme qui porte l'enfant n'en est pas nécessairement la génitrice ni non plus la mère d'intention, le droit est contraint de recourir à la volonté pour fonder le lien de filiation à l'égard de celle qui sera la mère juridique. C'est la manifestation de cette volonté qui va créer le lien de filiation sans que celui-ci s'appuie sur un lien préalable supposé ou vérifié.

Une fois que le droit de la filiation a validé cette dissociation totale entre la génitrice, la gestatrice et la mère d'intention et organisé sa transcription en termes de filiation, les lignes directrices sont tracées pour accueillir les nouvelles formes de procréation voire de reproduction qui pourraient être envisageables demain.

381. La volonté peut donc être véritablement constructrice de la filiation en ce qu'elle va permettre de rattacher un enfant à un couple ou à une personne seule avec lesquels aucun patrimoine génétique n'est commun. La filiation pourra être issue d'une rencontre des volontés de retrait et d'insertion familiale concernant un enfant déjà né dans le cadre de l'adoption. Elle pourra également fonder un projet de conception d'embryon ou de don d'embryon dans le cadre de la procréation médicalement assistée. Alors, le droit se chargera de désigner les parents de l'enfant sur la base de l'engagement qu'ils auront pris préalablement.

Pour fonder la filiation, la volonté portait sur l'accueil d'un enfant et porte désormais sur la conception de celui-ci. Cela a donné l'impression que la volonté pouvait permettre l'établissement de tout lien de filiation, indépendamment de toute contrainte physique – stérilité, altérité des sexes, âge, mort – ce qui risque de mener, nous semble-t-il, à certains excès. Dès lors, il convient de ne pas omettre de penser les limites de la volonté comme fondement la notion de filiation.

1. B. MATHIEU, *La bioéthique*, Connaissance du droit, Dalloz, 2009, p. 82.

Conclusion du Chapitre 2

382. L'expression de la volonté parentale permet donc de fonder le lien de filiation de deux façons différentes selon qu'elle est révélatrice de l'engagement parental ou constructrice du lien.

383. La volonté est, d'abord, révélatrice en ce qu'elle explicite un lien génétique pré-supposé entre l'auteur de la manifestation de volonté et l'enfant. La volonté s'exprime alors en prolongement de la réalité génétique. La reconnaissance comme la déclaration de parenté interviennent également afin de marquer l'engagement de leur auteur. Par cet acte, l'auteur s'affirme comme parent de l'enfant. Cette expression de la volonté de se rattacher un enfant est rendu nécessaire dès que l'enfant ne naît pas d'une mère mariée. En effet, à défaut de présomption de paternité en dehors du mariage, l'enfant ne peut être rattaché, hors contentieux, à l'égard de son prétendu père que par l'engagement explicite de celui-ci. De la sorte, la volonté permet de pallier l'absence de lien conjugal entre la mère et celui qui se désigne comme père.

384. La volonté est, ensuite, constructrice en ce que la volonté est indispensable pour fonder le lien de filiation qui ne peut s'enraciner autrement. Initialement employée pour fonder la filiation adoptive, c'est-à-dire la filiation d'un enfant privé de famille à l'égard d'une personne ou d'un couple sans enfant, la volonté s'est déployée comme fondement de toutes les filiations dites « par greffe¹ ». Pour que la greffe prenne, il convient que deux volontés se rencontrent : l'une de retrait, exprimée par les géniteurs de l'enfant qui ne souhaitent pas être ses parents juridiques et l'autre d'insertion familiale, exprimée par ceux qui veulent précisément se rattacher l'enfant en droit. La volonté est alors l'outil d'assimilation de l'enfant à une famille. Cette assimilation s'opère à l'égard d'un enfant déjà né dans l'adoption et d'un embryon à concevoir ou à implanter dans le cadre de la procréation médicalement assistée. Faisant appel à une volonté créatrice de l'enfant encore davantage que de la filiation, le droit a donné une autre ampleur encore à la volonté.

Dans le prolongement de ce mouvement, la filiation peut également résulter d'un excès de volonté, cherchant à justifier tout lien qui se détacherait désormais de l'imitation de la procréation naturelle. Le droit anglais nous a permis d'observer comment la volonté permettait de dépasser les limites physiques et physiologiques connues jusqu'alors en organisant une fiction sur le modèle de la filiation adoptive puis de celui de la procréation médicalement assistée. Le droit français s'est récemment détaché du modèle physique de la filiation bilinéaire

1. *Les filiations par greffe – Adoption et Procréation médicalement assistée, Actes des journées d'études, 5-6 déc. 1996, LGDJ, 1997.*

hétérosexuelle en ouvrant l'adoption aux couples de même sexe mais n'a pas consacré, pour le moment, la volonté comme fondement de la filiation au même degré que le droit anglais.

385. Ainsi, la volonté est devenu un fondement essentiel de la notion de filiation en offrant un fondement à toute fiction résultant des nouveaux modes de procréation et de gestation. Elle peut désormais justifier toute filiation qui ne s'inscrirait ni dans la réalité génétique ni dans son imitation. Cependant, ne s'appuyant pas que sur une volonté initiale de conception ou de rattachement d'un enfant, le droit prend également en compte celle qui se manifeste au quotidien à travers le vécu familial auprès de l'enfant.

Chapitre 3

Le vécu familial, fondement en devenir

386. Une filiation au quotidien. « Le droit de la filiation n'est pas seulement le droit de la filiation biologique : c'est aussi celui de la filiation voulue et de la filiation vécue¹ ». La filiation ne se limite pas, en effet, à un lien physique que le droit traduirait en lien juridique. Le quotidien de la filiation et de la famille est également pris en compte par le droit dans la construction du lien de filiation². Ce lien n'est donc pas seulement inné, il résulte aussi d'une construction familiale progressive, stable et durable.

Aussi, la réalité génétique apparaît comme le fondement premier de la filiation en raison de la nature et, la réalité affective, quant à elle, relève de la culture. C'est cette réalité affective qui va venir concrétiser le lien de filiation. Elle va compléter le lien génétique, connu ou présumé, entre le parent et l'enfant. Ainsi, « l'enfant attend de la vie de savoir si le lien de sang se doublera, de la part de ses deux parents ou au moins de l'un d'eux, d'un lien d'affection, si l'amour qui fonde une parenté autre que celle du sang, suivra ou non la voix du sang. »³ Le droit ne pouvait consacrer un principe de réalité génétique absolu car il se serait privé de cette dimension essentielle qu'est la réalité affective. Une telle conception condamnerait « la filiation à accepter de n'être que constat d'une réalité passée, quand toute l'essence de la filiation réside dans la dynamique de la notion. »⁴ Le vécu familial constitue cette dynamique.

387. Le vécu familial est donc une combinaison de la vie quotidienne, de l'affection des membres de la famille et de la reconnaissance de celle-ci en tant que telle dans la société. Il constitue le cœur de la filiation, au sens propre, parce qu'il donne sa dynamique à la notion,

1. J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil. La Famille, Fondation et vie de la famille*, sous la dir. de J. GHESTIN, 2^e éd., Paris : LGDJ, 1993, p. 186.

2. J. HERRING, *Family Law*, 4^e éd., Pearson Longman - LexisNexis, 2009, « *The day-to-day caring of the child is the most important of parenthood* ».

3. G. CORNU, « La filiation », *Arch. philo. dr.* 1975, XX, p. 29, spéc. p. 30.

4. D. FENOUILLET, « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : Dalloz, PUF, Éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 509, spéc. p. 530.

comme au sens figuré, parce qu'il manifeste l'affection entre le parent et l'enfant.

Le vécu familial peut consolider un lien de filiation préétabli mais il peut également se suffire à lui-même. Le lien de fait, vécu et assumé, peut se muer en lien de droit. Le vécu familial peut être pris en compte par le droit pour fonder intégralement un lien de filiation. Encore faut-il pour cela qu'il soit constaté par une autorité compétente pour en tirer les conséquences juridiques. C'est ainsi que la « possession d'état », traduction juridique du vécu familial par le droit français, peut fonder un lien de filiation lorsque son existence est constatée par un juge. Le droit anglais l'appréhende, différemment, à travers la notion de *child of the family*.

388. Vécu familial et volonté, deux fondements distincts de la filiation. Souvent, le vécu familial est présenté comme la matérialisation de la volonté parentale¹.

En droit français, la possession d'état est considérée comme un mode *volontaire* d'établissement du lien², en raison de l'analyse de l'un de ses éléments constitutifs, le *tractatus*, en tant que « reconnaissance volontaire »³. Mais, il nous semble que cette qualification est discutable en ce qu'elle est réductrice. En effet, le vécu familial résulte d'une volonté de vivre ensemble, de s'occuper d'un enfant comme le sien ; il ne peut exister sans cet élément intentionnel. Pourtant, si la volonté est partie intégrante du vécu familial car elle est à l'origine de comportements parentaux et filiaux réciproques, elle n'est pas ici le fondement de la filiation. Le droit s'appuie sur des actes quotidiens mais aussi sur une perception extérieure de l'existence d'un lien de filiation. Le vécu familial constitue une représentation de ce que doit être la filiation qui correspond si exactement à ce qu'on en attend qu'il serait inconvenant de douter de sa véracité. Le droit en tire les conséquences : ce qui ressemble à la filiation est une filiation. La filiation de fait peut alors se muer en filiation de droit. Le droit français procède de la sorte parce qu'il exige un statut pour octroyer le bénéfice des effets de la filiation tandis que le droit anglais compose davantage avec le lien de causalité entre la notion et ses effets.

389. Une différence fondamentale d'approche du vécu familial. La filiation vécue se rencontre dans les deux systèmes juridiques. Autrement dit, des conséquences juridiques sont déduites de situations familiales factuelles. Mais ces conséquences ne sont pas les mêmes. Le

1. C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, Traité de la paternité et de la filiation*, t. V, 1866, n° 477. Il décelait une reconnaissance dans le vécu familial : « La possession d'état est une véritable reconnaissance ; lorsqu'un homme a constamment et publiquement traité un enfant comme le sien, lorsqu'il l'a présenté comme tel, dans sa famille, dans la société, lorsqu'il lui a donné son nom, lorsqu'il a, en qualité de père, toujours pourvu à ses besoins, à son entretien, à son éducation, il est impossible de ne pas dire qu'il l'a reconnu. Il est vrai que cette reconnaissance n'est pas consignée dans un acte ; tout ce qu'il faut en conclure, c'est qu'elle est plus complète et plus décisive encore. [...] Son état, il le possède ! La paternité, elle est prouvée ! Elle est reconnue ! »

2. V. *Ibid.* P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La Famille*, 3^e éd., Paris : Defrénois, 2011, p. 484. F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, 8^e éd., Précis, Dalloz, 2011, p. 453.

3. J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille*, t. I, Quadriges, Paris : PUF, 1999, p. 215.

droit français en déduit un lien de filiation pour l'enfant, un statut pour le parent, tandis que le droit anglais en déduit un rôle parental.

Afin de prendre en compte cette réalité familiale, le droit français l'a institutionnalisée à travers la possession d'état dont l'existence permet d'établir, de confirmer ou encore de sécuriser un lien de filiation. Le droit anglais semble connaître un équivalent de la possession d'état dans la notion de *child of the family* mais le domaine de celle-ci est trop restreint pour confirmer cette intuition. Surtout, les effets n'en sont pas les mêmes. Le constat d'une vie familiale entre l'enfant et le parent, d'une apparence de filiation, ne peut fonder un lien de filiation entre eux mais justifie que le parent en apparence (« l'apparent » ?) joue un rôle à l'égard de l'enfant. Il pourra bénéficier de la *parental responsibility* ou, au moins, de certains de ses attributs auprès de l'enfant dont il s'occupe. La question n'est pas de savoir si celui qui s'occupe de l'enfant est son parent légal mais plutôt d'offrir à ce parent en apparence la possibilité d'exercer au mieux un rôle parental. Ainsi, le vécu familial fonde en droit français le lien de filiation tandis qu'en droit anglais, il n'en fonde que l'attribution de ses effets.

390. Une différence de conception de la notion de filiation. L'appréhension de la réalité affective et sociale révèle, en profondeur, une différence fondamentale concernant la notion de filiation en France et en Angleterre. En France, elle est un lien juridiquement établi, qui peut être fondé sur une situation de fait. Le droit s'empare du vécu familial constaté pour l'instaurer en lien de filiation. Ce lien est alors transcrit sur l'acte d'état civil de l'enfant, consacrant le statut du parent qui lui offriront le bénéfice des droits et devoirs parentaux. La notion de filiation en droit français s'ancre alors dans le statut.

En Angleterre, la filiation est également un lien juridiquement établi mais qui n'est pas indispensable pour exercer un rôle parental à l'égard de l'enfant. Les effets de la filiation ne sont pas attribués uniquement en fonction du lien juridiquement établi et du statut parental qui en découle. Le vécu familial apparaît alors davantage comme le fondement de la *parental responsibility* que de la filiation. Pourtant, en ce qu'elle réalise concrètement l'exercice de la filiation, la *parental responsibility* n'est-elle pas l'essence même de cette notion ? Pareille question ne peut tirer sa solution du seul examen des fondements ; il faudra y revenir dans la seconde partie de cette recherche, qui se consacrera à l'exercice des droits et charges constitutifs du lien, c'est-à-dire le rôle. Mais déjà, dans l'ordre des sources de la filiation, du statut, il est possible de discerner une notion anglaise de filiation plus substantielle que formelle. Cette notion anglaise s'attache ainsi davantage à ce qui fait concrètement la filiation qu'au titre légal de parent.

Une telle différence de perception reflète un certain antagonisme caractéristique de l'opposition entre droit civil et *Common law*. Le goût du premier pour le statut révèle son optique

prospective d'organisation de la société et de programmation de la vie sociale. La *parental responsibility*, qui sanctionne le comportement effectif passé, illustre à sa manière l'optique *rétrospective* de la *Common law*, génétiquement judiciaire et donc soucieuse de régler les crises en apportant des *remedies*.

391. Ainsi, il convient d'observer que le vécu familial est la source d'un statut parental en droit français (Section I) tandis qu'il est la source d'un rôle parental en droit anglais (Section II).

Section I Le vécu familial, source d'un statut parental en droit français

392. La possession d'état, prise en compte juridique du vécu familial. Le vécu familial est incarné en droit français par la notion de possession d'état¹. « Posséder un état, c'est vivre conformément à cet état, l'ayant ou non. »² C'est donc vivre en apparence comme si l'on avait l'état en question. Comme en matière patrimoniale, la possession est un fait qui a l'apparence du droit. La possession d'état d'enfant est donc un vécu familial qui a l'apparence d'une filiation (§ 1.). Le comportement réciproque entre le parent et l'enfant, la perception extérieure de ce lien de fait ou encore le nom sont autant d'indices de l'existence d'une possession d'état. Lorsqu'un faisceau d'indices justifiant d'un lien apparent de filiation aura été relevé, le lien de fait pourra être transformé en lien de droit. La filiation de fait sera muée en filiation de droit (§ 2.).

§ 1. La possession d'état, une apparence de filiation

393. Un comportement parental. La possession d'état est « l'exercice de fait – l'apparence – d'un état »³ de parent ou d'enfant. Ainsi, la possession d'état s'appuie sur un comportement du prétendu parent à l'égard de l'enfant, et réciproquement, qui est constaté de l'extérieur et qui donne l'apparence d'un lien de filiation. La filiation reposant sur la possession d'état tient donc compte de la « croyance populaire »⁴ en la réalité du lien.

1. V. à ce propos J. LAUTOUR, *La possession d'état*, Paris II, 1973.

2. G. CORNU, *Droit civil, La famille*, 9^e éd., Paris : Montchrestien, 2007, p. 344.

3. P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La Famille*, 3^e éd., Paris : Defrénois, 2011, p. 342.

4. G. CORNU, « La filiation », *Arch. philo. dr.* 1975, XX, p. 29, spéc. p. 40.

394. Un faisceau d'indices du comportement. Pour que cette apparence de filiation soit caractérisée, il faut, suivant l'alinéa 1^{er} de l'article 311-1 du Code civil, « 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 ». Cette définition légale indique bien que le lien de filiation résulte d'une apparence d'appartenance de l'enfant à une famille. Il est traité et considéré comme issu de cette famille.

Les trois principaux éléments constitutifs de la possession d'état sont généralement désignés par le triptyque : *nomen*, *tractatus*, *fama*, autrement dit, le nom, le comportement et la réputation.

Plus précisément, l'article 311-1 liste les principaux de ces faits. Pour le *tractatus*, il faut que la personne ait été « traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les [ait] traités comme son ou ses parents »¹ et que « ceux-ci [aient] en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation. »² La réciprocité du comportement est essentielle en ce qu'elle matérialise un lien réel et non factice.

Pour la *fama*, il faut que l'enfant soit reconnu comme celui des prétendus parents, « dans la société et par la famille »³ et qu'il soit considéré comme tel par l'autorité publique⁴. La *fama* montre bien que la possession d'état ne se réduit pas à un comportement parental mais correspond à une apparence de filiation, perceptible de l'extérieur du cercle familial. La possession d'état n'est pas une notion subjective, elle est objective.

Pour le *nomen*, il faut que l'enfant porte le nom de celui ou ceux dont on le dit issu⁵. L'ordonnance du 4 juillet 2005 a modifié l'ordre des indices requis dans l'article 311-1 du Code civil. Désormais, il envisage d'abord le *tractatus*, ensuite la *fama*, enfin le *nomen*. Cela est révélateur de l'importance accordée au vécu familial commun et témoigne du fait que le nom patronymique a perdu de sa signification quant à l'apparence de filiation. Auparavant, le port du nom patronymique était un indice fort du rattachement de fait à une famille, il était signe d'assimilation à l'intérieur du groupe familial mais également à l'extérieur. Désormais, le déclin du mariage et l'augmentation du nombre de divorces ont contribué à ce que des enfants traités comme ceux du prétendu parent n'aient pas le même nom que celui-ci. Le port du nom du prétendu parent n'est plus un élément central de la possession d'état.

1. Code civil, 311-1 1°.

2. *Ibid.*, 311-1 2°.

3. *Ibid.*, 311-1 3°.

4. *Ibid.*, 311-1 4°.

5. *Ibid.*, 311-1 5°.

395. Ces trois éléments constitutifs de la possession d'état ne sont pas requis cumulativement, un faisceau d'indices suffit¹. Il faut que les indices rapportés, quels qu'ils soient, révèlent un lien de filiation de fait qui ressemble tellement à un lien de droit qu'il puisse le devenir. Mais point besoin pour cela de cumuler tous les indices. La réalité familiale ne se constate pas dans une liste d'indices cumulatifs mais dans la véracité du vécu de la filiation.

396. Un comportement parental dans la durée. Enfin, pour qu'une filiation soit perceptible à travers ces éléments, il faut qu'elle s'inscrive dans la durée. Elle doit donc être continue². Autrement dit, elle doit être stable et suffisamment régulière pour être caractérisée. Sur ce point, la possession d'état d'enfant rejoint la possession des biens en ce que si elle est mouvementée ou intermittente, elle est suspecte, ou encore si les faits invoqués sont rares, elle manque de substance. Sa continuité s'apprécie aussi en fonction de sa durée car c'est avec le temps que le vécu familial révèle sa teneur.

Par imitation du droit des biens, la possession d'état doit être exempte de vices : elle doit donc être paisible, publique et non équivoque³. Paisible, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être viciée par la violence dans l'établissement ou le développement du *tractatus*. Publique et non équivoque, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être dissimulée, être en concurrence avec une autre possession d'état, ou encore source de confusion quant à la filiation de l'enfant⁴.

Ces caractères indiquent dans quelle mesure le droit recherche une filiation de fait, qui en manifeste les aspects concrets, pour la consacrer juridiquement.

§ 2. La possession d'état, une filiation de fait consacrée juridiquement

1. Cass. 1^{re} civ., 5 juin 1988, *Bull. civ. I*, 217 ; *D.* 1989, p. 398, concl. L. CHARBONNIER ; *Deffrénois* 1988, p. 1294, obs. J. MASSIP, Selon la première chambre civile, « la réunion de tous les éléments énumérés par l'article 311-2 n'est pas nécessaire pour que la possession d'état puisse être considérée comme établie, il suffit, ainsi que le prévoit l'article 311-1, qu'il y ait une réunion suffisante de faits qui indique le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il est dit appartenir. » Dans le même sens : Cass. 1^{re} civ., 6 mar. 1996 ; *D.* 1997, p. 48, note J. MASSIP ; *D.* 1997, Somm. p. 276, obs. MORGAND ; *D.* 1996, Somm. p. 383, obs. GRANET ; *RTD. civ.* 1996, p. 374, obs. J. HAUSER.

2. Code civil, art. 311-2.

3. *Ibid.*, art. 311-2.

4. V. par exemple TGI Lille, 22 mar. 2007 ; *RTD. civ.* 2007, p. 552, obs. J. HAUSER ; *D.* 2007, p. 1251, note X. LABBÉE. confirmé par CA Douai, 14 sept. 2009 ; *D.* 2009, p. 2845, note A. MIRKOVIC ; *RTD. civ.* 2010, p. 97, obs. J. HAUSER. Le TGI de Lille a considéré que la possession d'état ne pouvait permettre d'établir un lien de filiation entre un enfant né d'une mère porteuse et la femme qui se comporte comme sa mère à son égard en raison du vice d'équivoque que la possession d'état présente alors. La possession d'état ne peut donc couvrir l'illégalité de la gestation pour autrui.

397. Le renforcement du vécu familial comme fondement de la filiation. Traditionnellement, la possession d'état était considérée comme un mode de preuve subsidiaire de la filiation, une sorte de « bouée de sauvetage » tendant à suppléer l'absence de titre de naissance¹. L'ancien article 320 du Code civil disposait d'ailleurs que « à défaut de titre, la possession d'état constante de l'état d'enfant légitime suffit ». La possession d'état se présentait donc comme un moyen de rattrapage permettant de suppléer l'absence de titre ou, dans le souci de lutter contre les filiations fictives, de contester le titre lorsqu'il n'était pas corroboré par la possession. L'ordonnance du 4 juillet 2005 en a fait un véritable mode d'établissement de la filiation et a ainsi renforcé le rôle du vécu familial comme fondement de la filiation (A.). La possession d'état est également un mode de consolidation de la filiation ne reposant que sur un titre², elle vient le compléter d'une dimension concrète. La possession d'état valide la filiation en titre en lui accordant une dimension vivante et concrète (B.).

A. Un mode autonome d'établissement de la filiation

398. Initialement, une présomption. La fonction première de la possession est d'ordre probatoire. En effet, parce qu'elle révèle le vécu familial, elle fait présumer d'un lien de filiation. La possession, état de fait, fait présumer le lien de droit. Autrement dit, celui qui a une possession d'état n'a pas à agir en justice pour réclamer un état qu'il possède. La possession d'état présume la conformité de l'apparence de filiation à la filiation génétique. En effet, celui qui élève l'enfant comme le sien est généralement le parent de celui-ci.

Mais il s'agit d'une présomption simple, le prétendu parent possède cet état jusqu'à preuve du contraire uniquement. Cette présomption peut devenir irréfragable lorsque la prescription des actions en contestation est acquise.

399. Depuis 2005, un mode d'établissement. Désormais, la possession d'état permet d'établir juridiquement un lien de filiation. Elle est l'un de ses modes d'établissement tels qu'énoncés par l'article 310-1 du Code civil : « La filiation est légalement établie [...] par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété. » Une fois constatée, elle peut être directement transcrite dans l'acte de naissance de l'enfant. La filiation de fait devient alors une filiation de droit.

400. Pour qu'elle soit ainsi transcrite, la possession d'état doit être constatée. Depuis, la réforme de 2005, elle ne suffit plus, par sa seule existence, à constituer une présomption de

1. J. MASSIP, « Le nouveau droit de la filiation », *Deffrénois* 15 jan. 2006, p. 6, n° 27.

2. V. à propos de la réforme de 2005 sur cet aspect J. LEPROVAUX, « La consolidation de la filiation par la possession d'état dans l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *RJPF* avr. 2006, p. 6.

la filiation. Pour qu'elle puisse être prise en compte, elle doit être constatée dans un acte de notoriété¹ ou par un jugement².

401. Cet acte de notoriété doit être délivré par le juge d'instance, à la demande de l'enfant ou de l'un des parents, lorsque celui-ci constate l'existence de la possession d'état entre les personnes concernées³. C'est l'acte de notoriété qui fera foi de la réalité de la possession d'état. Et c'est à partir de celui-ci que la filiation établie par la possession d'état pourra être mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant⁴. L'acte de notoriété était jusque-là une preuve de la possession d'état, il apparaît désormais comme un titre de filiation⁵, à partir duquel l'acte de naissance pourra être établi.

L'introduction d'une telle mention en marge de l'acte de naissance à l'appui de l'acte de notoriété est critiquée⁶. D'abord, l'acte de notoriété n'est pas établi contradictoirement. Alors « est-il raisonnable que la preuve de faits auxquels la loi attache tant de conséquences résulte d'actes délivrés par un juge au seul vu des éléments apportés par le demandeur ? »⁷ Ensuite, tout le droit de la filiation est construit sur l'opposition du titre et de la possession d'état, de la preuve formelle et de la preuve factuelle. « N'est-ce pas dénaturer la possession d'état que de vouloir en faire un titre ? »⁸

402. La titularisation du vécu familial. La tendance du droit français est donc de titulariser le vécu familial. L'objectif est de faciliter la preuve de la possession d'état et de s'assurer de la réalité du vécu familial par le contrôle du juge. Cette titularisation du fait s'explique par l'importance de l'état civil dans le droit français. L'état civil est à la source de l'identité civile de la personne, il contient nom, prénom, âge, jour, heure et lieu de naissance ainsi que le nom des parents. La filiation est inscrite dans l'acte d'état civil. Laisser un vécu familial, concrétisation d'une filiation de fait, en dehors de l'état civil, est l'équivalent de la négation de la réalité familiale à la source de la filiation.

Le droit permet ici au vécu familial d'être un fondement autonome de la filiation même s'il s'éloigne de la dimension purement factuelle de la possession d'état. Mais cela reste cohérent puisque le lien de fait est alors saisi par le droit pour en faire un véritable lien juridique.

1. Code civil, art. 311-1.

2. *Ibid.*, art. 330.

3. *Ibid.*, art. 317.

4. *Ibid.*, Art. 317 al. 4.

5. J. MASSIP, « Le nouveau droit de la filiation », *Defrénois* 15 jan. 2006, p. 6, n° 3.

6. G. CORNU, *Droit civil, La famille*, 9^e éd., Paris : Montchrestien, 2007, p. 348, nbp n° 13. J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille*, t. I, Quadriges, Paris : PUF, 1999, p. 211. et J. MASSIP, « Possession d'état, nom et état civil », *Dr. Fam.* 2000, Chron. 19.

7. G. CORNU, *Droit civil, La famille*, 9^e éd., Paris : Montchrestien, 2007, p. 348, nbp n° 13.

8. *Ibid.*

Pour équilibrer ce régime, peut-être faudrait-il rendre contradictoire l'établissement de l'acte de notoriété. Cela ne peut effectivement que participer à la solidité de la possession d'état et donc à celle de la filiation qui en est issue. Mais cela risque aussi de faire naître un conflit de filiation entre le prétendu parent qui souhaite faire établir sa filiation grâce à la possession d'état et l'autre parent qui souhaite faire établir une autre filiation. Un tel débat contradictoire n'est pas requis pour les autres modes d'établissement de la filiation, donc une telle exigence risquerait de diminuer le recours à la possession d'état pour établir le lien de filiation. Perçu comme trop complexe et incertain, ce mode pourrait tomber en désuétude, ce qui n'est pas souhaitable dans la mesure où il témoigne de la réalité concrète de la filiation.

Ainsi, la possession d'état est un mode d'établissement de la filiation et en est également un mode de consolidation en ce qu'elle lui confère une dimension concrète.

B. Un mode de consolidation du titre

403. Le vécu familial au service de la stabilité du statut. La possession d'état ne se limite pas à révéler la filiation. Elle peut également renforcer une filiation établie par un titre et protéger le statut ainsi établi. Le vécu familial constaté vient ainsi conforter le titre et rendre la filiation plus effective et plus solide. Elle est à la fois un outil de rétablissement de la présomption de paternité (1.) mais encore un outil de sécurisation de la filiation établie (2.).

1. Un outil de rétablissement de la présomption de paternité

404. La réalité concrète de la filiation au secours d'un titre affaibli. La présomption de paternité, selon laquelle l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari¹, peut être écartée dans deux situations². D'abord, elle est écartée lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père, c'est-à-dire que la mère n'a pas donné le nom de son mari lors de la déclaration de l'enfant à l'état civil. Il y avait donc une présomption de paternité sans aucun titre pour en justifier. Ensuite, elle est écartée lorsque l'enfant est né après une procédure de divorce ou de séparation de corps des parents³.

Lorsque la présomption de paternité est écartée pour l'une ou l'autre de ces raisons, l'article 314 du Code civil prévoit qu'elle se trouve rétablie de plein droit si l'enfant a la posses-

1. Code civil, art. 312.

2. *Ibid.*, art. 313.

3. Plus précisément, l'article 313 prévoit que la présomption de paternité « est encore écartée, en cas de demande de divorce ou en séparation de corps, lorsque l'enfant est né plus de trois cent jours après la date soit de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce ou des mesures provisoires prises en application de l'article 250-2, soit de l'ordonnance de non-conciliation, et moins de cent quatre vingt jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation ».

sion d'état à l'égard du mari et s'il n'a pas une filiation paternelle déjà établie à l'égard d'un tiers. À condition qu'il n'y ait pas d'autre filiation paternelle établie, la possession d'état peut jouer un rôle réparateur de la filiation paternelle en mariage. Le vécu familial avec l'enfant va témoigner de la réalité de cette filiation. Elle était en péril du fait d'une erreur – volontaire ? – administrative ou bien du fait d'une procédure de séparation et est rétablie par la manifestation concrète et publique du lien d'affection entre le parent et l'enfant.

405. Ainsi, en tant que manifestation concrète et quotidienne des soins et de l'attention apportée à l'enfant, autrement dit en tant que matérialisation du lien de filiation, la possession d'état conforte le titre de filiation lorsque celui-ci est affaibli. *A fortiori*, elle peut également le renforcer.

2. Un outil de sécurisation de la filiation établie

406. La possession d'état renforce la filiation déjà établie en ce qu'elle devient plus difficile à contester voire la rend incontestable.

407. Combinaison du titre et de la possession d'état : la restriction du délai et des titulaires de l'action en contestation. L'article 333 du Code civil prévoit que lorsque la possession d'état est conforme au titre, l'action en contestation n'est ouverte qu'à l'enfant, à ses père et mère et au prétendu parent. Le délai de prescription de cette action, quant à lui, est de cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé ou du décès du parent dont le lien de filiation est contesté.

La réalité concrète du lien de filiation confère alors à la filiation établie une véritable protection. Elle participe à ce que la paix des familles ne soit pas remise en cause par n'importe qui et à n'importe quel moment. Aussi, l'ouverture de l'action est-elle restreinte aux personnes véritablement concernées par cette filiation à la différence de l'action en contestation d'une filiation établie uniquement par un titre¹ ou par une possession d'état seule². De même, le délai de prescription est-il plus court que le délai de droit commun, qui est de dix ans, prévu pour ces actions en contestation d'une filiation reposant sur un fondement unique. La filiation établie et vécue est ainsi sécurisée.

408. Titre et possession d'état conforme pendant cinq ans : une filiation rendue incontestable. L'alinéa 2 de l'article 333 va encore plus loin puisqu'il dispose que « nul, à l'except-

1. Code civil, Art. 334 : « à défaut de possession d'état conforme au titre, l'action en contestation peut être engagée par toute personne qui y a intérêt dans le délai prévu à l'article 321 ».

2. *Ibid.*, Art. 335 : « La filiation établie par la possession d'état constatée par un acte de notoriété peut être contestée par toute personne qui y a intérêt en rapportant la preuve contraire dans le délai de dix ans à compter de la délivrance de l'acte. »

tion du ministère public, ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement ». Ainsi, la possession d'état confortant le titre de filiation pendant une durée de cinq années à compter de la naissance ou de la reconnaissance de l'enfant suffit à rendre la filiation incontestable. Le vécu familial fonde ainsi la stabilité et la sécurité juridique de la filiation.

Alors, « le renfort que prête la possession d'état à l'état est parfois si puissant qu'on pourrait se demander si à sa valeur probatoire, la loi n'ajoute pas une certaine valeur acquisitive de surcroît [. . .]. Le fait est que la force de la possession d'état associée à d'autres éléments devient irréfragable. »¹

409. La possession d'état est donc la notion juridique qui permet de tenir compte du vécu familial dans le droit français de la filiation. Sa fonction de preuve et de mode d'établissement de la filiation en font un élément incontournable de notre système. En droit anglais, l'appréhension du vécu familial est différente puisqu'il ne fonde pas un lien de filiation au sens de statut juridique, tel que nous l'entendons en droit français, mais fonde un rôle parental.

Section II Le vécu familial, source d'un rôle parental en droit anglais

410. Une approche plus pragmatique du vécu familial. En droit anglais, il n'existe pas d'institution comparable à la possession d'état qui permette de fonder l'établissement d'un lien formel de filiation. La notion qui s'en rapproche le plus est celle de *child of the family* car elle traduit l'idée d'un lien de fait construit entre un enfant et une personne qui n'est pas biologiquement ni légalement son parent mais qui se comporte comme tel. Le domaine de la notion de *child of the family* est cependant relativement restreint du fait de la définition de la famille dans ce cadre (§ 1.).

Le droit anglais n'institutionnalise pas le vécu familial comme le droit français (§ 2.). C'est la conception anglo-saxonne de la filiation qui justifie cela. Dans la mesure où le lien en lui-même n'a pas besoin d'être institutionnalisé, le vécu familial n'a pas besoin de l'être non plus pour produire des effets. Nul besoin d'une quelconque procédure pour le reconnaître, c'est dans le cadre d'une autre procédure – ayant pour finalité la résidence de l'enfant ou l'attribution de la *parental responsibility* – que les juges apprécieront qui s'occupe véritablement de

1. G. CORNU, « La filiation », *Arch. philo. dr.* 1975, XX, p. 29, spéc. p. 40.

l'enfant. Nul besoin d'un mode d'établissement de la filiation tenant compte du vécu familial puisque l'établissement de la filiation en lui-même n'est pas indispensable pour bénéficier de ses effets.

§ 1. Le *child of the family*, un état de fait au domaine restreint

411. L'enfant de la famille. Le *child of the family* est, littéralement, celui qui est considéré comme « l'enfant de la famille ». L'idée est bien, comme en droit français, de tenir compte du comportement parental à l'égard de l'enfant de la part d'un adulte qui n'est pas nécessairement son parent. L'adulte agit « comme si » il était le parent même s'il ne l'est pas juridiquement parlant. Parce que l'enfant est traité comme le sien, il doit pouvoir bénéficier d'un entretien et d'une protection de leur part même en l'absence de lien biologique ou juridique entre eux.

Pour bénéficier de la qualité de *child of the family*, il faut que certaines conditions soient remplies. L'enfant doit être élevé auprès d'adultes référents en couple, dont la forme de l'engagement est juridiquement consacrée (A.). La garantie vient alors de la forme de « famille » retenue par le droit pour que soit constatée valablement l'existence d'un *child of the family*. Une fois les conditions remplies, l'enfant pourra bénéficier des effets propres à cette qualification propre au droit anglais (B.).

A. Des parents de fait au sein d'un couple juridiquement engagé

412. Pour que l'enfant soit considéré comme un membre de la famille, il faut d'abord une *famille*. Mais qu'entend-on par ce terme ? Afin d'appréhender une situation de fait – le traitement d'un enfant comme le sien – le droit anglais a envisagé le cadre familial comme exclusivement fondé sur un engagement juridique du couple parental (1.).

Il faut également une vie familiale partagée entre ce couple et l'enfant pour que celui-ci soit perçu comme un membre de la famille du parent de fait (2.).

1. Une famille

413. Le *child of the family* ne peut être considéré comme tel uniquement s'il est élevé au sein d'un couple juridiquement engagé (a.) et s'il est déjà né (b.).

a. Un couple marié ou engagé dans un *civil partnership*

414. Il ressort des différentes lois, dans lesquelles il y est fait référence¹, que le *child of the family* est défini comme l'enfant né des deux époux ou des *civil partners*², ou encore tout autre enfant qui a été traité par eux comme celui de la famille.

415. Ne sont, en revanche, pas concernés par la notion de *child of the family*, les enfants élevés par des parents vivant en concubinage³.

Cela renseigne sur la notion de famille qui est envisagée ici : celle-ci ne peut reposer que sur un engagement juridique des parents. Le *child of the family* ne peut être reconnu comme tel qu'à l'égard de personnes ainsi engagées.

416. La définition désigne tant les parents génétiques de l'enfant que ceux qui ne le sont pas. La condition requise est que l'enfant ait été élevé par eux et qu'ils se soient occupés de lui. Aussi, l'enfant élevé par le conjoint ou *civil partner* de l'un de ses parents peut être considéré comme « l'enfant de la famille » de ce dernier.

b. Un enfant déjà né

417. Le vécu familial doit être effectif de sorte qu'un enfant ne peut pas être traité comme « enfant de la famille » avant sa naissance. Dans l'affaire *A v. A (Family : Unborn Child)*⁴, un homme s'était marié avec une femme enceinte, croyant être le père de l'enfant. Six jours après le mariage, la femme quitte le mari. Cinq mois après cette rupture, l'enfant est né et il est apparu aux yeux de tous que, manifestement, il n'était pas celui du mari mais celui d'un homme d'origine pakistanaise avec lequel la mère avait eu une relation avant le mariage.

Le seul comportement significatif du mari à l'égard de l'enfant était de s'être marié avec la mère. Or, le mariage avait eu lieu avant la naissance de l'enfant, cela n'était donc pas suffisant pour considérer que l'enfant avait été traité comme *child of the family*. LJ BAGNALL a estimé que ce comportement ne pouvait être retenu pour qualifier l'enfant de *child of the family* en raison de son antériorité à la naissance. Il en a été déduit que le comportement

1. V. le Matrimonial Causes Act 1973, section 52. tel qu'amendé par le Children Act (c. 41) 1989, section 12 par. 33. V. aussi Domestic Proceedings and Magistrates' Court Act 1978. tel qu'amendé par le Children Act (c. 41), section 12 par. 43 ; V. enfin Children Act (c. 41) 1989, section 105 (1). tel qu'amendé par le Civil Partnership Act (c. 33) 2004, section 25 (3). Les définitions, initialement différentes selon les lois, avaient été ensuite harmonisées par le *Children Act 1989*. Le *Civil Partnership 2004* a, quant à lui, ajouté la référence au couple de *civil partners*. Le *Marriage (Same Sex Couple) Act 2013* n'a fait qu'élargir la catégorie d'époux aux couples de même sexe.

2. Le *civil partnership* est un partenariat enregistré réservé aux couples homosexuels exclusivement : v. *Ibid.*

3. *J v J (A minor : Property Transfer)* [1993] 2 FLR 56 (FD).

4. *A v A (Family : Unborn Child)* [1974] Fam 6 (HL).

parental, révélateur d'un traitement comme *child of the family*, ne pouvait s'apprécier qu'à l'égard d'un enfant déjà né.

L'interprétation apparaît très restreinte car le fait que l'homme se soit marié avec la mère n'est sans doute pas un acte suffisamment significatif pour caractériser un traitement de l'enfant comme celui de la famille. Mais cela n'est pas dû au moment où l'acte a été commis mais bien à la nature de celui-ci et à son unicité. Il n'y a pas eu d'autres comportements du mari à l'égard de l'enfant prouvant qu'il l'a traité comme le sien. L'enfant ne peut alors bénéficier du régime favorable de *child of the family*.

2. Une vie familiale partagée

418. Pour que l'enfant soit considéré comme *child of the family*, il faut encore que soit prouvé le comportement de l'adulte à son égard. Ce comportement est calqué sur celui d'un parent à l'égard de son enfant, il est donc apprécié en référence à un modèle.

D'abord, le vécu familial implique une vie partagée avec le couple parental. Ainsi, n'est pas un « enfant de la famille » celui qui est traité comme tel par le mari de sa mère alors que celui-ci ne vit plus avec la mère¹. Dans cette affaire, la mère avait eu un enfant avec un autre homme que son mari, après le départ de celui-ci. Le mari avait néanmoins accepté de traiter l'enfant comme le sien, notamment en contribuant financièrement à ses besoins, alors même qu'il n'habitait pas avec la mère. Mais, la Cour a estimé qu'une simple contribution financière à la vie de l'enfant ne suffisait pas pour qu'il soit considéré comme *child of the family* du contributeur.

Ensuite, la durée de la vie familiale commune n'a pas de réelle incidence dans l'appréciation de son existence. Un enfant peut être considéré comme *child of the family* même si le couple parental a vécu ensemble pendant une courte durée : quinze jours seulement peuvent suffire².

419. Une appréciation objective de la réalité familiale. Pour apprécier la réalité du vécu familial et considérer l'enfant comme « *child of the family* », les juges doivent procéder à un examen objectif de la situation de fait. Ils doivent établir si, pour toute personne, les preuves apportées démontrent que l'enfant est traité comme un « enfant de la famille »³. L'examen porte donc davantage sur le comportement de l'adulte à l'égard de l'enfant perçu de l'extérieur

1. *M v M (Child of the Family)* [1981] 2 FLR 39 (CA).

2. *W v W (Child of the Family)* [1984] FLR 796 (CA).

3. *V. D v D (Child of the family)* (1981) 2 FLR 93 (CA). dans lequel LJ ORMORD pose la question ainsi : « *does the evidence show that the child was treated as a member of the family ?* » V. aussi *Teeling v Teeling* [1984] FLR 808 (CA).

que sur son sentiment subjectif¹. En cela, l'appréciation de l'apparence de filiation rejoint celle du droit français et son critère de la *fama*².

420. Une fois ces conditions remplies, l'enfant peut bénéficier des effets associés à la qualité de *child of the family*, c'est-à-dire de certains effets du lien de filiation, sans qu'un tel lien ne soit établi entre ses parents de fait et lui-même.

B. Les conséquences de l'état de *child of the family*

421. Être considéré comme le *child of the family* n'entraîne pas l'établissement d'un lien de filiation ni l'attribution automatique de la *parental responsibility* à l'égard de celui qui s'est occupé de l'enfant (1.). Cette notion ne permet que l'attribution de devoirs patrimoniaux à l'égard de l'enfant (2.). Le droit anglais ne déduit donc du vécu familial commun qu'un rôle parental et non un statut.

1. L'absence de conséquences sur la filiation et sur la *parental responsibility*

422. L'absence d'établissement consécutif d'un lien de filiation. La qualification de « *child of the family* » n'entraîne pas l'établissement d'un lien de filiation. Il ne s'agit ni d'un mode d'établissement ni d'une preuve de la filiation mais d'un constat judiciaire d'un vécu familial donnant droit à la réalisation de certains effets de la filiation.

423. L'absence d'attribution consécutive de la *parental responsibility*. La reconnaissance de l'enfant comme *child of the family* n'a pas pour conséquence l'attribution automatique de la *parental responsibility* au parent de fait. Il devra pour cela passer un accord avec l'autre parent, un *parental responsibility agreement*, ou bien faire une demande en justice en ce sens afin d'en être titulaire³.

2. Le bénéfice des effets patrimoniaux de la filiation

424. Une fois que l'enfant a été reconnu comme membre de fait de la famille parce qu'il a été traité comme tel, il peut bénéficier de certains effets patrimoniaux de la filiation. Malgré l'absence de lien de filiation établi, il a accès à certains de ses effets.

Ainsi, l'enfant peut réclamer des aliments à ce parent de fait. D'abord, en cas de divorce des époux, celui qui a traité l'enfant comme le sien peut être tenu à l'égard de l'enfant d'une contribution financière visant à subvenir à ses besoins. De même, il peut être tenu d'une même

1. *Carron v Carron* [1984] FLR 805 (CA).

2. V. *supra*, page 231.

3. Children Act (c. 41) 1989, Sections 4, 4 ZA et 4A.

contribution sur le fondement de la section 1 du *Children Act 1989* ou encore sur le fondement de la section 38 du *Domestic Proceedings and Magistrates' Court Act 1978*.

L'enfant de la famille peut aussi agir contre son parent de fait pour obtenir un droit de résidence ou un *contact order*¹. Il peut également réclamer une part dans la succession du parent de fait décédé².

425. Aussi, la notion de *child of the family* vise-t-elle davantage à doter le parent de fait de devoirs plutôt que de droits à l'égard de l'enfant. Elle permet à l'enfant de lui assurer une aide matérielle et financière et de prétendre à la succession de celui qui s'est occupé de lui comme s'il était de sa famille. Ce comportement parental à l'égard d'un enfant ne peut être pris à la légère, il est source d'un engagement que le parent de fait doit assumer. Par conséquent, l'enfant peut lui réclamer d'exécuter matériellement cet engagement tacite.

D'autant plus qu'être *child of the family* n'empêche pas de requérir des parents génétiques une implication dans la vie de l'enfant. Ainsi peuvent-ils être tenus de subvenir aux besoins de l'enfant malgré l'existence de parents de fait³. L'enfant a alors deux sortes de débiteurs alimentaires : ses parents génétiques et ses parents sociaux.

426. L'absence de conséquences sur le lien de filiation du vécu familial révèle que le droit anglais n'institutionnalise pas ce dernier. Il n'en tire les conséquences qu'en matière alimentaire et successorale parce que, pragmatiquement, cela constitue l'efficacité juridique du vécu familial.

§ 2. L'absence d'institutionnalisation du vécu familial en droit anglais

427. La particularité de cette notion de *child of the family* est qu'elle ne fonde pas un lien juridique de filiation tout en attribuant à l'enfant le bénéfice de certains de ses effets. Le droit anglais distingue donc clairement le statut des effets de la filiation. Il peut attribuer le statut aux parents génétiques et certains effets patrimoniaux à une autre personne qui s'occupe de l'enfant comme le sien, sans nécessairement y associer l'attribution de la *parental responsibility*. Le vécu familial peut alors ne mener qu'à des devoirs parentaux unilatéraux à l'égard de l'enfant. C'est l'enfant qui est au centre du dispositif.

1. Children Act (c. 41) 1989, Section 10 (5) (a).

2. Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975, Section 1 (1) (d).

3. Sur le fondement des Child Support, Pensions and Social Security Act 2000. Matrimonial Causes Act 1973. et Children Act (c. 41) 1989.

Le droit anglais n'institutionnalise donc pas la notion de *child of the family* car il n'a pas besoin de le faire. Le statut n'est pas indispensable pour bénéficier des effets de la filiation, en l'occurrence des devoirs patrimoniaux à l'égard de l'enfant. Il n'est pas besoin d'établir un lien de filiation fondé sur le vécu familial pour cela, il suffit de tirer les conséquences patrimoniales de ce seul vécu familial.

428. Cette conception rejoint la proposition d'un auteur concernant des « mini-parentés »¹. Elle proposait l'admission d'autres rattachements familiaux que la filiation, se limitant à de simples emprunts et procédant de sources différentes. Ainsi, il serait possible d'organiser un « semi-rattachement » de l'enfant à la personne qui, sans être son parent légal, l'a en charge effectivement. En droit positif, ce « semi-rattachement » est assuré par des mécanismes relativement limités comme la tutelle ou encore la délégation d'autorité parentale. Selon l'auteur, « il conviendrait de revoir les cas et effets, dans le présent et le futur, d'une semi-parenté vécue. La logique de cette finalité voudrait que soient principalement empruntés des effets personnels, mais pas exclusivement, la charge personnelle pouvant naturellement entraîner des conséquences patrimoniales². » Alors, le vécu familial pourrait entraîner non pas l'établissement d'un statut parental à l'égard de l'enfant mais celui d'un rôle parental auquel ne serait assorti que des effets patrimoniaux au profit de l'enfant. Cet aménagement, bien qu'étranger à la philosophie du droit de la filiation, ne paraît pas impossible à mettre en place et pourrait trouver tout son sens au sein des familles recomposées.

1. D. FENOUILLET, « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : Dalloz, PUF, Éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 509, spéc. p. 533.

2. *Ibid.*, p. 534.

Conclusion du Chapitre 3

429. Le comportement parental à l'égard de l'enfant peut, au même titre que la réalité génétique ou la volonté, fonder le lien de filiation. Traduisant une attention particulière et témoignant d'une affection certaine à l'égard de l'enfant, l'adulte référent qui se comporte comme le parent peut se voir revêtir de l'habit juridique de parent. Le droit français permet, en effet, de consacrer le lien de fait dont l'existence est vérifiée durablement dans le temps et à l'égard de tous grâce à la possession d'état.

D'abord, mode de preuve d'un lien de filiation qui ne pouvait être vérifié scientifiquement, le comportement parental laissait suggérer que l'adulte référent était le parent véritable puisqu'il s'en occupait spontanément. Le comportement instinctif était, dès lors, un indice valable d'une filiation physique vraisemblable. Ensuite, l'expertise génétique étant devenue la reine des preuves, le vécu familial a été pris en compte à côté de la réalité génétique afin de ne pas faire du lien de filiation un lien dépourvu de réalité affective et, par là, trop abstrait. Alors, la possession d'état est devenu un véritable mode d'établissement du statut.

Le droit anglais, quant à lui, ne connaît pas une institution comparable à la possession d'état puisque le vécu familial ne peut être pris en compte en lui-même pour fonder le lien de filiation. Il faut un acte de volonté explicite et respectant les formes prescrites par la loi pour se rattacher un enfant ou bien encore faire la preuve d'un lien génétique. Toutefois, le droit anglais tient compte du vécu familial pour justifier l'attribution de certains effets du statut à celui qui traite l'enfant comme le sien, en tant que *child of the family*. Le comportement parental n'est alors pas fondateur du statut mais de l'attribution du rôle.

430. La prise en compte du vécu familial est ainsi révélatrice de la différence intrinsèque entre le droit français et le droit anglais. En effet, le droit français, prévisionniste, recherche à établir un statut préalable duquel découlera le bénéfice des effets qui y sont associés tandis que le droit anglais, conséquentialiste, pourra accorder les effets de ce statut sans exiger l'établissement préalable d'un statut. Alors, le droit français privilégie le *status* tandis que le droit anglais privilégie les *incidents of status*¹. Le vécu familial peut donc fonder le statut comme le rôle, illustrant que les deux composantes de la filiation peuvent être dissociées, comme nous pourrions l'observer dans la seconde partie de cette recherche.

1. Suivant la distinction de GRAVESON. V. R. H. GRAVESON, *Status in the Common Law*, University of London, Athlone Press, 1953. et R. H. GRAVESON, *The Conflict of Laws*, 2^e éd., Sweet et Maxwell, 1952, p. 95.

Conclusion du Titre I

431. Réalité génétique, volonté et vécu familial constituent les trois fondements de la notion de filiation. Une hiérarchie intuitive de ces fondements pourrait venir à l'esprit, plaçant la réalité génétique au sommet de celle-ci parce qu'elle est le fait initial et incontestable sur lequel peut se fonder le droit pour lier juridiquement l'enfant au parent. Ensuite, viendrait la volonté, substitut de la réalité génétique et, enfin, le dérivé de la volonté, le vécu familial, qui compenserait l'absence de lien génétique par un comportement parental. Pourtant, si une telle hiérarchie peut séduire au premier abord, elle ne rend pas compte de la complexité de la notion de filiation. En effet, la notion de filiation peut à la fois reposer sur ces trois fondements cumulés ou bien sur un seul d'entre eux. Aussi, ces fondements sont-ils en conflit pour obtenir la primauté du droit et permettre d'emporter la conviction du juge voire de la société sur ce qu'est la « vraie » filiation.

Le premier fondement, la réalité génétique, est intuitif ; il semble relever de l'évidence. En effet, les règles d'établissement de la filiation reposent pour beaucoup sur cet aspect physique du lien, qu'il soit présumé ou vérifié. En raison des progrès scientifiques, l'expertise génétique est ensuite devenue la « reine des preuves », en ce qu'elle désignait de façon objective et incontestable le parent génétique et permettait de remettre en cause une filiation établie suivant les règles traditionnelles. Cette preuve est venue bouleverser l'équilibre des principes du droit de la filiation, laissant entendre qu'il existait une filiation « véritable ». Par opposition, les autres filiations n'apparaissaient pas comme « vraies » et étaient, par conséquent, moins valables. Toutefois, le droit n'a pas fait le choix d'un fondement génétique exclusif, estimant le lien plus riche.

La filiation peut également se fonder sur la volonté. Celle-ci peut révéler et ratifier une réalité génétique supposée, coexistant avec ce fondement. La volonté peut aussi parfois être le mode de rattachement d'un enfant abandonné à une famille, à travers l'institution de l'adoption. La volonté est, dès lors, créatrice du lien puisqu'aucune réalité, physique ou sociale, ne lui préexiste. D'autres filiations se sont inscrites dans le prolongement de la filiation adoptive, permettant le rattachement d'enfants nés de procréation médicalement assistée avec tiers

donneur voire de dons d'embryons. Alors, la volonté permet de remettre en adéquation l'apparence physique de filiation et le lien juridique. Elle permet alors d'habiller juridiquement les dépassements scientifiques ou sociaux des limites procréatives du corps humain, ce qui peut s'avérer dangereux si le droit ne décide pas d'un modèle de structure familiale dans laquelle le lien de filiation s'insère.

Enfin, le vécu familial peut fonder le lien de filiation. Tout au moins en droit français où l'instrument juridique de la possession d'état permet de s'appuyer sur une réalité quotidienne, sociale et affective pour ancrer un lien juridique de filiation. Le droit prend ici en compte l'aspect dynamique de la filiation, c'est-à-dire le rôle. Le droit anglais, quant à lui, ne prend en compte ce vécu familial que pour fonder la qualité de *child of the family* et faire bénéficier ce dernier de certains effets habituellement liés au statut. Alors transparait la différence de culture juridique des droits français et anglais. Le droit français, prédictif, se doit d'établir le statut avant de conférer les effets qui y sont associés tandis que le droit anglais, rétrospectif, fait évaluer la situation par le juge parce qu'elle a engendré un conflit et qu'il convient de le régler. Le vécu familial participe alors davantage de la consécration du rôle, tel que nous l'envisagerons, que de la fondation du statut, tel qu'envisagé.

432. Ces trois fondements font l'objet de tiraillements entre eux en raison de leur coexistence souhaitée par les législateurs nationaux pour tenir compte au mieux de la complexité de la notion de filiation. Afin de les départager, ou encore de les combiner lorsque cela est possible, le droit recourt à des standards juridiques qui vont lui permettre de privilégier l'un des fondements au détriment de l'autre.

Titre II

Des variables d'ajustement des fondements de la filiation

433. Ces dernières années, la notion de filiation a amorcé un nouveau tournant. Alors que la réalité génétique semblait avoir acquis une primauté certaine dans l'établissement de la filiation, la volonté de se rattacher un enfant s'est maintenue et progressivement imposée comme fondement conséquent de la filiation. Parallèlement, la prise en compte du vécu familial a contribué à appréhender différemment la filiation, non plus comme un lien de rattachement familial permettant de bénéficier du statut le plus favorable mais comme une relation effective entre le parent et l'enfant.

Aussi, lorsque l'enfant grandit dans le cadre de familles recomposées successives, la détermination du lien de filiation se complexifie. La filiation relève-t-elle de la présomption de paternité dont a bénéficié le mari de sa mère ou bien du lien génétique qui pourrait être révélé par une expertise ADN ? Ou bien encore ne relève-t-elle pas plutôt de la vie en commun de l'adulte référent avec l'enfant, du rôle parental que l'adulte joue effectivement, contribuant à faire du lien de filiation un lien concret ? Si chacun des fondements peut être valable séparément, comment les départager lorsqu'ils se trouvent en conflit pour l'établissement ou la remise en cause du lien de filiation d'un enfant ?

434. Longtemps, le juge s'est appuyé sur des éléments objectifs et s'est contenté d'appliquer les règles régissant la filiation. Depuis quelques décennies, il s'appuie sur une notion plus subjective : l'intérêt de l'enfant. Cette notion, initialement employée pour fonder les décisions relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale et de fixation de la résidence de l'enfant lors de la séparation des parents, est devenue une référence en droit de la filiation. Ce glissement de l'intérêt de l'enfant du domaine des effets de la filiation à la détermination du lien de filiation lui-même va permettre d'expliquer la dissociation entre le statut et le rôle, que nous observerons dans notre seconde partie. En effet, employer une notion destinée à décider des conditions de vie de l'enfant pour justifier l'établissement ou la remise en cause d'un lien de filiation a renforcé l'idée que le parent était d'abord un éducateur. Alors, la tâche du juge est de rechercher la solution qui est la plus favorable à l'enfant et pas nécessairement celle qui est la plus conforme en droit, c'est-à-dire celle qui se déduit de l'application des règles abstraites. Le juge joue un alors un rôle fondamental dans la détermination du lien de filiation. La notion de filiation s'en trouve profondément modifiée. Elle devient alors un lien à déterminer plutôt qu'un lien déterminant.

435. Corrélativement à cette croissance de l'intérêt de l'enfant, il faut constater un certain affaiblissement de l'ordre public. En principe, l'ordre public permet de rappeler les limites infranchissables par la volonté individuelle quant à la détermination et à l'établissement juridique d'un lien de filiation. Il constitue le cadre de la notion de filiation et la garantie de sa cohérence en l'ancrant dans les principes fondamentaux de la société. L'ordre public ne répond

pas à une philosophie utilitariste, qui cherche à garantir le bonheur individuel de la personne, mais vise à la défense de l'intérêt général. La poursuite de l'intérêt collectif peut alors parfois contrarier l'intérêt particulier et produire des dégâts collatéraux, comme par exemple, l'interdiction de l'établissement d'un lien de filiation qui révélerait l'inceste des parents. Cependant, en raison de la progression de l'individualisme dans nos sociétés, l'ordre public a tendance à s'atténuer en droit de la filiation. Ce n'est plus la famille qu'il convient de défendre mais chaque individu qui la compose séparément, et ce, même si leurs intérêts distincts peuvent être contradictoires. L'intérêt de l'enfant vient alors altérer l'ordre public voire s'y substituer en devenant la valeur de référence des décisions concernant l'enfant. Malgré cela, l'ordre public subsiste encore quelque peu pour empêcher que la volonté individuelle ne soit illimitée tant en droit interne qu'en droit international de la filiation.

436. Ainsi, l'ordre public a pour fonction de protéger la structure familiale, ce qui se traduit en droit de la filiation par la recherche de la préservation du sens de la notion de filiation. L'ordre public protège la filiation en tant que statut (Chapitre 2), support du lien de famille, et ne peut donc le laisser à la libre disposition des personnes. L'intérêt de l'enfant, quant à lui, offre la possibilité de consacrer une personne qui exerce un rôle parental auprès de l'enfant (Chapitre 1). Cette confrontation entre ces deux systèmes de valeurs entraîne une confusion quant à la réelle teneur de la filiation : est-elle un statut ou un rôle ?

437. Il convient de préciser, dès à présent, que l'étude comparée des deux systèmes juridiques révèle une différence profonde d'approche : le droit français est prévisionniste tandis que le droit anglais est conséquentialiste. En effet, le droit français pose les règles relatives à la filiation qui doivent être suivies afin de pouvoir établir un lien juridique de filiation. Le droit anglais prévoit également des règles initiales d'établissement mais ne tente pas, en principe, de prévoir tous les cas de figure¹. Il délègue au juge le pouvoir de créer la norme face à une situation qui n'avait pas été envisagée par le législateur. Alors, il est cohérent que la notion d'intérêt de l'enfant, qui permet ce pragmatisme, y soit davantage employée et que, en raison d'une philosophie individualiste prégnante, l'ordre public y soit moins contraignant qu'en droit français. L'ordre juridique français tente, quant à lui, de protéger les valeurs sur lesquelles s'appuient les règles du droit de la filiation afin de garantir la cohérence du système et la stabilité du lien de filiation. Pourtant, le déclin croissant de l'ordre public laisse percevoir une utilisation croissante de l'intérêt de l'enfant, notion floue qui offre une marge d'appréciation plus importante au juge du système civiliste.

1. Mis à part pour les « nouvelles » filiations en raison de leur spécificité médicale, comme nous avons pu l'observer dans le Titre précédent.

Chapitre 1

L'intérêt de l'enfant, outil favorable à la reconnaissance du rôle

438. La « notion magique » du droit de la filiation. Dès les années 1960, le Doyen CARBONNIER avait cerné les principaux aspects et difficultés soulevés par l'importance croissante de l'intérêt de l'enfant :

« C'est la *notion magique*. Elle a beau être dans la loi, ce qui n'y est pas, c'est l'abus qu'on en fait aujourd'hui. À la limite, elle rendrait superflues toutes les institutions positives du droit familial. Pourtant, rien de plus fuyant, de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire. Il est des philosophes pour opiner que l'intérêt n'est pas objectivement saisissable ; que, dans la conduite de sa vie, chacun ne s'en tire qu'en identifiant ses intérêts à ses désirs. Et il faudrait que le juge juge de l'intérêt d'autrui ! Qui plus est, de l'intérêt d'un enfant, c'est-à-dire d'un *intérêt en devenir*. L'enfance est mobile, plastique et n'a, du reste de signification que comme préparation à l'âge adulte. De ce qui est semé dans l'enfant à ce qui lèvera dans l'homme, quelle pseudo-science autoriserait le juge à prophétiser ? Le peu que l'on sait, par une sagesse de bonnes femmes, est qu'en pédagogie, les joies immédiates sont souvent au détriment de l'avenir. [...] Raison de plus pour se convaincre que la pesée des intérêts n'est pas tellement dans le rôle des juges. Que davantage ils aient souci de dire quels sont les droits des uns et des autres ¹. »

439. Depuis lors, l'intérêt de l'enfant n'a cessé de prendre de l'importance dans les conventions internationales et textes internes, ainsi que dans leur application par le juge. L'intérêt de l'enfant était la *notion magique*, elle est désormais la notion de référence. Malgré ses contours flous, son contenu variable² et son interprétation aléatoire, l'intérêt de l'enfant

1. J. CARBONNIER, « Note sous Paris 30 avr. 1959 », *D.* 1960, Jur, p. 673, spéc. p. 675.

2. J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille » in *Les notions à contenu variable en droit*, sous la dir. de C. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruxelles : Bruylant, 1984,

est la justification majeure d'un grand nombre de décisions relatives au droit de la filiation. En effet, comment pourrait-on aller à l'encontre d'un instrument si légitime d'appréciation ? L'intérêt de l'enfant tend nécessairement à emporter la conviction du juge et à fonder sa décision. La difficulté provient justement de qu'il est plus que délicat de saisir en quoi il consiste exactement¹.

Toutefois, c'est précisément son caractère malléable en fonction des espèces qui offre à l'intérêt de l'enfant tout son attrait. En effet, ce « concept "mou" dont la définition est empreinte de subjectivisme² », est doté d'une grande souplesse et d'une capacité d'adaptation certaine.

En matière familiale, il permet une adéquation de la décision du juge avec la situation en cause. Le juge va pouvoir l'utiliser pour atténuer la rigueur de la règle de droit ou bien, l'amplifier si nécessaire. L'intérêt de l'enfant peut parfois même aller jusqu'à justifier la mise à l'écart de la règle de droit. Alors, « l'intérêt devient critère actif de performance, de perfectionnement, de dépassement, [...] source de bienveillance inventive en vue d'un maximum d'avantages pour l'enfant, ressort d'une politique de faveur à son profit³ ».

440. La recherche du bonheur de l'enfant. Recherchant le gain le plus avantageux pour l'enfant, l'intérêt de l'enfant s'inscrit dans une philosophie utilitariste qui vise à retenir la solution qui apportera le plus de bonheur au plus grand nombre des personnes concernées. Le droit de la famille, et tout spécialement le droit de la filiation, n'aspire plus à donner un cadre stable au groupe de personnes qui compose la famille mais tend plutôt à rechercher le bonheur de la majorité. Les réformes contemporaines ont désormais pour finalité le bonheur individuel et les mesures qui sont prises pour tendre vers celui-ci ne veulent pas « contraindre mais convaincre⁴ ». La référence croissante à l'intérêt de l'enfant rend bien compte de cette tendance de la législation à vouloir emporter la conviction plutôt qu'à encadrer la construction de la vie de la famille. Il s'agit désormais de *s'adapter* à la situation existante plutôt que de la

p. 99, spéc. p. 104 : « La notion est déjà à contenu variable parce qu'elle est à interprétation variable. La subtilité congénitale de la notion d'intérêt est accentuée, en ces applications légales, par la supériorité que nous nous sentons tenus d'attribuer, idéalistes que nous sommes tous, aux intérêts les plus fuyants, psychiques, éthiques. Davantage encore elle est accrue par la *fluidité* d'une situation qui évolue sans cesse avec l'âge des enfants et à laquelle il faut même intégrer la perspective de leur avenir adulte. [...] C'est un intérêt, remarque-t-on, dont l'appréciation ne peut jamais être cristallisée par l'autorité de la chose jugée. À plus forte raison, comment pourrait-elle l'être par l'autorité d'un texte de loi ? ». Nous soulignons.

1. M. DONNIER, « L'intérêt de l'enfant », *D.* 1959, Chron. p. 180. : « La difficulté est de dire ce qu'est exactement cet "intérêt de l'enfant", de dire comment il est possible de le rechercher, de le définir... Tâche délicate sans aucun doute car l'intérêt de l'enfant est une notion fluide et variable. »

2. A. GOUTTENOIRE, « Touche pas à ma filiation !, Note sous TGI Lyon, 5 juil. 2007 », *D.* 2007, p. 3052, spéc. p. 3054.

3. G. CORNU, « La filiation », *Arch. philo. dr.* 1975, XX, p. 29, spéc. p. 36.

4. P. DELEBECQUE, « Standards in civil law systems », *RRJ - Cahiers de méthodologie juridique* 1988, 4, p. 872, spéc. p. 874.

dessiner par avance à l'aide de modèles juridiques.

Profondément nourri de cette casuistique individualiste, le droit anglais tente de faire de l'intérêt de l'enfant la notion charnière de ce bonheur familial. Le droit français tente, tant bien que mal, d'intégrer cette notion dans son ordre juridique en faisant une synthèse entre une conception abstraite de l'intérêt de l'enfant et une conception nécessairement concrète liée à la nature intrinsèque de cette notion.

441. Fondement de la décision du juge dans les décisions concernant l'enfant, l'intérêt de l'enfant s'est d'abord épanoui dans le domaine du vécu familial et de l'exercice de la fonction parentale pour ensuite glisser vers celui du lien de filiation (Section II). Cette notion essentielle est pourtant bien difficile à cerner tant ses contours sont flous (Section I).

Section I L'intérêt de l'enfant, une notion aux contours flous

442. L'intérêt de l'enfant est difficile à saisir dans les deux systèmes en raison des terminologies variées qui peuvent le désigner mais également des différences de type d'appréciation, révélant de la sorte la culture juridique de chacun (§ 1.). L'intérêt de l'enfant est également difficile à distinguer des autres notions juridiques, notamment de celle de *droits*. L'intérêt de l'enfant est-il un droit subjectif ou est-il au service de celui-ci ? Ou bien encore, le droit subjectif sert-il l'intérêt individuel ? Pour mieux comprendre cette notion, il convient de la confronter à celle de droit et de tenter de les articuler ensemble (§ 2.).

§ 1. Une terminologie semblable, une approche distincte

443. Une dimension internationale. L'intérêt de l'enfant est désormais une notion centrale du droit de la famille et de la filiation. Promue par le droit anglo-américain, elle a été reprise par des conventions internationales, qui lui ont permis de se développer, notamment la Convention internationale des droits de l'enfant¹. Son article 3 précise d'ailleurs que, « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques

1. Convention internationale des droits de l'enfant 20 nov. 1989. Désormais d'applicabilité directe en droit français : Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005 ; *D.* 2005, p. 1909, note ÉGÉA ; *D.* 2007, p. 2192, obs. A. GOUTTENOIRE et L. BRUNET ; *AJ. Fam.* 2005, p. 274, obs. T. FOSSIER ; *RTD. civ.* 2005, p. 585, obs. J. HAUSER ; *RTD. civ.* 2005, p. 627, obs. P. THÉRY ; *RTD. civ.* 2005, p. 750, obs. P. RÉMY-CORLAY ; *Dr. Fam* 2005, Comm. 156, obs. A. GOUTTENOIRE ; *JCP G.* 2005, t. II, 10081, note F. GRANET-LAMBRECHTS et Y. STRICKLER.

ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, *l'intérêt supérieur de l'enfant* doit être une *considération primordiale* ». Cette formulation se retrouve dans l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Malgré son absence dans les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne y fait directement référence dans nombre de ses décisions¹ et a inclut dans son corpus de règles la Convention internationale des droits de l'enfant, qui en fait mention dans son article 7. L'intérêt de l'enfant est institué par ces textes comme le critère essentiel qui doit orienter la délibération du juge².

444. Le droit français fait emploi de la notion d'*intérêt de l'enfant* tandis que le droit anglais emploie celle de *child's welfare*, c'est-à-dire de bien-être de l'enfant ; si elles concernent toutes deux l'enfant et son épanouissement, s'agit-il pour autant d'équivalents notionnels (A.) ?

Le droit anglais n'anticipant pas les situations conflictuelles, le *child's welfare* est un outil pragmatique pour le juge pour apprécier la situation en présence et mesurer les conséquences de sa décision. Afin de garantir à cette notion essentielle la plus grande effectivité et s'assurer de la sorte que le juge va véritablement en tenir compte dans la résolution du conflit, le droit anglais lui confère une autorité particulière grâce au principe de *paramountcy*, c'est-à-dire de primauté ; le *child's welfare* doit donc, en principe, l'emporter sur les autres intérêts en présence (B.). Mais cette autorité n'est que relative en réalité, le juge étant obligé de tenir compte du groupe familial au sein duquel grandit l'enfant.

A. Intérêt supérieur de l'enfant et *child's welfare*, des équivalents notionnels ?

445. Des terminologies nationales distinctes. En droit interne, les terminologies employées sont sensiblement différentes. Ainsi, si dans les conventions internationales, il est fait référence à *l'intérêt supérieur de l'enfant* ou *best interest of the child*, en droit français, il est question de *l'intérêt de l'enfant* dans les dispositions relatives à l'autorité parentale et à l'adoption. Toutefois, il n'est pas expressément mentionné comme *supérieur*. En droit anglais, il est question

1. V. notamment : CEDH, *Kearns c. France*, 10 jan. 2008 ; *D.* 2008, p. 415, obs. P. GUIOMARD ; *AJ. Fam.* 2008, p. 78, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *Dr. Fam* 2008, étude 14, note A. GOUTTENOIRE ; CEDH, *Fretté c. France*, 26 fév. 2002, n° 36515/97 ; *D.* 2002, p. 2024, obs. GRANET ; *D.* 2002, p. 2569, obs. COURTIN ; *JCP G.* 2002, t. II, 10074, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *RJPF* avr. 2002, p. 20, obs. L. LE BOURSICOT ; *Dr. Fam* 2002, p. 8, note DEBET ; *Dr. et patr.* Juin 2002, p. 107, obs. LOISEAU ; *AJDA* 2002, p. 401, note POIROT-MAZÈRES ; *LPA* 10 juil. 2002, p. 10, note VASSEUR-LAMBRY et CARIUS ; *RTD. civ.* 2002, p. 281, obs. HAUSER ; *RTD. civ.* 2002, p. 389, obs. MARGUÉNAUD ; CEDH, *Gnahoré c. France*, 19 sept. 2000, n° 40031/98

2. V. EDEL, « L'intérêt supérieur de l'enfant : une nouvelle maxime d'interprétation des droits de l'enfant », *R.R.J.* 2009, 2, p. 579, spéc. p. 592.

du *child's welfare* dans les dispositions relatives à la fonction parentale et à l'adoption.

Le *child's welfare* désigne littéralement le *bien-être* de l'enfant. La finalité des décisions concernant l'enfant est donc son épanouissement personnel. L'expression est plus transparente que celle d'*intérêt de l'enfant* même si elle reste tout aussi vague sur son contenu exact. Mais la doctrine anglaise emploie indifféremment *best interest of the child* et *child's welfare*, laissant penser que l'une et l'autre ont le même sens. Il est à noter qu'il est plus souvent fait mention *des* intérêts de l'enfant que de l'intérêt de l'enfant. Le *child's welfare* pourrait contenir les intérêts concrets et variés de l'enfant, tendant toujours vers cette même fonction d'épanouissement personnel. Dans les domaines de l'adoption et de l'autorité parentale, le *child's welfare* doit être la considération primordiale, c'est-à-dire qu'elle l'emporte sur toutes les autres considérations en présence quelles qu'elles soient. Le *child's welfare* est alors plus qu'un guide de la décision du juge, il est *le* critère de cette décision.

446. Une notion-cadre. Dans l'un et l'autre système juridique, le contenu de la notion est indéterminé. Il s'agit d'une notion-cadre dont le contenu diffère en fonction des espèces et des problématiques juridiques.

En droit anglais, le *Children Act 1989* est la loi de référence concernant les décisions relatives à la vie de l'enfant, c'est-à-dire à l'exercice de l'autorité parentale, à la résidence et aux relations avec les parents. Alors même que le *child's welfare* doit être la considération primordiale de toutes ces décisions, le *Children Act 1989* ne donne pas de définition précise du *child's welfare* ; il donne toutefois une liste d'éléments qui permettent au juge de l'apprécier¹. Ainsi, peuvent être pris en compte : les souhaits et sentiments de l'enfant concerné (au regard de son âge et de sa compréhension), ses besoins physiques, émotionnels et d'éducation ; l'effet envisageable que produirait sur lui tout changement de sa situation ; son âge, son sexe, son passé et tout élément que la cour peut considérer comme pertinent ; toute violence qu'il a subie ou risquerait de subir ; la capacité de chacun de ses parents, ou de toute personne en relation avec l'enfant que la cour estime concernée, à répondre aux besoins de l'enfant ; l'échelle des pouvoirs dont dispose la cour suivant l'*Act* dans les procédures concernées². La prise en compte de tous ces éléments concrets par le juge anglais implique une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant. Il s'agit de savoir quel est l'intérêt de l'enfant concerné par la décision et non de déterminer quel serait l'intérêt abstrait de l'enfant placé dans une situation équivalente.

Le droit français ne définit pas non plus l'intérêt de l'enfant. Contrairement au droit anglais, il ne fournit pas de liste d'indices à apprécier, ce qui accentue la difficulté de son appr-

1. V. *infra*, page 273.

2. Children Act (c. 41) 1989, section 1(3).

ciation. Si l'intérêt de l'enfant semble pouvoir s'apprécier *in concreto* en matière d'autorité parentale¹, car il s'agit de décider de la prise en charge de l'enfant en fonction de la situation précise dans laquelle il se trouve, ce n'est pas le cas en matière de filiation où il est question de principe et de modèle², l'appréciation *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant semblerait alors plus adaptée pour bâtir le droit de la filiation. En réalité, en pratique, le juge doit souvent combiner ces deux aspects de la notion, à les tenir pour complémentaires « puisque lorsqu'il est amené à prendre sa décision, [il] met en parallèle la situation concrète de l'enfant avec une représentation abstraite de ce que devrait être sa situation. »³

447. Une appréciation *in concreto*. Les juristes anglais ont une moindre tendance à l'abstraction que les juristes français, ce qui les conduit à privilégier une appréciation *in concreto* de certaines notions, telle que celle de l'intérêt de l'enfant. La notion d'intérêt de l'enfant y est donc envisagée dans une optique casuistique, variable selon les espèces. Cela ne signifie pas pour autant que les juristes anglais n'utilisent pas des notions abstraites⁴ mais révèle que le point de départ de l'appréciation est différent. Ainsi, « en France, on part du sujet de droit vers l'objet de droit et vers le patrimoine ; en Angleterre, la tendance, en droit privé, est de partir d'un bien-fonds ou d'une somme et d'arriver aux sujets de droit via le droit judiciaire⁵ ».

Dans le domaine de la filiation, le droit français s'attache à identifier les parents de l'enfant pour le faire bénéficier des effets personnels et patrimoniaux de la filiation. L'intérêt de l'enfant s'accomplit donc *in abstracto* dans l'établissement du lien de filiation. Mais sur le choix du fondement de la filiation, en cas de conflits, il convient d'apprécier *in concreto* quel est l'intérêt de cet enfant. Doit-il être rattaché à une personne avec laquelle il partage un même patrimoine génétique ou bien à une personne qui s'occupe effectivement de lui ? Alors, la conception de l'intérêt de l'enfant en droit français se rapproche de celle du droit anglais qui s'attache

1. A. GOUTTENOIRE, « Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'intérêt supérieur de l'enfant » *in Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Defossez - Liber Amicorum*, Montchrestien - Lextenso éditions, 2012, p. 147, p. 153. Dans les décisions relatives à l'autorité parentale, la Cour de cassation renvoie « la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, apprécié *in concreto*, au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, excluant par là même tout contrôle de sa part quant au bien ou mal-fondé de la décision qu'ils adoptent. ». L'autorité parentale relève d'une appréciation plus concrète en ce qu'elle concerne le comportement parental et donc l'exécution du rôle plutôt que la détermination du statut, qui, en principe, relève d'une appréciation plus abstraite.

2. H. FULCHIRON, « Parenté, parentalité, homoparentalité, (à propos de l'arrêt de la 1^{re} chambre civile du 24 février 2006) », *D.* 2006, p. 876.

3. M.-P. ROSADO, « L'intérêt supérieur de l'enfant depuis le revirement de jurisprudence sur l'applicabilité directe de la Convention de New-York », *RLDC* nov. 2006, 32, p. 35, spéc. p. 37.

4. A titre d'exemple, en matière patrimoniale, lorsque les juristes anglais traitent de droits de propriété, la notion de patrimoine (au sens d'*estate*) joue à un certain point le rôle joué par le « patrimoine » en France. V. pour plus de développements : G. SAMUEL, « La notion d'intérêt en droit anglais » *in Droit et intérêt. Volume 3 : Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, sous la dir. de P. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 405, spéc. p. 415.

5. *Ibid.*, p. 415.

à l'observation d'une situation familiale pour ensuite décider de la nature du rattachement de l'enfant à un adulte. Le droit anglais n'a alors pas besoin d'une définition de l'intérêt de l'enfant pour s'y référer, il lui suffit de l'observer au cœur de la vie familiale.

448. Un standard juridique, laissé à l'appréciation du juge. Notion floue, l'intérêt de l'enfant comme le *child's welfare* échappe à tout étalonnage *a priori*. La détermination de son contenu est laissée au juge et est aussi variable que les circonstances dans lesquelles il est envisagé. Reposant ainsi intégralement sur le juge, ces notions répondent à la définition du *standard juridique* telle que l'avait exposée Roscoe POUND : « un procédé donnant la mesure moyenne de conduite sociale servant à juger une série d'actes »¹. Dans sa thèse, M. le Professeur RIALS a défini le standard juridique comme une expression de la règle de droit ; le standard « vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité² ». Il nous semble que cette définition n'est pas véritablement adaptée à l'intérêt de l'enfant ou au *child's welfare* dans la mesure où il n'est pas ici question de « normalité » mais de ce qui semble le plus adéquat pour l'enfant concerné. L'intérêt de l'enfant répond néanmoins à cette définition en ce qu'il est utilisé comme instrument de mesure de la protection, de l'épanouissement et du bien-être de l'enfant. Il s'agit donc là d'une figure de référence, d'un repère pour le juge dans la délibération de sa décision.

En tant que figures de référence, l'intérêt de l'enfant et le *child's welfare* se font le vecteur des valeurs irriguant le système juridique. En raison de leur contenu variable, ils peuvent également absorber les changements de société sans modifier la structure de la règle applicable tout en menant à un résultat distinct de celui auquel la règle pouvait aboutir. Ainsi, si l'intérêt de l'enfant a longtemps résidé dans la stabilité familiale, c'est désormais plus souvent la connaissance de la « vérité » de sa filiation, autrement dit la réalité génétique de celle-ci, qui lui est estimée favorable, même si cela peut entraîner une réorganisation de la famille. L'intérêt de l'enfant a d'ailleurs été qualifié de « standard dogmatique³ », en ce qu'il est doté d'une « transcendance par rapport à ce qui se fait ». Par conséquent, l'intérêt de l'enfant dépasse les principes établis, justifiant que le juge atténue ou mette à l'écart une règle qui ne serait pas à l'avantage de l'enfant, au moment où il statue. Le standard qu'est l'intérêt de l'enfant indique ainsi comment doit se faire l'appréciation juridique des faits et l'interprétation des règles en vigueur.

1. Cité par P. DELEBECQUE, « Standards in civil law systems », *RRJ - Cahiers de méthodologie juridique* 1988, 4, p. 872, Cette définition correspond d'ailleurs à la traduction que l'on peut trouver du mot « standard » en français : modèle, moyenne, niveau.

2. S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, 1980, LGDJ.

3. P. DELEBECQUE, « Standards in civil law systems », *RRJ - Cahiers de méthodologie juridique* 1988, 4, p. 872, spéc. p. 876.

449. C'est dans la nature de standard juridique que se retrouvent les notions d'intérêt de l'enfant et de *child's welfare*. Indépendamment d'une terminologie distincte, ils visent tous deux à ce que l'épanouissement et l'équilibre de l'enfant soient au cœur de la prise de décision du juge pour le lier à un parent ou le délier de celui qui était parent en droit jusque là.

Afin de protéger l'enfant de façon effective et de tout mettre en œuvre en vue de son épanouissement, le droit anglais offre une arme au *child's welfare* que le droit français connaît dans une moindre mesure : la primauté de l'intérêt de l'enfant sur toute autre considération.

B. La particularité du caractère primordial du *child's welfare*

450. **La primauté du *child's welfare*.** Le *welfare principle* est la garantie de la prise en compte des besoins et intérêts de l'enfant. Aussi, le droit anglais le dote d'une autorité forte afin qu'il soit au cœur de la décision du juge : le *child's welfare* prime en principe sur tout autre intérêt en présence (1.). Mais, ce principe peut être atténué par la mise en balance des intérêts de l'enfant avec ceux de ses parents (2.).

1. Le *Paramountcy principle*

451. **Priorité ou primauté du *child's welfare* ?** L'un des caractères principaux du *child's welfare* est qu'il doit être primordial – *paramount*. Pour le comprendre, il convient d'abord de déterminer le sens du terme *paramount*. L'interprétation du terme *paramount* a été dégagée dans la décision *J v C*¹ à propos du sens des mots *first and paramount* contenus dans le *Guardianship of Infants Act 1925*. Lord MCDERMOTT expliquait que « l'expression signifie davantage que le fait que le *child's welfare* doit être traité comme le premier élément d'une liste de critères à prendre en considération. Le *child's welfare paramountcy* renvoie à un processus dans lequel tous les faits significatifs, relations, demandes et souhaits des parents, risques, choix et autres circonstances sont pris en compte et mis en balance »². Cela signifie donc que le *child's welfare* est le critère suprême guidant la décision du juge qui concerne un enfant. Les intérêts des parents et des autres enfants de la famille ne sont décisifs que s'ils risquent d'affecter le *welfare* de l'enfant concerné. Il conviendra alors, au regard de tous ces éléments que la solution envisagée soit la plus proche du *child's welfare* tel qu'il aura été déterminé

1. *J v C* [1970] AC 669 (HL).

2. *Ibid.*, spéc. p. 710 : « *This means more than the child's welfare is to be treated as the top item in a list of items relevant to the matter in question. These words connote a process whereby, when all the relevant facts, relationships, claims and wishes of parents, risks, choices and other circumstances are taken into account and weighed, the course to be followed will be that which is most in the interests of the child's welfare as that term has now to be understood.* »

en l'espèce. Autrement dit, le *child's welfare* doit être envisagé non comme le premier critère en liste mais comme l'*unique* critère.

452. N'inscrivant pas le *child's welfare* dans une hiérarchie, le *Children Act* diffère terminologiquement de la Convention internationale des droits de l'enfant qui exige que l'intérêt de l'enfant soit la *première* (*primary*) considération et non l'*unique* (*sole*). La Convention envisage une hiérarchie des intérêts tandis que le droit anglais envisage une primauté de l'intérêt de l'enfant sur celui des autres personnes concernées par la décision. La notion envisagée dans la Convention est donc moins contraignante que celle employée dans le droit anglais¹. Cette interprétation de la *paramount consideration* comme synonyme de *sole consideration* pose alors des difficultés quant à l'articulation de l'intérêt de l'enfant avec l'intérêt des parents².

453. Le *child's welfare* ne doit pas être l'unique critère pour toutes les décisions relatives à l'enfant ; il ne peut l'être que lorsqu'il s'agit d'une décision concernant l'*upbringing* de l'enfant³, autrement dit son éducation et l'administration de ses biens. Par conséquent, certaines décisions ne sont pas soumises à la primauté du critère du *child's welfare*. Parmi celles-ci⁴, les décisions prescrivant une expertise génétique afin de déterminer l'identité du père de l'enfant⁵. Le *welfare principle* n'est pas primordial car la décision ne concerne pas l'éducation et le développement de l'enfant mais la détermination de sa filiation génétique⁶. Le *welfare principle* ne semble donc primer que dans les décisions relatives à la vie de l'enfant ou à l'exercice de la *parental responsibility* par les parents ou un adulte référent. Pourtant, l'établissement de la filiation pourra avoir des effets notamment matériels quant à l'avenir de l'enfant. C'est pourquoi, si le *welfare principle* n'est pas le critère exclusif de décision du juge en matière

1. Il a été soutenu que le *Human Rights Act 1998* imposait aux juges de réinterpréter le mot « *paramount* » de la section 1 du *Children Act* dans le sens de *primary*, de la sorte que les intérêts des parents et autres personnes concernées devaient également être pris en compte. V. S. CHOUDHRY et H. FENWICK, « Taking the rights of parents and children seriously : Confronting the welfare principle under the Human Rights Act », *Oxford Journal of Legal Studies* 2005, 25, p. 453. et J. FORTIN, « Accommodating Children's Rights in a Post Human Rights Act Era », *MLR* 2006, 69, p. 299. Pour un point de vue considérant qu'il est possible de maintenir le principe de *paramountcy* tout en tenant compte des droits des parents : J. HERRING, « The Human Rights Act and the welfare principle in family law – conflicting or complementary ? », *CFLQ* 1999, 11, p. 223.

2. Ces difficultés sont particulièrement accentuées depuis l'entrée en vigueur du *Human Rights Act 1998*, ratifiant la Convention européenne des droits de l'homme. V. *infra*, page 260.

3. Bracewell J a précisé dans *Re X (A Child) (Injunctions Restraining Publication)* [2001] 1 FCR 541. ce que désignait l'*upbringing* : « *the bringing up, care for, treatment, education, and instruction of the child by its parents or by those who are substitute parents* », c'est-à-dire tout ce qui concerne le rôle de parent à l'égard des enfants.

4. Notamment les procédures de divorce ou les procédures d'exécution de décisions de justice : *enforcement of court orders*. L'intérêt de l'enfant n'y est pas insignifiant pour autant mais les intérêts des parents ont un poids plus important.

5. *Re H (A Minor) (Blood Tests : Parental Rights)* [1996] 4 All ER 28 (EWCA).

6. Ce qui ne signifie pas que l'intérêt de l'enfant n'est pas examiné pour ces questions mais qu'il ne s'agit pas de la considération primordiale.

de filiation, il n'en est pourtant pas totalement absent. Les juges pourront porter une attention particulière à ce que leur décision soit en accord avec le *child's welfare*. Ils pourront également mettre en balance l'intérêt de l'enfant avec les autres intérêts en présence.

2. L'atténuation du principe par la mise en balance des intérêts en présence

454. Suivant le *welfare principle*, l'intérêt de l'enfant doit primer sur tout autre intérêt. Pourtant, la solution ne peut être d'une rigueur absolue car les intérêts des parents, chargés de l'enfant, ne peuvent être complètement omis au risque de rendre la décision de justice inapplicable. Plusieurs positions doctrinales ont tenté de systématiser l'articulation de ces intérêts divergents (a.). Mais la transcription de la Convention européenne des droits de l'homme en droit anglais par le *Human Rights Act 1998* est venu soulever de nouvelles questions (b.).

a. Les différentes positions doctrinales

455. La théorie des *primary and secondary interests*, un classement des intérêts. Plusieurs auteurs ont développé des opinions visant à résoudre les conflits entre le *child's welfare*, qui doit primer en principe, et les intérêts des parents. J. BAINHAM a développé la théorie des *primary and secondary interests*¹. Afin de résoudre les conflits d'intérêts, l'auteur suggère de répartir les intérêts de chacun en deux catégories : les intérêts primaires et les intérêts secondaires. De la sorte, aux intérêts secondaires de l'enfant seraient privilégiés les intérêts primaires des parents, et réciproquement, les intérêts secondaires des parents se verraient écartés par les intérêts primaires des enfants. Ce classement des intérêts permet de relativiser la primauté du *child's welfare* au regard de ce qui est véritablement essentiel pour l'enfant et ses parents et d'éviter tout déséquilibre familial au nom d'un principe fût-il primordial.

A cette répartition hiérarchique des intérêts, s'ajoute un critère transversal, le « *collective family interest* », que les juges devront prendre en compte afin de relativiser l'intérêt d'un des membres de la famille et envisager la famille comme une unité et non comme la somme des individualités. Ce critère de l'intérêt collectif permettrait de ne pas oublier que le *child's welfare* doit être appréhendé au regard de l'intérêt de la famille dans lequel la filiation de l'enfant s'inscrit.

456. La théorie du *relationship-based welfare*, une prise en compte des relations familiales réelles. Dans la même ligne de pensée, J. HERRING a développé la théorie dite du *relationship-*

1. A. BAINHAM, « Honour Thy Father and Thy Mother : Children's Rights and Children's Duties » in *Children's Rights and Traditional Values*, sous la dir. de G. DOUGLAS et L. SEBBA, Dartmouth, 1998.

*based welfare*¹. Suivant cet auteur, le bien-être de l'enfant ne doit pas être appréhendé indépendamment des relations familiales dans leur ensemble. Il est donc important que le *child's welfare* soit évalué au regard de ces relations : l'intérêt de l'enfant ne peut être égoïste et exiger des sacrifices trop importants pour les autres membres de la famille et spécialement pour les parents. Le *child's welfare* doit donc être apprécié à la mesure du groupe familial au sein duquel l'enfant grandit effectivement. Ainsi, suivant cette interprétation, une juridiction peut légitimement rendre une décision favorable aux parents, et non directement favorable à l'enfant, et cette décision sera pourtant adéquate en raison du contexte familial. Il s'agit de prendre une décision en concordance avec la réalité de la vie familiale aussi l'intérêt des parents peut être écarté si l'enfant n'entretient aucune relation effective avec eux. Les effets de la filiation pourront alors être transférés à ceux qui exercent effectivement le rôle de parent². Là encore, la proposition va dans le sens d'un critère concret et décisif mais non exclusif des intérêts des autres membres de la famille.

457. La théorie du *modified least detrimental alternative*, la recherche du moindre inconvénient. Enfin, une autre théorie d'interprétation est celle du *modified least detrimental alternative* développée par J. EEKELAAR³. Il ressort de cette théorie que le *child's welfare* ne peut être tout puissant. Une solution moins favorable à l'intérêt exclusif de l'enfant mais qui porte également une atteinte moindre à l'intérêt des parents doit être préférée à celle qui satisferait parfaitement l'intérêt de l'enfant. J. EEKELAAR fait valoir qu'il convient de procéder à une véritable *pesée des intérêts* en présence sans véritable prédominance de l'intérêt de l'enfant. Celui-ci doit être pris en compte dans le cadre de la décision au sein d'un contexte plus général qu'individuel. Pour compléter l'analyse, l'auteur ajoute qu'une solution qui engendrerait plus de désagréments que d'avantages pour l'enfant ne devrait pas être envisagée par le juge. Le juge se doit donc de trouver un équilibre entre l'intérêt de l'enfant, qui doit demeurer prédominant mais non exclusif, et tous les autres intérêts en présence.

458. La relativité du *paramountcy principle*. Ces différentes opinions doctrinales font état de la relativité du *paramountcy principle*, la primauté du *child's welfare* ne permettant

1. J. HERRING, « The Human Rights Act and the welfare principle in family law – conflicting or complementary ? », *CFLQ* 1999, 11, p. 223. V. également J. BRIDGEMAN, « Children with exceptional needs : Welfare, rights and caring responsibilities » in *Rights, Gender and Family Law*, sous la dir. de J. WALLBANK, S. CHOUDHRY et J. HERRING, Routledge, 2010.

2. V. *infra*, page 366.

3. J. EEKELAAR, « Beyond the Welfare Principle », *CLFQ* 2002, 14, p. 237, spéc. p. 243. « *The best solution is surely to adopt the course that avoids inflicting the most damage on the well-being of any interested individual. [...] If the choice was between a solution that advanced a child's well-being a great deal, but also damaged the interests of one parent a great deal, and a different solution under which the child's well-being was diminished, but damaged the parent to a far lesser degree, one should choose the second option, even though it was not the least detrimental alternative for the child.* »

pas de trancher les conflits familiaux de façon équilibrée. C'est pourquoi, si le *child's welfare* est un guide de la décision du juge, il ne peut être le seul ; le juge se voit obligé de tenir compte de l'environnement familial de l'enfant et des conséquences sur cette famille de la décision qu'il est amené à rendre. Il peut donc être de l'intérêt familial que le *child's welfare* ne prime pas sur les autres intérêts en présence. Cette relativité du *paramountcy principle* a été accentuée en raison des questions soulevées par la notion équivalente retenue en droit européen.

b. L'entrée en vigueur du *Human Rights Act 1998*, source de nouvelles interrogations

459. La confrontation de la notion anglaise avec la notion européenne de l'intérêt de l'enfant. L'entrée en vigueur du *Human Rights Act 1998*, transcrivant en droit anglais la Convention européenne des droits de l'homme, a soulevé la question de la combinaison du principe du *child's welfare* avec la conception de l'intérêt de l'enfant dans la Convention¹. S'agit-il de la même notion ? Est-elle également prédominante – *paramount* ? Si elle ne l'est pas, dans quels cas l'une et l'autre notion s'appliquent-elles ?

La doctrine anglaise considère dans son ensemble que la Convention européenne des droits de l'homme ne pourvoit pas adéquatement aux droits des enfants². De son point de vue, la Convention a été rédigée au profit des adultes et aucun article ne concerne directement l'enfant. Le texte ne prévoyant pas de protection expresse pour les enfants, la doctrine anglaise s'est inquiétée de ce que les enfants puissent bénéficier des mêmes droits. La Cour européenne des droits de l'homme a clarifié la situation dans un arrêt *Nielsen c. Danemark*³, indiquant que l'expression « toute personne » (*everyone*) dans l'article 5-1 incluait les enfants alors même qu'ils n'étaient pas désignés expressément.

460. La remise en cause du caractère prédominant du *child's welfare* ? L'inquiétude qui ressort de ce questionnement doctrinal britannique est principalement relative à la mise en balance des droits des parents avec ceux de l'enfant suivant la Convention européenne des droits de l'homme et à la combinaison de cette mise en balance avec celle habituellement pratiquée

1. Il convient ici de rappeler que la Convention européenne des droits de l'homme ne mentionne pas expressément l'intérêt de l'enfant mais se réfère la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989. Toutefois, l'intérêt de l'enfant est régulièrement mentionné par la Cour européenne des droits de l'Homme pour fonder ses décisions, ce qui laisse entendre une acceptation européenne de la notion.

2. S. CHOUDHRY et J. HERRING, *European Human Rights and Family Law*, Hart Publishing, 2010. J. FORTIN, « The HRA's impact on litigation involving children and their families », *CFLQ* 1999, 11, p. 237. J. FORTIN, « Children's rights and the Impact of Two International Conventions : The UNCRC and the ECHR » in *Delight and Dole*, sous la dir. de T. LJ et C. COWTON, Jordans, 2002. and J. FORTIN, « Accomodating Children's Rights in a Post Human Rights Act Era », *MLR* 2006, 69, p. 299. S. HARRIS-SHORT, « Family Law and the Human Rights Act 1998 : judicial restraint or revolution ? », *CFLQ* 2005, 17, p. 239. J. HERRING, « The Human Rights Act and the welfare principle in family law – conflicting or complementary ? », *CFLQ* 1999, 11, p. 223.

3. CEDH Ass. Plén., *Nielsen c Danemark*, 28 nov. 1988, n° 10929/84.

en *Common Law*. Comment procéder désormais en cas de conflit entre les droits des parents et ceux de l'enfant ? La question de la prédominance de l'intérêt de l'enfant reste posée pour la doctrine anglaise. Certains considèrent que les droits de l'enfant doivent être prédominants¹, d'autres considèrent que cette primauté n'est pas claire², d'autres enfin estiment qu'il convient d'examiner les valeurs sous-tendues par les droits en conflit³.

461. La Cour européenne des droits de l'homme ne donne pas davantage de lignes directrices pour arbitrer entre les droits des parents et ceux des enfants. Ainsi, pour la doctrine, la qualification de l'intérêt de l'enfant par la Cour européenne semble imprécise et hasardeuse au regard de ses propres critères. Parfois la Cour estime que l'intérêt de l'enfant doit être *prédominant*⁴, d'autres fois qu'il est d'une *importance cruciale*⁵, ou d'une *importance particulière*⁶, d'autres fois encore que les droits de l'enfant doivent être la *considération primordiale* pour toute décision relative aux droits de l'enfant et des parents⁷. Cette dernière interprétation semble très proche de celle de la *House of Lords* dans l'application du *welfare principle*⁸.

Pour autant, s'agit-il de la même prédominance (*paramountcy*) ? En effet, la Cour euro-

1. S. CHOUDHRY et H. FENWICK, « Taking the rights of parents and children seriously : Confronting the welfare principle under the Human Rights Act », *Oxford Journal of Legal Studies* 2005, 25, p. 453.

2. J. FORTIN, « Accommodating Children's Rights in a Post Human Rights Act Era », *MLR* 2006, 69, p. 299. L'auteur s'interroge : cela signifie-t-il que les droits de l'enfant doivent toujours l'emporter sur ceux des parents ? Si non, quand les droits de l'enfant doivent-ils être écartés au profit de ceux des parents ? L'auteur précise que, à son sens, pour que les droits de l'enfant l'emportent, il faut qu'ils soient de valeur égale (*equal*) à ceux des parents. Mais, il nous semble que cette précision n'en est pas véritablement une. Que signifie des « droits égaux » ? Y a-t-il une hiérarchie interne aux droits des enfants et aux droits des parents ? Cela nous semble revenir à la classification de A. BAINHAM entre les intérêts primaires et secondaires de chacun.

3. J. HERRING et R. TAYLOR, « Relocating Relocation », *CFLQ* 2006, 18, p. 517. Les auteurs développent ici notamment un *obiter dicta* de Lord STEIN dans l'affaire *Re S (A Child) (Identification : Restrictions on Publication)* [2005] 1 AC 593 (UKHL), qui s'est référé au besoin de prendre en compte les valeurs sous-tendant les droits en conflit (§ 17).

4. *Hendriks v Netherlands* (1982) 5 EHRR 223 (ECtHR).

5. *Scott v UK* [2000] 2 FCR 560 (ECtHR), spéc. p. 572.

6. *Hoppe v Germany* [2003] 1 FCR 179 (ECtHR), para 49. V. aussi : *Sahin v Germany* [2003] 2 FCR 619 (ECtHR), et *Haase v Germany* [2004] 2 FCR 1 (ECtHR), para 93.

7. *Yousef v Netherlands* ECtHR 33711/96, [2000] 2 FLR 118, para. 118. « The Court reiterates that in judicial decisions where the rights under Article 8 of parents and those of a child are at stake, the child's rights must be the paramount consideration. If any balancing of interest is necessary, the interests of the child must prevail ». V. aussi *Neulinger and Shuruk v Switzerland* [2010] ECtHR 51615/07, (2010) 28 BHRC 706, spéc. p. 135. « The Court notes that there is currently a broad consensus – including in international law – in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount. »

8. Dans *Re S (A Child) (Contact)* [2004] 1 FCR 439, para 15. BUTLER-SLOSS LJ a cité la jurisprudence *Yousef* afin de démontrer que la Cour européenne des droits de l'homme avait reconnu le principe de prédominance du *child's welfare* suivant le modèle anglais. Mais, un auteur (S. HARRIS-SHORT, « Family Law and the Human Rights Act 1998 : judicial restraint or revolution ? », *CFLQ* 2005, 17, p. 239, spéc. p. 357) considère que la jurisprudence *Yousef* est isolée et donc non significative quant à la compatibilité de la Convention avec le *Children's Act* sur ce point. Il nous semble plus exactement que, malgré l'emploi d'un terme identique, le sens qui est attaché n'est pas le même en droit anglais et en droit européen.

péenne ne semble pas considérer l'intérêt de l'enfant comme le critère exclusif de décision. D'ailleurs, il semble que, dans les jurisprudences postérieures¹, la Cour ait préféré revenir aux formulations antérieures pour qualifier l'intérêt de l'enfant, le terme *paramount* portant sans doute à confusion. La Cour européenne accorde manifestement une place incontournable à l'intérêt de l'enfant même s'il ne s'agit pas d'un critère d'appréciation exigé dans le texte de la Convention. La Cour n'en a pas pour autant une interprétation unifiée. Elle lui donne plus ou moins de poids selon les espèces.

462. Les conséquences relatives d'une telle appréciation. Le fait que la Cour européenne fasse ou non de l'intérêt de l'enfant un critère prédominant a-t-il de véritables conséquences en pratique ? Autrement dit, est-ce que la transcription de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit anglais doit changer l'interprétation de l'intérêt de l'enfant opérée par les juges anglais ? Certains auteurs considèrent que cela ne change rien au raisonnement des Cours et qu'il ne s'agit que d'une différence sémantique². Plusieurs Lords vont également en ce sens³, et la *House of Lords* elle-même confirma cette approche⁴.

Mais une partie de la doctrine maintient sa position : l'analyse du *child's welfare* n'est pas de même nature en droit européen et en droit interne anglais⁵. Selon eux, le point de départ du raisonnement n'est pas le même : en droit européen, le point de départ est le droit du parent au respect de sa vie familiale qui peut être violé si le *contact*, c'est-à-dire le droit de visite du parent, est refusé. Pour l'application du *Children Act* en revanche, il est présumé que le *contact* va promouvoir en lui-même le *child's welfare* en ce qu'il va permettre à l'enfant de maintenir des relations avec ses parents. La différence entre les deux approches s'avère être double. D'abord, la preuve à rapporter est moindre suivant le *Children Act* pour démontrer que le *contact* est conforme au *child's welfare* car en droit européen, il conviendra de montrer que la violation du droit du parent est nécessaire et proportionnée. Ensuite, la nature du problème est différente. Sous le *Children Act*, la question est *factuelle* – est-ce que le *contact* va promouvoir le *child's welfare* ? – tandis que suivant l'approche de la Convention européenne, la question

1. *V. Haase v Germany* [2004] 2 FCR 1 (ECtHR), para 93. *Suss v Germany* [2005] 3 FCR 66 (ECtHR), para 88. *Hunt v Ukraine* [2006] 3 FCR 756 (ECtHR). *Chepelev v Russia* [2007] 2 FCR 649 (ECtHR), para 27. dans lesquels l'intérêt de l'enfant est « particulièrement important » ou bien encore *Nanning v Germany* [2007] 2 FCR 543 (ECtHR), para 63. dans lequel l'intérêt de l'enfant est réputé « crucial ».

2. A. BAINHAM, « Unintentional parenthood : The case of the reluctant mother », *Cambridge Law Journal* 2002, 61, p. 288, spéc. p. 290.

3. Déjà, avant le *Human Rights Act*, certains Lords avaient traité cette question : dans *Re KD (A Minor) (Ward : Termination of Access)* [1988] 2 FLR 139. Lord TEMPLEMAN considérait qu'il n'y avait aucune incohérence de principe à l'application de l'approche anglaise avec l'approche européenne et Lord OLIVER suggérait que la différence n'était que sémantique et qu'il ne pouvait y avoir d'interférence entre les deux approches, à moins que l'intérêt de l'enfant n'exige une différence d'appréciation.

4. *Re B (Adoption By One Natural Parent To Exclusion of Other)* [2001] UKHL 70, [2002] 1 WLR 258.

5. J. HERRING, *Family Law*, 5^e éd., Pearson Longman, 2011, p. 429.

est *juridique* – est ce que le dommage causé à l'enfant est suffisant pour qualifier la violation de « nécessaire » ?

Ainsi, de l'étude de ces notions proches employées dans des outils de droit interne et européen, il faut observer une convergence vers la recherche d'une solution qui apportera le plus d'avantages à l'enfant mais il faut également constater une différence de démarches dans l'appréciation de la notion d'intérêt de l'enfant.

463. Le *child's welfare*, une notion fuyante. Toutes ces interrogations quant à la délimitation et à l'autorité du *child's welfare* révèlent à quel point la notion est fuyante. La confrontation des notions européenne et interne soulève de nouveaux problèmes d'interprétation qui interrogent sans cesse sur la définition de la notion et sur sa coordination avec d'autres intérêts en concurrence.

Si la systématisation des notions d'intérêt de l'enfant et de *child's welfare* n'est pas aisée, c'est en raison de la plasticité inhérente à la fonction casuistique que recèlent ces notions ; elles ont alors vocation à être des notions imprécises afin de s'appliquer au plus grand nombre de situations et assurer de la sorte la protection et l'épanouissement de l'enfant. Pourtant, une notion aussi floue protège-t-elle réellement l'enfant ? Ne serait-ce pas plutôt la fonction des *droits* ?

§ 2. La délicate distinction entre droits subjectifs de l'enfant et intérêt de l'enfant

464. Des notions révélatrices de traditions juridiques distinctes. La notion d'intérêt est révélatrice de la différence structurelle des traditions juridiques de chacun des systèmes étudiés. Le droit français s'appuie, en effet, plutôt sur la notion de *droits subjectifs* qu'il convient de faire respecter tandis que le droit anglais s'appuie davantage sur celle d'*intérêt*. Or, la notion de *droit subjectif* relève d'une tradition rationaliste tandis que la notion d'*intérêt* relève d'une tradition pragmatique et casuistique. Pourtant, l'intérêt de l'enfant peut être invoqué à l'appui de décisions concernant la vie et la filiation de l'enfant dans les deux systèmes juridiques. Les *droits* de l'enfant se confondent-ils avec son *intérêt* en ce qu'ils garantissent sa préservation ?

465. La distinction entre « intérêt » et « droit » par IHERING. La distinction entre *intérêt* et *droit* a été développée par IHERING dans son étude du droit romain¹. L'auteur y a dégagé

1. R. von IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. IV, A. Marescq, 1878.

les deux éléments constitutifs du principe de *droit* : « l'un, *substantiel*, dans lequel réside le but pratique du droit, et qui est l'utilité, l'avantage, le gain assuré par le droit, l'autre *formel* qui se rapporte à ce but uniquement comme moyen, à savoir la *protection* du droit, l'*action en justice*. Celui-là est le fruit dont celui-ci est l'enveloppe protectrice¹ ». A partir de cette distinction, IHERING pose une définition, désormais classique, selon laquelle « les droits sont des intérêts juridiquement protégés ».

Appliquée à la filiation, cette définition révèle l'intérêt de l'enfant comme la finalité des droits subjectifs accordés à l'enfant. C'est, en effet, dans l'intérêt de l'enfant que réside la finalité concrète du droit, en ce sens qu'il n'est pas seulement un idéal à poursuivre mais un résultat à atteindre qui doit se vérifier dans la vie de l'enfant. L'intérêt de l'enfant est également synonyme d'avantage, d'amélioration de sa qualité de vie, de facilitation de sa construction personnelle assurés par le droit pour l'enfant. Alors, l'intérêt de l'enfant se présente comme préalable à l'existence d'un droit subjectif de l'enfant. Il en est le socle fondateur et le droit vient au soutien de cet intérêt. Le droit assure le respect de cet intérêt par sa dimension contraignante. De nombreux droits de l'enfant ont été consacrés au nom du respect de son intérêt, tels que le droit à la connaissance de ses origines², le droit au maintien des relations avec les parents³, avec les grands-parents⁴ ainsi qu'avec la personne qui était parent et qui ne l'est plus en raison de la contestation en justice du lien.

466. La délicate qualification du *child's welfare* : droit ou intérêt ? La terminologie employée en droit anglais, *child's welfare*, c'est-à-dire le bien-être de l'enfant, plutôt que *best interest of the child*, soulève toutefois une difficulté de qualification. Le *child's welfare* est-il du domaine de l'intérêt ou du droit de l'enfant ? Autrement dit, il convient de s'interroger sur l'existence de la notion de *child's welfare* face à celle de *child's rights*⁵. Recouvrent-elles les mêmes domaines ? Ou se chevauchent-elles seulement en partie ? Diffèrent-elles complètement ? Le *child's welfare* est-il une finalité qui sous-tend les droits de l'enfant ou bien peut-il

1. R. von IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. IV, A. Marrescq, 1878, p. 326.

2. CEDH sect. III, *Jaggi c. Suisse*, 13 juil. 2006, n° 58757/00 ; *RTD. civ.* 2006, p. 727, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTD. civ.* 2007, p. 100, obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 2008, p. 573, obs. J. MASSIP ; *Dr. Fam* mai 2008, p. 13, obs. A. GOUTTENOIRE. *Ibid.* CEDH, *Kearns c. France*, 10 jan. 2008 ; *D.* 2008, p. 415, obs. P. GUIOMARD ; *AJ. Fam.* 2008, p. 78, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *Dr. Fam* 2008, étude 14, note A. GOUTTENOIRE.

3. CEDH, 20 juin 1999, *Nylund c. Finlande*, req. n° 27110/95. N'est pas contraire à l'article 8 de la CEDH, la législation refusant l'établissement d'une filiation biologique, l'intérêt de l'enfant et de la famille dans laquelle il vit prévalant.

4. CEDH, sect. IV, 27 avr. 2000, *L. c. Finlande*

5. J. HERRING, *Family Law*, 5^e éd., Pearson Longman, 2011. spéc. p. 446 : « *Does it really make any difference whether the law talks in terms of children's rights or their welfare ?*. V. aussi A. BAINHAM, "Can we protect children and protect their rights ?", *Fam Law* 2002, 32, p. 279. et H. MOYLAN, *What Have Human Rights Done for Family Justice ?*, Resolution, 2010. »

faire l'objet d'une contrainte judiciaire pour être exécuté ?

467. La *will theory of rights* face à l'*interest theory of rights*. En Angleterre, l'existence de droits de l'enfant est en elle-même très discutée. En effet, il n'est pas évident que l'enfant, dépourvu de capacité juridique, puisse bénéficier de droits qui lui soient propres. L'enfant bénéficie-t-il seulement d'intérêts qui ne pourraient être juridiquement protégés ? Ainsi, s'opposent deux positions doctrinales : la *will theory of rights* (également appelée *power theory of rights*) et l'*interest theory of rights*.

Suivant l'*interest theory*, les droits dérivent des intérêts de la personne. De ce point de vue, une personne n'aura de droits que si son intérêt est suffisant pour en justifier et imposer un devoir à une autre personne¹. En revanche, la *will theory* soutient que l'on peut parler de droit lorsqu'une personne peut exercer, faire exécuter ce droit ou bien encore y renoncer.

Autrement dit, tandis que l'*interest theory* protège les intérêts de la personne indépendamment de ses choix, la *will theory* implique un lien entre la titularité d'un droit et l'exercice de la volonté de la personne. Il n'y aurait pas de droit individuel sans volonté de l'exercer². Les enfants mineurs n'ayant pas la pleine capacité pour exercer leur volonté, la *will theory* leur conteste, par conséquent, la possibilité d'avoir des droits. En revanche, l'*interest theory* admet que les enfants puissent avoir des intérêts à protéger avant même de pouvoir exprimer clairement leur volonté³.

L'*interest theory*, considérant l'intérêt comme la source du droit qui le protège, s'inscrit dans la ligne de pensée de IHERING évoquée précédemment. En effet, selon lui, la substance du droit réside dans l'utilité, dans l'intérêt et non dans la volonté⁴. Aussi la capacité à exprimer sa volonté par le titulaire du droit ne devrait pas avoir d'incidence sur la qualification d'intérêt ou de droit. En effet, « la volonté n'est point le but et la force motrice des droits.

1. A. CAMPBELL, « The Rights of the Minor : As Person, As Child, As Juvenile, As Future Adult », *IJLPF* 1992, 6, p. 1, spéc. p. 4. : « *On the power theory, a right is a normative capacity that the bearer may choose to use for the furtherance of his or her own interests or projects, a sanctioned exercise of legitimate control over others. [...] In the fuller version of the power theory, rights are related substantively to capacities for choice and rational action in that, at least as far as fundamental rights are concerned, all rights relate to the exercise of practical rationality and self-determination, in that rights have the function of protecting and furthering these capacities.* »

2. N. MACCORMICK, « Children's Rights : A Test Case for Theories of Rights » in *Legal Right and Social Democracy*, sous la dir. de N. MACCORMICK, Clarendon Press, 1982.

3. M. D. A. FREEMAN, « Taking Children's Rights More Seriously » in *Children, Rights and the Law*, sous la dir. de P. ALSTON, S. PARKER et J. SEYMOUR, Clarendon Press, 1992, p. 52, spéc. p. 58. : « *Children have interests to protect before they develop wills to assert, and others can complain on behalf of younger children when those interests are trampled on.* »

4. R. von IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. IV, A. Marescq, 1878, spéc. p. 325 : « Les droits n'existent point pour réaliser l'idée de la volonté juridique abstraite, ils servent au contraire à garantir les intérêts de la vie, à aider à ses besoins, à réaliser ses buts. Telle est leur mission, telle est la fin et la mesure de la volonté. [...] Les droits ne produisent rien d'inutile ; l'*utilité*, non la *volonté*, est la substance du droit. »

La véritable intelligence pratique des droits ne peut s'acquérir à l'aide du principe de volonté ou de pouvoir¹ ». L'intérêt permet donc d'acquérir cette intelligence pratique des droits en dévoilant non pas qui peut décider et agir mais quel est le but de la protection accordée par le droit. C'est ensuite l'élément formel du droit, c'est-à-dire la protection par une action en justice, qui va offrir une véritable protection à cet intérêt. De la sorte, le *welfarism* fonde des actions motivées seulement par le but de promouvoir le *welfare* d'une personne tandis que l'idée selon laquelle une personne est titulaire d'un droit est liée à la possibilité de le faire valoir en justice².

468. La classification des intérêts. Afin d'approfondir la distinction entre intérêt et droits, John EEKELAAR a identifié trois grandes catégories d'intérêts que les enfants peuvent revendiquer : intérêts premiers, intérêts de développement et intérêts d'autonomie – *basic, developmental and autonomy interests*³. Les intérêts premiers ou basiques regroupent les intérêts physiques, affectifs et intellectuels. Les intérêts de développement sont ceux qui visent à accroître leurs qualités intellectuelles et personnelles et à leur permettre d'entrer dans la vie adulte avec les meilleurs atouts. Enfin, les intérêts d'autonomie vise la liberté des enfants de choisir leur propre mode de vie et d'entrer dans des relations sociales sans contrôle du monde des adultes, parents ou institutions.

L'intérêt de cette classification des intérêts de l'enfant est qu'elle met en relief les possibles interactions entre ceux-ci. L'intérêt de développement sera bien évidemment promu par l'exercice de l'autonomie. De même que la préservation des intérêts basiques nourrit celle de l'intérêt de développement. Cette classification permet également, selon son auteur, de distinguer les approches fondées sur le *child's welfare* et les *children's rights*. Suivant EEKELAAR⁴, l'approche fondée sur le *child's welfare* promeut davantage les *besoins premiers et de développement de l'enfant*. La différence entre les approches se révèle à propos de la question de l'autonomie de l'enfant. Ainsi, l'approche fondée sur les droits de l'enfant vise à permettre à l'enfant de prendre des décisions le concernant à condition qu'il n'y ait pas d'entrave à ses besoins premiers et de développement. Ce qui ne signifie pas pour autant que l'approche fondée sur le *welfare* ne permet pas à l'enfant de prendre des décisions le concernant. Mais celles-ci doivent être dans son intérêt.

En réalité, la différence semble ténue en ce que les limites de l'approche fondée sur les

1. R. von IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. IV, A. Marrescq, 1878.

2. J. EEKELAAR, « The Importance of Thinking That Children Have Rights » in *Children, Rights and the Law*, sous la dir. de P. ALSTON, S. PARKER et J. SEYMOUR, Clarendon Press, 1992, p. 221.

3. J. EEKELAAR, « The Emergence of Children's Rights », *Oxford Journal of Legal Studies* 1986, 6, p. 161, spéc. p. 170.

4. J. EEKELAAR, « Beyond the Welfare Principle », *CLFQ* 2002, 14, p. 237, spéc. p. 243.

droits de l'enfant peuvent se recouper avec celles impliquées par le respect du *child's welfare*, le respect des besoins premiers et de développement étant sans nul doute dans l'intérêt de l'enfant. La nature même des intérêts ne permet pas de fixer une frontière évidente entre intérêt et droits.

469. Une différence de nature entre intérêt et droit. Dans les systèmes de droit civil, comme le droit français, ce sont davantage les caractères de l'intérêt et du droit qui sont mis en exergue pour les distinguer au-delà des critères décelés par IHERING. Ainsi, « est une notion fonctionnelle ou opératoire précisément parce qu'il ne se laisse pas enfermer dans une définition essentialiste. Le flou dont il s'entoure lui permet de se tenir au plus près de la réalité, d'en épouser les particularités et d'en suivre les transformations. Cette souplesse de l'intérêt contraste, notons-le, avec la relative rigidité du droit subjectif¹ ». Cette distinction entre l'intérêt, malléable et adaptable, et le droit, aux contours définis, est révélateur de la différence de nature de l'un et de l'autre. L'intérêt guide tandis que le droit impose.

Du fait de son caractère malléable, l'intérêt présente ensuite un caractère subversif en ce qu'il bouleverse les équilibres connus. En effet, « l'intérêt promeut de nouveaux acteurs qui deviendront parfois de nouveaux sujets, fait émerger de nouvelles obligations qui se traduiront parfois en de nouveaux droits ; dans le même temps, il relativise des droits que l'on croyait absolus, limite les volontés que l'on pensait souveraines. Plus généralement, il induit un nouveau "mode de production juridique" selon le modèle de la computation, de la négociation et de la pesée qui contraste avec l'adjudication ferme ("par droit et sentence") des droits subjectifs et entraîne ainsi ces derniers dans une logique juridique qui leur est, au moins partiellement, étrangère² ». Le droit ne dépasse pas ses propres limites par lui-même, l'intérêt qui est à sa source va offrir des possibilités nouvelles pour le repenser et le redessiner.

L'application de cette analyse au lien de filiation est révélatrice. En effet, l'intérêt de l'enfant promeut de « nouveaux acteurs », tels que les personnes qui exercent le rôle de parent sans en avoir le statut et « qui deviendront parfois des nouveaux sujets » en leur conférant le bénéfice des effets de la filiation et parfois en les faisant accéder au statut correspondant³. L'intérêt de l'enfant induit également un « nouveau mode de production juridique » en ce qu'il impose une négociation entre les acteurs dans la vie de l'enfant – parents légaux, beaux-parents, semblant de parents – et la pesée d'intérêts en présence qui, en principe, ne régissent pas le droit de la filiation. Il force à la reconnaissance de situations de fait que le droit civil n'envisageait pas initialement et offre de la sorte un pouvoir créateur au juge. L'intérêt de l'enfant a alors un

1. F. OST, *Droit et intérêt. Volume 2 : Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 12.

2. *Ibid.*, p. 13.

3. V. *infra*, page 377.

caractère perturbateur en ce qu'il implique de prendre en considération des faits pour adapter ou écarter une règle de droit.

470. Une notion floue pourtant révélatrice des philosophies juridiques des systèmes étudiés. Ces différents débats quant à la délimitation de l'intérêt de l'enfant révèlent à quel point elle est difficile à théoriser alors même qu'elle s'avère centrale désormais en droit de la filiation. Elle permet également de mettre en lumière des cultures juridiques distinctes des droits français et anglais. Le prévisionnisme du droit français doit désormais s'adapter à l'exigence de l'intérêt de l'enfant, tandis que le conséquentialisme du droit anglais doit composer avec de nouvelles acceptions européennes de la notion pour l'employer au mieux. Dans les deux systèmes, l'intérêt de l'enfant reste une source de questionnement juridique renouvelé.

Une fois constatée la richesse de la notion et la difficulté d'en trouver une définition ainsi qu'une délimitation, il convient d'observer comment l'intérêt de l'enfant est employé. Il semble que l'intérêt de l'enfant intervienne pour arbitrer dans les décisions organisant la vie de l'enfant plutôt que pour la détermination de sa filiation. Pourtant, la Convention internationale des droits de l'enfant fait référence à « toutes » les décisions relatives à l'enfant. Par extension, la recherche de l'intérêt de l'enfant devait donc immanquablement conquérir le droit de l'établissement de la filiation.

Section II De l'autorité parentale à la filiation : le glissement de l'emploi de la notion d'intérêt de l'enfant

471. Du régime à la notion. L'étude des textes qui font référence à l'intérêt de l'enfant fait apparaître deux domaines principaux dans lesquels cette notion est centrale. Le premier est historiquement celui de la filiation adoptive dans laquelle il est impératif de vérifier que l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant¹. Le deuxième est celui de l'exercice de l'un

1. En droit international, art. 4 de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 29 mai 1993 : « les adoptions ne peuvent avoir lieu que si les autorités compétentes de l'État ont constaté qu'une adoption internationale répond à l'*intérêt supérieur de l'enfant* » et art. 21 de la Convention internationale des droits de l'enfant 20 nov. 1989. « les États parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'*intérêt supérieur de l'enfant* est la considération primordiale en la matière et veillent à ce que l'adoption d'un enfant ne soit autorisée que par les autorités compétentes, qui vérifient, conformément à la loi et aux procédures applicables et sur la base de tous les renseignements fiables relatifs au cas considéré, que l'adoption peut avoir lieu eu égard à la situation de l'enfant par rapport à ses père et mère, parents et représentants légaux et que, le cas échéant, les personnes intéressées ont donné leur consentement à

des éléments du régime de la filiation : l'autorité parentale. C'est en effet dans le cadre de la séparation des parents et donc à propos des modalités de l'organisation de la vie de l'enfant après celle-ci que l'intérêt de l'enfant est invoqué. Les mesures envisagées sont confrontées à l'intérêt de l'enfant afin de vérifier qu'elles sont adaptées à la situation.

Il faut également observer un autre domaine dans lequel il est question de l'intérêt de l'enfant : celui de la filiation elle-même. En effet, alors que les textes n'y font pas expressément référence, l'intérêt de l'enfant est pourtant régulièrement pris en considération dans les conflits de filiation. Les juges l'emploient, dans ce cas, comme critère de choix d'un lien au détriment d'un autre. L'intérêt de l'enfant, envisagé au premier abord concernant l'un des éléments de régime de la filiation, acquiert ainsi une place essentielle dans l'établissement ou la contestation du lien de filiation lui-même. Par conséquent, l'intérêt de l'enfant, qui était un critère de décision en matière d'exercice du rôle parental, devient un critère de décision en matière de statut. Nous observerons ainsi qu'une notion développée dans son application au régime de la filiation s'étend à la notion de filiation elle-même (§ 1.). Cela a pour conséquence la confusion de la notion et de son régime, laissant penser que l'une et l'autre sont soumises aux mêmes contraintes, et de là, laissant imaginer que la filiation se réduisait à l'autorité parentale. Cette confusion a alors nourri la dissociation entre le statut et le rôle, que nous étudierons dans la seconde partie, en ce que l'intérêt de l'enfant réside souvent dans le fait d' « être élevé par » plutôt que dans l'application de la règle de droit pour « être rattaché à ».

La notion de filiation, ainsi soumise à un critère factuel et subjectif plutôt qu'à des règles de droit objectives, en ressort tout autant affaiblie que renouvelée (§ 2.).

l'adoption en connaissance de cause, après s'être entourés des avis nécessaires ».

En droit interne, art. 353 alinéa 1^{er} du Code civil : « L'adoption est prononcée [...] qui vérifie dans un délai de six mois à compter de la saisine du tribunal si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant », et Section 1 du *Adoption and Children Act 2002* : « *Whenever a court or adoption agency is coming to a decision relating to the adoption of a child the paramount consideration must be the child's welfare, throughout his life* ».

§ 1. Une notion conçue pour le régime de la filiation

472. Une notion relative à la vie de l'enfant. Mis à part le cas de l'adoption, les textes font référence à l'intérêt de l'enfant exclusivement en matière d'exercice de l'autorité parentale, de résidence de l'enfant, ou de relations de l'enfant avec ses parents ou des tiers. L'intérêt de l'enfant intervient donc pour garantir que l'exercice du rôle de parent s'effectuera au profit du principal intéressé, l'enfant, et non à celui des parents à travers lui. Il s'agit de remettre l'enfant au cœur de toute décision le concernant ¹.

473. Une notion relative à la vie de l'enfant dont les parents sont séparés. Initialement, l'intérêt de l'enfant figure dans plusieurs conventions internationales ou bien dans le droit interne à propos de la situation de l'enfant dont les parents se séparent. Doivent donc être déterminés à la fois le lieu de vie, c'est-à-dire avec quel parent il va vivre, et les conditions de visite du parent qui ne vit pas avec l'enfant. L'intérêt de l'enfant est donc une notion qui intervient pour organiser la vie de l'enfant après la séparation de ses parents, ou plus exactement pour justifier le choix de l'un des parents, au détriment de l'autre, pour héberger l'enfant. L'expression de *child's welfare* utilisé par le droit anglais est d'ailleurs significative : les modalités de l'organisation de la vie de l'enfant doivent permettre son « bien-être », son plein épanouissement. L'intérêt de l'enfant est donc plutôt une notion employée en matière d'autorité parentale et de *parental responsibility* plutôt qu'en matière de filiation, autrement dit pour les questions relatives au rôle de parent plutôt qu'au statut (A.). Afin d'apprécier le plus concrètement possible la réalisation de l'intérêt de l'enfant, le droit anglais met à la disposition une grille de lecture, une *checklist*, qui lui permet de calibrer avec finesse sa décision à l'espèce (B.).

A. Le rôle, domaine d'application de l'intérêt de l'enfant

474. En droit français comme en droit anglais, c'est dans l'exercice du rôle de parent que l'intérêt de l'enfant est le plus sollicité pour apprécier dans quelle mesure il convient de fixer la résidence de l'enfant chez l'un de ses parents, de maintenir des relations avec l'autre parent, ou bien plus sévèrement de priver ce parent de l'exercice de l'autorité parentale parce que le parent peut présenter un danger pour l'enfant.

475. Le cœur de la décision en matière d'autorité parentale. D'abord, en droit français, l'intérêt de l'enfant constitue la « pierre angulaire » de l'autorité parentale : « elle en est la

1. V. sur cet aspect la thèse de J.-P. SERVEL, *La notion d'intérêt de l'enfant, Essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales*, Aix-en-Provence, 1978.

condition, le critère, la mesure et la fin »¹. La loi du 4 juin 1970, relative à l'autorité parentale, a placé l'intérêt de l'enfant comme finalité de l'action des parents et critère d'intervention de l'État. Puis, lorsque la loi du 11 juillet 1975 a supprimé les règles d'attribution de l'autorité parentale en cas de divorce des père et mère, le juge a dû décider en fonction de l'intérêt de l'enfant. Le juge emploie donc l'intérêt de l'enfant comme critère de décision pour la détermination des modalités d'exercice de l'autorité parentale. La loi du 4 mars 2002, réformant le droit de l'autorité parentale, a poursuivi ce même objectif de préservation de l'intérêt de l'enfant. L'article 371-1 du Code civil précise ainsi expressément que l'autorité parentale a pour *finalité* l'intérêt de l'enfant. L'intérêt de l'enfant est donc placé au cœur des décisions relatives à l'exercice du principal effet de la filiation. De la sorte, l'intérêt de l'enfant doit être pris en considération dans toutes les décisions qui concernent les droits et devoirs des parents à son égard, peu importe que celles-ci soient du fait des parents ou du juge.

L'intérêt de l'enfant est tout particulièrement examiné lorsque l'autorité parentale est exercée par des parents séparés. Il convient alors de déterminer les mesures concernant la vie de l'enfant et celles-ci doivent donc être conformes à son intérêt. Ainsi en est-il pour la fixation de la résidence de l'enfant² ou pour la déchéance d'autorité parentale de l'un des parents et le maintien des relations avec l'enfant dans ces circonstances³. L'intérêt de l'enfant est également central dans les décisions relatives au divorce des parents de telle sorte que le juge peut refuser d'homologuer la convention réglant les conséquences du divorce par consentement mutuel s'il estime que l'intérêt de l'enfant n'y est pas suffisamment préservé⁴. En cas de séparation des parents, l'intérêt de l'enfant devient alors la valeur de référence qui permet au juge d'apprécier au mieux l'opportunité de ses décisions.

L'autre domaine dans lequel l'intérêt de l'enfant joue une place centrale est celui des « relations personnelles » de l'enfant avec ses ascendants⁵ ou avec ses frères et sœurs⁶, ou encore avec la personne à l'égard de laquelle la filiation était établie et a été contestée⁷. Il s'agit, dans ce dernier cas, de maintenir une relation de fait avec celle ou celui qui a perdu le statut

1. P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La Famille*, 3^e éd., Paris : Defrénois, 2011, p. 604.

2. Code civil, Art. 373-2 al. 3.

3. *Ibid.*, Art. 373-2-1.

4. *Ibid.*, art. 232. et, plus spécifiquement concernant les modalités d'exercice de l'autorité parentale après le divorce : *Ibid.*, Art. 373-2-7.

5. *Ibid.*, Art. 371-4. Avant la réforme du 4 mars 2002, seuls des « motifs graves » pouvaient faire obstacle au maintien de ces relations. Désormais, seul l'intérêt de l'enfant peut y faire obstacle. Le nouveau critère offre davantage de souplesse en ce que l'intérêt de l'enfant peut s'opposer au maintien de ces relations pour les mêmes motifs graves qu'auparavant mais aussi pour d'autres motifs, moins graves, mais pourtant significatifs au regard de la situation de l'enfant dont il est question. La subjectivisation se remarque bien ici puisque l'on est passé de critères objectifs – les motifs graves – à un critère subjectif – l'intérêt de l'enfant.

6. *Ibid.*, art. 371-5.

7. *Ibid.*, art. 337.

de parent auprès de l'enfant. L'intérêt de l'enfant réside alors dans la stabilité affective davantage que dans la stabilité de sa filiation juridique précédemment établie. L'intérêt de l'enfant semble mieux préservé par le maintien de la relation affective que par le maintien d'une filiation contestée. C'est pourquoi il nous semble que le lien de fait est parfois privilégié, au nom de l'intérêt de l'enfant, au lien de droit¹.

476. La recherche d'un contexte familial favorable à l'enfant. L'intérêt de l'enfant s'épanouit mieux dans la relation de fait que dans le lien juridique qui le contraint sans nécessairement garantir le bien-être de l'enfant. La loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance en donne une illustration². C'est par celle-ci que le législateur a intégré la notion d'intérêt de l'enfant dans le Code de l'action sociale et des familles. L'article L. 112-4 dispose désormais que « l'intérêt de l'enfant, la prise en compte de ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs ainsi que le respect de ses droits doivent guider toutes décisions le concernant. » Un amendement à cette loi proposait une définition de l'intérêt de l'enfant suivant laquelle il est « l'assurance de la protection de sa sécurité personnelle et affective, l'assurance d'un contexte familial permettant un bon développement physique, intellectuel, affectif et social, l'assurance d'une *relation d'attachement parental* permettant de se construire. L'intérêt supérieur de l'enfant, tel que défini, constitue son projet de vie³ ».

Cette définition, qui n'a finalement pas été retenue, est néanmoins révélatrice du contenu de la notion et des éléments qui sont très certainement pris en considération par le juge dans l'étude de la situation de l'enfant. Surtout, cette définition nous offre l'illustration de ce qui est aujourd'hui recherché au profit de l'enfant : une « relation d'attachement parental », joli euphémisme pour décrire ce qu'autrefois l'on aurait désigné par un lien de filiation. L'expression choisie a pourtant un domaine plus large puisqu'elle recouvre à la fois le lien juridique de filiation mais également tous les liens de fait qui peuvent lui ressembler. Mais elle altère également la notion de filiation en ce qu'elle la noie dans un ensemble plus grand et plus vague, celui de la relation affective et effective. La filiation n'est plus qu'un lien parmi d'autres, qui n'est plus la garantie par défaut de l'intérêt de l'enfant. L'intérêt de l'enfant contribue alors à orienter la notion de filiation davantage vers la fonction parentale que vers le statut. À plus forte raison, cette même observation peut être faite pour le droit anglais, qui apporte une attention particulière aux situations de fait pour les décisions relatives à l'enfant.

477. L'éducation de l'enfant, domaine de prédilection du *child's welfare*. Ensuite, en droit anglais, le domaine d'application du *child's welfare principle* est encore plus net qu'en droit

1. V. *infra*, page 397

2. Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, JO 6 mar. 2007.

3. Amendement n° 48, Protection de l'enfance n° 3184, Assemblée nationale, 22 décembre 2006.

français. Il a vocation à intervenir pour toutes les questions relatives à l'éducation – *upbringing* – de l'enfant¹. Ce domaine d'application est restrictif, c'est-à-dire que le *welfare principle* ne s'applique que lorsqu'il est directement question du *child's upbringing*. Par conséquent, ce principe n'est pas applicable au recours aux expertises génétiques pour déterminer la filiation d'un enfant car il s'agit d'une question considérée comme indirectement liée à l'éducation de l'enfant². Cela ne signifie pas que le *child's welfare* n'est pas examiné lors de la prise de décision par le juge, cela signifie seulement que le *child's welfare* ne prime pas sur les autres considérations et qu'il n'est donc pas *paramount*. Il n'est qu'un élément d'appréciation qu'il faut mettre en balance avec les autres intérêts en présence. Pour ce faire, le juge anglais bénéficie d'une liste de critères d'appréciation de l'intérêt de l'enfant, la *checklist*.

B. La *checklist*, l'outil d'appréciation du *child's welfare*

478. Une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant. En matière d'éducation de l'enfant, les juges recourent à une liste indicative d'éléments – *checklist* – afin de déterminer en quoi consiste l'intérêt de l'enfant et rendre une décision qui lui soit conforme. Cet outil est employé pour une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant où les éléments individuels, particuliers et subjectifs sont convoqués. Autrement dit, il s'agit de rechercher en quoi consiste très concrètement l'intérêt de *cet* enfant et non un intérêt idéal et abstrait de tous les enfants placés dans une situation identique. Dans l'affaire *Holmes-Moorhouse v Richmond-Upon-Thames London Borough Council*³, Baroness Hale observait : « *Family court orders are meant to provide practical solutions to the practical problems faced by separating families. They are not meant to be aspirational statements of what would be for the best in some ideal world which has little prospect of realisation* ». Cela est très révélateur de l'approche pratique des juridictions anglaises qui vise avant tout à résoudre le cas particulier plutôt qu'à dégager un modèle abstrait de l'intérêt de l'enfant. Il y a donc autant d'intérêts que d'enfants, il s'agit plutôt des intérêts des enfants plutôt que de l'intérêt de l'enfant.

479. Une liste d'éléments à contrôler par le juge. La section 1 (3) du *Children Act 1989* énonce les éléments auxquels les juges doivent porter attention pour rendre une décision relative à la résidence de l'enfant et à ses relations avec ses parents ou des tiers impliqués dans sa vie (*section 8 order*). La Cour prendra en compte tous les différents éléments de la liste et les

1. Children Act (c. 41) 1989, Sect. 1 (1).

2. *Re H (A Minor) (Blood Tests : Parental Rights)* [1996] 4 All ER 28 (EWCA), spéc. p. 40. : « *It is clear, therefore, that whereas welfare is the paramount consideration in deciding the applications for parental responsibility and contact orders, welfare does not dominate this decision.* »

3. *Holmes-Moorhouse v Richmond-Upon-Thames London Borough Council* [2009] UKHL 7, [2009] 1 FLR 904.

mettra en balance les uns avec les autres. Cette liste n'est pas exhaustive et les juges peuvent convoquer d'autres éléments qui n'y figurent pas expressément ¹.

480. Plusieurs éléments composent cette liste. Doivent être examinés les souhaits et sentiments de l'enfant concerné, appréciés en fonction de son âge et de sa compréhension de la situation. Il est essentiel pour le juge d'entendre l'enfant à propos de la décision qui va être prise le concernant, et plus il est âgé, plus son avis a de poids. Le juge s'assure ainsi que sa décision sera la plus adaptée à la situation mais surtout applicable en pratique. L'appréciation varie selon l'âge de l'enfant, sa situation familiale, l'importance de la décision et le degré d'influence auquel il peut être soumis.

Après avoir pris en compte les souhaits de l'enfant, le juge doit examiner ses *besoins physiques, affectifs et éducatifs* ainsi que la capacité des parents à y répondre. Une attention toute particulière est portée à l'*emotional welfare* ². Il doit donc être tenu compte de l'étroitesse des liens entre l'enfant et chacun de ses parents. Ce qui conduit les juges à comparer la façon dont chacun des parents s'acquitte de sa fonction (*styles of parenting*) ³. C'est donc l'exercice du rôle qui est ici au cœur de l'appréciation du juge.

La cour doit aussi envisager l'effet probable qu'aurait sur l'enfant le *changement de situation opéré par la décision judiciaire*. La jurisprudence insiste sur l'importance de maintenir le *statu quo* pour l'enfant si cela est possible ⁴ afin d'éviter de lui causer un trouble. Parfois le maintien du *statu quo* est si important qu'il implique de préférer aux parents une tierce personne qui joue un rôle auprès de l'enfant ⁵.

Les juges doivent également tenir compte de *l'âge, du sexe, du passé et de toute caractéristique personnelle de l'enfant qu'ils estiment pertinentes*. Ces critères ont vocation à être examinés plutôt dans les cas d'adoption. Il s'agit alors de valider le choix des adoptants et vérifier qu'ils correspondent bien à l'enfant.

Les juges doivent également prendre en considération *tout mal – harm – dont il souffre ou risque de souffrir*. Il s'agit ici de préserver la santé et l'intégrité physique de l'enfant et de le prémunir contre toute atteinte qu'il pourrait subir ou toute violence domestique.

Enfin, il convient d'examiner *dans quelle mesure les parents de l'enfant ou toute autre personne concernée peut répondre à ses besoins*. Il s'agit de vérifier l'adéquation de la fin et des moyens, et donc de vérifier si les personnes désignées comme titulaires d'un *contact* ou

1. *Re G (Children) (Residence : Same-Sex Partner)* [2006] UKHL 43, Baroness Hale, para 40.

2. *Re J (Children) (Residence : Expert Evidence)* [2001] 2 FCR 44.

3. Dans *May v May* [1986] 1 FLR 325. la cour a préféré le *father's parenting* en ce que, dans cette espèce, le père de l'enfant portait une attention soutenue à l'accomplissement d'études supérieures tandis que la mère était plus souple sur cette question. Il était alors davantage dans l'intérêt de cet enfant de résider avec le père.

4. *Re H (Children) (Residence Order)* [2007] 2 FCR 621.

5. *Re B (A Child)* [2009] UKSC 5.

bien celles chez qui l'enfant va résider sont capables d'assurer le bien-être de l'enfant.

Cette *checklist* révèle l'attention portée à l'enfant par le juge à travers l'étude de tous les aspects concrets de sa vie en vue de fixer les modalités les plus favorables à son épanouissement. La fonction parentale est centrée sur l'enfant.

481. Une liste indicative. Cette liste est considérée comme indicative et non contraignante¹ ou comme un « aide-mémoire² » pour le juge. D'autres considèrent que l'étude de chaque point suivant la liste est une bonne ligne de conduite³ ou encore une référence dont tous les éléments constitutifs sont importants à examiner surtout dans les affaires très délicates⁴.

Le *child's welfare* est le critère prédominant de la décision du juge mais les éléments qui en permettent le contrôle ne sont donc pas contraignants. Le juge n'opère pas un contrôle strict de tous les éléments, il en use comme d'un faisceau d'indices guidant son appréciation et sa décision. Il ne peut se voir reprocher de ne pas avoir examiné tous les éléments de la liste mais sa décision est en revanche susceptible d'être renversée en appel s'il a manqué d'examiner l'élément pertinent dans l'affaire en cause. Le juge n'est donc pas tenu d'un examen exhaustif mais plutôt d'un examen attentif de ces éléments. Néanmoins, cette liste permet de rendre la décision du juge un peu plus transparente puisque les indices qu'il évalue sont connus par avance. Il est dommage qu'une liste du même type n'existe pas en droit français.

482. Si la notion d'intérêt de l'enfant est d'abord conçue pour l'exercice de la fonction parentale, elle concerne tellement la vie de l'enfant que les juges en ont progressivement opéré le transfert vers le lien de filiation lui-même. S'appuyant sur les conventions internationales qui mettent l'intérêt de l'enfant au cœur des décisions qui le concernent, la désignation du parent légal se devait donc d'être opérée au regard de ce critère. Alors, facilitant le passage du fait au droit, l'intérêt exerce une fonction créatrice dans le système juridique⁵.

§ 2. L'utilisation renouvelée du critère de l'intérêt de l'enfant

1. *H v H (Residence Order : Leave to Remove from the Jurisdiction)* [1995] 1 FLR 529, p. 532. Staughton LJ : « *the checklist was not like the list of checks which an airline pilot has to make with his co-pilot, aloud one to the other before he takes off.* »

2. *Southwood LBC v B* [1993] 2 FLR 559, Suivant l'opinion de Waite LJ, p. 573.

3. *B v B (Residence Order : Reasons for Decisions)* [1997] 2 FLR 602.

4. *Re G (Children) (Residence : Same-Sex Partner)* [2006] UKHL 43, Baroness Hale, para 40.

5. F. OST, *Droit et intérêt. Volume 2 : Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 49.

483. Un « guide » pour le juge. Le critère de l'intérêt de l'enfant est davantage employé pour trancher les questions d'exercice de l'autorité parentale, et tout particulièrement celles relatives à la résidence de l'enfant, plutôt que pour déterminer la filiation de l'enfant. Le juge n'avait pas auparavant besoin d'un critère tel que l'intérêt de l'enfant dans la désignation des parents, il lui suffisait de suivre les règles de droit en la matière. Ce n'est désormais plus le cas, l'intérêt de l'enfant est devenue une notion centrale pour nuancer, équilibrer, remettre en cause les principes connus jusqu'alors. La reconnaissance de l'applicabilité directe de la Convention internationale des droits de l'enfant, et en particulier de son article 3-1 relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant, par la Cour de cassation en 2005¹ n'est pas étrangère à ce glissement de l'emploi de ce critère en matière d'autorité parentale vers le droit de la filiation. En effet, la valeur supérieure ainsi apportée à ce critère a justifié encore davantage son emploi dans le règlement des conflits de filiation. L'intérêt supérieur de l'enfant sert ainsi de « guide » au juge pour prendre sa décision², il est un indicateur de l'appréciation des éléments de la situation. Il faut donc observer que l'intérêt, individuel et subjectif, est venu peu à peu perturber l'application de la règle de droit, générale et objective. L'intérêt de l'enfant devient alors un véritable outil de règlement des conflits de filiation.

484. Une appréciation possible de l'opportunité du lien de filiation. Au premier abord, l'on pourrait penser que l'intérêt de l'enfant est de bénéficier d'un lien de filiation, que celui-ci soit conforme ou non à la réalité génétique. Cette approche a longtemps été privilégiée car elle garantissait la sécurité personnelle mais surtout matérielle de l'enfant. Le recours à la présomption de paternité était donc courant car il permettait à l'enfant d'être rattaché automatiquement à une famille, et, qui plus est, de bénéficier du statut le plus favorable, celui d'enfant légitime. L'intérêt de l'enfant était donc d'être un enfant dont la filiation s'inscrivait dans le mariage.

Le déclin du modèle conjugal comme fondement de la famille, assorti du développement de la preuve génétique, a modifié en profondeur cette conception de l'intérêt de l'enfant. Il ne suffisait plus qu'il existe un lien de filiation, il fallait que celle-ci soit « vraie », c'est-à-dire qu'elle corresponde à la réalité génétique. C'est dans la composante génétique du lien que l'enfant trouvait son intérêt. L'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant a contribué à cette évolution en ce qu'il énonce le droit pour l'enfant de connaître ses parents « dans la mesure du possible ». Cette disposition n'implique pas que la filiation génétique soit

1. Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005 ; *D.* 2005, p. 1909, note ÉGÉA ; *D.* 2007, p. 2192, obs. A. GOUTTENOIRE et L. BRUNET ; *AJ. Fam.* 2005, p. 274, obs. T. FOSSIER ; *RTD. civ.* 2005, p. 585, obs. J. HAUSER ; *RTD. civ.* 2005, p. 627, obs. P. THÉRY ; *RTD. civ.* 2005, p. 750, obs. P. RÉMY-CORLAY ; *Dr. Fam.* 2005, Comm. 156, obs. A. GOUTTENOIRE ; *JCP G.* 2005, t. II, 10081, note F. GRANET-LAMBRECHTS et Y. STRICKLER.

2. V. EDEL, « L'intérêt supérieur de l'enfant : une nouvelle maxime d'interprétation des droits de l'enfant », *R.R.J.* 2009, 2, p. 579, spéc. p. 592.

la seule valable juridiquement mais elle incite à l'identification des parents si ceux-ci ne sont pas connus de l'enfant, ou bien à l'identification des géniteurs lorsqu'aucun lien de filiation n'est établi, ou bien encore à une recherche de ses origines personnelles distincte du lien de filiation établi sur un fondement volontaire.

L'intérêt supérieur de l'enfant n'impose pas une solution prédéterminée et offre une marge d'appréciation certaine au juge pour choisir quel est le lien qui lui semble le plus favorable pour l'enfant. Ce pragmatisme est en parfaite adéquation avec le fonctionnement du droit anglais (A.) mais se révèle plus novateur pour le droit français (B.).

A. Un emploi en adéquation avec le pragmatisme du droit anglais

485. Un critère de l'opportunité du recours à l'expertise génétique. En droit anglais, le *child's welfare principle* ne s'applique pas, en principe, directement aux questions de filiation. Mais il n'est pas omis pour autant. L'intérêt de l'enfant est pris en compte par le juge afin d'envisager quelle est la solution qui est la plus favorable pour l'enfant. Ainsi, face à une demande d'expertise génétique visant à remettre en cause un lien de filiation juridiquement établi, le juge peut s'appuyer sur l'intérêt de l'enfant pour accepter ou écarter cette demande¹.

Dans un premier temps, la *House of Lords* a précisé les lignes directrices à suivre dans l'interprétation de la section 20 (1) du *Family Law Reform Act 1969*². En raison du déclin de l'importance de la qualité légitime du lien de filiation, il était envisageable de recourir plus facilement à des expertises génétiques. Les juges peuvent les ordonner sans avoir à vérifier que le résultat est favorable à l'enfant. Il est ici présumé que la connaissance de la « vérité » génétique est préférable pour l'enfant³. Aussi, les juges doivent ordonner que des examens sanguins soient réalisés à moins que cela ne soit contraire à l'intérêt de l'enfant.

Puis, dans l'affaire *Re F (A Minor) (Blood Test : Parental Rights)*⁴, la *Court of Appeal* a modéré l'approche quasi automatique de la *House of Lords*. L'opportunité de l'expertise génétique est appréciée au regard du *child's welfare*. Le *child's welfare* ne fait pas que limiter le droit de connaître la « vérité » génétique, il peut également en faciliter l'accès. L'intérêt de l'enfant peut donc tout aussi bien résider dans l'ignorance que dans la connaissance de ses origines génétiques.

En l'espèce, une épouse était enceinte de son amant. S'étant réconciliée avec son mari, ils élevèrent ensemble l'enfant. L'ancien amant engage une action pour obtenir la *parental*

1. Sur le recours à l'expertise génétique comme preuve de la filiation, v. *supra*, page 58.

2. *S v S, W v Official Solicitor (or W)* [1972] AC 24 (HL).

3. Lord HODSON l'exprimait ainsi : « *The interests of justice in the abstract are best served by the ascertainment of the truth and there must be few cases where the interests of children can be shown to be best served by the suppression of truth.* »

4. *Re F (A Minor) (Blood Tests : Parental Rights)* [1993] Fam 314 (CA).

responsibility. Des tests génétiques sont requis mais l'ex est opposé à cette demande, considérant que de tels tests ne seraient pas favorables à l'enfant. En effet, selon lui, non seulement, les résultats pourraient endommager l'union du couple parental mais également la stabilité de l'enfant. La *Court of Appeal* a alors procédé à une pesée des intérêts en présence. Elle a considéré que le *welfare of child* dépendait de la stabilité de la famille, famille dont le mari de la mère faisait partie. Les avantages des examens génétiques furent considérés comme moindres par rapport au maintien de la stabilité familiale¹. Les juges doivent donc mettre en balance la possibilité pour l'enfant de connaître la réalité génétique de sa filiation avec celle de maintenir la stabilité de sa famille. Autrement dit, les juges doivent évaluer les avantages et inconvénients qu'une expertise génétique peut avoir pour l'enfant et sa famille. C'est ainsi qu'ils détermineront l'intérêt de l'enfant. L'intérêt de l'enfant résidait en l'espèce davantage dans la préservation et la protection de la cellule familiale existante plutôt que dans la vérité abstraite – *abstract truth* – résultant de la connaissance de la réalité génétique du lien.

La décision a été critiquée en ce qu'elle accordait très peu de poids à la connaissance par l'enfant de sa filiation génétique. Selon un auteur, la Cour devrait distinguer le bénéfice psychologique que l'enfant peut tirer de la connaissance de ses origines de celui résultant de l'établissement d'un lien de filiation fondé sur la génétique². Autrement dit, le droit deviendrait plus cohérent si la question de la réalité génétique était détachée de la question de la relation familiale entre le géniteur et l'enfant³. La réalité génétique relèverait alors du droit de l'enfant de connaître ses origines, droit qui lui permet de construire son identité personnelle, sans que cette connaissance n'emporte de conséquences automatiques sur la filiation juridique de l'enfant.

486. Un découpage de la filiation et de ses effets au nom de l'intérêt de l'enfant. L'intérêt de l'enfant n'est donc pas homogène mais multiple. Il peut résider à la fois dans la connaissance des origines et dans le maintien d'un lien de filiation juridique avec une personne non génitrice. L'intérêt de l'enfant peut alors mener à un véritable découpage de la filiation basé sur ses fondements constitutifs : la réalité génétique, le vécu familial, la volonté, mais aussi

1. *Re F (A Minor) (Blood Tests : Parental Rights)* [1993] Fam 314 (CA), spéc. p. 321. : « *E's welfare depends for the foreseeable future primarily upon her relationship with her mother. [...] Anything that may disturb that relationship or the stability of the family unit within which E has lived since her birth is likely to be detrimental to E's welfare, and unless that detriment is shown to be counter-balanced by other positive advantages to her which an order for the taking of blood tests could confer, then the judge's refusal to order blood tests was not merely an exercise of his discretion with which we can not interfere, but one with which in the circumstances of this case we agree.* »

2. J. FORTIN, « *Re F : "The Gooseberry Bush Approach"* », *MLR* 1994, 57, p. 296, spéc. p. 298. : « *It is perfectly possible for a court to decide that though it will not benefit a child ever to meet her natural parent, it is psychologically important for her to know the truth about her origins.* »

3. S. GILMORE et L. GLENNON, *Hayes and Williams' Family Law*, 3^e éd., Oxford University Press, 2012, p. 350.

basé sur ses effets principaux : l'autorité parentale, le devoir alimentaire. Découpage qui serait suivi d'une reconstitution propre à la situation de chacun suivant son intérêt : par exemple, un enfant reconnu par celui qui est le concubin de sa mère et qui participe activement à son éducation bénéficie d'un lien juridique fondé sur la volonté et consolidé par un vécu familial. Le maintien d'un tel lien n'empêcherait pas un examen génétique offrant à l'enfant la connaissance de ses origines. La composante génétique du lien de filiation aurait alors une existence à part entière sans être – nécessairement – consacrée juridiquement ni assortie des effets du lien juridique de filiation. Une telle conception renforcerait certainement la complémentarité des fondements du lien de filiation mais, en contrepartie, risquerait d'en faire un lien « à la carte ».

487. Certaines de ces critiques semblent avoir été entendues par les juges puisqu'ils ont considéré dans l'affaire *Re H (A Minor) (Blood Tests : Parental Rights)*¹ qu'il convenait de distinguer la filiation de la *parental responsibility*. En l'espèce, un couple marié avait deux enfants. Puis le mari a subi une vasectomie. Quelques années plus tard, l'épouse débute une relation extra-conjugale. Peu après, elle est enceinte et estime que l'amant est le père de l'enfant. Elle l'implique dans la préparation de la naissance. L'époux quitte alors le domicile conjugal. Après encore quelques circonvolutions, les époux se réconcilient, la mère accouche et le mari accueille l'enfant comme s'il s'agissait du sien. L'amant agit pour obtenir un *parental responsibility order* et un *contact order* et, si la paternité ne lui est pas reconnue, qu'une expertise génétique soit ordonnée. Le juge ordonna l'expertise et la Cour d'appel, qui se prononça sur recours de la mère, confirma cette décision.

La Cour d'appel considéra que la question de la paternité était une question à part entière qu'il convenait de distinguer des procédures visant à obtenir un *parental responsibility* ou un *contact order*. L'issue des procédures dans lesquelles la paternité est recherchée est en lien avec le *child's welfare* mais bien que ces procédures empiètent sur le *child's welfare*, elles ne sont pas déterminantes quant à savoir si il y a lieu de procéder à une expertise. WARD LJ a estimé que l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant contenait deux droits séparés : l'un de connaître ses origines, l'autre d'être élevé par ses parents². Il considère également que « chaque enfant a le droit de connaître la vérité à moins que son *welfare* justifie clairement qu'elle lui soit dissimulée ». Le principe est donc plutôt que la réalité génétique doit être connue *sauf* si l'intérêt de l'enfant s'y oppose. La logique n'est plus exactement la même car l'intérêt de l'enfant au lieu de consacrer l'absolutisme de son droit à la connaissance de ses origines vient en réduire la portée. Le *child's welfare* n'est plus qu'une limite à un droit pour les questions de filiation et non une considération primordiale comme dans les procédures

1. *Re H (A Minor) (Blood Tests : Parental Rights)* [1996] 4 All ER 28 (EWCA).

2. *Ibid.*

relatives à la *parental responsibility* ou au *contact*.

488. Une mise en balance des intérêts en présence. Les juges anglais procèdent donc à une mise en balance des intérêts en présence et mesurent la proportionnalité de l'expertise par rapport aux conséquences que celle-ci pourrait causer dans la vie de famille de l'enfant¹.

La *Court of Appeal* a même précisé de façon inédite que l'approche qu'elle avait suivie dans *Re H (A Minor) (Blood Tests : Parental Rights)* n'est pas nécessairement confinée aux espèces présentant des faits similaires. Elle a ainsi expliqué qu'il n'était pas nécessaire qu'il y ait un doute quant à la capacité procréative du mari pour que la mise en balance des intérêts soit réalisée².

489. Dans toutes ces affaires, il est intéressant de constater que le *child's welfare* peut supplanter tout droit de l'enfant de connaître ses origines génétiques³. Il faut souligner que les juges ne font pas référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

1. *Re T (Paternity : Ordering Blood Tests)* [2001] 1 FLR 1190 (EWCA). Les faits de l'espèce sont un peu particuliers. Il semblait y avoir une incompatibilité entre le mari et son épouse en ce qu'elle ne tombait pas enceinte. L'épouse eut alors des rapports sexuels avec différents hommes, espérant ainsi tomber enceinte de l'un d'eux tout en convenant que l'enfant serait juridiquement celui du mari. L'enfant naquit et le géniteur, ayant rencontré l'enfant, engagea une action pour obtenir un *parental responsibility order* et *contact order*.

BODEY J rappela que le *child's welfare* n'était pas prédominant ici et mit donc en balance la possibilité de l'enfant de connaître ses racines et son identité avec le droit de sa mère et du mari de celle-ci au respect à la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il considéra qu'en l'espèce le droit de l'enfant devait prévaloir : « *I am entirely satisfied that in evaluating and balancing the various rights of the adult parties and of T under art 8, the weightiest emerges clearly as being that of T, namely that he should have the possibility of knowing, perhaps with certainty, his true roots and identity. I find any such interference as would occur to the right to respect for the family/private life of the mother and her husband, to be proportionate to the legitimate aim of providing T with the possibility of certainty as to his real paternity, a knowledge which would accompany him throughout his life.* »

2. *Re H and A (Paternity : Blood Tests)* [2002] EWCA Civ. 383, [2002] 1 FLR 1145. Des jumeaux étaient nés alors que l'épouse entretenait une relation adultère. Le mari ignorait tout de cette relation et éleva les enfants comme les siens. Après la rupture de la relation adultère, l'amant agit pour obtenir la *parental responsibility* et organiser les relations avec les enfants. L'épouse réussit à maintenir l'époux dans l'ignorance de ces procédures. Lorsque celui-ci l'apprend, en trouvant des documents y faisant référence dans le sac à main de son épouse, il déclare qu'il est sûr à 99 % d'être le père génétique des jumeaux mais que s'il s'avérait que l'amant se révèle être le père génétique des enfants, il ne s'en occupera plus. Le juge débouta l'amant de sa demande par peur des effets désastreux et destructeurs sur la famille existante en cas de découverte de la paternité génétique de l'amant. Le juge distingua l'espèce des affaires *Re H (A Minor) (Blood Tests : Parental Rights)* et *Re T (Paternity : Ordering Blood Tests)* en ce que le mari n'avait en l'espèce ni subi de vasectomie ni de problèmes de santé affectant sa fertilité. Selon lui, les principes issus des précédents ne pouvaient s'appliquer.

La *Court of Appeal* considéra que le juge s'était trompé dans la pesée des intérêts (*balancing process*). Selon la Cour, le juge avait donné un poids insuffisant au besoin futur de l'enfant de connaître la « vérité » de sa filiation. Elle retint que les différences factuelles entre cette espèce et les précédents ne devaient pas s'opposer à une véritable mise en balance des intérêts en présence : *The factual differences between this case and others did not begin to displace the points of principle to be drawn from the cases, first that the interests of justice are best served by the ascertainment of the truth and second that the court could be furnished with the best available science and not confined to such unsatisfactory alternatives as presumptions and inferences.*

3. J. HERRING, *Family Law*, 5^e éd., Pearson Longman, 2011, p. 376.

sur le droit de connaître ses origines¹ et se sont fondés sur le *child's welfare* tel qu'entendu par la jurisprudence anglaise. De plus, il ressort de cette pesée des intérêts en présence que l'enfant dispose également d'un droit de *ne pas* connaître ses origines si cela est susceptible de contrevenir à son intérêt. Enfin, la jurisprudence anglaise porte une attention toute particulière à la situation de la mère de l'enfant. Cela s'explique d'abord par la place qui lui est accordée dans la déclaration de paternité ou de parenté, qu'elle doit accepter pour que la filiation soit établie². La mère est le pivot de la vie familiale de l'enfant en droit anglais, aussi sa résistance face à l'établissement de la filiation génétique de l'enfant est prise en compte tant que cela ne porte pas atteinte à l'autre intérêt essentiel en cause, celui de l'enfant.

490. Le *child's welfare*, un outil d'adaptation de la décision du juge à la situation de l'enfant. Plus largement, la notion de *child's welfare*, qu'elle soit prédominante ou simplement prioritaire, constitue un outil d'adaptation pour le juge. Il peut s'appuyer sur cette notion pour écarter l'application d'un droit subjectif si cela apparaît justifié, lui offrant de la souplesse dans l'application de la règle.

Le *child's welfare* offre également la possibilité d'atténuer la règle du précédent. En principe, suivant cette règle, les décisions rendues par les juridictions supérieures constituent des précédents obligatoires pour toutes les juridictions inférieures ou de même niveau³. La *ratio decidendi* du jugement, c'est-à-dire l'expression du principe de la décision, constitue une règle jurisprudentielle qui devra être suivie à l'avenir. Encore faut-il que la situation de fait soumise aux juges soit identique à celle qui a suscité la *ratio decidendi*. Les juges doivent alors procéder au *distinguishing*, c'est-à-dire à la distinction entre les faits du cas examiné et ceux du précédent, afin de vérifier s'ils sont tenus d'appliquer ou non la *ratio decidendi*. Or, dans des circonstances approchantes, l'intérêt de l'enfant offre au juge une marge d'appréciation non négligeable qui allège ainsi la rigidité de la règle du précédent.

Dans le système juridique différent qu'est celui de droit français et qui ne connaît pas la règle du précédent, l'intérêt de l'enfant offre une marge d'appréciation plus large au juge dans l'application de la règle de droit. Pourtant cette appréciation est délicate à coordonner avec la nature anticipatrice du droit français.

1. CEDH sect. III, *Jaggi c. Suisse*, 13 juil. 2006, n° 58757/00 ; *RTD. civ.* 2006, p. 727, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTD. civ.* 2007, p. 100, obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 2008, p. 573, obs. J. MASSIP ; *Dr. Fam* mai 2008, p. 13, obs. A. GOUTTENOIRE. CEDH, *Odièvre c. France*, 13 fév. 2003 ; *D.* 2003, p. 1240, note B. MALLET-BRICOUT ; *JCP G.* 2003, t. II, 10049, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *RTD. civ.* 2003, p. 276, obs. J. HAUSER ; *RTD. civ.* 2003, p. 375, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *Dr. Fam* 2003, 58, note P. MURAT. CEDH, *Kearns c. France*, 10 jan. 2008 ; *D.* 2008, p. 415, obs. P. GUIOMARD ; *AJ. Fam.* 2008, p. 78, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *Dr. Fam* 2008, étude 14, note A. GOUTTENOIRE.

2. Cette règle de l'acceptation maternelle a été atténuée par le Welfare Reform Act 2009, v. *supra*, page 125.

3. Blackstone, *Comm.*, I, Introduction, section III, p. 69 : « *For it is an established rule to abide by former precedents, where the same point come again in litigation.* »

B. Un emploi plus délicat à coordonner avec l'anticipation du droit français

491. Une dose de concret dans l'appréciation du juge. En droit français, l'intérêt de l'enfant est une notion de plus en plus sollicitée en droit de la filiation. Son usage pousse à instiller une dose d'appréciation concrète plus importante dans la résolution des conflits relatifs à la filiation et donc, à doter le juge d'un pouvoir plus important. Pourtant, l'outil d'appréciation que constitue l'intérêt de l'enfant ne peut être employé que dans le cadre préétabli par la loi ; le juge ne peut bénéficier du même pouvoir créateur que le juge anglais, il voit seulement s'ouvrir sa capacité d'appréciation à l'aide d'une notion dont le contenu peut varier. C'est ainsi que l'importance des différents fondements de la filiation a pu varier. Désormais, derrière la désignation du parent légal, le juge recherche la personne qui s'occuperait potentiellement le mieux de l'enfant, qui exercerait le mieux le rôle parental et à l'égard duquel un lien d'affection s'est construit. Deux affaires permettent d'illustrer cette tendance.

492. L'intérêt de l'enfant comme obstacle à la primauté de la réalité génétique. L'intérêt de l'enfant peut justifier le maintien de la filiation déjà établie et constituer un obstacle à la contestation de ce lien. Ainsi, dans un jugement du Tribunal de Grande Instance de Lyon du 5 juillet 2007¹, l'intérêt de l'enfant a été retenu en ce sens. Un enfant avait été reconnu par un homme qui l'avait ensuite élevé avec son épouse, cette dernière n'étant pas la mère. Quinze ans plus tard, la mère était revenue dans la vie de l'enfant et avait assigné le père en annulation de la reconnaissance de paternité. À l'appui de cette demande, elle avait sollicité une mesure d'expertise génétique. L'administrateur *ad hoc* représentant l'enfant avait exposé le refus de l'enfant de voir sa situation bouleversée et invoqué la primauté de l'intérêt supérieur de celui-ci.

Visant la Convention internationale des droits de l'enfant et le principe qui en est issu selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale, le Tribunal de Grande Instance de Lyon a rejeté la demande de la mère. Les juges ont considéré que, du fait de l'applicabilité directe de cette convention devant les juridictions françaises, « l'intérêt supérieur de l'enfant peut constituer un motif légitime de refus de la mesure sollicitée ». Puis, appliquant le principe à l'espèce, les juges ont considéré que « les conséquences psychologiques qu'entraînerait de manière certaine sur l'enfant une mesure d'expertise constituent un motif légitime pour ne pas l'ordonner, en vertu des intérêts supérieurs de l'enfant lesquels priment la démonstration, ou non, d'une vérité biologique ». L'intérêt supérieur de l'enfant prend ici le pas sur la recherche de la « vérité biologique » et sur le renversement de la filiation

1. TGI Lyon, 5 juil. 2007 ; *D.* 2007, p. 3052, note A. GOUTTENOIRE ; *RTD. civ.* 2008, p. 93, obs. J. HAUSER.

existante¹. Alors l'intérêt de l'enfant réside dans la stabilité de la filiation légale, et cela même si elle repose sur la volonté.

493. Conformité de la volonté de l'enfant avec son intérêt. Pourtant, dans une espèce semblable, la Cour de cassation a retenu que la filiation établie pouvait être remise en cause². Une mère mariée avait eu trois enfants. En application de l'article 312 du Code civil, le mari de la mère était présumé père des enfants. Après le divorce très conflictuel des parents, un tiers assigna les ex-époux en contestation de la paternité du mari et en reconnaissance de sa paternité à l'égard du troisième enfant. Ce dernier refusait de se soumettre à l'expertise génétique parce qu'il connaissait depuis toujours la réalité de sa filiation, c'est-à-dire que le mari de sa mère n'était pas son père, et qu'il redoutait par conséquent de devoir changer de nom et d'être séparé de son frère à la suite de l'établissement de la filiation génétique. La mère craignait, en effet, que l'établissement de la paternité de l'amant remette en cause le maintien à son domicile du cadet de ses enfants, elle avait évoqué cette crainte à son benjamin.

Face à cette situation familiale mouvementée, les juges du fond avaient estimé que l'intérêt supérieur de l'enfant était de « mettre fin à une situation d'insécurité psychologique et juridique ». Ayant constaté qu'aucun motif légitime ne venait au soutien du refus de l'enfant de se soumettre à l'expertise biologique ordonnée et ne pouvant passer outre ce refus, la Cour d'appel s'est appuyé sur d'autres éléments pour établir la paternité du requérant : déclarations de la mère confirmant ses relations intimes avec le requérant, photographies et déclarations de l'enfant attestant voir le requérant régulièrement et savoir que celui-ci était son père... À première vue, ces preuves peuvent sembler suffisantes. Mais en réalité, la conviction des juges avait été emportée par des tests génétiques effectués hors procédure en Allemagne et établissant une forte probabilité de paternité à hauteur de plus de 99, 9999 % entre le requérant et l'enfant. C'est à notre sens le seul véritable élément de fait – pourtant hors procédure – qui a pu justifier que les juges du fond et la Cour de cassation aient pu considérer qu'il n'y avait pas de motif légitime justifiant le refus de l'enfant de se soumettre à l'expertise génétique et qu'ils aient pu déduire de ce refus que le mari de la mère n'était pas le père malgré un contexte délicat et passablement complexe.

1. Il convient toutefois de préciser que les juges avaient souligné que le mineur « pourra, sa majorité relativement proche atteinte, agir comme il l'entendra ». Autrement dit, l'intérêt à venir de l'enfant peut différer de l'intérêt actuel et il reviendra à l'enfant de décider de la remise en cause de sa filiation actuelle. Ce faisant, les juges introduisent l'idée que certains actes ou actions ne peuvent faire l'objet d'une représentation compte tenu de leur caractère éminemment personnel, tout comme cela se pratique déjà pour les incapables (A. GOUTTENOIRE, « Touche pas à ma filiation !, Note sous TGI Lyon, 5 juil. 2007 », *D.* 2007, p. 3052, spéc. p. 3055). L'intérêt de l'enfant passe ici par la stabilité de sa filiation légale accompagnée de la possession d'état tout en préservant la possibilité de faire concorder sa filiation avec la réalité génétique lorsqu'il sera majeur. Une telle approche permet sans doute d'apprécier l'intérêt de l'enfant avec mesure et prudence.

2. Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2012, n^o 11-22.202, *inédit* ; *JCP G.* 2013, p. 38, obs. A. GOUTTENOIRE.

Si l'on ignore que des tests « sauvages » ont été réalisés, la solution paraît étonnante. Comment déduire une filiation du refus *de l'enfant* de se soumettre à une expertise génétique ? Son refus ne peut pas faire présumer raisonnablement que son actuelle filiation n'est pas génétiquement fondée et qu'il cherche à la préserver. Il ne peut être déduit d'une telle position de l'enfant que des conclusions factuelles : sa vie familiale est complexe et il aspire à plus de tranquillité. Cela révèle également que sa volonté est contraire à celle de l'un de ses parents. Quelle volonté prendre en compte ? La volonté exprimée par l'enfant, capable de discernement, est-elle synonyme de son intérêt ? Bien que l'enfant doive être consulté pour les décisions qui le concernent¹, sa volonté ne correspond pas nécessairement à son intérêt, ou plus exactement à l'idée que se fait le juge de l'intérêt de cet enfant. Car c'est bien de l'arbitrage du juge entre les différents intérêts en cause dont il est question. Il doit alors procéder en s'appuyant sur des éléments de fait, des impressions, un ressenti, autrement dit des éléments purement subjectifs, et non sur une règle de droit. Ainsi, « il lui faudra essayer de juger des intérêts d'autrui *comme si c'étaient les siens* – évaluation utilitaire, qui défie toute règle préfixe »². La volonté de l'enfant est l'un des éléments de cette appréciation mais elle ne lie pas le juge³. Aussi le refus de l'enfant de se soumettre à une expertise génétique peut justifier la remise en cause de la stabilité de sa filiation actuelle alors même que cette expression de volonté aurait dû classiquement faire aboutir à la solution contraire.

L'outil qu'est l'intérêt de l'enfant est ainsi révélateur de toute la philosophie contemporaine qui irrigue le droit de la famille : l'utilitarisme. En effet, l'appréciation de l'intérêt de l'enfant par le juge vise non pas à déterminer quelle est la filiation désignée par les règles de droit, mais plutôt à désigner le lien qui va garantir le bien-être de l'enfant. Or, en principe, « l'intérêt de l'enfant est d'abord de bénéficiaire de la règle de droit, lorsqu'il en existe une⁴ » et, dès lors, l'intérêt de l'enfant devrait être pris comme critère seulement lorsqu'il n'y a pas de règle applicable.

494. Le bénéfice d'un lien de filiation, plutôt favorable à l'intérêt de l'enfant. Ces deux espèces sont riches d'enseignements mais il convient d'apporter une précision pour que l'ana-

1. Code civil, Art. 388-1, al. 1^{er} : « Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut [...] être entendu par le juge ou lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet. »

2. J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille » in *Les notions à contenu variable en droit*, sous la dir. de C. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruxelles : Bruylant, 1984, p. 99, spéc. p. 104.

3. L'intérêt de l'enfant est toujours « décidé par les autres, le père, la mère, les juges, les juristes, etc. dans la détermination duquel l'enfant a peu de rôle » (J. HAUSER, *Autour de l'enfant*, Actes de la journée du 6 mai 1993 organisée par le Centre de droit de la famille, p. 35, cité par J. RUBELLIN-DEVICHI, « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP G.* 1994, I, p. 3739, n° 8.).

4. *Ibid.*, n° 6.

lyse soit complète. En effet, il est une différence fondamentale entre les deux affaires : dans le premier cas, l'action en contestation pouvait aboutir sur un vide de filiation, tandis que dans le second cas, l'action en contestation était assortie d'une action en reconnaissance de paternité et pouvait donc aboutir à l'établissement d'un lien juridique avec le père génétique. L'intérêt de l'enfant est donc de bénéficier d'une filiation qui peut être conforme à la filiation génétique mais pas d'être privé d'une filiation uniquement au nom de la « vérité génétique ». L'intérêt de l'enfant varie alors selon les situations mais les juges semblent veiller à ce qu'il garantisse une famille à l'enfant.

495. Un critère œuvrant pour une approche *in concreto* de la filiation. L'intérêt de l'enfant devient alors un critère suprême de choix entre les fondements de la filiation. Les juges peuvent s'appuyer sur cette notion pour rattacher l'enfant soit à son géniteur soit à celui qui volontairement s'est déclaré comme son parent légal soit encore à celui qui s'est occupé de lui comme de son propre enfant. L'appréciation du juge variera selon les circonstances de l'espèce, ce qui tend à subjectiviser encore un peu plus la notion de filiation.

496. Un critère de règlement des conflits de filiation plutôt que de détermination du lien de filiation. Il faut donc constater un glissement de l'utilisation du critère du domaine de l'autorité parentale à celui de la filiation, du régime vers la notion. L'application d'un même critère à la filiation et à l'effet de celle-ci ne paraît pas être incohérent ni injustifié. Mais le mouvement par lequel il s'est opéré est révélateur. Partant de l'autorité parentale, c'est-à-dire du rôle de parent, l'appréciation de l'intérêt de l'enfant est très subjective. Il faut déterminer ce qui est bon pour *cet* enfant. En matière de filiation, l'approche est plus objective puisqu'il s'agit de déterminer qui est le parent suivant les règles juridiques en vigueur. Aussi, soit il existe un lien juridique, soit celui-ci est contesté et il convient d'en établir un autre en substitution. Soit encore il n'existe aucun lien et il convient d'en établir un. Soit enfin, il existe un lien de fait qu'il convient de traduire en droit. Mais, en soi, l'intérêt de l'enfant n'est pas véritablement un critère de détermination du lien de filiation mais celui de la remise en cause d'un lien pré-existant. En effet, il n'est pas fait référence à l'intérêt de l'enfant pour désigner le parent en l'absence de tout lien. L'intérêt de l'enfant est évoqué lorsque l'enfant est au cœur d'un conflit de filiations et qu'il convient de départager les fondements sur lesquels les liens reposent pour déterminer quelle est la « véritable » filiation. La question qui se pose est celle de l'opportunité de remettre alors en cause une filiation juridiquement établie. Cela est-il dans l'intérêt de l'enfant ? A-t-il intérêt à la *stabilité* ou bien à la *vérité* ? Comme nous l'avons observé, la réponse varie bien souvent.

Conclusion du Chapitre 1

497. La *notion magique* de l'intérêt de l'enfant, telle que la qualifiait le Doyen CARBONNIER¹, est devenue une notion de référence en matière familiale. Elle est si essentielle que le droit anglais l'envisage comme la considération primordiale à prendre en compte dans toute décision relative à la vie de l'enfant. Le droit français ne lui accorde pas expressément une importance similaire mais s'y réfère de plus en plus régulièrement. Pourtant, dans l'un et l'autre système, le contenu de la notion d'intérêt de l'enfant est très délicat à déterminer tant il est changeant selon les espèces. Le droit anglais s'accommode d'une telle imprécision, structurée à son mode de raisonnement, tandis que le droit français connaît quelques difficultés à l'affronter, la notion manquant de critères distinctifs et donc, de prévision. Le droit français emploie alors l'intérêt de l'enfant comme un instrument d'équité, pour atténuer la rigueur de la règle.

498. Cette indétermination du contenu de l'intérêt de l'enfant a contribué au glissement de son emploi d'un domaine initial, l'autorité parentale, à celui qu'il a conquis, la filiation. Du fait de l'usage de la même notion dans l'un et l'autre domaine, une confusion est ainsi née entre la notion et son effet, et en a nourri une autre entre le lien et le comportement. En effet, au regard de l'intérêt de l'enfant, pourquoi ne pas privilégier un rattachement à la personne qui a le comportement plutôt qu'à celle à l'égard duquel le lien juridique, non accompagné d'un vécu familial, est établi ? Pourquoi ne pas privilégier celui qui *veut* s'occuper de l'enfant plutôt que celui qui *est* parent mais n'assume pas ce rôle ? Autrement dit, n'est-il pas préférable d'« être élevé par » plutôt qu'« être rattaché à » ? L'intérêt de l'enfant, noble et incontestable finalité, réalise alors la convergence des deux systèmes vers une notion de filiation redéfinie comme un lien voulu, vécu, constaté et consacré *a posteriori*. C'est ainsi que, reposant sur une appréciation *in concreto* de la situation familiale et non sur une appréciation *in abstracto* de ce qu'est juridiquement le lien de filiation, l'intérêt de l'enfant justifiera la dissociation du statut et du rôle, de même que la consécration du rôle en le dotant des effets du statut².

499. Toutefois, la notion d'intérêt de l'enfant ne peut pas tout permettre au risque d'abîmer le lien de filiation. Aussi, des limites à la flexibilité sont-elles nécessaires, celles qu'impose l'ordre public, protecteur du statut.

1. J. CARBONNIER, « Note sous Paris 30 avr. 1959 », *D.* 1960, Jur, p. 673.

2. Telle que nous pourrions l'observer page 377.

Chapitre 2

L'ordre public, un outil de protection du statut

500. L'ordre public fait partie de ces notions-cadres dont il revient au juge de déterminer le contenu progressivement¹. Dans le domaine de la filiation, l'ordre public sert de limite à la force de la volonté et contient ainsi les ardeurs créatrices de certains qui souhaitent voir leur situation de fait reconnue par le droit en raison de la seule préexistence de cette situation de fait. L'ordre public établit la limite que le droit de la famille se refuse de franchir s'il doit être autre chose qu'une « chambre d'enregistrement » des situations familiales de fait.

En effet, le statut que confère la filiation à l'enfant et aux parents fait partie intégrante de la structure de la société en ce qu'il situe et identifie les individus les uns par rapport aux autres². Le droit se doit donc d'assurer le respect des conditions d'accès à ce statut pour en garantir la cohérence et la réelle effectivité et, de la sorte, de préserver la fonction protectrice de ce statut. Dans la mesure où le statut est conféré par la loi, le droit confie au juge la mission de contrôle du respect du statut, et à travers lui, des institutions que sont la filiation et de la famille ; le droit lui fournit l'outil de l'ordre public pour mener à bien cette mission.

501. La notion d'ordre public. L'ordre public peut être entendu de deux manières selon qu'il inspire l'élaboration et l'application de règles internes ou bien selon qu'il porte sur l'application de règles de droit étranger après leur désignation par une règle de conflit.

Dans sa première acception, selon PLANIOL, une disposition est d'ordre public « toutes

1. J. GHESTIN, « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français » in *Les notions à contenu variable en droit*, sous la dir. de C. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruylant, 1984, p. 77.

2. R. H. GRAVESON, *The Conflict of Laws*, 2^e éd., Sweet et Maxwell, 1952, L'auteur l'exprime ainsi : « Society is classified into status groups with the object of legally protecting certain social relations and individual conditions, and where a personal condition or relation exists, which it is in the interest of the community to control or supervise, the law imposes on the person or persons concerned a legal status. »

les fois qu'elle est inspirée par une *considération d'intérêt général* qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi »¹. En ce sens, l'article 6 du Code civil dispose que « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. » L'ordre public interne se pose comme limite à la transgression de l'intérêt général par la volonté individuelle. Il peut alors être défini comme une « norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leurs conventions, qui, exprimée ou non dans la loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales 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) [...] ou à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux². ». Si le législateur qualifie expressément certaines de ses dispositions d'ordre public³, c'est au juge qu'il incombe le plus souvent de déterminer le contenu de cette notion. De la sorte, le juge dispose d'un pouvoir d'adaptation de la loi face aux pratiques nouvelles qu'il peut entériner ou bien écarter au nom du respect de valeurs fondamentales.

Le droit anglais connaît, quant à lui, la notion de *public policy*, qui semble être l'équivalent de celle d'ordre public, terminologiquement tout du moins. Cette notion a été dégagée par les juges dans l'arrêt de référence *Egerton v Brownlow*⁴ et renvoie à l'intérêt public, autrement dit à l'intérêt supérieur de l'État, qui peut venir entraver le libre jeu de la volonté individuelle. Le juge bénéficie ainsi de la possibilité de préserver des intérêts supérieurs à ceux des parties à un contrat et, au nom de ces mêmes intérêts supérieurs, de se dégager du cadre strict de la règle du précédent auquel il est soumis⁵. En effet, en raison du caractère variable de la *public policy*, la détermination de ce contenu lui offre une alternative à l'application du précédent auquel il est lié en présence d'une espèce présentant les mêmes caractères. La *public policy* perturbe alors à la fois l'expression de la volonté individuelle et le fonctionnement de la *Common Law* en elle-même. Cependant, en matière familiale, la *public policy* est peu employée pour faire obstacle aux excès de la volonté individuelle. Le droit anglais est, en effet, plus libéral en ce qu'il fixe un cadre préalable à la famille d'une rigueur moindre que ne le fait le droit français. Le juge

1. Cité par P. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, sous la dir. de P.-E. ESMEIN, Paris, 1953, p. 261 (appendice).

2. G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 2005, V. *ordre public*, I.

3. L'article 16-9 du Code civil dispose ainsi clairement que « les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public », de sorte que l'interdiction de la procréation ou de la gestation pour le compte d'autrui à l'article 16-7 est une règle d'ordre public.

4. *Egerton v Brownlow* [1853] Cas. 1 (HL).

5. Ce caractère judiciaire de la *public policy* a été discuté. Suivant le *dictum* de PARKE LJ dans *Egerton v Brownlow*, le législateur peut seul déterminer en quoi consiste la *public policy*. Mais il a été développé ensuite par POLLOCK que c'était un droit pour le juge d'annuler le contrat quand le bien commun l'exigeait. C'est cette dernière opinion qui a prévalu par la suite même si les juges anglais usent avec modération de ce pouvoir créateur comme limite à la volonté individuelle.

anglais intervient davantage en présence d'un contrat, par exemple en matière de *surrogacy maternity*, que pour empêcher *a priori* l'établissement d'un lien de filiation qui serait contraire à l'ordre public.

Ainsi, dans les deux systèmes juridiques, le juge se sert de l'ordre public comme d'un outil lui permettant d'apprécier la validité de la situation ou du contrat au regard des valeurs et impératifs de la société contemporaine. De la sorte, la notion d'ordre public lui permet de prendre le pouls de la société¹, la mesure de ce qui est ou non compatible avec la morale contemporaine. La démarche diffère pourtant en ce que le droit français se réfère davantage à une dimension abstraite de l'ordre public, ancrée dans la morale et les valeurs de référence de l'époque, tandis que le droit anglais a une approche plus concrète, qui vise non pas à respecter un cadre préétabli mais à prévenir ou éviter une injustice que causerait l'application d'une règle de droit positif en l'espèce². C'est donc d'abord un objectif de bonne administration de la justice qui est poursuivi par le droit anglais plutôt qu'un objectif de bonne organisation de la société.

502. L'ordre public international, un correctif. La seconde acception de l'ordre public est celle du droit international privé. L'ordre public est alors un correctif exceptionnel permettant d'écarter la loi étrangère normalement compétente, lorsque cette dernière contient des dispositions dont l'application est jugée inadmissible par le tribunal saisi³. Il peut être défini comme « un ensemble de principes, écrits ou non, qui sont, au moment où l'on raisonne, considérés, dans un ordre juridique, comme fondamentaux et qui, pour cette raison, imposent d'écarter l'effet, dans cet ordre juridique, non seulement de la volonté privée mais aussi des lois étrangères et des actes des autorités étrangères⁴ ».

1. À propos de la *public policy*, C. K. ALLEN s'exprimait ainsi : « *It is one of the most interesting attributes of the judicial office in English-speaking countries – that our judges have always kept their fingers delicately but firmly upon the pulse of the accepted morality of the day.* » (C. K. ALLEN, *Legal Duties*, p. 201, cité par D. LLOYD, *Public Policy. A Comparative Study in English and French Law*, University of London, Athlone Press, 1953, p. 5.)

2. V. H. C. GUTTERIDGE, *Comparative Law : an Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, 2^e éd., Cambridge University Press, 1949, p. 98. « *These overriding principles of good morals and public order play a much greater part in continental law than that which is assigned to morality and public policy by our common law. [...] The use which has been made by continental judges of these general clauses is somewhat astonishing to an English lawyer, who is accustomed to the cautious attitude adopted by our judges whenever the circumstances are such that it may be necessary to invoke the assistance of some general principle in order to prevent possible injustice by the application of a rule of positive law.* ». V. également dans le même sens, R. DAVID, *Introduction au droit privé de l'Angleterre*, 1948, p. 175.

3. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. d. VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 9^e éd., Dalloz, 2007, p. 338. faisant référence à Cass. 1^{re} civ., 15 juil. 1963 ; *Rev. crit. DIP* 1964, p. 732. et Cass. 1^{re} civ., 30 mai 1967 ; *Rev. cr. DIP* 1967, p. 728, note BOUREL.

4. G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 2005, V. *Ordre public*, II.

503. Un seuil de tolérance. Ordre public interne et ordre public international ne sont pas sans parenté ; ils visent tous deux à maintenir « la cohésion et l'efficacité de la société étatique¹ ». Mais leur mission est différente. L'ordre public interne tend à *corriger les effets des volontés privées*, l'ordre public international *ceux des règles et décisions des autorités étrangères*².

Dans les deux cas, l'ordre public est le seuil de tolérance à ne pas franchir³, qui sera plus ou moins élevé selon le domaine dans lequel il est appelé à intervenir. En effet, la conception de l'ordre public sera très différente selon que l'on estimera ce qui, de l'intérêt général ou des intérêts individuels, est primordial. Soit l'ordre public est compris comme un phénomène exceptionnel, qui vient de l'extérieur corriger le fonctionnement normal des institutions et notamment des relations contractuelles dominées par le principe de l'autonomie de la volonté. Il est alors une sorte de noyau dur, au contenu relativement limité⁴. Soit l'ordre public n'est plus un phénomène exceptionnel et extérieur mais le cadre même dans lequel fonctionnent normalement les diverses institutions. Il régit alors tout ce que le droit positif n'entend pas abandonner à la volonté des individus⁵. Dans cette seconde conception, l'ordre public est la manifestation du rôle du droit comme cadre impératif : « le rôle du droit est, en toute hypothèse et essentiellement, de définir les limites que la société ne peut permettre de transgresser sans risques de voir ébranler les bornes morales ou spirituelles de sa civilisation⁶ ».

504. Une limite aux excès de la volonté individuelle. Cette limite qu'opère l'ordre public est particulièrement perceptible en droit de la famille et, tout spécialement, en droit de la

1. Francescakis, *Rép. Dalloz dr. int.*, 1ère éd., v. *Ordre public*, n° 7. Cité par B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5, Dalloz, 2006, n° 19 (Arrêt *Lautour*), §11, p. 174.

2. *Ibid.*, n° 19 (Arrêt *Lautour*), §11, p. 174. Nous soulignons.

Pour bien percevoir la différence de champ d'application, un exemple éclairant est donné dans l'ouvrage de MM. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. d. VAREILLES-SOMMIÈRES : « Les dispositions concernant l'état et la capacité des personnes sont presque toujours impératives en droit interne. Et cependant le rattachement du statut personnel à la loi nationale a pour conséquence d'entraîner très fréquemment l'application en la matière de lois étrangères. Une telle réglementation des conflits de lois ne porte nullement atteinte à l'ordre public interne, car la seule chose qui importe au législateur français en ce domaine est que la protection individuelle se situe au-dessus des conventions. Il n'entend pas pour autant, sur le plan international, la soustraire systématiquement à l'empire des lois étrangères. [...] Dès lors, si l'on veut exprimer en une figure géométrique l'ordre public en droit interne et en droit international privé, il faut les schématiser non en deux cercles sécants, mais en deux cercles concentriques, le premier d'entre eux étant représenté par le plus grand cercle et le second par le plus petit. » (Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. d. VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 9^e éd., Dalloz, 2007, p. 335.)

3. D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, sous la dir. de H. MUIR-WATT, Paris I, 2002.

4. J. GHESTIN, « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français » in *Les notions à contenu variable en droit*, sous la dir. de C. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruylant, 1984, p. 77, spéc. p. 82.

5. *Ibid.*, p. 82.

6. B. MATHIEU, *La bioéthique*, Connaissance du droit, Dalloz, 2009, p. 11.

filiation au sein duquel les pratiques médicales et sociales ont bouleversé les principes fondamentaux sur lesquels ces disciplines s'étaient fondées. L'importance croissante de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans la délibération du juge a également soulevé la question de l'articulation de ces deux notions entre elles. L'ordre public, plus large, inclut-il l'intérêt de l'enfant ou bien s'opposent-ils de sorte que l'intérêt de l'enfant puisse justifier une violation de l'ordre public ?

En principe, l'ordre public se pose comme limite impérative à la toute puissance de la volonté en droit de la filiation au nom du respect de principes fondamentaux et peut justifier une atteinte à l'intérêt d'un seul, même s'il s'agit de l'intérêt de l'enfant. Alors, la réalité de cette limite à la toute puissance de la volonté demeure malgré sa tendance à s'affaiblir face à la montée en puissance des droits et intérêts individuels (Section I).

De même, l'ordre public préserve une certaine conception de la famille à l'égard de lois étrangères qui lui porteraient atteinte et seraient employées pour tenter de contourner les interdits nationaux (Section II). L'ordre public veille alors au maintien des valeurs sous-jacentes aux règles juridiques relatives à la filiation.

Section I L'ordre public interne

505. L'ordre public interne préserve, en principe, les individus contre les situations de fait ou de droit qui sont contraires aux principes fondamentaux de l'ordre juridique et, par conséquent, contraires à leur propre intérêt, l'intérêt général incluant l'intérêt particulier. Longtemps, le cadre familial privilégié a été celui de la famille légitime parce qu'il était considéré comme le plus protecteur pour l'épouse et les enfants. Le mariage constituait alors un modèle social. La rigueur de ce cadre s'est altérée ces dernières décennies au profit du pluralisme familial, qui n'impose pas une protection en lui-même, en tant que valeur fondatrice, mais implique seulement une protection des membres de la famille, individuellement et non dans leur ensemble. Néanmoins, les liens de famille demeurent structurants et donc dignes de protection contre la « toute-puissance » de la volonté individuelle. Cette protection est d'une intensité plus ou moins grande selon le système juridique envisagé.

506. Classiquement, en droit français, on considère que les lois qui régissent le statut extrapatrimonial de la famille sont d'ordre public, car « les bases mêmes de la société seraient atteintes si les hommes pouvaient aménager les structures familiales autrement que le légis-

lateur ne l'a voulu¹ ». L'organisation des liens familiaux traduit une conception de la famille dont l'État décide et fait assurer le respect.

Longtemps, la famille légitime, où les parents étaient mariés et les enfants issus de cette seule union, a constitué le modèle familial. En dehors, il n'y avait ni union ni filiation, ni donc de famille reconnues. Les règles de droit élaborées par le législateur et interprétées par le juge avaient pour seule finalité la promotion de ce modèle familial. En effet, le mariage garantissait « la réunion du père et de la mère, l'indivisibilité des liens, l'unité du foyer, la solidarité des époux, c'est-à-dire un *surcroît de garantie* que l'on n'ôtera jamais à la légitimité puisqu'il naît de la réunion qui la caractérise². » De la sorte, le mariage était le support de la construction de la famille qui permettait à la fois d'asseoir la stabilité de la société que d'assurer son avenir³.

L'État va se saisir dès le XIII^e siècle de cette structure familiale comme modèle d'organisation sociale⁴. Un double mouvement s'observe alors : un rapprochement de l'autorité du souverain de celle du père et, corrélativement, une restriction de l'exercice d'une possible volonté du père de modifier la structure de sa famille. L'État trouve ainsi à se renforcer grâce au modèle familial en l'imitant tout en le privant de toute autonomie. C'est désormais l'État qui détermine les règles relatives à la filiation, privilégiant certains modes d'établissement, telle que la présomption de paternité, et en écartant certains autres, telle que l'adoption, considérée au XVI^e siècle comme l'emblème de la liberté individuelle de modifier la structure de sa famille⁵. L'ordre public du droit de la filiation se dessine alors : la structure de la famille ne peut être laissée à la libre disposition des individus la composant. Elle est si essentielle comme relais de l'intégration des individus au sein de la société que l'État souhaite en garder le contrôle de la structure. Pour autant, il n'a pas nécessairement le contrôle des comportements⁶.

L'ordre public familial était donc un relais de l'ordre public étatique et politique⁷. Cette tendance perdure ensuite jusqu'au Code civil⁸ mais est tempérée par l'acceptation de l'adop-

1. J. F. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Obligations*, t. I, Armand Colin, 1982, n° 283. cité par J. GHESTIN, « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français » in *Les notions à contenu variable en droit*, sous la dir. de C. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruylant, 1984, p. 77, spéc. p. 85.

2. G. CORNU, « La filiation », *Arch. philo. dr.* 1975, XX, p. 29, p. 43. Nous soulignons.

3. Y. LEQUETTE, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois - LexisNexis, 2012, p. 523, spéc. p. 524.

4. F. ROUMY, « Le lien parental : aspects historiques » in *La contractualisation du droit de la famille*, sous la dir. de D. FENOUILLET et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, Economica, 2001, p. 39, spéc. p. 49.

5. *Ibid.*, p. 51.

6. Sur la distinction entre garde de la structure et garde du comportement en matière de responsabilité du fait des choses : B. GOLDMAN, *La détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées*, Lyon, 1946.

7. A. BÉNABENT, « L'ordre public en droit de la famille » in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 27, spéc. p. 30.

8. Pour PORTALIS, « Les familles se forment par le mariage, et elles sont la pépinière de l'État » (PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Confluences, p. 42.). Pour MALEVILLE, « il serait impossible au gouvernement de maintenir l'ordre s'il n'était secouru par les pères de famille » (P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1836, t. XII, 309.).

tion ou de la reconnaissance des enfants naturels. La volonté individuelle, encadrée, prenait peu à peu place dans le droit de la filiation.

507. Progressivement, compte tenu de la libéralisation des mœurs, la primauté du modèle de la famille légitime a décliné au profit de l'égalité des membres de la famille. D'abord, par l'égalité des époux, puis par celles des filiations. Ainsi, en 1972, la loi a institué l'égalité des filiations par celle des effets du lien. Filiation légitime et naturelle pouvaient produire les mêmes effets patrimoniaux et extra-patrimoniaux. L'ancien article 334 du Code civil disposait ainsi que « L'enfant naturel a, en général, les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère. » La référence restait néanmoins la filiation légitime, la filiation naturelle ne produisant les mêmes effets que par imitation de la filiation légitime. À cela s'ajoutait le maintien d'une inégalité patrimoniale envers l'enfant adultérin, sanctionnant ainsi la violation de l'obligation matrimoniale de fidélité. Le mariage demeurait ainsi un modèle en filigrane.

La réforme de l'autorité parentale en 2002¹ est allée encore plus loin en instituant l'article 310-1, devenu article 310, qui dispose que « tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère ». La qualité de la filiation, naturelle ou légitime, n'est plus mentionnée. La filiation naturelle ne prend plus pour modèle la filiation légitime. Il n'y a plus qu'un lien de filiation.

La réforme de la filiation en 2005 a parachevé l'identité des filiations en supprimant les termes « légitime » et « naturel ». L'égalité, limitée aux effets jusque là, a été étendue aux modes d'établissement de la filiation² – à l'exception toutefois de la présomption de paternité qui est restée l'exclusivité du mariage.

Le modèle de la famille légitime a donc disparu. Subsiste seulement une famille dont les parents sont mariés, famille parmi d'autres sans hiérarchie ni jugement de valeurs préalable. La disparition progressive de ce modèle au profit d'un relativisme global explique l'affaiblissement corrélatif de l'ordre public en droit de la famille. L'État, n'assurant plus la promotion d'une structure familiale, peut laisser la liberté individuelle s'exprimer davantage dans la construction de la famille. M. le Professeur LEQUETTE résume bien ce mouvement : « abandonnant une approche "holiste" de [la justice], laquelle tendait à assurer un "*ordre social globalement juste*" en accordant un statut plus favorable aux enfants qui se relie à cette "institution fondamentale qu'est le mariage", [les auteurs de la loi de 1972] lui avaient préféré une conception individualiste, laquelle passait par la reconnaissance de droits identiques aux enfants légitimes et aux enfants naturels, sauf la restriction qui frappait les enfants adultérins.

1. Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JO* 5 mar. 2002, p. 4161.

2. Code civil, L'article 310-1 expose désormais les modes d'établissement de la filiation sans qu'il n'y ait plus aucune référence à la nature de la filiation.

Autrement dit, l'intérêt concrètement entendu des enfants naturels l'emportait sur l'intérêt abstraitement considéré de la société¹. » L'ordre public, garant de l'intérêt collectif, cède désormais le pas à l'intérêt individuel de l'enfant.

Pour autant, l'État ne s'est pas totalement retiré de la détermination de la structure de la famille. Il a seulement accordé plus de place à la reconnaissance des comportements comme fondateurs de la famille. Les règles du droit de la filiation demeurent donc d'ordre public, même si celui-ci est parfois atténué, tandis que tout ce qui relève du vécu de la filiation est plutôt décidé par le juge au regard de l'intérêt de l'enfant. Autrement dit, l'ordre public assure la défense du statut, l'intérêt de l'enfant celle du rôle.

508. Ainsi, l'ordre public intervient pour empêcher l'établissement d'un lien de filiation qui serait contraire aux valeurs fondamentales de ce système juridique. L'ordre public a alors une fonction d'éviction du lien de filiation à la différence de l'intérêt de l'enfant qui aura davantage une fonction de constitution ou de préservation du lien. L'ordre public tolère que l'enfant soit privé de filiation si ce lien porte atteinte aux principes essentiels à la structure de la société et de la famille ; l'intérêt de l'enfant aura plutôt tendance à ne pas justifier la disparition d'un lien de filiation si un autre lien ne vient s'y substituer.

L'intérêt général primant sur l'intérêt particulier, c'est ainsi au nom du respect de l'ordre public que le rattachement d'un enfant à un couple de parents de même sexe n'était pas possible tant que le principe même de la filiation bilinéaire homosexuelle n'était pas autorisé par le législateur (§ 1.). De même, le rattachement d'un enfant incestueux à ses deux parents est absolument impossible, quel que soit le moyen de contourner la règle (§ 2.). Enfin, le rattachement d'un enfant, issu d'une gestation pour autrui, à sa mère d'intention n'est pas possible en droit français. Il n'est fait recours à la *public policy* en droit anglais que pour sanctionner, non la pratique de la gestation pour autrui, mais la rémunération de celle-ci. L'ordre public intervient davantage pour empêcher les excès de la volonté individuelle dans le contrat que pour empêcher une technique procréative qui pourrait être réputée contraire à la morale. Ainsi, dans toutes ces situations, l'ordre public intervient *a posteriori* pour délier ce qui a été lié en contrariété avec la loi².

1. Y. LEQUETTE, « Observations sur le "nominalisme législatif" en matière de filiation » in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris : LGDJ Lextenso, 2008, p. 647, spéc. p. 650.

2. A. BÉNABENT, « L'ordre public en droit de la famille » in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, 1996, p. 27, spéc. p. 30 : « Le droit de la famille est typiquement le domaine où l'on rencontre, comme moyen d'action de l'ordre public, le côté simplement précaire de ce qui est contraire à la loi. »

§ 1. Le refus d'une filiation bilinéaire homosexuelle

509. Longtemps, la filiation n'a été envisagée qu'à l'égard d'un couple hétérosexuel. Un lien pouvait être établi à l'égard d'une personne indépendamment de son orientation sexuelle. En revanche, aucun lien ne pouvait être établi à l'égard du concubin ou du partenaire de même sexe. L'enfant ne pouvait avoir qu'un seul parent ou deux parents de sexe différent mais jamais deux parents de même sexe. L'altérité sexuelle relevait de l'essence de la filiation bilinéaire et, à ce titre, était d'ordre public.

De la sorte, aucun des modes d'établissement de la filiation ne pouvait être employé à l'égard d'une personne du même sexe que le parent : ni présomption de paternité du fait de l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe, ni reconnaissance, ni adoption, ni encore moins procréation médicalement assistée. Le juge n'avait aucun pouvoir d'appréciation en la matière¹, il est tenu par la rigueur de l'ordre public.

En droit anglais, pourtant, l'interdiction de la filiation bilinéaire homosexuelle apparaît moins claire dans la jurisprudence en raison de la possibilité de se dispenser de l'établissement du statut pour bénéficier des effets de la filiation. Aussi, les questions qui ont été soulevées devant les juges étaient davantage relatives à l'attribution des effets de la filiation, telle que l'autorité parentale, qu'à l'établissement d'un lien de filiation à l'égard du couple de même sexe². Le rôle de parent pouvant être acquis en pratique par l'exercice des attributs de la filiation, il n'était pas besoin de contourner l'interdiction par des montages juridiques tels que ceux qui ont été réalisés en France afin de bénéficier de ces effets. C'est donc davantage l'intérêt de l'enfant qui guide la décision du juge plutôt que le respect de l'ordre public³.

En revanche, en droit français, l'interdiction de la filiation bilinéaire homosexuelle a eu besoin d'être réaffirmée clairement à l'encontre des détournements de l'institution de l'adoption jusqu'à ce que le législateur autorise finalement l'adoption aux couples de même sexe en 2013⁴.

510. La méthode employée pour tenter de contourner l'interdiction a été de combiner une adoption simple et une délégation d'autorité parentale, l'une offrant un statut et l'autre le rôle.

En effet, l'adoption simple est un lien de filiation particulier en ce qu'il se superpose au lien juridique de filiation initial⁵. Elle offre alors un moyen simple de se rattacher un

1. V. ÉGÉA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, sous la dir. de A. LEBORGNE, Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III), 2010, Defrénois, Lextenso Éditions, p. 366.

2. V. *infra*, page 377.

3. V. *supra*, page 249.

4. Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, *JO* 18 mai 2013.

5. Code civil, art. 364. « L'adopté reste dans sa famille d'origine et y conserve tous ses droits, notamment ses droits héréditaires. »

enfant et constitue « un instrument de remodelage de la famille ¹ ». Afin d'éviter les conflits de compétence parentale, l'adoption simple a cependant pour effet principal de priver les parents d'origine de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant, de sorte que seuls les parents adoptifs en sont investis ². La préférence du législateur allant à la famille légitime, considérée comme une cellule de stabilité pour l'enfant, la règle du transfert intégral est atténuée lorsque l'adoptant est le conjoint du parent. Alors, le parent conserve l'exercice de l'autorité parentale et en partage la titularité avec son conjoint, devenu également parent adoptif de l'enfant. Or, jusqu'en 2013, le mariage n'était pas ouvert aux couples de même sexe de sorte que ces dispositions ne pouvaient bénéficier à la concubine ou à la partenaire de la mère ³. Par conséquent, les couples de même sexe devaient se contenter d'une répartition classique du statut de parent à la mère génétique assorti d'un partage du rôle avec la concubine ou la partenaire de celle-ci.

511. Face à cette situation, il y eut deux sortes de réactions. La première a consisté à contourner la règle du transfert intégral de l'autorité parentale à l'adoptant par une délégation-partage de l'autorité parentale du parent adoptif, nouveau titulaire, vers le parent initial, ancien titulaire ; cette méthode ayant été sanctionnée par la jurisprudence. La seconde, plus fondamentale, a consisté à contester la validité de la règle de l'article 365 au regard des droits fondamentaux en raison de son caractère discriminatoire à l'égard des couples de même sexe.

512. Ces dernières années, plusieurs affaires ont fait apparaître une pratique tendant à l'institution d'un lien de filiation entre un enfant et le concubin ou partenaire homosexuel du parent. Les faits sont généralement les suivants. Un enfant, dont la filiation maternelle est établie, vit avec sa mère et la compagne de celle-ci. D'un commun accord, elles décident que la compagne va adopter l'enfant. L'adoption simple de l'enfant est prononcée au profit de la compagne. Par conséquent, l'enfant bénéficie d'un lien de filiation à l'égard de sa mère de

1. J. CARBONNIER, *Droit civil, La Famille, les Incapacités*, 8^e éd., PUF, 1969, spéc. p. 385. Le Doyen Carbonnier employait ces mots à propos de l'adoption plénière : « par la liberté qu'elle ouvre aux individus, fût-ce sous le contrôle du juge, de créer un rapport de parenté, et de parenté légitime, sans mariage ni procréation, l'adoption plénière apparaît comme un instrument de remodelage de la famille. » Dans son prolongement, M. le Professeur J. HAUSER s'était interrogé sur la possibilité d'utiliser l'adoption pour opérer à tout prix un rattachement filial (J. HAUSER, « L'adoption à tout faire », *D.* 1987, I, chron. p. 205.). Consacrée comme le seul mode de rattachement filial pour les couples de même sexe, M. le Professeur HAUSER s'est alors demandé si elle n'était pas en train de devenir le *factotum* de la filiation (J. HAUSER, « L'adoption est-elle devenue le *factotum* de la filiation ? », *JCP G.* 2012, p. 2392.). Ne serait-elle pas le mode d'établissement de la filiation qui permettra de passer outre les limites fixées par l'ordre public ?

2. Code civil, art. 365.

3. La Cour de cassation a d'ailleurs précisé que le terme de « conjoint » ne désigne que les personnes unies par les liens du mariage, le Pacs ne pouvant entraîner une telle qualification : Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2007, *Bull. Civ. I*, 392 ; *Dr. Fam* 2008, 28, note P. MURAT ; *Defrénois* 2008, p. 1119, note J. MASSIP ; *JCP G.* 2008, t. II, 10046, note FAVIER ; *AJ. Fam.* 2008, p. 75, note F. CHÉNÉDÉ ; *D.* 2008, p. 1028, note L. MAUGER-VIELPEAU ; *D.* 2008, Pan. p. 1377, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *RTD. civ.* 2008, p. 287, obs. J. HAUSER ; *D.* 2008, Pan. p. 1794, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *RJPF* mar. 2008, 28, obs. T. GARÉ.

naissance, et d'un lien de filiation adoptive à l'égard de la compagne de sa mère. Dans la mesure où les deux femmes ne sont pas mariées, la mère de naissance perd l'autorité parentale au profit de la mère adoptive. Afin de remédier à cet inconvénient, la mère adoptive fait une délégation-partage d'autorité parentale au profit de la mère génétique. Cette combinaison de l'adoption simple et de la délégation-partage offrait un statut de mère adoptive à la concubine ou la partenaire de la mère d'origine et réattribuait le principal effet de la filiation, l'autorité parentale, à la mère génétique. De sorte que, l'enfant avait juridiquement deux « mères », l'une génétique et l'autre adoptive, toutes deux dotées de l'autorité parentale. Chacune bénéficiait ainsi à la fois du statut et du rôle.

Cette construction est-elle en conformité avec la finalité de l'adoption simple et de la délégation-partage ? La finalité de l'adoption simple est d'offrir un lien de filiation à l'enfant en surcroît de celui qui le lie à son parent génétique afin de consacrer juridiquement la place que l'adulte référent occupe auprès de l'enfant. La finalité de la délégation-partage est de doter l'adulte référent des attributs de la filiation. La combinaison des deux instruments pourrait laisser penser à une combinaison valable des finalités, à savoir l'attribution d'un statut à l'adulte référent et de la restitution du rôle au parent initial. Pourtant, cette décomposition et recomposition des composantes de la filiation, ayant pour véritable finalité de contourner un interdit légal, ne pouvait prospérer.

513. C'est en ce sens que la Cour de cassation a sanctionné le détournement d'adoption ainsi pratiqué. Dans deux arrêts en date du 20 février 2007, elle a estimé que, en présence d'une communauté de vie entre la mère et l'enfant et en l'absence de circonstances exigeant une délégation de l'autorité parentale, « une telle délégation ou son partage de l'autorité parentale était, à l'égard de l'adoption, antinomique et contradictoire, l'adoption ayant pour but de conférer l'autorité parentale au seul adoptant »¹. Il faut remarquer que là où les juges du fond fondent leur décision sur l'intérêt de l'enfant, la Haute juridiction répond sur le plan institutionnel. La délégation d'autorité parentale à la suite d'une adoption entre les mêmes parties est contraire à l'esprit de l'institution de l'adoption, et cela même si elle peut être conforme à l'intérêt de l'enfant concerné. Le juge rappelle ainsi l'essence de l'adoption qui demeure une institution intéressant l'ordre public et dont les effets ont une raison d'être précisément délimitée². C'est ici l'intérêt collectif et la cohérence des institutions qui est protégée. Autrement dit, l'ordre public empêche que l'institution soit détournée.

1. Cass. 1^{re} civ., 20 fév. 2007 ; *D.* 2007, p. 1047, note D. VIGNEAU ; *Defrénois* 2007, p. 791, obs. J. MASSIP ; *RTD. civ.* 2007, p. 325, obs. J. HAUSER ; *JCP G.* 2007, t. II, 10068, note C. NEIRINCK ; *Dr. Fam* 2007, 80, note P. MURAT ; *D.* 2007, p. 891, note P. CHAUVIN ; *AJ. Fam.* 2007, p. 182, note F. CHÉNEDÉ ; *D.* 2007, p. 1467, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *RJPF* mai 2007, p. 32, note C. MÉCARY ; *RLDC* 2007, 2570, note C. LE BOURSICOT.

2. V. ÉGÉA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, sous la dir. de A. LEBORGNE, Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III), 2010, Defrénois, Lextenso Éditions, p. 280.

La Cour de cassation signifie ainsi qu' « il y a encore pour elle de la distance entre le “rôle” parental qu'attribue la délégation et le “titre” de parent que confère l'adoption ¹ ». L'adoption offre un statut parental tandis que la délégation-partage offre un habit juridique au rôle déjà exercé en fait par le concubin ou le partenaire du parent. Mais, la combinaison des deux qui tend à contourner l'interdiction de la filiation bilinéaire homosexuelle ne peut s'assimiler à un lien juridique de filiation conforme à l'ordre public. La filiation ne peut faire valablement l'objet d'un tel montage. Elle demeure une institution dont seule la loi peut modifier les conditions d'accès et dont le juge est le garant. C'est ce que la jurisprudence a continué à affirmer par la suite.

514. La Cour de cassation a ainsi confirmé cette solution dans un arrêt du 19 décembre 2007 ², tout en déplaçant quelque peu l'objet de son analyse. La décision concerne un couple de deux femmes pacsées. L'une d'elles a conçu un enfant par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur anonyme, et ce en transgressant la loi française, précisément l'article 2141-2 du code de la santé publique qui réserve l'accès à cette procréation au couple composé d'un homme et d'une femme. Le nouveau-né est ensuite éduqué par les deux femmes, et la compagne de la mère légale de l'enfant a présenté, avec le consentement de celle-ci, une requête en adoption simple de l'enfant.

Le TGI de Clermont-Ferrand prononça l'adoption le 24 mars 2006 en lui faisant produire le même effet en matière d'autorité parentale qu'au sein d'un couple marié. L'autorité parentale était partagée avec la partenaire pacsée de la mère comme si elle était le « conjoint » désigné dans l'article 365. Les juges procédaient alors à une véritable assimilation du Pacs avec le mariage.

Dans un arrêt du 27 juin 2006 ³, la Cour d'appel de Riom rejeta cette assimilation en rappelant que le partage de l'exercice de l'autorité parentale n'était possible qu'entre « personnes unies par les liens du mariage et qu'aucune extension n'avait été prévue par le législateur aux personnes pacsées ». Elle refusa également de prononcer l'adoption afin de ne pas priver la mère naturelle de son autorité parentale, ce qui « serait contraire à l'intérêt de l'enfant. »

Les partenaires soulevèrent alors la contrariété de l'article 365 avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. D'abord, elles estimaient qu'il était porté

1. D. VIGNEAU, « Hier le rôle, le titre : pas encore ! », *D.* 2007, p. 1047 sq., spéc. p. 1049.

2. Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2007, *Bull. Civ. I*, 392 ; *Dr. Fam* 2008, 28, note P. MURAT ; *Deffrénois* 2008, p. 1119, note J. MASSIP ; *JCP G.* 2008, t. II, 10046, note FAVIER ; *AJ. Fam.* 2008, p. 75, note F. CHÉNÉDÉ ; *D.* 2008, p. 1028, note L. MAUGER-VIELPEAU ; *D.* 2008, Pan. p. 1377, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *RTD. civ.* 2008, p. 287, obs. J. HAUSER ; *D.* 2008, Pan. p. 1794, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *RJPF* mar. 2008, 28, obs. T. GARÉ.

3. CA Riom, 27 juin 2006 ; *Gaz. Pal.* 2006, p. 3234, note C. MÉCARY ; *Dr. Fam* 2006, 204, note P. MURAT ; *RTD. civ.* 2007, p. 100, obs. J. HAUSER.

atteinte à leur vie privée et familiale en ce que l'interprétation de l'article 365 par la Cour de cassation dans sa jurisprudence de février 2007 conditionnait le prononcé de l'adoption simple à la rupture de leur relation et à l'abandon de son enfant par la mère naturelle. Ensuite, le partage de l'autorité parentale consécutif à une adoption simple, réservé exclusivement aux couples mariés, et donc hétérosexuels, créait une discrimination à l'encontre des personnes de même sexe vivant en union stable et continue dans les liens d'un pacte civil de solidarité.

Répondant à peine sur la violation des droits fondamentaux, la Cour de cassation confirma la décision de la Cour d'appel et rejeta le pourvoi aux motifs que d'abord, le retrait de l'autorité parentale à la mère de l'enfant n'était pas envisageable dès lors que la mère présente toute aptitude à exercer cette autorité et ne manifeste aucun rejet à l'égard de l'enfant et, ensuite que « l'article 365 du Code civil ne prévoit le partage de l'autorité parentale que dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint, et qu'en l'état de la législation française, les conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage, la cour d'appel, qui n'a contredit aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, a légalement justifié sa décision ».

De la sorte, la Cour de cassation se prononce davantage sur la conventionnalité de l'article 365 à la Convention européenne des droits de l'homme que sur la conformité à l'ordre public du montage réalisé par les demanderesses. Il s'agit moins de réaffirmer l'impossibilité de la filiation bilinéaire homosexuelle que de s'assurer de ce que la restriction de la délégation d'autorité parentale aux seuls couples mariés, et donc à l'exclusion des couples de même sexe, n'était pas discriminatoire. L'analyse de la Cour de cassation s'est ainsi déplacée de l'ordre public interne à un ordre public conventionnel, plus large et moins net.

515. Dans des circonstances d'espèce approchantes, la Cour de cassation a rappelé à nouveau cette solution dans un arrêt du 9 mars 2011¹. Deux femmes vivant en couple depuis dix ans ont eu, chacune, un enfant, par insémination artificielle du même donneur. La filiation paternelle des enfants n'est pas établie. Chacune d'elles forme une demande d'adoption simple de l'enfant de sa partenaire et consent à l'adoption de son propre enfant par l'autre. Le tribunal de grande instance et la Cour d'appel de Paris ayant rejeté les deux requêtes en raison de leurs conséquences en matière d'autorité parentale, les requérantes ont formé un pourvoi en cassation dans lequel elles font valoir que l'article 365 du Code civil est contraire au droit de mener une vie familiale normale. En effet, voyant que la position de la Cour de cassation était stable depuis 2007, et donc que le montage juridique ne pourrait être validé, c'est à la validité de la règle elle-même qu'il convenait désormais de s'attaquer. La Cour de cassation

1. Cass. 1^{re} civ., 9 mar. 2011, n^o 10-10.385 ; *JCP G.* 2011, p. 1029, note F. BOULANGER ; *D.* 2011, p. 876, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *AJ. Fam.* 2011, p. 205, obs. F. CHÉNEDÉ ; *RTD. civ.* 2011, p. 338, obs. J. HAUSER ; *RLDC* 2011, 4248, 82, obs. J. GALLOIS ; *Dr. Fam* 2011, 74, obs. C. NEIRINCK.

s'est appuyé sur la décision rendue par le Conseil constitutionnel à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité¹ pour rappeler que la validité de l'article 365 ne pouvait être mise en doute et que, par conséquent, la décision des juges du fond, qui consistait à refuser l'adoption en raison de la délégation d'autorité parentale consécutive, était justifiée.

A nouveau, il ne s'agit plus exactement de confronter l'adoption simple suivie de la délégation-partage d'autorité parentale à l'ordre public interne mais de vérifier la conformité de la disposition du Code civil, restrictive pour les couples concernés à la Convention européenne des droits de l'homme. La dimension change puisqu'il n'est plus question des principes et valeurs fondateurs de la règle de droit interne mais d'une ensemble de droits individuels que la règle interne ne doit précisément pas violer. L'ordre public est alors tiré vers plus d'individualisme et de subjectivité. L'abstraction demeure mais l'ordre public n'est plus synonyme d'intérêt général mais de l'intérêt de chacun, l'un et l'autre ne se superposant pas nécessairement.

516. Alors que le montage juridique consistant à contourner les interdictions d'ordre public n'avait pu aboutir, c'est l'interdiction elle-même qui a donc été contestée. À cette fin, il a été fait appel à un ordre public supérieur, celui constitué par les droits fondamentaux. De la sorte, la validité de la règle posée par l'article 365 a été remise en cause devant la Cour de cassation en faisant valoir sa contradiction avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme comme nous l'avons évoqué précédemment.

Elle a également été remise en question devant le Conseil constitutionnel dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité² qui a estimé l'article 365 conforme à la Constitution en ce que le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple avec son père ou sa mère ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive. Autrement dit, il n'est pas nécessaire au respect de la vie familiale normale qu'un statut parental soit accordé au partenaire ou concubin du parent de l'enfant, l'attribution d'un rôle peut suffire. Le Conseil constitutionnel renvoyait au législateur le soin de changer la loi s'il souhaitait ouvrir le mariage et l'adoption aux couples de même sexe, ce qu'il a fait en mai 2013.

Reste alors à savoir si l'interdiction de la filiation bilinéaire homosexuelle est contraire ou non à la Convention européenne des droits de l'homme. Si l'analyse de la Cour de cassation avait mené à une réponse négative, il convenait de connaître celle de la Cour européenne des

1. Cons. constit., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC ; *JCP G.* 2010, 1145, note A. GOUTTENOIRE et C. RADÉ ; *D.* 2011, p. 529, note N. MAZIAU ; *RTD. civ.* 2010, p. 776, obs. J. HAUSER ; *D.* 2010, p. 2744, note F. CHÉNÉDÉ ; *RTD. civ.* 2011, p. 90, obs. P. DEUMIER.

2. *Ibid.*

droits de l'homme. Celle-ci se prononça dans le cadre de l'affaire *Gas et Dubois*¹. Dans cette affaire, un couple de femmes élevait un enfant né d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur pratiquée à l'étranger. L'une d'elle était la mère de l'enfant et souhaitait que sa concubine puisse adopter l'enfant en la forme simple. Elles invoquaient une violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en ce qu'elles n'avaient pas accès à l'adoption simple, celle-ci étant réservée au conjoint du parent². La Cour européenne des droits de l'homme a rappelé que l'article 8 de la Convention ne garantissait ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter³ mais qu'en revanche, les liens *de facto* existant entre un enfant, sa mère et la concubine de celle-ci, depuis plusieurs années, relevaient de la vie familiale et pouvaient être protégées à ce titre. Les requérantes alléguaient également d'une discrimination fondée sur le fait que, se trouvant dans une situation analogue à un couple marié, elles devraient bénéficier de la possibilité d'adopter sous la forme simple comme les couples mariés mais sans nécessairement être mariés⁴. La Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'il n'y avait pas lieu de retenir une discrimination, les requérantes ne se trouvant pas dans une « situation juridique comparable » à celle des couples mariés⁵. Alors, la mise à l'épreuve de l'article 365 face à l'ordre public conventionnel n'a pas abouti laissant demeurer le principe d'interdiction d'une filiation bilinéaire homosexuelle.

Cette confrontation de l'ordre public interne aux droits fondamentaux, sorte de nouvel ordre public subjectivé, révèle la volonté de libérer le droit de la famille des contraintes institutionnelles afin de permettre à chacun de construire sa propre famille telle qu'il le souhaite.

1. Pour la recevabilité de la requête : CEDH sect. IV, *Gas et Dubois c. France*, 31 août 2010, n° 25951/07 ; *AJ. Fam.* 2010, p. 433, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *RTD. civ.* 2011, obs. J. HAUSER. Et l'arrêt rendu par la section V : CEDH sect V, *Gas et Dubois c. France*, 15 mar. 2012, n° 25951/07 ; *D.* 2012, p. 1241, note DIONISI-PEYRUSSE ; *AJ. Fam.* 2012, p. 220, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *JCP G.* 2012, 589, p. 961, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE.

2. Sauf à ce que l'autorité parentale soit intégralement transférée à l'adoptante comme nous l'avons indiqué précédemment.

3. CEDH, gr. ch., *E.B c. France*, 22 jan. 2008, Req. no 43546 ; *D.* 2008, *AJ.* p. 351, obs. ROYER ; *D.* 2008, p. 2038, note HENNION-JACQUET ; *Gaz. Pal.* 25 juil. 2008, p. 10, obs. TAHRI ; *RJPF* fév. 2008, p. 22, note C. VALORY ; *LPA* 7 fév. 2008, p. 9, note CHALTIEL ; *RTD. civ.* 2008, p. 249, obs. MARGUÉNAUD ; *RLDC* mai 2008, p. 41, note L. BOURSICOT.

4. Cette requête est révélatrice de l'assimilation recherchée entre la situation de fait et la situation de droit correspondante. Ressemblant à un couple marié, les concubines devraient pouvoir bénéficier des mêmes effets que ceux de la situation juridique de référence, en l'espèce le mariage, sans nécessairement être mariés. Les situations étant semblables, il est permis de bénéficier des effets du statut sans en être titulaire. Cette assimilation, visant à une unité de régime entre les situations de fait et de droit, sera observée en matière de filiation dans notre deuxième partie : v. page 335. Il s'agit, en effet, d'une tendance de fond du droit de la famille, et plus largement du droit civil.

5. CEDH sect V, *Gas et Dubois c. France*, 15 mar. 2012, n° 25951/07 ; *D.* 2012, p. 1241, note DIONISI-PEYRUSSE ; *AJ. Fam.* 2012, p. 220, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *JCP G.* 2012, 589, p. 961, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, § 68.

517. Si le principe de l'interdiction de l'adoption de l'enfant par le conjoint de même sexe n'a pas été altéré lors de sa confrontation à l'ordre public interne ni à l'ordre public conventionnel, il a été remis en question lors de sa confrontation à l'ordre public international. Dans un arrêt du 8 juillet 2010¹, la première chambre civile de la Cour de cassation a, en effet, cassé la décision des juges du fond qui avaient refusé l'exequatur du jugement d'adoption prononcé à l'égard de la conjointe de la mère de l'enfant. La Haute juridiction a estimé que « le refus d'exequatur fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de la décision étrangère suppose que celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'il n'en est pas ainsi de la décision qui partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante d'un enfant ». S'il s'agit d'une absence de contradiction à l'ordre public international² et non interne, cette décision est cependant révélatrice de l'angle de vue adopté par les juges : c'est d'abord le partage d'autorité parentale, l'effet de la filiation, qui est envisagé avant d'apprécier la conformité de l'établissement du lien de filiation à l'égard d'un couple parental de même sexe. Autrement dit, ce n'est pas l'établissement du statut qui est ici en jeu mais l'exercice d'un rôle³.

518. Depuis la loi du 17 mai 2013⁴, le mariage et la filiation adoptive sont ouverts aux couples de même sexe. Par conséquent, les dispositions de l'article 365 trouvent tout à fait à s'appliquer au conjoint du parent de l'enfant, quel que soit son sexe et son orientation sexuelle. Le législateur ayant tranché, la jurisprudence antérieure semble devenue obsolète. L'ordre public continuera d'empêcher l'adoption suivie de la délégation d'autorité parentale par le concubin ou le partenaire pacsé du parent puisque les dispositions de l'article 365 ne s'appliquent qu'au « conjoint » du parent, qui reste encore la personne unie par les liens du mariage au parent, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation précitée mais surtout à l'esprit de l'institution de l'adoption. Si le contenu de l'ordre public a été modifié par l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe, sa vigueur subsiste quant au respect de l'institution⁵.

1. Cass. 1^{re} civ., 8 juil. 2010, n° 09-12.623, *Bull. civ. I*, p. 703 ; *Defrénois* 2010, p. 2028, obs. J. MASSIP ; *AJ. Fam.* 2010, p. 394, obs. F. CHÉNEDÉ ; *RTD. civ.* 2010, p. 547, obs. J. HAUSER ; *Rev. crit. DIP* 2010, p. 747, note P. HAMMJE ; *AJ. Fam.* 2010, p. 387, obs. A. MIRKOVIC.

2. Cet aspect sera envisagé dans le chapitre suivant.

3. Cette dissociation du statut et du rôle par la prise en considération des effets de la filiation pour consacrer juridiquement un statut sera étudiée dans la deuxième partie de ce travail de recherche.

4. Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, *JO* 18 mai 2013.

5. Dans un avenir proche, au nom de l'égalité des couples et du pluralisme familial, il n'est pas exclu que les conditions d'accès à l'adoption plénière soient assouplies et que l'exclusivité du couple marié soit levée. Alors, la restriction du partage de l'autorité parentale avec le seul conjoint adoptant simple n'aura plus non plus de raison d'être. L'adoption simple de l'enfant du concubin, partenaire, ou conjoint sera systématiquement accompagné d'un partage de l'autorité parentale, offrant les moyens de la fondation d'une famille effective.

519. Ainsi, le principe de l'interdiction de la filiation bilinéaire homosexuelle a disparu en ce qui concerne la filiation adoptive. Mais il est possible que d'autres contournements soient opérés afin de réaliser l'établissement d'un lien de filiation à l'égard d'un couple de même sexe, par exemple en ayant recours à la reconnaissance ou à la possession d'état. Comment, à l'avenir, l'établissement de la filiation d'un enfant, issu d'un « projet parental » ou bien élevé dans un couple de personnes de même sexe, pourrait être refusé au nom du respect de l'ordre public alors que précisément l'exigence de l'hétérosexualité des parents a disparu ? Faudrait-il considérer que la filiation adoptive est soumise à un ordre public distinct de celui des autres filiations, une sorte d'ordre public atténué ? Il semble que cela soit le choix du législateur français pour le moment. Les autres modes d'établissement de la filiation n'ont pas été ouverts aux couples de même sexe. La raison en est sans doute que le changement était politiquement trop radical. Mais il est permis de s'interroger sur la cohérence de l'ensemble du droit de la filiation à l'issue de cette réforme. Faute de clarté, l'ordre public en ressort très clairement affaibli.

520. L'ordre public est l'instrument du juge pour préserver le modèle social de la filiation. Si l'interdiction de la filiation bilinéaire homosexuelle ne subsiste plus ou seulement en partie, l'interdiction de la filiation révélatrice de l'inceste demeure.

§ 2. Le refus d'une filiation bilinéaire révélatrice de l'inceste

521. L'ordre public représente l'ensemble des principes essentiels et des valeurs de référence sur lesquels le système juridique se fonde. L'interdiction de l'inceste en constitue l'un des piliers fondamentaux dans les deux systèmes juridiques étudiés.

Mais là où le droit français pose clairement l'interdiction du mariage et du Pacs incestueux¹ ainsi que celle de l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard de ses deux parents génétiques², le droit anglais ne traite clairement que de l'interdit du mariage³ et du *civil*

1. Code civil, Art. 161 et 162 pour le mariage, et art. 515-2 pour le pacs.

2. *Ibid.*, Art. 310-2 : « S'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit. » Dans le cadre de la protection de l'enfance, il a été introduit également un article 222-31-2 dans le Code pénal qui sanctionne le viol incestueux du retrait de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant victime.

3. Ce sont les *prohibited degrees of relationship* envisagés dans le Marriage Act 1949, Section 1 et Schedule 1, Part I. En principe, l'interdit de l'inceste s'étendait également aux unions entre les beaux-parents et beaux-enfants, c'est-à-dire liés par des liens d'alliance. La Cour européenne des droits de l'homme a condamné cette interdiction dans une affaire *B v United Kingdom* (CEDH, *B c. Royaume-Uni*, 13 sept. 2005, n° 36536/02.) où

*partnership*¹ incestueux. En droit français, l'interdiction de l'inceste empêche, en effet, que la filiation d'un enfant né d'une union incestueuse puisse établir sa filiation à l'égard de ses deux parents². Une filiation bilinéaire révélerait l'inceste et serait dommageable pour l'enfant, mais également plus largement pour la société par la perturbation des structures de la parenté. Le droit anglais ne pose pas explicitement une telle règle.

Cette différence de méthode laisse transparaître que même si le droit anglais fixe un cadre préalable à la constitution de la famille et ne soumet pas celle-ci à la volonté sans limite de ses membres, il ne l'assortit pas d'un régime prohibitif explicite en matière de filiation. Le droit anglais n'envisage donc pas préalablement le statut d'un enfant qui naîtrait d'une union incestueuse ; il préfère régler les difficultés soulevées par cette situation lorsque celle-ci se présente³. Le cas de l'enfant incestueux confirme également la tendance du droit anglais à ne pas privilégier l'établissement d'un statut mais à attribuer les effets de celui-ci de sorte que l'enfant peut ne pas souffrir matériellement de l'absence de lien juridique de filiation à l'égard de l'un de ses parents génétiques. L'interdit de l'inceste existe mais ses effets sont moins radicaux qu'en droit français, aussi l'on constate moins de montages juridiques tendant à contourner la règle.

522. Fondements de l'interdit. Si l'interdit de l'inceste ne prend pas la même forme dans les deux systèmes juridiques, il y est pourtant bien présent. Il repose sur plusieurs fondements : biologique et social, sociologique et moral. Biologique d'abord en ce que la consanguinité serait source de maladies génétiques mais également social⁴ car l'inceste peut exister dans une famille adoptive, dépourvue de lien biologique. Sociologique ensuite en ce que la prohibition

un homme voulait épouser la femme divorcée de son fils, estimant qu'elle était portait une atteinte excessive au droit au mariage garanti par l'article 12 de la Convention. Pour la Cour européenne, la prohibition de l'inceste a une fonction de protection de l'intégrité de la famille, en évitant les rivalités sexuelles entre ses membres, et une fonction de protection de l'équilibre de l'enfant en prévenant les changements de relations entre les adultes qui l'entourent. Or ces fonctions ne sont pas entravées par le mariage du père avec l'ex femme de son fils. Cette solution assouplit l'interdit de l'inceste pour le réduire à un élément perturbateur de sorte que si la relation autrefois qualifiée d'incestueuse n'est pas perturbatrice pour l'enfant ou la famille dont il est question, l'union peut être envisagée. L'approche en est donc plus subjective qu'auparavant où le constat de la relation suffisait à interdire le mariage.

1. Civil Partnership Act (c. 33) 2004, Schedule 1, Part 1.

2. P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La Famille*, 3^e éd., Paris : Defrénois, 2011, Les auteurs désignent l'enfant incestueux comme le « dernier paria » depuis que l'égalité des enfants adultérins a été réalisée par la réforme des successions en 2001, v. p. 381.

3. Lorsque nous avons interrogé les praticiens anglais, *solicitors* ou *barristers*, sur les règles relatives à la filiation incestueuse, ils se sont étonnés du sens même de notre question. Le cas se présentant de façon tout à fait exceptionnelle, il semble qu'il n'y ait pas de doctrine ou de jurisprudence fondatrice sur ce point. Ce qui laisse penser que la filiation a dû être établie à l'égard de la mère mais non du père et l'inceste n'aura alors pas été révélé. Le droit anglais ne prévoit pas de règle explicite mais le comportement des personnes concernées mène à une issue identique, à savoir l'absence d'un lien de filiation afin de protéger l'enfant de l'opprobre lié à sa situation familiale.

4. P. LEGENDRE, *L'Inestimable objet de la transmission*, Fayard, 1985, p. 250.

de l'inceste « n'est ni purement d'origine culturelle, ni purement d'origine naturelle » mais constitue « la démarche fondamentale dans laquelle s'accomplit le passage de la nature à la culture¹ ». Moral enfin en ce que l'interdit vise à condamner un comportement jugé répréhensible pour l'équilibre de la société.

Le droit s'empare de ces différents aspects afin de faire de l'interdit de l'inceste un « principe fondateur du droit de la famille² », un principe de structure, ou encore un principe de construction par défaut de la famille. L'interdit de l'inceste garantit un ordre familial ancestral. C'est ainsi que les lignes ascendante et descendantes ainsi que les lignes collatérales sont claires. Chacun a sa place dans la famille et peut se situer par rapport aux autres. « C'est à cet ordre familial que s'attaque l'inceste : entre ascendant et descendant, il s'attaque à la *distance générationnelle* ; entre collatéraux il crée une alliance là où n'existait qu'une ligne collatérale. L'inceste bouleverse donc l'*ordre établi* dans la famille au moyen des liens tissés entre ses membres, parents, enfants, cousins, oncles, tantes, grands-parents... Et il s'avère très perturbant : dans l'ordre individuel d'abord, il entraîne la *confusion des rôles* et rend difficile la construction de l'identité du sujet ; dans l'ordre social ensuite, *il attende au principe généalogique, et donc à l'ordre public*³ ». L'ordre public familial interdit donc cet élément perturbateur ou, plus exactement, empêche qu'il produise des effets de droit.

Il est à noter que, loin de faiblir, l'interdit de l'inceste subsiste et se renouvelle puisque, dès la création du Pacs en 1999 et du *civil partnership* en 2005, il fondait des empêchements à la conclusion d'un tel contrat. De même, en 2013, les empêchements à mariage ont été étendus aux couples de même sexe, marquant le détachement de l'interdit de l'inceste de son fondement génétique. En effet, le couple homosexuel ne risque pas de procréer et de donner naissance à un enfant qui serait congénital, et donc porteur de maladies génétiques. C'est donc sur des critères sociaux et moraux que l'interdiction se fonde davantage désormais. Par conséquent le principe d'interdiction de l'établissement de la filiation incestueuse, explicite en droit français, subsistera à l'égard du parent incestueux de même sexe. En effet, le principe vaudra tout autant si l'établissement de la filiation révèle un projet parental incestueux entre une mère et sa fille ou entre deux sœurs en ce qu'il révélera l'inceste. La seule absence de lien génétique ne suffira pas à justifier une levée de l'interdiction de l'inceste. Mais cette évolution du contenu de l'ordre public est révélatrice de ce que la filiation glisse d'un statut, pensé par imitation du lien génétique, vers une fonction sociale, un rôle, souhaité et concrétisé par les personnes concernées. Le passage de la nature à la culture, évoqué par LÉVI-STRAUSS est ici

1. C. LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, 2^e éd., Mouton de Gruyter, 1967.

2. A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, Principe fondateur du droit de la famille », *RTD. civ.* 2000, p. 759, nbp n° 13.

3. D. FENOUILLET, « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *Dr. Fam.* Nov. 2003, chron. 29, p. 4, Nous soulignons.

perceptible sous un nouveau visage.

523. L'interdit de l'inceste face à l'intérêt de l'enfant. Face à l'intérêt collectif, l'intérêt de l'enfant pourrait néanmoins exiger l'établissement de sa filiation à l'égard de son autre parent. C'est d'ailleurs ce que laisse penser la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui a reconnu l'existence d'un préjudice moral pour l'enfant incestueux du fait de l'impossibilité d'établir sa filiation dans l'autre branche¹. Pour autant, le principe de l'interdiction demeure et la première chambre civile de la Cour de cassation a refusé de contourner l'interdiction par le prononcé d'une adoption simple qui aurait pu laisser penser que l'inceste n'était pas révélé, le parent adoptif n'étant pas censé être le parent de naissance².

Dans cette affaire, un enfant, né en 1990, avait bénéficié d'une reconnaissance prénatale par le demi-frère de la mère. La reconnaissance est annulée en 1992 en application de l'ancien article 334-10 du Code civil interdisant l'établissement de la filiation bilinéaire de l'enfant incestueux. Un an plus tard, l'enfant est reconnu par un autre homme et légitimé par le mariage subséquent de sa mère avec l'auteur de la nouvelle reconnaissance. Cette reconnaissance est elle-même annulée en 1998. Le père initial forme une demande d'adoption, acceptée par la mère. Le tribunal de grande instance de Saint-Malo la rejette le 7 avril 1999 au motif que « la présence d'un empêchement dirimant que constitue l'inceste avéré interdit au juge de reconnaître à l'auteur de la reconnaissance le droit d'adopter l'enfant » et « qu'il ne saurait plus être admis une *fraude à la loi par détournement de l'adoption* de son but et la *création d'un lien de filiation contraire à l'ordre public*. » Le père a fait appel de cette décision et la Cour d'appel de Rennes a accueilli la demande en prononçant l'adoption simple de l'enfant le 24 janvier 2000 aux motifs que « la loi n'interdit pas l'adoption de son propre enfant et qu'elle est admise de façon constante par la jurisprudence ». De plus, en vertu des articles 162 et 334-10, aucune disposition légale n'interdit l'adoption intrafamiliale et, ainsi, l'adoption d'un enfant par le frère de sa mère, qu'il soit ou non le père biologique, ne se heurte à aucune interdiction.

La Cour de cassation a ensuite censuré cette décision dans un arrêt du 6 janvier 2004 au visa de l'article 334-10 du Code civil et dont elle a rappelé le caractère d'ordre public. L'adoption, qui visait à contourner le principe d'interdiction de l'établissement bilinéaire de la filiation de l'enfant incestueux, était donc contraire à l'ordre public. Il est ainsi clairement

1. Cass. crim., 23 sept. 2010, n° 09-84108, L'espèce concernait un enfant né d'un viol incestueux. Ne pouvant établir sa filiation, il considérait subir un dommage du fait même de sa conception. La Cour d'appel avait retenu cette qualification. La Cour de cassation, en revanche, affirme dans un arrêt de rejet que l'enfant subit un préjudice qui ne résulte pas de sa seule naissance.

2. Cass. 1^{re} civ., 6 jan. 2004, *Bull. civ.* I, 2 ; *D.* 2004, p. 362, note D. VIGNEAU ; *JCP G.* 2004, t. I, 109, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; *JCP G.* 2004, t. II, 0064, note C. LABRUSSE-RIOU ; *Defrénois* 2004, p. 594, obs. J. MASSIP ; *Dr. Fam* 2004, no 16, note D. FENOUILLET ; *RTD. civ.* 2004, p. 75, obs. J. HAUSER.

rappelé que l'adoption, institution destinée à créer un lien de filiation malgré l'absence de lien biologique, n'est certainement pas destinée à permettre l'établissement d'un lien biologique interdit¹. Autrement dit, « la volonté d'adopter est destinée à *suppléer une hérédité absente* et non à *suppléer une hérédité interdite*² ».

L'ordonnance de 2005 a consacré cette jurisprudence en précisant que l'interdiction de l'établissement de la filiation à l'égard du second parent valait *quel que soit le moyen* de cet établissement. Par cette généralité « remarquable³ », le législateur a rappelé la prééminence de ce principe fondateur de la société sur l'intérêt individuel de l'enfant.

524. L'interdit d'établir une filiation incestueuse, dernière discrimination ? L'enfant incestueux est donc désormais le seul enfant à l'égard de qui subsiste une prohibition en matière d'établissement du lien de filiation. Cette règle d'intérêt général est-elle tenable face au nouvel ordre public issu des droits fondamentaux et qui privilégie l'individu ? Autrement dit, les enfants incestueux sont-ils « moins égaux » que les autres⁴ ?

Ainsi peut-on s'interroger dans les termes suivants : l'enfant doit-il supporter les conséquences de la relation incestueuse de ses parents ? Le parallèle avec l'enfant adultérin vient immédiatement à l'esprit. La Cour européenne des droits de l'homme avait estimé que, « en tout état de cause, l'enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables. »⁵ L'enfant incestueux le pourrait-il ? Dans l'arrêt *Mazurek*, ce sont les effets successoraux de la filiation qui étaient en cause. L'un des enfants était lésé dans la succession en raison de son statut d'enfant adultérin. Or, l'enfant incestueux ne peut pas non plus hériter de l'un de ses parents puisqu'il lui est précisément interdit d'établir le lien de filiation sur lequel la dévolution successorale se fonde⁶. Une discrimination pourrait-elle être constatée à l'égard de l'enfant incestueux ?

La Cour européenne des droits de l'homme estimait, dans l'arrêt *Mazurek*, « qu'il ne peut être exclu que le but invoqué par le gouvernement, à savoir la protection de la famille traditionnelle, puisse être considéré comme légitime⁷. » Puis elle s'attachait aux moyens employés

1. D. FENOUILLET, « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *Dr. Fam.* Nov. 2003, chron. 29, p. 4, spéc. p. 6.

2. *Ibid.*, p. 6.

3. F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, 8^e éd., Précis, Dalloz, 2011, p. 404.

4. D. GUÉVEL, « Taire les origines : la filiation incestueuse » in *L'identité génétique de la personne : entre transparence et opacité*, sous la dir. de P. BLOCH et V. DEPADT-SEBAG, Dalloz, 2007, p. 73, spéc. p. 79.

5. CEDH, *Mazurek c. France*, 1^{er} fév. 2000 ; D. 2000, p. 332, note T. GARÉ ; JCP G. 2000, t. II, 10286, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; RTD. civ. 2000, p. 311, obs. J. HAUSER ; GA CEDH 2000, 52 ; GAJ civ. 2000, t. 1, 99 ; JCP G. 2000, t. I, 278, note R. LE GUIDEC ; RTD. civ. 2000, p. 429, obs. MARGUÉNAUD ; *Defrénois* 2000, p. 654, obs. J. MASSIP ; RTD. civ. 2000, p. 601, obs. PATARIN ; *Dr. et patr.* 2000, note P. STOFFEL-MUNCK, § 54.

6. V. *infra*, page 450.

7. CEDH, *Mazurek c. France*, 1^{er} fév. 2000 ; D. 2000, p. 332, note T. GARÉ ; JCP G. 2000, t. II, 10286, note

pour atteindre ce but : il convenait de vérifier « si l'instauration d'une différence de traitement entre enfants adultérins et enfants légitimes ou naturels, quant à la succession de leur auteur, apparaissait proportionnée et adéquate par rapport au but poursuivi¹. » Elle avait considéré qu'il n'y avait aucun motif de nature à justifier une discrimination fondée sur la naissance hors mariage et que, « en tout état de cause, l'enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables². » C'était pourtant bien sur le statut d'enfant adultérin que la différence de traitement successoral était fondée et que l'enfant se trouvait pénalisé dans le partage de la masse successorale. À ce titre, la France avait donc été condamnée pour violation de l'article 1^{er} du Protocole 1 combiné avec l'article 14 de la Convention.

525. La Cour européenne des droits de l'homme pourrait-elle suivre le même raisonnement concernant l'enfant incestueux ? Reprenons-en les étapes.

D'abord, la contrainte de l'enfant incestueux à une filiation unilinéaire a pour but la protection de la famille en ce qu'elle empêche l'effet perturbateur de la révélation de l'inceste à l'état civil. Comme dans l'affaire *Mazurek*, le but poursuivi par le gouvernement français pourra apparaître légitime.

Ensuite, la différence de traitement de l'enfant incestueux, privé de filiation et, par conséquent, de droits réservataires dans la succession de son parent, avec les autres enfants de l'ascendant est-elle *proportionnée et adéquate au but poursuivi* ? L'impossibilité d'établir un lien de filiation garantit sans doute la protection de la structure familiale en évitant toute confusion entre le statut de ses membres. Mais est-ce proportionné ? La sanction n'est-elle pas trop sévère lorsque l'enfant se voit reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables, à savoir la relation incestueuse de ses parents ? Une réponse positive semble l'emporter.

526. Si la différence de traitement à l'égard de l'enfant adultérin a été considérée comme discriminatoire, il semble donc probable que celle de l'enfant incestueux pourrait l'être aussi. Mais il faut tout de même aller plus loin que ce premier constat : la prohibition de l'inceste demeure moralement plus justifiée dans l'opinion européenne contemporaine que celle de l'adultère. L'adultère, constitutif d'un manquement à l'institution du mariage et à l'ordre social, a

A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *RTD. civ.* 2000, p. 311, obs. J. HAUSER ; *GA CEDH* 2000, 52 ; *GAJ civ.* 2000, t. 1, 99 ; *JCP G.* 2000, t. I, 278, note R. LE GUIDEC ; *RTD. civ.* 2000, p. 429, obs. MARGUÉNAUD ; *Deffrénois* 2000, p. 654, obs. J. MASSIP ; *RTD. civ.* 2000, p. 601, obs. PATARIN ; *Dr. et patr.* 2000, note P. STOFFEL-MUNCK, § 50.

1. CEDH, *Mazurek c. France*, 1^{er} fév. 2000 ; *D.* 2000, p. 332, note T. GARÉ ; *JCP G.* 2000, t. II, 10286, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *RTD. civ.* 2000, p. 311, obs. J. HAUSER ; *GA CEDH* 2000, 52 ; *GAJ civ.* 2000, t. 1, 99 ; *JCP G.* 2000, t. I, 278, note R. LE GUIDEC ; *RTD. civ.* 2000, p. 429, obs. MARGUÉNAUD ; *Deffrénois* 2000, p. 654, obs. J. MASSIP ; *RTD. civ.* 2000, p. 601, obs. PATARIN ; *Dr. et patr.* 2000, note P. STOFFEL-MUNCK, § 51.

2. *Ibid.*, § 54.

progressivement perdu cette nature pour ne rester qu'un « manquement à l'ordre privé ¹ ». Aussi, la filiation qui en découle pouvait ne plus être sanctionnée. Or, l'inceste n'a pas subi cette atténuation. Cela est notamment perceptible dans l'introduction récente au sein du Code pénal de l'article 222-31-2 qui sanctionne pénalement le viol ou l'agression sexuelle incestueuse. L'incrimination pénale est révélatrice de ce que l'inceste est un interdit fondamental de notre société.

Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme ne manquerait pas d'étudier les solutions envisagées par les différents pays du Conseil de l'Europe. Or, même si certains pays ont assoupli la règle en soumettant l'établissement de la filiation à un contrôle judiciaire, il n'en reste pas moins que l'interdit de l'inceste se maintient dans les pays européens. D'autres pays, en revanche, permettent sans condition ni contrôle l'établissement d'une filiation bilinéaire, tout en maintenant pour autant des prohibitions à mariage pour cause de parenté ou d'alliance ². Alors la possibilité pour l'enfant incestueux de faire établir sa filiation à l'égard de ses deux parents n'impliquerait pas nécessairement l'admission de l'inceste par le système juridique. L'enfant ne porterait pas le fardeau de l'inceste. L'absence d'approche commune par les États membres sur l'appréhension par le droit de la filiation incestueuse pourrait mener la Cour européenne des droits de l'homme à laisser à la France une marge d'appréciation en la matière.

527. Quelques assouplissements envisageables quant au bénéfice des effets de la filiation.

En raison de la rigueur du principe d'interdiction de l'établissement de la filiation en droit français, serait-il envisageable qu'il y ait un aménagement pour les effets de la filiation surtout en matière successorale : à la mort du parent à l'égard duquel la filiation est établie, l'enfant ne pourrait-il pas être pris en compte dans la succession ? La révélation de l'inceste n'interviendrait que *post mortem* et pourrait être moins dommageable pour l'enfant et la société. Dans un testament olographe, le père pourrait reconnaître l'enfant afin de lui léguer ses biens. Ou encore si le père a versé des subsides à l'enfant, ne pourrait-on envisager, qu'en cas de décès, cela permette de justifier une transcription en matière de filiation ?

Certains auteurs proposent encore que, à l'image du droit espagnol, l'interdiction de principe soit maintenue mais qu'exceptionnellement, l'établissement du second lien de filiation soit possible sous contrôle du juge et à condition que cela serve l'intérêt de l'enfant ³. À sa majorité, l'enfant pourra faire annuler la reconnaissance autorisée par le juge s'il n'y avait pas

1. D. FENOUILLET, « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *Dr. Fam.* Nov. 2003, chron. 29, p. 4, spéc. p. 8.

2. Selon S. PERRIN, « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Dr. Fam.* Juin 2010, Étude n° 16, p. 29, : Allemagne, Grèce, Suisse, Royaume-Uni, Croatie, Pologne, Portugal, Autriche, Hongrie.

3. *Ibid.*

consenti.

D'autres envisagent de laisser l'enfant libre de choisir entre son intérêt moral et son intérêt financier, par exemple à sa majorité¹. L'enfant pourrait tenter d'établir sa filiation « interdite » avec l'accord du parent à l'égard duquel la filiation est déjà établie. Pourrait-il alors se prévaloir du lien génétique ? Pourquoi un tel accès à la vérité génétique pourrait-il lui être alors refusé ? Le recours à la possession d'état pourrait être moins révélateur de l'inceste. Mais, la possession d'état ne serait-elle pas alors frappée du vice d'équivocité² ? La question peut être posée autrement : « est-il inconcevable que l'enfant se considère, soit traité par son auteur et soit considéré par des tiers comme le descendant au premier degré de la personne à l'égard de laquelle il souhaite établir son lien de filiation (et non comme un descendant au deuxième degré ou comme un neveu) ? Autrement dit, ne se peut-il qu'entre deux états effectivement contradictoires, l'un des deux soit patent³ ? »

D'autres proposent, enfin, l'extension des effets de la filiation qui sont profitables à l'enfant, tels que l'obligation alimentaire et la vocation successorale, sans instituer de lien de filiation et sans faire profiter l'auteur de l'enfant de la réciprocité de ces effets. En effet, « une telle solution présenterait l'avantage de ne pas officialiser par l'état civil les origines incestueuses de l'enfant tout en ne le faisant pas pâtir de cette faute originelle qu'il n'a pas commise⁴ ». Nous rejoignons cette proposition en ce que la filiation, en tant que statut, ne serait pas instituée, et ne révélerait donc pas l'inceste, mais que ses effets patrimoniaux pourraient être réalisés. Cela serait d'autant plus cohérent aujourd'hui que cette dissociation entre le statut et le rôle s'observe de plus en plus afin de faire bénéficier un enfant des effets de la filiation sans établir de lien juridique institutionnel⁵. Le recul de la nature institutionnelle de la filiation s'est déjà concrétisé de la sorte, ouvrir cette dissociation au profit de l'enfant incestueux ne l'affaiblira pas beaucoup plus tout en offrant une amélioration de la situation de cet enfant.

528. La consécration du rôle parental au secours de l'enfant incestueux. Le Défenseur des Droits a été dans le sens d'une telle évolution dans sa décision du 24 août 2012⁶. Deux enfants étaient nés de la relation incestueuse d'un frère et d'une sœur. La filiation des enfants

1. D. GUÉVEL, « Taire les origines : la filiation incestueuse » in *L'identité génétique de la personne : entre transparence et opacité*, sous la dir. de P. BLOCH et V. DEPADT-SEBAG, Dalloz, 2007, p. 73, spéc. p. 84.

2. F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, la famille, Les incapacités*, 8^e éd., Précis Droit Privé, Dalloz, 2006, p. 681, 723 et 729. Les auteurs considèrent que l'équivocité résulterait de l'existence d'un double lien de parenté unissant l'enfant à son auteur (grand-père et père, oncle et père...).

3. D. GUÉVEL, « Taire les origines : la filiation incestueuse » in *L'identité génétique de la personne : entre transparence et opacité*, sous la dir. de P. BLOCH et V. DEPADT-SEBAG, Dalloz, 2007, p. 73, spéc. p. 84.

4. D. FENOUILLET, « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *Dr. Fam.* Nov. 2003, chron. 29, p. 4, spéc. p. 9.

5. V. *infra*, page 377.

6. Défenseur des Droits, 24 août 2012, Décision n° MDE-2012-90,

était établie à l'égard de la mère qui souhaitait faire une délégation-partage de l'autorité parentale à l'égard du géniteur des enfants qui ne pouvait établir juridiquement sa paternité, compte tenu de l'interdiction légale. Le Défenseur des Droits a estimé qu'en raison de l'« objectif strictement protecteur et conforme à l'intérêt de l'enfant » de la délégation-partage d'autorité parentale, celle-ci ne pouvait être considérée comme « un mode de contournement de l'empêchement à mariage ou à l'établissement d'une filiation ». Il distingue ensuite la délégation d'autorité parentale de la filiation adoptive, rappelant que « la délégation d'autorité parentale n'a aucune conséquence sur le *statut* de l'enfant et sur sa filiation¹ ». Alors, autant l'établissement du statut est interdit car il instituerait l'inceste et semblerait l'approuver, autant la reconnaissance du rôle par l'attribution du pouvoir de décision pour la vie quotidienne de l'enfant serait envisageable. Il est perceptible ici que la prise en compte dans la vie quotidienne de l'enfant de celui qui est le parent, génétique mais non juridique, offre une issue favorable à l'enfant incestueux. D'après le Défenseur des Droits, la délégation-partage d'autorité parentale sert ainsi l'intérêt de l'enfant tout en préservant l'ordre public².

Ainsi, l'atténuation de l'ordre public s'opère par la consécration du rôle plutôt que par l'ouverture du statut de parent au géniteur, l'inceste demeurant fondamentalement intolérable³. La consécration du rôle permet ainsi de doter des attributs de la filiation les adultes référents dans la vie de l'enfant, sans qu'il n'y ait besoin d'établir préalablement le statut fondateur. Au nom de l'intérêt de l'enfant, cette tendance à la dissociation du statut et du rôle est croissante et contribue à affaiblir corrélativement l'autorité de l'ordre public.

529. Un interdit commun aux deux systèmes. Ainsi, l'interdit de l'inceste existe dans les deux systèmes juridiques mais il fait l'objet d'une systématisation et d'une pratique ju-

1. Nous soulignons.

2. Si cette décision semble intéressante parce qu'elle met en relief la distinction entre le statut et le rôle, et tout spécialement la consécration du rôle au détriment du statut, il faut néanmoins nuancer son importance. En effet, l'inceste dont il était question concernait un frère et une soeur adoptifs, ce qui au regard de l'interdit de l'inceste n'atténue pas la rigueur du principe, mais permet d'expliquer que, sans doute, l'inceste n'étant pas génétique a paru moins intolérable au Défenseur des Droits.

3. Mais, au nom de l'intérêt de l'enfant, il n'est pas certain que cet interdit demeure. En effet, dans un arrêt du 9 août 2012 (n° 103/2012), la Cour constitutionnelle Belge a estimé que « lorsque les circonstances de sa naissance sont connues de l'enfant et de son entourage, il peut être estimé que les avantages, notamment en termes de sécurité d'existence, qu'il retirera de l'établissement d'un double lien de filiation sont supérieurs aux inconvénients qu'il pourrait subir en conséquence de l'officialisation de la circonstance qu'existe entre ses parents et un empêchement absolu à mariage » et que « cette atteinte au droit des enfants concernés de voir pris en considération leur *intérêt supérieur* ne saurait être justifiée par l'objectif d'interdire les relations incestueuses entre personnes apparentées » car « la disposition en cause ne saurait contribuer à prévenir une situation qui est, par définition, déjà réalisée. »

La Cour constitutionnelle Belge procède ainsi à une mise en balance des avantages et des inconvénients de l'interdiction pour l'enfant d'établir sa filiation incestueuse. Elle en conclut, que lorsque l'inceste est déjà connu, l'intérêt de l'enfant peut justifier que soit contourné l'interdit de l'inceste, pourtant contraire à l'ordre public. De la sorte, l'intérêt de l'enfant supplante l'ordre public.

risprudentielle surtout en droit français qui impose l'établissement du statut pour bénéficier des effets du statut. Le droit anglais, offrant la possibilité de dissocier le statut et les effets, est donc peu soumis à cette question ; il ne règle pragmatiquement les conflits potentiels que lorsque ceux-ci surgissent. Mais il est possible que dans l'un et l'autre systèmes, l'interdit de l'établissement de l'inceste soit remis en cause au nom de l'intérêt de l'enfant et de son droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Convention européenne des droits de l'homme.

§ 3. L'interdiction de la rémunération de la convention de gestation pour autrui en droit anglais

530. L'interdiction de la rémunération de l'intermédiaire. L'un des rares domaines dans lesquels il est question de *public policy* en droit anglais est celui de la *surrogacy maternity*¹. Le droit anglais ne connaissant pas le principe d'indisponibilité du corps humain, l'ordre public ne fait pas obstacle à ce qu'une telle convention soit conclue entre les parents d'intention et la *surrogate mother* ni à ce qu'un lien de filiation soit établie à l'égard de la mère d'intention. Le droit anglais se distingue ici du droit français qui sanctionne de nullité absolue de telles conventions et interdit l'établissement de la filiation tant à l'égard de la mère d'intention que du père, sa paternité étant corrompue par la convention frauduleuse.

Le droit anglais sanctionne la convention lorsque celle-ci prévoit une rémunération pour un tiers mettant en relation la *surrogate mother* et les parents d'intention. Cette interdiction procède de l'affaire *Baby Cotton*² dans laquelle il était question d'un arrangement commercial entre la *surrogate mother* et les parents d'intention. Cet arrangement avait été conclu par l'intermédiaire d'un tiers. Il s'agissait de l'une des premières conventions de ce type en janvier 1985 et le fait qu'un tiers puisse tirer profit de ce genre de conventions avait provoqué une réaction importante de l'opinion et de la doctrine³. Aussi, il a été prévu dans le *Surrogacy Arrangements Act 1985* qu'il était illégal pour les tiers de négocier ou faciliter toute *surrogacy* moyennant une rémunération⁴ ainsi que de procéder à toute publicité pour une telle activité⁵.

531. Une protection contre les dérives commerciales. De la sorte, le législateur s'est assuré d'empêcher toute dérive commerciale de la pratique de la *surrogacy maternity* et l'a

1. V. *supra*, page 204.

2. *Re C (a minor) (ward surrogacy) 1985 FLR 846*

3. « *A moral panic* » suivant les termes de M.D.A FREEMAN in *Current Law Annotation to Surrogacy Arrangements Act 1985*

4. *Surrogacy Arrangements Act 1985*, Section 2.

5. *Ibid.*, Section 3.

encadrée en la confiant à des tiers agréés¹. Toute convention passée en violation de cette interdiction légale est réputée nulle car contraire au *public policy*². Par conséquent, une telle convention ne pourra permettre à la mère d'intention de bénéficier d'un transfert de *parental responsibility*, ni d'un *residence order* ni de tout autre élément lui permettant d'exercer le rôle de parent.

Le *public policy* tend ici à préserver la pratique de la *surrogacy maternity* de toute dérive commerciale plutôt que de préserver la cohérence de la notion de filiation. Le *public policy* permet donc plutôt d'éviter les abus de la volonté individuelle en matière de contrats plutôt qu'en matière d'état des personnes. Il diffère en cela de l'ordre public du système français qui intervient pour protéger les parties des excès de leur volonté qui réagit aux excès de la volonté privée au moins aussi vigoureusement en matière d'état des personnes qu'en matière contractuelle.

532. Un critère de décision qui renvoie au rapport entre l'individu et l'État. Ainsi, l'ordre public constitue un critère de décision permettant d'évincer les formes de filiation ou les constructions juridiques qui heurtent les valeurs fondamentales d'une société. Son intransigeance a cependant tendance à s'atténuer en raison de l'importance croissante de la prise en considération de l'individu et de ses droits. C'est donc ici le rapport entre l'individu et l'État qui est en jeu. Soit l'État garantit les intérêts de la société dans son ensemble et cela peut nuire à certains intérêts individuels, soit l'État s'attache à contenter les intérêts particuliers et il ne peut plus veiller à la protection de l'intérêt général. C'est plutôt vers cette dernière tendance que les droits français et anglais de la filiation s'orientent.

533. L'ordre public interne a pour fonction de protéger des principes et institutions fondamentaux pour la société et le système juridique en cause. Mais, face au pluralisme familial, l'ordre public est contraint de décliner, n'ayant plus de modèle à promouvoir et préserver. Les droits fondamentaux, aux contours plus souples, et l'intérêt de l'enfant, malléable, prennent sa suite et offrent des solutions plus adaptées aux situations individuelles mais dépourvues de cohérence d'ensemble. Le respect des règles d'établissement de la filiation et leur cohérence sont ainsi mis à mal afin de privilégier l'affection et le bonheur de chacun. Soumis aux mêmes évolutions, l'ordre public international voit son autorité fléchir dans la même mesure.

1. V. *supra*, page 204.

2. *Ibid.*, Section 1A.

Section II L'ordre public international

534. Des questions soulevées par l'extranéité de la situation. Le droit de la filiation s'ancre dans des principes fondamentaux que le système juridique cherche à préserver contre les détournements et violations dont ils peuvent faire l'objet. L'ordre public permet d'empêcher la qualification de filiation de certaines situations qui seraient contraires à l'essence de celle-ci. Cette protection offerte par l'ordre public permet également de garantir la cohérence du droit de la filiation ainsi que la stabilité et la continuité du statut précédemment établi.

En raison de la circulation croissante des personnes entre les États, de nombreuses familles se constituent à l'étranger. Afin de connaître l'étendue de leurs droits et devoirs, il convient de déterminer quelle est la loi qui s'applique à leur statut ainsi qu'aux effets de celui-ci. Or, dans le cadre d'une telle situation internationale, c'est-à-dire comportant un élément d'extranéité, la loi compétente pour régir cette situation peut relever d'un ordre juridique étranger si elle est désignée par la règle de conflit.

Par exemple, en droit français, l'article 311-14 du Code civil pose que « la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant ». Cette règle de conflit a vocation à s'appliquer aux conditions de l'établissement et de la contestation de la filiation mais également, depuis l'ordonnance de 2005, à ses effets¹. Le critère de rattachement est donc la maternité, critère choisi en raison de sa certitude supposée. La loi applicable est donc celle du statut personnel de la mère, autrement dit celle de sa nationalité en droit français et celle du domicile en droit anglais.

535. La préférence pour le critère du domicile en droit anglais. En effet, le droit anglais privilégie le critère du domicile pour se rattacher les situations présentant un caractère d'extranéité, de sorte qu'il est presque exclusivement compétent en matière familiale. Plus précisément, le droit anglais se déclare compétent pour toutes les questions relatives à l'établissement du statut – mariage, divorce², filiation, adoption³ – mais également pour certaines relatives

1. Mais cette vocation semble assez théorique en ce qui concerne les effets. Par exemple, au sein de l'Union européenne, les règles de conflit en matière d'autorité parentale sont énoncées dans le Règlement européen Bruxelles II bis (Règlement CE 220 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs 27 nov. 2003.) tandis que celles relatives à l'obligation alimentaire le sont dans le Règlement CE 4/2009 (Règlement CE 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, *JOCE 10 janv. 2009* 18 déc. 2008, t. L 7, p. 1.), entré en vigueur le 18 juin 2011. Par conséquent, ce sont ces règles de conflit qui ont vocation à s'appliquer.

2. *Rule 85* (1).

3. *Rule 119*.

aux *incidents of status – custody*¹ (c'est-à-dire l'équivalent de la résidence de l'enfant) et *maintenance*² (c'est-à-dire l'obligation alimentaire³). Faute d'être désigné par la règle de conflit, le droit étranger n'a donc pas vocation à régir la situation.

Cette exclusivité s'explique en raison du caractère insulaire de l'Angleterre qui préfère faire régler les conflits suivants ses propres règles, ce qui lui offre la maîtrise de l'issue des conflits. De la sorte, l'Angleterre laisse à ses juges la capacité de créer la règle de droit tout en leur évitant d'avoir à appliquer la règle de droit étranger. Une deuxième justification, fonctionnelle cette fois, peut également être avancée. Dans la conception retenue par le droit anglais, les règles de conflit retenues suffisent à obtenir un résultat équivalent à celui obtenu par la mise à l'écart de la règle étrangère qui aurait été compétente. Autrement dit, alors même que la règle de conflit est, en principe, caractérisée par sa neutralité, le droit anglais fixe les siennes en visant un résultat précis dont il assure l'exécution par la détermination du critère de rattachement, le domicile, qui lui garantit l'exclusivité du for. Alors, il n'est plus besoin d'avoir recours au mécanisme d'exception de l'ordre public, l'application de la règle de conflit suffit à garantir le respect des principes essentiels et valeurs de référence de l'ordre juridique anglais. Il s'agit ici d'une différence fondamentale des systèmes juridiques français et anglais. Il est à noter que cette approche anglaise de la règle de conflit inverse les tendances jusqu'ici observées puisque c'est ici le droit français qui choisit d'intervenir *a posteriori* pour délier une situation contraire à l'ordre public alors que le droit anglais s'en préserve *a priori*.

Ainsi, comme la règle de conflit ne désigne pas la loi étrangère, le juge n'a pas à l'appliquer ni, *a fortiori*, à s'interroger sur la conformité de cette règle à l'ordre public. C'est la raison pour laquelle la doctrine du *public policy* est peu développée en droit anglais, à la différence du droit français. Il faut ajouter que le droit anglais est également plus libéral que le droit français et, qu'ayant autorisé la gestation pour autrui dès 1985 et ouvert l'adoption aux couples de même sexe en 2002, les principes fondamentaux auxquels la loi étrangère pourrait porter atteinte n'ont pas la même autorité. Certaines problématiques ne se posent donc pas.

536. Une exception d'ordre public. Le droit français ne connaît pas l'alignement du for et du *jus* qu'a choisi le droit anglais pour les questions de droit de la famille. Aussi, le juge français peut se retrouver confronté à l'application d'une règle de droit étranger qui se heurterait aux principes fondamentaux de l'ordre juridique français. C'est alors qu'il peut recourir à l'outil qu'est l'ordre public international pour écarter l'application de la règle qui y est contraire. Cependant, la seule différence de contenu entre la règle étrangère et la règle d'ordre public ne suffit pas à disqualifier la règle étrangère. Le recours à l'ordre public n'intervient

1. *Rule* 106 (4).

2. *Rule* 89 (7).

3. V. *infra*, page 430.

qu'à titre *exceptionnel* pour écarter la loi compétente.

Dans l'arrêt *Lautour*, la Cour de cassation avait exprimé clairement ce caractère exceptionnel en retenant qu'en l'espèce les dispositions étrangères n'étaient pas contraires à l'ordre public international français par cela seul qu'elles différaient des dispositions du droit français mais uniquement en ce qu'elles heurtaient des « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue ¹ ». Cette définition illustre l'existence d'un noyau dur de valeurs qui sous-tendent l'ordre juridique du for et qui ne sont pas négociables. Au sein de celui-ci, peuvent s'inscrire les droits fondamentaux ². De la sorte, « témoignant de ce qu'il est, dans une société, des points sur lesquels celle-ci ne saurait transiger sans se perdre, [l'exception d'ordre public] est de nature à rappeler aux juges trop sensibles aux sirènes de la vie internationale qu'il est des bornes à ne pas franchir ³ ».

Cependant, l'ordre public n'est pas rigoriste, son contenu est évolutif afin d'exercer une protection effective et surtout adaptée à la société. La contrariété de la loi étrangère à l'ordre public français dépend donc de l'état du droit et de l'opinion au moment où le juge statue. Ce principe d'actualité de l'ordre public implique en matière de filiation, tout particulièrement, de prendre en considération les évolutions sociales qui se succèdent et donc, parfois, de relativiser les principes afin de répondre davantage à l'intérêt individuel.

537. Une approche différente. Les systèmes juridiques français et anglais diffèrent fondamentalement quant à leur approche de l'ordre public international tant parce qu'il n'a pas le même contenu en raison du libéralisme et de l'utilitarisme marqués du droit anglais que de l'approche territorialiste du droit international privé anglais. Aussi, il conviendra d'observer la persistance de l'ordre public en droit français malgré l'importance croissante de l'intérêt de l'enfant (§ 1.) et l'emploi à la marge de la *public policy* en droit anglais (§ 2.).

1. Cass. civ., 25 mai 1948 ; *Rev. cr.* 1949, p. 89, note BATIFFOL ; *S.* 1949, t. I, p. 21, note NIBOYET ; *JCP* 1948, II, 4532, note VASSEUR ; *GAJDIP*, no 19. Désormais, la Cour de cassation fait référence à des « principes essentiels du droit français » (v. dernièrement Cass. 1^{re} civ., 8 juil. 2010, n^o 09-12.623, *Bull. civ. I*, p. 703 ; *Defrénois* 2010, p. 2028, obs. J. MASSIP ; *AJ. Fam.* 2010, p. 394, obs. F. CHÉNEDÉ ; *RTD. civ.* 2010, p. 547, obs. J. HAUSER ; *Rev. crit. DIP* 2010, p. 747, note P. HAMMJE ; *AJ. Fam.* 2010, p. 387, obs. A. MIRKOVIC.). D'« universels » et à l'« autorité absolue », ces principes sont devenus « essentiels », marquant le déclin à la fois du contenu du cadre de référence parce que devenu plus flou, et, par conséquent, de l'autorité de celui-ci.

2. A ce titre, il a même été considéré rétrospectivement que cette définition était *prémonitoire* de l'expansion des droits fondamentaux au sein de notre ordre juridique : B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5, Dalloz, 2006, n^o 19, §11, p. 175. V. également l'article visionnaire de P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, « La Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français » in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, p. 255.

3. B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5, Dalloz, 2006, n^o 19, arrêt *Lautour*, § 11.

§ 1. Un recours persistant à l'ordre public en droit français

538. Le droit français a recours au mécanisme d'exception de l'ordre public afin de fixer la ligne à ne pas franchir en matière d'établissement de la filiation. Le recours à l'ordre public rappelle que la filiation n'est pas laissée aux seules volontés individuelles mais insérée dans un cadre juridique contraignant et, en principe, cohérent. L'ordre public se pose donc comme obstacle à l'excès de volonté comme fondement de la filiation et empêche, à ce titre, la gestation pour autrui réalisée à l'étranger de produire ses effets (A.).

Mais, sous la poussée de l'intérêt de l'enfant, la prise en compte des *incidents of status*, autrement dit des effets du statut, sont encouragés. Il s'agit de faciliter la vie de l'enfant et de ceux que le droit étranger reconnaît comme parents en mettant en adéquation le rôle et le statut. Par conséquent, les juges font preuve d'une relative tolérance pour transcrire en France des filiations établies à l'étranger qui seraient, en principe, contraires à l'ordre public (B.).

A. L'interdiction de principe de l'établissement de la filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui

539. **La difficulté liée à l'établissement de la filiation de l'enfant issu d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger.** Interdite en droit français par la jurisprudence¹ puis explicitement par l'article 16-7 du Code civil au nom du principe fondamental d'indisponibilité du corps humain, la gestation pour autrui fausse originellement la filiation de l'enfant. En principe, la mère de l'enfant est la femme qui en accouche et dont le nom est inscrit dans l'acte d'état civil. Mais dans le cas de la gestation pour autrui, il y a dissociation entre la « mère » d'intention, c'est-à-dire celle qui, avec son conjoint, est à l'origine du projet parental, et la « mère » génétique, c'est-à-dire la femme qui fournit les gamètes et, la « mère » gestatrice, c'est-à-dire celle qui porte l'enfant. Cette organisation porte alors atteinte au principe fondamental *Mater semper certa est*.

La pratique de la gestation pour autrui étant autorisée dans certains pays, la tentation est grande de partir à l'étranger pour recourir à ce procédé. Une fois l'enfant né dans le pays étranger, il convient encore d'établir le lien de filiation. Un acte de naissance sera dressé selon les règles locales et, une fois rentrés en France, les parents tenteront de le faire transcrire sur les registres de l'état civil français. La difficulté survient de ce que la mère génétique ou d'intention de l'enfant, mais non gestatrice, revendique d'apparaître dans l'acte d'état civil français

1. Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991 ; *GAJ civ.* 2007, 50, p. 351, comm. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE ; *D.* 1991, II, p. 417, rapp. Y. CHARTIER, note THOUVENIN ; *JCP* 1991, II, 21752, comm. J. BERNARD, note F. TERRÉ, concl. DONTWILLE ; *Defrénois* 1991, 1267, obs. AUBERT ; *RTD. civ.* 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER ; *RTD. civ.* 1992, p. 489, chron. M. GOBERT ; *LPA* 23 oct. 1991, 127, p. 4, note M. GOBERT.

comme la mère de l'enfant. La jurisprudence constante de la Cour de cassation affirme que le principe d'indisponibilité du corps humain fait partie des principes fondamentaux auquel la loi étrangère compétente ne peut déroger sous peine de ne pas être appliquée (1.). Par conséquent, la filiation ne peut être établie au profit de la mère génétique ou d'intention. L'ordre public permet un rééquilibrage au profit de la réalité génétique et au détriment de la volonté toute puissante comme fondement du lien de filiation. Le droit français refuse d'écarter de la maternité la femme qui a accouché pour consacrer la femme qui a mené le projet avec le géniteur.

Cette interdiction de l'établissement de la filiation de l'enfant issu de la gestation pour autrui a été critiquée et considérée comme injuste et contraire à l'intérêt de l'enfant. Quel intérêt devait primer, celui de la société ou celui de l'enfant, sujet – objet ? – de la manipulation ? La garde des Sceaux a opté en janvier 2013 pour une demi-solution enjoignant aux officiers d'état civil de procéder à la délivrance de certificats de nationalité française même si les enfants nés à l'étranger sont issus d'une gestation pour autrui. Sans doute, peut-on désormais considérer qu'ils bénéficient de l'effet atténué de l'ordre public (2.).

1. La gestation pour autrui, contraire au principe d'indisponibilité du corps humain

540. Le refus de la filiation au nom du respect du principe d'indisponibilité du corps humain. Le législateur estime parfois qu'il vaut mieux qu'une filiation ne soit pas établie si elle porte atteinte à un principe fondamental du droit des personnes et de la famille, tel que l'interdit de l'inceste ou l'indisponibilité du corps humain. De la sorte, l'enfant né d'une relation incestueuse ne peut établir sa filiation bilinéaire¹ en ce qu'elle révélerait l'inceste. De même, un enfant né d'une gestation pour autrui opérée à l'étranger et dont la filiation serait transcrite à l'état civil encouragerait le recours à de telles pratiques. L'ordre public opère comme garantie des principes fondamentaux de la société non seulement *a posteriori* mais également *a priori* par son caractère dissuasif.

541. Plusieurs affaires ont porté sur la transcription à l'état civil français de la filiation d'un enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger. Dans ces affaires similaires, l'enfant, né à l'étranger d'une mère porteuse, dispose d'une filiation conforme à son pays de naissance. Ses parents d'intention souhaitent faire transcrire cette filiation sur les registres d'état civil français. Cette transcription suppose l'autorisation du procureur de la République. En vertu de l'article 47 du Code civil, les actes de l'état civil étrangers font foi en principe en France sauf si des éléments indiquent que « cet acte est irrégulier, falsifié, ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité. » Ce principe de véracité de l'état civil est à

1. V. *supra*, page 303.

la base de l'annulation d'une transcription qui aurait converti la relation consignée dans les actes américains en une filiation maternelle française¹. En effet, l'acte d'état civil ne peut être trompeur. Afin d'empêcher la transcription, il convient d'apporter la preuve de cette tromperie et qui consiste à démontrer que l'enfant n'est pas né de la femme dont on prétend qu'il est né.

A ce titre, dans un arrêt du 17 décembre 2008, la Cour de cassation cassait un arrêt d'appel qui avait rejeté l'action en nullité du ministère public au motif qu'il n'avait ni contesté l'opposabilité du jugement d'adoption, ni l'acte d'état civil étranger. La Cour de cassation avait retenu que « les énonciations inscrites sur les actes d'état civil ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui, de sorte que l'intérêt à agir en nullité des transcriptions » était caractérisé².

Puis, dans une série d'arrêts du 6 avril 2011³, la Cour de cassation a affirmé que « en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, *principe essentiel du droit français*, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une *nullité d'ordre public* aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil. » Ayant posé de la sorte la base de son raisonnement, rappelant une règle d'ordre public interne, la Cour en tire deux conséquences. Elle considère « qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la *contrariété à l'ordre public international français* de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français⁴ L'ordre public n'en est que plus vague. ». Par conséquent, il convenait d'annuler la transcription sur les registres d'état civil français des actes de naissance établis en application de décision judiciaires étrangères « contraires à la conception française de l'ordre public international » en ce qu'elles « donnent effet à une convention de cette nature ». L'ordre public international écarte donc la décision étrangère établissant la filiation des enfants à l'égard de leur mère d'intention.

1. B. ANCEL, « L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée. » in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 1, spéc. p. 5.

2. Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 2008, n° 07-20468, *Bull. Civ. I* no 252 ; *RTD. civ.* 2009, p. 106, obs. J. HAUSER ; *Rev. cr. DIP* 2009, p. 320, note P. LAGARDE ; *JCP G.* 2009, p. 39, note L. D'AVOUT ; *JCP G.* 2009, p. 37, note A. MIRKOVIC ; *D.* 2009, p. 340, note L. BRUNET ; *Gaz. Pal.* 12 avr. 2009, p. 18, obs. J. MASSIP ; *Dr. Fam* fév. 2009, p. 27, note P. MURAT.

3. Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2011 ; *D.* 2011, p. 1522, note BERTHIAU et BRUNET ; *RTD. civ.* 2011, p. 340, obs. J. HAUSER ; *Rev. cr. DIP* 2011, p. 722, note P. HAMMJE ; *D.* 2011, p. 1064, obs. X. LABBÉE ; *AJ. Fam.* 2011, p. 262, obs. F. CHÉNEDÉ, n° de pourvoi 09-664866, 10-19053 et 09-17130.

4. La référence à l'ordre public comme « principes essentiels du français » avait également été opérée dans l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 8 juillet 2010 : Cass. 1^{re} civ., 8 juil. 2010, n° 09-12.623, *Bull. civ. I*, p. 703 ; *Defrénois* 2010, p. 2028, obs. J. MASSIP ; *AJ. Fam.* 2010, p. 394, obs. F. CHÉNEDÉ ; *RTD. civ.* 2010, p. 547, obs. J. HAUSER ; *Rev. crit. DIP* 2010, p. 747, note P. HAMMJE ; *AJ. Fam.* 2010, p. 387, obs. A. MIRKOVIC. *Ibid.* V. *infra*, page 324.

Enfin, dans un arrêt du 13 septembre 2013¹, la Cour de cassation rappelle le principe de véracité de l'acte d'état civil. Il s'agissait d'un père qui avait fait une reconnaissance prénatale de jumeaux portés par une femme en Inde. Il demandait donc la transcription des actes de naissance sur le registre consulaire. La Cour de cassation le lui refuse, au visa des articles 16-7 et 16-9 du Code civil, au motif que « en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, *en fraude à la loi française*, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public² ». La Cour fonde ici le refus de transcription des actes de naissance étrangers sur la fraude à la loi. Le caractère frauduleux de la convention corrompt l'ensemble du montage visant à établir un lien de filiation. Ce faisant, la Cour opère un glissement de fondement de sa décision, de l'ordre public à la fraude, renforçant la sévérité du principe³. Dans un arrêt du même jour⁴, la Cour de cassation ajoute, en réponse à un argument du pourvoi qui faisait valoir qu'il était de l'intérêt de l'enfant de voir sa filiation paternelle établie, que « en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3 § 1 de la Convention des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués. » L'intérêt de l'enfant ne peut donc pas couvrir la fraude initiale⁵. Le droit français préfère le priver de filiation à l'état civil français plutôt que de valider *a posteriori* un tel mode de gestation. Il s'agit là de l'un des rares cas où l'intérêt de l'enfant ne peut être privilégié.

542. Par ces arrêts, la Cour de cassation veille au sens de la notion de filiation, et tout particulièrement au sens de la filiation maternelle. Le vocable « mère » désigne en droit français la femme qui accouche et donc celle qui a porté l'enfant en son sein, peu important l'origine

1. Cass. 1^{re} civ., 13 sept. 2013, n° 12-18.315.

2. Nous soulignons.

3. La Cour de cassation confirme également l'incertitude, qu'elle avait introduite dans les arrêts de 2011, dans le maniement de l'ordre public en se référant à la mention de « principes essentiels du droit français » pour le définir. Aussi, l'ordre public devient une notion au contenu de plus en plus flou

4. Cass. 1^{re} civ., 13 sept. 2013, n° 12-30.138.

5. A.-M. LEROYER, *Droit de la famille*, PUF, 2011, p. 281. À ce sujet, Mme le Professeur Anne-Marie LEROYER estime que la France pourrait être condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme car l'interdiction d'établir la filiation des enfants nés de mère porteuse est, selon elle, « sans aucun doute une ingérence dans le droit au respect de leur vie privée et familiale » en raison des inconvénients liés à l'absence de filiation établie en France. Elle poursuit ainsi : « reste à savoir si cette ingérence peut être justifiée par la nécessité d'interdire la gestation pour autrui, finalité dont l'appréciation serait laissée à la discrétion des États ou bien, à l'inverse, si elle est injustifiée, compte tenu de l'intérêt de l'enfant à voir une filiation valablement consacrée à l'étranger et qui correspond à une *réalité vécue*. » (Nous soulignons) Il est possible que la Cour de cassation, en se plaçant sur le terrain de la fraude, ait anticipé cet aspect de la question. La fraude à la loi est, en effet, plus difficile à remettre en question que l'ordre public même au nom du droit au respect à la vie privée.

génétique des gamètes ayant permis la procréation. En proscrivant les maternités de substitution, le droit français maintient la conception traditionnelle de la maternité et fonde donc la filiation maternelle et, partant, le statut de mère sur la gestation, présument que la femme qui a consacré pendant des mois ses ressources physiologiques à la formation de l'enfant à naître est celle qui est la plus apte à élever l'enfant né¹. Se fondant sur la gestation, il s'appuie désormais non plus sur une certitude génétique comme auparavant mais, au moins sur l'apparence de la maternité – à l'exception du cas de l'adoption où cette apparence n'est pas requise afin de donner à l'enfant une famille. Seule la gestatrice peut alors être indiquée comme la mère dans l'acte de naissance de l'enfant, en l'état actuel du droit.

543. La protection du statut parental à travers la préservation des valeurs fondamentales.

L'ordre public international permet ainsi de poser un choix de valeurs fondamentales pour l'ordre juridique français. Il permet de trancher entre la définition de la filiation maternelle retenue par le droit américain et qui repose sur la relation génétique mais pas physique ou bien seulement sur l'intention, et celle retenue par le droit français qui repose exclusivement sur la gestation, par ce qu'elle présume la réalité génétique. Le droit français ne s'oppose pas à ce qu'une relation de fait puisse exister entre l'enfant et sa mère d'intention mais il refuse de consacrer juridiquement ce lien qui ne correspond pas à sa définition de la filiation. L'ordre public international garantit de la sorte la protection du statut parental qu'offre la filiation.

Toutefois, il est régulièrement demandé à ce que cette rigueur des principes soient tempérée au nom de l'intérêt de l'enfant qui doit pouvoir être lié à ses deux « parents » et qui ne doit pas subir les conséquences de leurs actes frauduleux.

2. La reconnaissance du lien de filiation ou l'effet atténué de l'ordre public

544. Une possibilité de graduer les effets de la situation présentant un élément d'extranéité.

L'ordre public peut, à certaines conditions, voir son effet atténué. Dans une affaire *Chemouni*, relatif à un mariage régulièrement célébré à l'étranger entre personnes de statut polygamique, la Cour de cassation a considéré que ce mariage peut, à la faveur d'un effet « atténué » de l'ordre public, produire en France certains effets, comme des droits alimentaires². Pour béné-

1. B. ANCEL, « L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée. » in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 1, spéc. p. 4.

2. Cass. 1^{re} civ., *Chemouni*, 28 jan. 1958 ; *JCP* 1958, II, 10488, note LOUIS-LUCAS ; *Rev. cr. DIP* 1958, p. 110, note JAMBU-MERLIN ; *D.* 1958, p. 265, note LENOAN ; *Clunet* 1958, p. 776, note PONSARD. « Attendu que la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de *laisser se produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger et en conformité avec la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français.* »

ficier de cet effet atténué, il convient que deux conditions soient remplies : le droit acquis à l'étranger doit l'avoir été sans fraude et en conformité avec la loi ayant compétence en vertu du droit international privé. La Cour de cassation a retenu la même solution concernant des droits successoraux¹ ou des droits de réversion de retraite². Toutefois, cette atténuation présente elle-même une limite puisque tous les effets du mariage ne sont pas admis³. Seuls certains effets peuvent ainsi bénéficier de l'atténuation de l'ordre public.

Cette gradation des effets selon qu'ils sont valables ou intolérables au regard de l'ordre public offre une issue favorable aux parties et au système de valeurs ainsi préservées. Elle illustre bien la possibilité d'une dissociation entre le statut et les effets et même la possibilité d'une dissociation des effets les uns par rapport aux autres. Une telle dissociation n'est pas courante en droit interne mais elle tend à se réaliser de plus en plus afin de doter l'enfant tout au moins d'un adulte référent qui, sans avoir le statut de parent, bénéficiera au moins des effets de celui-ci pour s'occuper au mieux de l'enfant.

545. L'effet atténué de l'ordre public en matière de gestation pour autrui. L'établissement d'un lien de filiation maternelle d'un enfant né d'une gestation pour autrui peut-il bénéficier de l'effet atténué de l'ordre public ? Il conviendrait d'abord pour cela que la convention de mère porteuse qui a permis la naissance de l'enfant ne soit pas constitutive d'une fraude dans le pays considéré – cette condition serait remplie pour les États-Unis par exemple. Il conviendrait ensuite que la filiation ait été établie en conformité avec la loi désignée par la règle de conflit de droit français.

En soi, rien ne s'opposerait par principe à ce que la filiation d'un enfant né d'une gestation pour autrui puisse produire en France ses effets légaux et non contraires au droit français. Sauf à ce que la valeur fondamentale qui est violée par cette pratique ne supporte pas l'effet atténué de l'ordre public. C'est ce qui semble être le cas du principe d'indisponibilité du corps humain. Il faut également garder à l'esprit que l'effet dissuasif de cette impossibilité de transcription n'est pas mesurable mais il peut être significatif.

546. C'est ce que l'on pouvait penser jusqu'à l'entrée en vigueur de la circulaire du 25 janvier 2013⁴ qui est venue préciser les conditions de délivrance d'un certificat de nationalité française pour l'enfant né à l'étranger d'une mère porteuse. Ainsi, « lorsqu'il apparaît avec

1. Cass. 1^{re} civ., *Beneddouché*, 3 jan. 1980, *Bull. civ.* I, 4.

2. Cass. 2^e civ., 22 avr. 1986 ; *D.* 1986, IR 270, obs. AUDIT. et Cass. 2^e civ., 2 mai 2007 ; *Dr. Fam* 2007, 182.

3. La loi du 24 août 1993 a exclu le bénéfice du regroupement familial pour plusieurs conjoints et le Conseil constitutionnel a validé cette restriction car « les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles exclues la polygamie. » Cons. constit., 13 août 1993 ; *JCP* 1993, III, 66372.

4. Circulaire NOR JUSC1301528C 25 jan. 2013. , J.-R. BINET, « Circulaire Taubira. Ne pas se plaindre des conséquences dont on chérit les causes », *JCP G.* 2013, p. 289. , N. MATHEY, « Circulaire Taubira. Entre illusions et contradictions », *JCP G.* 2013, p. 292. *Rev. crit. DIP* 2013-1 p. 275.

suffisamment de vraisemblance qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui » à l'étranger, il doit « être fait droit » aux demandes de « délivrance des certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger de Français ». Sans doute, cela facilitera-t-il la vie pratique de l'enfant et de ses parents puisqu'en présentant simplement son acte de naissance de l'enfant, celui-ci devrait pouvoir obtenir la nationalité française. Cependant, pour obtenir un tel certificat il conviendra de produire un acte d'état civil étranger qui ne révélera pas la convention frauduleuse de mère porteuse. À défaut, cet acte révélant la fraude ne devrait pouvoir être retenu comme support de la délivrance du certificat de nationalité et ce, malgré ce que prévoit la circulaire. En effet, suivant le célèbre adage *fraus omnia corrumpit*, aussi l'acte frauduleux entraîne l'ensemble du montage dans sa chute¹. Pour obtenir un tel certificat de nationalité, l'enfant né d'une mère porteuse ne pourra présenter un tel acte de naissance que si ce dernier est incomplet, c'est-à-dire qu'il ne fait pas mention de la filiation frauduleuse auprès d'une « mère légale » qui serait la mère d'intention et non la gestatrice². Or, présenter un acte incomplet devait déjà très certainement permettre l'octroi d'un certificat de nationalité avant l'existence de cette circulaire puisque la fraude n'était alors pas apparente. Il n'est donc pas certain que cette circulaire produise beaucoup d'effets. Les arrêts du 13 septembre 2013 rendus par la première chambre civile ne vont sans doute pas faciliter ces démarches car, bien que rendus sous l'empire de la loi ancienne, le principe est désormais que la transcription des actes de naissance des enfants est constitutive d'une fraude à la loi.

547. Il n'est ici question que de la délivrance de ce certificat de nationalité et non de la transcription de la filiation à l'état civil. Le bénéfice de l'un des effets de sa filiation, la nationalité, et non des autres effets qui seraient contraires à l'ordre public, pourrait peut-être alors se rapprocher d'un effet atténué de l'ordre public. En l'état actuel du droit, la gestation pour autrui reste contraire à l'ordre public interne et international français et ne bénéficie pas d'une véritable atténuation de ses effets mais seulement de la « simplification » de la procédure pour bénéficier de l'un d'eux.

548. Ainsi, l'ordre public permet de garantir le maintien de l'interdiction des conventions de mère porteuse réalisées à l'étranger. Si le principe qui sous-tend cette interdiction, à savoir l'indisponibilité du corps humain, ne semble pas véritablement bénéficier d'une atténuation

1. La Cour de cassation a rappelé dans deux arrêts (Cass. 1^{re} civ., 13 sept. 2013, n° 12-30.138. Cass. 1^{re} civ., 13 sept. 2013, n° 12-18.315.) les conséquences de la fraude sur la transcription à l'état civil. Pourtant, les faits étant antérieurs à l'entrée en vigueur de la circulaire, ces deux arrêts ne permettent pas de préjuger ni de la validité de la circulaire qui sera envisagée par le Conseil d'État, ni de l'interprétation que pourront lui donner les juges à l'avenir en tendant par exemple à atténuer la rigueur de l'ordre public sur l'obtention de certains effets.

2. *Rev. crit. DIP* 2013-1 p. 275.

de l'ordre public, d'autres principes autrefois essentiels au droit de la filiation en bénéficient.

B. Une tolérance pour l'établissement du statut par la prise en compte de ses effets

549. Une évolution constante du contenu de l'ordre public. La rigueur de l'ordre public international n'est pas absolue en raison du principe d'actualité qui l'irrigue. L'ordre public international a un contenu variable selon l'évolution des mœurs et de la société de sorte que la jurisprudence peut envisager d'altérer la rigueur de certains principes pour prendre en compte ces évolutions.

Aussi, la Cour de cassation refusait l'exequatur du jugement d'adoption prononcé valablement à l'étranger concernant l'enfant de la partenaire de la mère en raison du transfert d'autorité parentale que l'adoption impliquait au profit de l'adoptant, privant la mère de ses droits sur l'enfant. Cette adoption de l'enfant par le concubin ou le partenaire de même sexe que le parent est contraire à l'ordre public interne¹ et était également contraire à l'ordre public international en ce qu'elle consacrait un lien de filiation à l'égard de deux personnes de même sexe.

Mais dans un arrêt rendu le 8 juillet 2010², la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence, au visa des articles 509 du Code de procédure civile et 370-5 du Code civil, rappelant que « le refus d'exequatur fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de la décision étrangère suppose que celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français » et estimant « qu'il n'en est pas ainsi de la décision qui partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante d'un enfant. »

La Cour de cassation a ici abordé l'adoption prononcée à l'étranger non pas comme un mode d'établissement d'un lien juridique de filiation mais comme un moyen de délégation de l'autorité parentale. La délégation d'autorité parentale à l'égard du concubin ou partenaire de même sexe que le parent étant autorisée, la décision étrangère de même nature ne pouvait se heurter à un refus d'exequatur. Pourtant, il s'agissait bien d'un jugement d'adoption et non d'une simple délégation d'autorité parentale. Le fait que la Cour de cassation n'aborde ce lien que du point de vue de ses effets est significatif : elle s'intéresse désormais davantage à la fonction parentale qu'au lien de filiation. Elle procède ainsi à une dissociation du *status* et des *incidents of status*, autrement dit du statut et de ses effets, qui lui permet de tenir compte de la situation étrangère sans heurter l'ordre public. En effet, la délégation d'autorité parentale,

1. V. *supra*, page 291.

2. Cass. 1^{re} civ., 8 juil. 2010, n° 09-12.623, *Bull. civ. I*, p. 703 ; *Defrénois* 2010, p. 2028, obs. J. MASSIP ; *AJ. Fam.* 2010, p. 394, obs. F. CHÉNEDÉ ; *RTD. civ.* 2010, p. 547, obs. J. HAUSER ; *Rev. crit. DIP* 2010, p. 747, note P. HAMMJE ; *AJ. Fam.* 2010, p. 387, obs. A. MIRKOVIC.

incident of status, au profit d'une personne de même sexe que le parent était, jusqu'en 2013, davantage acceptable que la reconnaissance d'un lien de filiation bilinéaire homosexuelle, reconnaissance d'un véritable statut.

Dans un arrêt du 7 juin 2012¹, la Cour de cassation avait d'ailleurs rappelé l'interdiction de ce lien de filiation bilinéaire homosexuelle en refusant l'exequatur d'un jugement d'adoption plénière à l'égard d'un couple de même sexe au motif que « est contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation, la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'état civil français, valant acte de naissance, emporte inscription d'un enfant comme né de deux parents du même sexe ». À la différence de la jurisprudence précédente, il s'agissait d'une adoption plénière qui rompt tout lien de filiation avec les parents d'origine de sorte que le statut parental du couple homosexuel aurait été pleinement consacré, ce qui, en l'état du droit positif de l'époque, n'était pas envisageable. Désormais, depuis la loi du 17 mai 2013, cette interdiction de la filiation bilinéaire homosexuelle a été levée, du moins pour ce qui est de la forme adoptive de cette filiation. L'ordre public s'est ainsi allégé de ce principe.

550. Si le droit français a recours à l'ordre public international pour protéger les principes et valeurs essentiels qui fondent la filiation des règles étrangères qui y porteraient atteinte, le droit anglais n'y a recours qu'à la marge, comme correctif très exceptionnel.

§ 2. Un recours à la marge au *public policy* en droit anglais

551. La faible utilité du *public policy* en raison du critère anglais de rattachement. Comme nous l'avons précédemment évoqué, le droit anglais n'a que peu recours à l'ordre public comme mécanisme d'éviction de la loi étrangère car les règles de conflit en matière de statuts familiaux ont pour critère de rattachement le domicile, de sorte que la loi anglaise est compétente pour le plus grand nombre de situations. Cependant, il est des cas où le droit anglais est confronté à la loi étrangère, par exemple pour la reconnaissance d'adoptions prononcées à l'étranger. L'adoption affecte le *status* donc loi compétente est celle du domicile des parties. Si les adoptants n'ont pas leur domicile en Angleterre, alors le juge anglais va être confronté à l'application de la loi étrangère. Le juge anglais va donc observer si la *foreign adoption* est compatible avec le *public policy*. Si elle promeut une finalité immorale ou excessive comme par exemple, si elle recèle des actes de prostitution ou encore procure un gain financier pour

1. Cass. 1^{re} civ., 7 juin 2012 ; *D.* 2012, p. 1992, note D. VIGNEAU ; *AJ. Fam.* 2012, p. 397, obs. B. HAFTEL ; *RTD. civ.* 2012, p. 522, obs. J. HAUSER ; *JCP G.* 2012, 857, note F. CHÉNEDÉ ; *Rev. cr. DIP* 2013, p. 587, note L. GANNAGÉ.

l'adoptant, elle sera considérée comme contraire aux principes fondamentaux de l'ordre public anglais¹ et justifiera la mise à l'écart de la loi étrangère normalement applicable.

Mais, à part ce genre de cas exceptionnels, le juge anglais est assez peu enclin à refuser la reconnaissance d'une *foreign adoption* au regard de la conformité à l'ordre public, simplement parce que le droit étranger diffère du droit anglais. Le droit anglais et le droit français se rejoignent sur ce point ; l'ordre public est un mécanisme d'exception de la loi étrangère et ne peut se fonder sur une simple différence de normes. Il convient que la règle étrangère heurte profondément l'essence du droit anglais. Surtout, le juge anglais s'intéresse davantage aux résultats concrets que l'application de la loi étrangère peut produire qu'aux principes qu'elle porte abstraitement². Le juge anglais va donc observer si la *foreign adoption* procure des effets similaires et si ceux-ci sont favorables à l'enfant dans la même mesure que si le droit anglais était applicable.

C'est ici que la distinction entre la reconnaissance du statut et l'attribution des effets, entre le *status* et les *incidents of status*³, est importante. Le *status* peut être régi par une loi différente de celle qui régit les *incidents of status*. Or, le juge prête une attention toute particulière aux effets du statut en ce qu'ils en sont l'aspect concret. Aussi, le juge peut reconnaître une *foreign adoption* dont les règles d'établissement du statut ne seraient pas celles du droit anglais, sans être non plus contraires à l'essence de l'institution, mais dont les effets seraient sensiblement identiques voire plus favorables à l'enfant. Alors, s'agissant d'apprécier en quoi les *incidents of status* sont favorables à l'enfant, ce n'est plus le *public policy* que le juge va prendre comme référence mais le critère du *child's welfare*⁴.

552. En droit anglais, le juge se réfère donc assez peu au *public policy* en matière familiale, ce qui est révélateur de la relative importance de la préservation du statut pour le droit anglais par rapport au droit français. Le droit anglais tend à protéger les aspects concrets du statut, c'est-à-dire ses attributs, plutôt que le statut lui-même parce qu'il n'a pas la même aspiration à l'institutionnalisation des situations familiales. Le droit anglais n'a, en effet, pas besoin de déterminer préalablement et précisément en quoi consiste le statut pour en attribuer certains effets, il ne cherche donc pas à protéger à tout prix une conception abstraite du lien de filiation. Le caractère conséquentialiste du droit anglais ressort de la sorte, à l'étude du droit international privé, et se vérifiera dans l'étude subséquente de la dissociation entre le statut et les effets du statut en droit interne.

1. *Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws*, sous la dir. de L. C. of MAPESBURY, 15^e éd., Sweet et Maxwell - Thomson Reuters, 2012, p. 1257.

2. *Ibid.*, p. 101.

3. R. H. GRAVESON, *The Conflict of Laws*, 2^e éd., Sweet et Maxwell, 1952, p. 95.

4. *V. supra*, page 268.

Conclusion du Chapitre 2

553. L'ordre public constitue donc la garantie du statut de parent ou d'enfant conféré par le lien juridique de filiation. Il permet de disqualifier tantôt le lien génétique de filiation contraire aux fondamentaux d'une société, tantôt la situation de fait qui ressemble à la filiation mais qui ne peut entrer dans la qualification juridique sans contredire ces mêmes fondamentaux sociaux. Ce faisant, l'ordre public assure la sécurité et la stabilité du statut, et à travers lui, des institutions sociales dans lesquelles il s'inscrit.

Dans les deux systèmes étudiés, il a pu être observé qu'il n'était pas fait recours à l'ordre public de la même manière. Prédicatif, le droit français exige l'établissement préalable du statut pour que son titulaire puisse bénéficier des effets dudit statut. Aussi, le respect des conditions d'accès au statut ne peuvent être modifiées ou contournées au gré de la volonté individuelle. L'ordre public y fait obstacle. Rétrospectif, le droit anglais envisage également le statut comme le support des droits et devoirs des parents et enfants ; cependant, au regard du rôle joué par l'adulte référent auprès de l'enfant, le juge peut lui attribuer certains effets du statut sans passer nécessairement par l'étape préalable de son établissement. La dissociation du statut et de ses effets justifie alors, en droit anglais, qu'une personne qui ne peut en principe bénéficier du statut de parent – comme le concubin homosexuel jusqu'en 2002 ou le géniteur révélant l'inceste – puisse néanmoins exercer les attributs de celui-ci. Parce que l'autonomie des effets de la filiation est possible, la préservation du statut est alors moins indispensable qu'en droit français. L'ordre public y sert alors davantage à protéger les parties à un contrat contre les excès de la volonté de l'une d'elles plutôt que de préserver une conception abstraite du statut de parent et donc, plus largement, du lien de filiation.

Si l'ordre public subsiste comme outil de protection du statut dans les deux systèmes, il a tendance à s'altérer face à l'importance croissante des droits fondamentaux. C'est, en effet, davantage au regard de ces droits individuels fondamentaux que le juge va désormais apprécier la validité de la situation de fait ou du contrat en cause, tel que nous avons pu le déceler dans les jurisprudences relatives à la filiation adoptive à l'égard de parents de même sexe avant 2013. Ce glissement de l'ordre public interne vers l'ordre public conventionnel révèle une poussée de l'individualisme face à la préservation de certains principes essentiels et d'intérêt général.

554. Dans l'ordre international, la différence qui apparaît entre les deux systèmes étudiés est autre. En effet, le droit anglais anticipe que, pour se rattacher une situation étrangère, il convient de poser une règle de conflit avec un critère de rattachement qui aboutisse à l'application de la loi anglaise. Par conséquent, le juge anglais n'a que peu besoin de recourir à

l'ordre public pour écarter une règle qui lui est contraire. L'insularité de l'Angleterre explique sans doute cette particularité, le législateur souhaitant avoir une maîtrise sur la gestion des conflits. Le droit français, en revanche, ne tend pas à se rattacher les situations en amont, il emploie l'ordre public pour arbitrer de la conformité de la loi compétente avec son système de valeurs et de normes. En définitive, la démarche n'est pas la même mais le résultat est approchant ; dans les deux systèmes, il s'agit de s'assurer de la conformité de la règle étrangère aux principes fondamentaux du droit de la filiation. Le droit anglais le disqualifie par avance, s'assurant ainsi de l'application de ses règles, mieux connues de ses juges, tandis que le droit français le disqualifie *a posteriori*, sûr de l'autorité de ses valeurs de référence. Il s'agit là d'une inversion des tendances puisque le droit français est, en principe, prédictif alors que le droit anglais est rétrospectif.

L'ordre public subsiste donc comme outil de préservation du statut mais face à la dissociation du statut et du rôle au nom de l'intérêt de l'enfant, il a néanmoins tendance à faiblir.

Conclusion du Titre II

555. Afin de départager les fondements de la filiation qui se trouvent en concurrence pour être le fondement déterminant du lien de filiation, il est fait recours à des notions au contenu variable telles que l'intérêt de l'enfant et l'ordre public. Adaptables, elles servent alors de variables d'ajustement selon les impératifs de la société et les enjeux particuliers en cause.

556. La première variable est celle de l'intérêt de l'enfant, qui est désormais l'une des notions clés du droit de la filiation. Elle est devenue incontestable car ses finalités - le bonheur et l'épanouissement de l'enfant - sont si estimables qu'elles ne souffrent pas la critique. Aussi, initialement conçue pour les décisions relatives à l'autorité parentale, la résidence ou les relations de l'enfant avec ses parents, la notion a glissé vers le domaine de la filiation. L'intérêt de l'enfant va justifier de lever un certain nombre de restrictions pour que la filiation de l'enfant soit établie, par exemple contourner des délais de prescription ou autoriser le recours à l'expertise génétique. L'emploi de cette même notion pour guider et justifier des décisions à la fois en matière d'autorité parentale et de filiation a laissé penser ensuite que l'un et l'autre domaine de compétences était confusément le même. Autrement dit, l'intérêt de l'enfant, qui devrait désormais permettre de trancher entre deux fondements de la filiation, est devenu lui-même source de confusion entre la filiation et son effet, entre le statut et le rôle.

557. La seconde variable est l'ordre public qui vise, quant à lui, à protéger les principes fondamentaux du droit afin de conserver la cohérence du système juridique. L'ordre public a longtemps mis un frein au développement de la volonté individuelle en matière de filiation. Mais, beaucoup d'interdits ayant été levés, l'ordre public est quelque peu affaibli et ce, même dans sa dimension internationale.

558. Ainsi, l'intérêt de l'enfant va plutôt autoriser, favoriser, simplifier l'établissement d'un lien de filiation, mais également permettre de résoudre les conflits entre deux fondements. L'ordre public, quant à lui, vise à limiter et interdire, mais aussi à encadrer le droit de la filiation et protéger ainsi la base non négociable de principes du droit national. Ce faisant, il sera garant du statut tandis que l'intérêt de l'enfant favorisera la réalité qui semblera au juge la

plus adéquate avec la situation concrète de l'enfant pour fonder un lien de filiation ou recouvrir une situation de fait de certains effets juridiques de la situation de droit de référence.

Conclusion de la Partie I

559. La complexité de la notion de filiation est apparue à l'étude de ses fondements. En effet, la filiation peut reposer sur l'un ou l'autre des fondements de la filiation, individuellement ou cumulativement. L'autorité de l'un ou l'autre fondement a varié, marquant la finalité - légitimité, « vérité », affection - poursuivie par le droit selon les époques.

Ainsi, auparavant, le modèle de la filiation était la famille légitime. Il convenait de se rattacher à celle-ci par tous les moyens possibles car il en allait de l'intérêt de la famille et de la société. En raison de l'affaiblissement progressif de ce modèle durant les dernières décennies, un autre s'est progressivement mis en place, celui de la « vérité génétique », qui a achevé d'affaiblir celui de la filiation légitime. En effet, alors que la filiation légitime était jusque là gage de sécurité, elle pouvait désormais être remise en cause par une expertise scientifique imparable.

560. Parallèlement à l'importance croissante de la filiation génétique, le fondement volontaire de la filiation s'est développé. La volonté était appréhendée comme un palliatif à l'absence de lien matrimonial entre la mère et le prétendu père ou comme palliatif à la défaillance des parents d'origine auprès de l'enfant abandonné, elle est devenue le cœur de la filiation. Non seulement, la volonté permet de se rattacher un enfant sans que l'existence d'un lien préalable soit supposé ou requis, mais elle a aussi permis de construire des fictions juridiques pour que le droit s'approprie les nouveaux modes de procréation.

Laissant entendre que la volonté était puissante au point de permettre de dépasser le modèle naturel de la procréation, le droit a permis à la volonté individuelle de prendre encore de l'ampleur en se manifestant à travers le vécu familial et les situations de fait ressemblant au lien juridique de filiation. Constatant des comportements parentaux semblables à ceux attendus dans le cadre du lien de filiation, le droit les a consacré non plus en les revêtant expressément de la qualification juridique de filiation, comme il pouvait le faire auparavant, mais en les dotant de certains de ses effets. La ressemblance entre la situation de fait et la situation de droit s'est encore accentuée.

561. En trame de fond, l'importance croissante de l'intérêt de l'enfant et le déclin corrélatif de l'ordre public ont nourri cette évolution. L'intérêt de l'enfant a permis de justifier que certains interdits fondamentaux soient atténués voire transgressés au nom de la quête du bonheur de cet enfant et que la volonté exprimée de s'attacher un enfant soit plus valable qu'un statut initial dépourvu de toute dimension dynamique, de tout rôle. L'ordre public a contenu longtemps une partie de ces évolutions, permettant à la notion de filiation de conserver une certaine cohérence. Mais, son autorité est désormais amoindrie.

Aussi, se détachant de l'exigence d'un statut préalable, la notion de filiation s'est orientée progressivement vers la consécration d'un rôle parental.

Seconde partie

La consécration d'un rôle

562. Un lien vécu au quotidien. Les fondements de la filiation permettent d'identifier la teneur du lien et de le qualifier juridiquement. Mais le lien de filiation ne se limite pas à ces critères d'identification, il est un lien vécu au quotidien. Il convient donc d'en déterminer la substance, la consistance.

563. La concrétisation du lien par ses effets. La filiation se concrétise dans la réalisation de ses effets, extra-patrimoniaux et patrimoniaux. L'établissement du lien de filiation implique, en effet, certains comportements réciproques entre le parent et l'enfant. D'abord, l'exercice de l'autorité parentale va placer le parent légal dans l'accomplissement de sa fonction d'éducateur et de protecteur de l'enfant. L'attribution d'un nom va contribuer, quant à elle, à l'inscription de l'enfant dans une lignée généalogique. Ensuite, le lien de filiation se concrétise dans la réalisation de ses effets patrimoniaux. L'exécution de l'obligation alimentaire va instituer le parent légal comme parent nourricier et la transmission des biens à cause de mort va perpétuer la personne du parent dans celle de l'enfant. Ainsi, le statut est accompli par l'exécution visible et perceptible du rôle.

Pourtant, l'ensemble de ces fonctions, conférées par le lien de filiation, n'est pas réservé au parent juridiquement désigné. Elles peuvent être exercées par des tiers investis auprès de l'enfant. Les effets de la filiation sont alors dissociés de l'établissement du lien initial et viennent peser sur la personne qui joue un rôle parental à l'égard de l'enfant. La croissance du nombre de familles recomposées a contribué au développement de ce phénomène de dissociation du statut et du rôle car il fallait offrir une reconnaissance sociale à ces adultes référents mais non parents. Le pragmatisme du droit anglais a permis d'attacher au rôle parental certains effets longtemps réservés au lien de filiation. Le droit français a procédé progressivement à cette dissociation mais il demeure attaché à la référence que constitue encore le statut. Le droit français préfère envisager d'élargir l'accès au statut plutôt que de reconnaître une véritable existence au rôle parental.

564. Tendance à la dissociation de la notion juridique et de ses effets. Cette réflexion s'inscrit dans une tendance contemporaine plus générale qui consiste à dissocier la notion de ses effets. Le bénéfice des effets doit être possible indépendamment de tout statut. C'est le cas, par exemple, des concubins qui voudraient pouvoir bénéficier de certains effets du mariage sans s'engager juridiquement.

La diminution de l'importance du mariage dans la fondation de la famille explique certainement ce mouvement de fond. En effet, après l'autonomisation du lien de filiation de l'institution du mariage¹, la filiation s'est encore émancipée davantage. L'égalité des filiations

1. D. FENOUILLET, « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : Dalloz, PUF, Éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 509.

n'était envisagée que relativement aux effets de la filiation et non quant à la nature ou aux modes d'établissement de la filiation. Par conséquent, l'égalité des filiations s'est opérée par celle de ses effets et non par celle des statuts. Alors, par imitation, il a semblé que les situations qui produisaient des effets semblables devaient bénéficier d'un régime identique. Aussi, des situations de fait ressemblant à la filiation devraient pouvoir se voir accorder certains de ses effets. De la sorte, l'autorité parentale a pu être déléguée, avec l'accord du parent, à une personne impliquée dans la vie de l'enfant. Cet adulte référent n'est pas un parent juridique en ce qu'aucun lien de filiation n'est établi entre l'enfant et lui mais il bénéficie pourtant des effets de ce lien¹.

C'est ici une nouvelle dissociation qui est apparue : celle de la notion de filiation et de ses effets, celle du *status* et des *incidents of status*², c'est-à-dire celle du statut et du rôle. Il est apparu envisageable d'obtenir les effets du lien sans établir préalablement le statut. Autrement dit, le statut devient indifférent s'il est possible de bénéficier des effets de celui-ci. C'est la tendance de fond affirmée par le droit anglais. Elle est moins assumée en droit français. L'évolution du droit de la filiation s'oriente néanmoins dans cette direction en raison des demandes des familles recomposées, notamment quant à la place à accorder au beau-parent, et plus spécifiquement des demandes des couples homosexuels qui souhaitent que le concubin ou partenaire homosexuel du parent ait un rôle établi à l'égard de l'enfant.

L'étape suivante consiste à l'*assimilation* des situations de fait et de droit : puisque la situation *ressemble* à un lien de filiation en ce qu'elle produit des effets semblables, pourquoi ne pas la qualifier de filiation ? La confusion entre la notion et son régime est alors totale.

1. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs considéré que la « vie familiale », protégée par l'article 8 de la Convention, « ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage, mais peut englober d'autres liens "familiaux" *de facto*, lorsque les parties cohabitent en dehors de tout lien marital » (V. CEDH, *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, n° 290, § 44. CEDH, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 oct. 1994, n° 297-C, § 30. CEDH, *X., Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avr. 1997 ; *JCP G.* 1998, t. I, 107, obs. F. SUDRE, § 36.). La « vie familiale » pouvant s'appuyer sur des liens de fait, il est alors tentant de considérer que ces liens de fait devraient causer des effets semblables à ceux engendrés habituellement par la situation de droit de référence. Plus avant, il est également tentant de considérer qu'il y a discrimination entre la situation de fait et la situation de droit parce que celles-ci ne sont pas traitées juridiquement de la même manière. Ce raisonnement avait d'ailleurs été tenté devant la Cour européenne, en matière d'adoption simple, par un couple homosexuel non marié, mais la Cour l'avait écartée, considérant qu'une situation conjugale de fait et une situation conjugale de droit ne pouvaient être comparables (CEDH sect V, *Gas et Dubois c. France*, 15 mar. 2012, n° 25951/07 ; *D.* 2012, p. 1241, note DIONISI-PEYRUSSE ; *AJ. Fam.* 2012, p. 220, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *JCP G.* 2012, 589, p. 961, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE. v. *supra*, page 295).

2. V. R. H. GRAVESON, *Status in the Common Law*, University of London, Athlone Press, 1953. et, du même auteur, R. H. GRAVESON, *The Conflict of Laws*, 2^e éd., Sweet et Maxwell, 1952, p. 95 : « *When a person becomes endowed with a new status his legal position undergoes a substantial alteration. His legal capacity may be increased or reduced ; the mass of his former legal rights and duties may be varied : he may receive new powers and be subjected to new disabilities. All these various legal concepts constitute the incidents of status.* »

565. Pour mieux apprécier cette dissociation, il convient de revenir sur ce que la notion de rôle désigne. Comme nous l'avons indiqué dans l'introduction, le rôle est, selon LINTON, l'aspect dynamique du statut¹ ; il en est l'aspect concret ancré dans la réalité quotidienne, le « statut en action² ». Le rôle parental ou le rôle filial serait ainsi la concrétisation du statut parental ou du statut filial que le lien de filiation instaure entre les personnes concernées. Ce rôle serait le comportement attendu du titulaire du statut auquel il est habituellement rattaché³.

Pourtant, comme nous l'avons indiqué, il nous semble que cette conception doit être dépassée. Le rôle n'est plus nécessairement rattaché au statut, il s'est autonomisé. Il faut, en effet, constater une tendance contemporaine qui consiste à attribuer les effets juridiques d'un statut à ceux qui en exercent le rôle mais qui sont pourtant dépourvus de ce même statut. La notion de rôle permet ainsi de désigner ces situations de fait qui ressemblent aux situations de droit et auxquelles un régime juridique identique est attribué⁴.

Cette tendance à la dissociation du statut et du rôle s'observe ici par la reconnaissance des effets de la filiation au profit de la personne qui exerce un rôle parental auprès de l'enfant mais dépourvu du statut associé. La dissociation du rôle et du statut mène alors à la confusion puisque la situation de fait peut produire les mêmes effets que la situation juridiquement reconnue. Pourtant cette confusion n'est pas totale car tous les effets du lien juridique de filiation ne sont pas – encore – accordés au rôle parental ou filial. Il n'est pas, pour le moment, fait totalement « table rase » de l'institution de la filiation⁵.

566. Cette distinction entre le statut et le rôle appliquée à notre domaine offre une grille de lecture pour mener à bien la comparaison de la notion de filiation en droit français et en droit anglais. À l'étude des effets de la filiation, celle-ci apparaît comme un marqueur culturel. Elle

1. R. LINTON, *Le fondement culturel de la personnalité*, 1945.

2. J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 7^e éd., PUF, 1992, p. 199.

3. C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français, Étude critique*, sous la dir. de E. PUTMAN, 2009, PUAM, spéc. p. 287. L'auteur signale l'interdépendance du statut et du rôle en matière de filiation afin de fonder l'« éthique de responsabilité » sur laquelle la parenté doit reposer à son sens. Elle estime que la filiation ne doit donc pas être dissociable de ses effets afin que l'objectif d'insertion de l'enfant dans la famille soit atteint valablement.

4. V. en ce sens la thèse de M. le Professeur L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, 1990, LGDJ. dans laquelle il distingue les situations de fait, c'est-à-dire les situations dont la structure est proche de la situation juridique de référence mais, ne remplissant pas les conditions juridiques pour bénéficier des effets qui y sont normalement associés, elles ne devraient pas se voir appliquer un régime identique. C'est pourtant ce régime dont elles bénéficient. V. *supra* dans l'introduction.

5. V. G. LOISEAU, « Les temps modernes de l'égalitarisme », *D.* 2012, p. 2252. dans lequel l'auteur exprime ses réserves quant à l'évolution de la tendance à accorder un régime identique à des situations approuvées mais distinctes : « Il ne suffit pas que les personnes soient en couple pour qu'un égalitarisme que l'on veut vertueux leur ouvre les mêmes droits : le Pacs n'est pas le mariage et aligner les situations respectives des partenaires fait table rase de l'institution. À ne pas reconnaître une fongibilité des formes d'union, il n'y a même pas lieu de se demander si le statut du mariage légitime la différence de traitement entre personnes de sexe différent et personnes de même sexe ; *de jure*, il exclut en soi une inégalité de traitement. » (Nous soulignons).

est révélatrice d'une différence de conception du droit de la famille. En effet, la prééminence du statut en droit français provient de la tradition romano-canonique qui le soutient. Le statut offre l'avantage de la stabilité en ce qu'il garantit un lien de filiation sûr en droit, et par là même, désigne des parents, débiteurs alimentaires et des enfants, créanciers alimentaires et héritiers réservataires. Cette stabilité assure la bonne organisation de la famille et dessine par avance la répartition des responsabilités et des patrimoines. La considération plus importante apportée au rôle en droit anglais révèle, quant à elle, le détachement du droit anglais de la famille de cette même tradition romano-canonique, dans laquelle il était initialement ancré. La place du rôle dans le droit de la famille marque la suprématie de la *common law* sur le droit canonique, la préférence pour le pragmatisme et le conséquentialisme plutôt que pour l'anticipation et le déontologisme.

En effet, suivant la philosophie conséquentialiste, il convient d'attribuer plus de poids aux résultats d'une action plutôt qu'à toute autre considération. La principale théorie conséquentialiste est l'utilitarisme, qui tient pour juste l'action qui engendre le plus de bonheur pour l'ensemble des personnes. Nous observerons que le droit anglais s'inscrit parfaitement dans cette philosophie en ce qu'il prend davantage en compte les conséquences favorables des comportements parentaux des personnes concernées plutôt que leur légitimité à agir en tant que parents. Le droit français est plus légitimiste : celui qui joue le rôle de parent doit, en principe, être préalablement titulaire du statut. Ou bien s'il est dépourvu de statut, le rôle peut lui permettre de l'acquérir pour bénéficier de ses effets. Le rôle de parent n'est pas reconnu par le droit en lui-même, il est un critère d'identification du lien de filiation¹. Le droit français s'inscrit donc davantage dans la philosophie du déontologisme selon laquelle les règles devraient être suivies quelles qu'en soient les conséquences. L'appréciation de la qualité de ces conséquences n'a pas d'importance, elles sont celles de l'application de la règle, c'est-à-dire ici de l'application d'un statut. Mais, il conviendra d'observer que celui qui joue le rôle de parent bénéficie progressivement d'un nombre croissant des prérogatives du parent légal, teintant ainsi le droit français de conséquentialisme.

Parce que cette prise en compte du rôle ne peut être totalement dépourvue de cadre, elle utilise souvent le contrat comme outil. Elle s'inscrit alors dans le mouvement plus large de contractualisation de la famille², qui s'inscrit lui-même dans le « mouvement des sociétés progressistes (ou dynamiques) par rapport aux sociétés statiques, qui a été jusqu'ici un mouvement du statut au contrat³ ».

1. La possession d'état n'est une consécration du rôle parental qu'en ce qu'elle fonde le statut. Elle est un des modes d'établissement de la filiation. V. *supra*, page 225.

2. *La contractualisation de la famille*, sous la dir. de D. FENOUILLET et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, Economica, 2001.

3. H. J. S. MAINE, *Ancient Law*, 1861, p. 170. cité par Y. LEQUETTE, « Quelques remarques sur le pluralisme

567. L'extension des effets du statut au rôle exercé s'observe tout particulièrement en matière d'effets personnels. La raison en est, d'abord, qu'ils sont de l'essence même du statut conféré par le lien de filiation. La raison en est, ensuite, que ce sont ceux qui peuvent être exercés en fait le plus facilement et le plus spontanément. Ainsi, il est possible d'exercer les prérogatives de l'autorité parentale sans avoir bénéficié d'une attribution légale car il s'agit de la substance même du statut parental. L'autorité parentale est ainsi le domaine privilégié de l'autonomisation du rôle par rapport au statut (Titre I). D'autres effets personnels font également l'objet de la même évolution mais de façon moins marquée. Les effets patrimoniaux sont également concernés mais, en raison de la valeur économique qui est en jeu¹, le statut demeure la figure structurante et le rôle n'est que progressivement pris en compte (Titre II).

568. La notion de filiation pourrait sortir renforcée d'une nette dissociation entre statut et rôle parentaux. La filiation est un lien duquel découle le rôle parental, mais le rôle peut naître et exister sans le support du lien de filiation. Attribuer le rôle légal sans le statut permet de tenir compte de la cellule familiale dans laquelle l'enfant est amené à grandir sans porter atteinte au statut légal de parent que le lien juridique de filiation établit. Attribuer le rôle sans le statut garantit également l'unité de la notion de filiation. En effet, si l'exercice de l'autorité parentale peut être partagé entre plusieurs personnes – dans une limite raisonnable qu'il conviendrait de fixer – la filiation ne devrait pas être établie à l'égard de plus de deux personnes. Aussi, il ne pourrait y avoir qu'une biparenté mais bien une multiparentalité.

en droit de la famille » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois - LexisNexis, 2012, p. 523, spéc. p. 524.

1. J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille*, t. I, Quadriges, Paris : PUF, 1999, « La famille ne peut vivre d'amour et d'eau fraîche : une assise économique est nécessaire », p. 2.

Titre I

L'autorité parentale, manifestation de l'autonomie du rôle

569. Le cœur de la filiation. Nourrir, éduquer, soigner l'enfant, voilà sans doute le cœur de la notion de filiation. C'est, en effet, dans le quotidien affectif et concret de la relation entre le parent et l'enfant que le lien de filiation prend toute son ampleur. Le rôle qu'exerce le parent à l'égard de l'enfant matérialise au quotidien le lien juridiquement établi ; le rôle constitue l'accomplissement perceptible du statut.

570. Le parent juridique, à l'égard duquel la filiation est établie, est investi d'un pouvoir de décision concernant l'éducation, la santé et le bien-être de l'enfant mais aussi la gestion du patrimoine de l'enfant. Il est ainsi titulaire de droits sur l'enfant. Mais la filiation entraîne également la charge de devoirs et d'obligations à l'égard de l'enfant. L'ensemble de ces droits et devoirs compose l'autorité parentale en droit français et la *parental responsibility* en droit anglais.

L'article 371-1 du Code civil définit l'autorité parentale comme

« 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. »

Ce sont donc les parents qui sont investis prioritairement de ce rôle parental.

La *parental responsibility*, quant à elle, désigne l'ensemble des « droits, devoirs, pouvoirs, responsabilités et autorité que, du fait de la loi, un parent détient sur l'enfant et ses biens »¹. La loi n'en définit pas précisément le contenu². Il est déterminé au cas par cas par la jurisprudence et la doctrine a établi une liste des principaux droits et devoirs³. Les parents en sont les titulaires privilégiés mais non exclusifs.

571. Des droits et devoirs. Le lien de filiation fonde les droits et devoirs parentaux à l'égard de l'enfant. Mais le rôle parental légal n'est pas exercé que par les parents juridiques, il peut être confié à un tiers qui a une place particulière dans la vie de l'enfant : le conjoint, concubin ou partenaire du parent, c'est-à-dire le « beau-parent » hétérosexuel ou homosexuel, mais aussi le grand-parent, l'oncle, la tante, le tuteur ou *guardian* de l'enfant. Ce qui nous intéresse ici est la situation où un adulte joue le rôle de parent pour l'enfant, où il a l'appa-

1. Children Act (c. 41) 1989, Section 1 : « *In this Act "parental responsibility" means all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent has in relation to the child and his property.* »

2. La *Law Commission* a considéré qu'il était impossible de donner une définition complète de la *parental responsibility* car il s'agit d'une notion à contenu évolutif selon l'âge et la maturité de l'enfant (Law Com n° 172 para 2.6). Cette définition a été qualifiée de *poor one* (N. V. LOWE et G. DOUGLAS, *Bromley's family law*, 10^e éd., Oxford : Oxford University Press, 2007, p. 374) voire de « non-définition » (Lord Meston, HL Debs Vol. 502, col 1172). Le droit écossais, en revanche, a fait le choix de préciser les éléments constitutifs de la *parental responsibility*, se démarquant ainsi du droit anglais (V. Children (Scotland) Act 1995, section 1 (1)).

3. *Ibid.*, p. 377.

rence du parent du fait de ce rôle. Aussi, nous n'envisagerons pas les situations où l'autorité parentale ou la *parental responsibility* est confiée aux grands-parents ou autres membres de la famille.

L'autorité parentale ou la *parental responsibility* peuvent, à certaines conditions, être dissociée de la filiation. L'effet principal de la filiation, exercé par un non-parent, ne constitue-t-il qu'un rôle délégué ou bien caractérise-t-il un lien équivalent à celui de filiation ? Le droit anglais qui s'attache beaucoup à l'exercice concret de la *parental responsibility* plutôt qu'à sa titularité va plutôt en ce sens. Le droit français, en revanche, s'attache davantage à l'établissement de la filiation, statut préalable à l'exercice du rôle parental. Face à de nombreuses revendications et à l'évolution de la société, l'exercice de l'autorité parentale s'est détaché progressivement de la filiation. Il conviendra de se demander si l'exercice de ce rôle légal n'équivaut pas à un commencement de statut parental.

572. Autorité parentale et *parental responsibility* sont deux notions qui regroupent ainsi les droits et devoirs des parents à l'égard de l'enfant. Parce qu'elles encadrent l'exercice du rôle parental, et par là même, l'aspect concret du lien de filiation, elles caractérisent l'effectivité de la notion de filiation (Chapitre 1).

Cet effet concret du lien de filiation a eu tendance à se détacher de la notion fondatrice pour gagner en autonomie. Confiée à un non-parent, le rôle parental s'est développé indépendamment du lien de filiation. En droit anglais, le rôle a une importance capitale car c'est celui qui l'exerce qui est considéré comme le parent. Alors, l'exercice effectif du rôle parental peut être consacré juridiquement et son titulaire sera doté d'un véritable statut parental, au même titre que si un lien de filiation avait été établi.

En droit français, la dissociation du statut et du rôle parental s'est également développée afin de reconnaître un rôle au beau-parent notamment. Mais il ne s'agit que d'un rôle et non d'un statut. Seul l'établissement de la filiation pourra permettre l'acquisition du statut de parent légal. Il faut pourtant observer que la pratique familiale et judiciaire se montre de plus en plus disposée à prendre en compte de ce rôle comme préalable au statut, voire comme équivalent du statut parental.

La fonction parentale peut-elle alors constituer un équivalent du statut conféré par le lien de filiation (Chapitre 2) ? La notion de « parentalité », apparue récemment, entre-t-elle en concurrence avec les notions de parenté et de filiation ?

Chapitre 1

L'autorité parentale et la *parental responsibility*, l'effectivité du lien de filiation

573. Un lien vivant. L'autorité parentale ou la *parental responsibility* dote le parent des « outils » nécessaires pour remplir sa fonction parentale : droit de garde, droit de visite, pouvoir de décision de l'éducation scolaire et religieuse de l'enfant... C'est l'exercice de cette fonction qui rend concret le lien de filiation. La filiation n'est pas qu'un rattachement juridique d'un enfant à un parent mais un lien vivant. C'est pourquoi l'exercice de cette fonction constitue la véritable substance du lien de filiation¹. « La loi ne dit pas, et ne peut manifestement pas dire, comment il convient d'éduquer les enfants. Mais elle doit dire qui en est chargé. »² Les règles d'établissement de la filiation permettent cette désignation mais la fonction éducative n'est pas réservée exclusivement au parent ainsi désigné.

574. Le lien juridique de filiation instaure entre le parent et l'enfant un ensemble de droits et de devoirs, dont certains sont réciproques. L'autorité parentale ou la *parental responsibility* découle du lien de filiation. Son nom l'indique : l'autorité ou la responsabilité est « parentale », elle appartient à celui qui est parent. Elle est l'un des effets principaux de la filiation. Elle y est intrinsèquement liée.

Reste encore à déterminer qui est le parent. Les règles d'attribution de l'autorité parentale ou de la *parental responsibility* rejoignent généralement celles de l'établissement de la filiation notamment en prenant en compte la situation conjugale des parents. L'attribution est le

1. « *The day-to-day caring of the child is the most important of parenthood* » J. HERRING, *Family Law*, 4^e éd., Pearson Longman - LexisNexis, 2009.

2. H. BATIFFOL, « Existence et spécificité du droit de la famille », *Arch. philo. dr* 1975, p. 7, spéc. p. 12.

plus souvent corrélative à l'établissement de la filiation. Néanmoins, elle peut s'en dissocier, particulièrement en droit anglais, où l'attribution de la *parental responsibility* dispose d'une certaine autonomie par rapport à celui de la filiation. Cela révèle l'importance que le droit anglais accorde aux conséquences du statut – *incidents of status* – plutôt qu'au statut – *status*¹ – en lui-même.

575. Autorité ou responsabilité parentale ? Avant d'entrer dans l'étude du fond, il faut constater une différence terminologique dans les deux systèmes. Le droit français emploie l'expression d'« autorité parentale » et le droit anglais celle de *parental responsibility* pour désigner l'ensemble des droits et devoirs parentaux. Y a-t-il un terme plus approprié que l'autre ?

Initialement, le droit français utilisait l'expression de « puissance paternelle » plutôt que d'« autorité parentale ». L'emploi du terme de « puissance » renvoyait à la *patria potestas* du droit romain. Le *pater* est alors considéré comme la personne qui assure la continuité des générations, il est « l'anneau vivant entre le passé et l'avenir² » et, en cela, il incarne la filiation qui lie les générations entre elles. Sa *potestas* sur l'enfant lui garantit l'effectivité de son statut de père. Elle est la *fonction* qui accomplit la filiation.

Dans l'Ancien droit, la *patria potestas* s'est accrue sous l'influence de l'absolutisme monarchique qu'elle était censée imiter : « La naturelle révérence des enfants envers leurs parents est le lien de la légitime obéissance des sujets envers leur souverain. »³

Dans la société contemporaine, le terme de *puissance* est apparu désuet parce qu'il laissait précisément entendre l'idée de pouvoir sur autrui, et tout particulièrement le pouvoir de contraindre. Or, l'enfant a progressivement été individualisé comme sujet de droit et la seule contrainte n'est plus apparue conforme à son intérêt. Aujourd'hui, où compte exclusivement l'intérêt de l'enfant, l'*autorité* des parents a été préféré à leur *puissance*. C'est pourquoi le législateur a choisi de renommer cette fonction, découlant du lien de filiation, en *autorité parentale*⁴. Le terme d'*autorité* renvoie, en effet, à l'idée d'un pouvoir de protection⁵ et de direction autorisées, c'est-à-dire assises sur une légitimité, plutôt qu'à l'idée de sujétion, assise sur une hiérarchie familiale. Quant à la qualification de « paternelle », elle a été remplacée par celle de « parentale », marquant ainsi la fin de l'exclusivité paternelle et affirmant l'égalité

1. Suivant la distinction de R. H. GRAVESON, *Status in the Common Law*, University of London, Athlone Press, 1953, spéc. p. 136 et p. 141. L'auteur précise que le *status* n'est autre que la personnalité juridique de l'individu, qui le place en relation avec les autres et la société ; les *incidents of status* désignent ses attributs, c'est-à-dire les droits et devoirs liés à cette personnalité juridique. Ainsi, le *status* définit la personne par rapport aux autres et lui donne les éléments de droit pour s'accomplir. « *Status or personality, is not what one has, but what one is.* »

2. J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, p. 170.

3. Préambule de la déclaration royale de 1639 sur le mariage.

4. Loi n° 70-459 sur l'autorité parentale 4 juin 1970.

5. F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, 8^e éd., Précis, Dalloz, 2011, p. 878.

des père et mère en ce domaine. L'emploi du terme « parental » signifie aussi que l'autorité n'appartient, en principe, qu'aux parents, c'est-à-dire à ceux à l'égard desquels un lien de filiation est établi. Il a semblé, en effet, que nul, mieux que les parents, n'était véritablement qualifié pour l'exercer.

En droit anglais, l'expression employée était surtout celle de *parental rights*, employée indifféremment avec celle de *parental authority*. Cela s'explique par le fait que l'expression *parental rights* ne fait pas référence uniquement aux droits des parents sur l'enfant mais vise également aussi leurs devoirs à l'égard de l'enfant. Déjà, dans ses *Commentaries on the Laws of England (1765-1769)*, Sir William BLACKSTONE expliquait que plusieurs devoirs pesaient sur les parents de l'enfant : *maintenance, protection and education*¹. Les pouvoirs des parents sur leur enfant dérivent directement de l'existence de ces devoirs parentaux. Ces droits leur sont accordés d'une part, comme moyens pour accomplir leurs devoirs à l'égard de l'enfant et d'autre part, comme compensation pour les difficultés rencontrées dans l'exercice de la parenté².

Ces droits sont accordés aux parents sur leur enfant dans la mesure où ils les exercent au profit de l'enfant et non dans leur intérêt propre. C'est ainsi que Lord FRASER l'a d'ailleurs clairement exprimé dans l'arrêt de référence *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, précisant ainsi que l'enfant est la seule véritable finalité de ces droits parentaux³. La *Law Commission* a critiqué également l'expression « *parental rights* » et, l'estimant trop restrictive, elle proposa la notion de *parental responsibility*⁴. Elle a estimé qu'un changement de terminologie entraînerait des modifications au fond dans la mesure où, symboliquement, dire qu'un parent a des responsabilités plutôt que des droits véhicule un message d'une teneur différente. Un tel changement inciterait les parents à prendre davantage en compte l'enfant. C'est la raison pour laquelle cette notion fut introduite dans le *Children Act 1989*. Il s'agit d'ailleurs d'une notion que l'on peut rencontrer fréquemment dans les instruments internationaux.

576. La responsabilité parentale, un terme courant dans les instruments internationaux.

Le terme de « responsabilité » se rencontre dans les textes internationaux tels que la Conven-

1. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England (1765-1769)*, Book 1, chapter 16 *Of Parent and Child*

2. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England (1765-1769)*, Book 1, chapter 16 *Of Parent and Child* : « *The power of parents over their children is derived from the former consideration, their duty ; this authority being given them, partly to enable the parent more effectually to perform his duty, and partly as a recompense for his care and trouble in the faithful discharge of it.* »

3. *Gillick v West Norfolk A.H.A* [1986] 1 AC 112 (HL). « *Parental rights to control a child do not exist for the benefit of the parent. They exist for the benefit of the child and they are justified only in so far as they enable the parent to perform his duties towards the child, and towards other children in the family.* »

4. LAW COM, *Family Law Review of Child Law : Guardianship and Custody*, 172, 1988.

tion internationale des droits de l'enfant¹, la Convention de la Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des mineurs, ou encore le règlement « Bruxelles II bis » du 27 novembre 2003² qui reprend une partie des dispositions de la Convention de la Haye.

En droit de l'Union européenne, la *parental responsibility* est définie comme l'« ensemble des droits et obligations conférés à une personne physique ou morale sur la base d'une décision judiciaire, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur, à l'égard de la personne ou des biens de l'enfant. Il comprend notamment le droit de garde et le droit de visite³ ». Cette conception européenne de la notion de *parental responsibility* manque de certitude dans la mesure où la définition retenue s'abstient de nommer les destinataires de la décision, de l'attribution ou de l'accord, ce qui évite de se référer au statut. Cette définition, très ouverte, implique alors l'éventualité d'une dissociation entre le contenu de la relation et sa source, le lien de filiation, autrement dit entre le rôle et le statut. L'utilisation du terme « parental » ne renvoie pas au lien juridique préalable mais désigne ici l'ensemble des *comportements* réciproques habituellement pratiqués entre les père et mère à l'égard de l'enfant. Partant, les prérogatives de la responsabilité parentale peuvent être attribuées à toute personne souhaitant s'occuper de l'enfant et préserver ses intérêts, dans la limite des règles de droit interne des pays signataires.

L'on retrouve, enfin, ce même terme de « responsabilité » en droit européen comme désignant l'« ensemble des pouvoirs et devoirs destinés à assurer le bien-être moral et matériel de l'enfant, notamment en prenant soin de la personne de l'enfant, en maintenant les relations personnelles avec lui, en assurant son éducation, son entretien, sa représentation légale et l'administration de ses biens⁴ ». La possibilité de dissociation entre le contenu de la relation et sa source est moins nette qu'en droit de l'Union européenne mais elle est néanmoins envisageable en raison du caractère flou de la définition.

Toutes ces définitions de la responsabilité parentale visent les mêmes droits et devoirs, c'est-à-dire le même contenu de la fonction, mais peuvent s'adresser à un ensemble plus ou

1. Convention internationale des droits de l'enfant 20 nov. 1989, Art. 5 : « les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ... de donner à l'enfant, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits. »

L'article 18-1 va plus loin : « les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les parents ont une *responsabilité commune* pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assumer son développement. La responsabilité d'élever incombe au premier chef aux parents. »

2. Règlement CE n° 2201-2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, *JOCE 23 déc. 2003* 27 nov. 2003, t. L 308, p. 1, Art. 2 point 7.

3. *Ibid.*, Art. 2 point 7.

4. Recommandation n° R (84) 4 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe 28 fév. 1984, Principe 1. a.

moins large de destinataires, modifiant de la sorte la qualification initiale de « parentale » qui s'ancrait dans le lien de filiation. Désormais, ce n'est plus le lien juridique de filiation mais la relation effective et affective, qui y ressemble, qui justifie de bénéficier des attributs de la parenté.

577. Une terminologie absente en droit français. Pourtant, cette expression n'est pas employée en droit français. Le législateur aurait pu l'adopter à l'occasion de la réforme de l'autorité parentale en 2002¹. Mais ce n'est pas le choix qu'il a fait. En effet, la différence entre autorité et responsabilité parentales réside dans le véritable destinataire du dispositif légal. Ainsi, la notion de responsabilité parentale est davantage centrée sur l'enfant² tandis que celle d'autorité parentale est pensée et construite par rapport aux parents. Lorsque l'enfant est au centre du dispositif, les parents doivent répondre à son intérêt et c'est alors un encadrement, et non une autorité, qui est recherché pour permettre l'épanouissement de l'enfant. Aussi la responsabilité parentale est-elle davantage propice à l'élargissement du cercle de ses titulaires et à son détachement du lien de filiation. L'intérêt de l'enfant et la quête de son épanouissement personnel peuvent justifier que les droits et devoirs qui étaient réservés aux parents, désignés par le lien de filiation, soient délégués ou partagés avec des tiers ayant une relation privilégiée avec l'enfant. Lorsque, en revanche, les parents sont titulaires d'une autorité à laquelle l'enfant est soumis, la perspective est inversée. Le droit français semble préférer, jusqu'à aujourd'hui, une conception, initialement paternaliste, qui consiste à placer l'enfant sous l'autorité de ceux à l'égard desquels le lien de filiation est établi. Mais, face à l'importance croissante que revêt l'intérêt de l'enfant, il semble que l'autorité parentale glisse vers la responsabilité parentale³

578. Spécificité des vocabulaires nationaux. Il n'est donc pas certain que l'autorité parentale et la *parental responsibility* soient des équivalents. Si l'on retrouve des similitudes quant au contenu (droit de visite, résidence...), leur philosophie diffère. Pourtant, le terme de responsabilité parentale, entendue de façon générique, permettrait de représenter sous la même

1. Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JO* 5 mar. 2002, p. 4161.

2. F. JAULT, « La notion de responsabilité parentale », *Dr. et pat.* Juin 2005, p. 58, n° 6.

3. Ce changement de terminologie est d'ailleurs souhaité par certains. Une proposition de loi a été déposée le 7 février 2012 par les députés H. MARTINEZ et C. MÉNARD afin de remplacer l'autorité parentale par la *responsabilité parentale* et à en préciser l'exercice (Proposition de loi n° 4320 visant à remplacer l'autorité parentale par la *responsabilité parentale* et à en préciser l'exercice 7 fév. 2012.). Ils estiment que le terme d'autorité renvoie à « une notion de “droit sacré” des parents et à la subordination de l'enfant vis-à-vis de l'adulte » et qu'à l'inverse, le terme de responsabilité parentale renvoie à l'intérêt de l'enfant. Il est donc plus approprié afin de « prévenir les maltraitances d'une part et de responsabiliser les parents dans leur rôle éducatif d'autre part ». Seule la seconde finalité pourrait être possiblement atteinte par le changement de terminologie (V. en ce sens, C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français, Étude critique*, sous la dir. de E. PUTMAN, 2009, PUAM, p. 415.), comme cela était souhaité en droit anglais. Mais le moyen mis en œuvre paraît bien léger par rapport à l'objectif poursuivi... Il est donc encore moins envisageable qu'un tel changement de vocabulaire permette réellement de prévenir les maltraitances à l'égard des enfants.

appellation, à l'image des instruments internationaux et européens, les différentes conceptions des deux systèmes étudiés. Il nous semble qu'une perte de précision en résulterait. Aussi faisons-nous le choix de conserver pour chaque système son appellation interne.

579. L'autorité et la responsabilité parentale constituent les attributs du lien de filiation, conférés aux parents statutaires ou bien à ceux qui s'occupent effectivement de l'enfant, et qui vont leur offrir les moyens d'exercer le rôle parental auprès de l'enfant. Accordant le pouvoir de décision quant aux aspects essentiels de la vie de l'enfant, l'autorité et la responsabilité parentale sont au cœur de la notion de filiation en ce qu'elles lui donnent son aspect le plus concret (Section I).

Parce qu'elles sont les attributs de la filiation, autorité et responsabilité parentale lui sont intimement liées et elles découlent, en principe, de l'établissement du lien (Section II). Pourtant, par un glissement opéré au nom de l'intérêt de l'enfant¹, le comportement parental exercé auprès d'un enfant en l'absence d'un lien de filiation entre les personnes concernées a justifié un détachement des attributs de l'établissement du lien juridique de filiation. Dès lors, le rôle parental s'est progressivement autonomisé par rapport au statut.

Section I La fonction parentale, cœur de la notion de filiation

580. Une « boîte à outils ». L'autorité parentale ou la *parental responsibility* est, en quelque sorte, la « boîte à outils » de la filiation². En effet, l'une comme l'autre déterminent le domaine et les modalités des décisions et comportements essentiels dont ils ont à s'acquitter auprès de l'enfant. Ces principes d'autorité parentale ou de *parental responsibility* ont trait à la protection et à l'éducation de l'enfant, au choix de sa résidence, à ses relations avec ses parents et autres ascendants et à la gestion de son patrimoine le cas échéant. C'est dans ce cadre préétabli que les parents éprouvent concrètement le lien de filiation en l'exerçant quotidiennement. L'autorité parentale ou la *parental responsibility* offre ainsi les moyens de réalisation concrète du lien de filiation.

581. Une fonction. La filiation acquiert une concrétisation sociale grâce à l'exercice au quotidien de l'autorité ou de la *responsibility*. C'est, en effet, à travers l'exercice de ces droits

1. V. *supra*, page 268.

2. Sans doute conviendrait-il de placer désormais cette image quincailière sous le mode conditionnel pour préserver l'efficacité du rapport qu'elle veut représenter...

et devoirs réciproques qu'ils vont se comporter comme des parents et apparaître en tant que tels aux yeux de tous. Conférés, ès qualités, à ceux que le lien de filiation désigne comme parents et leur attribuant de la sorte une mission d'éducation à l'égard de l'enfant, l'autorité et la *responsibility* sont alors constitutives d'une fonction parentale¹. L'accomplissement de cette fonction n'est autre que le volet actif du lien de filiation.

Plus encore, en concentrant à la fois un pouvoir et un devoir de faire ou d'exiger quelque chose dans l'intérêt d'une autre personne, l'enfant, l'autorité parentale semble répondre à la définition des « droits-fonctions »². Cette théorie des droits-fonctions, développée au début du XX^e siècle par la doctrine³, distingue les « droits-pouvoirs », attribués à leurs titulaires dans leur propre intérêt, des « droits-fonctions », conférés dans l'intérêt d'autrui⁴. Les « droits-pouvoirs » sont discrétionnaires, non-causés, absolus et insusceptibles d'abus tandis que les « droits-fonctions » sont octroyés pour servir les intérêts des tiers et, plus largement, de la société. Ils sont altruistes⁵.

L'autorité parentale peut entrer dans la catégorie des « droits-fonctions » car elle est attribuée aux parents pour servir le développement de l'enfant. La finalité poursuivie dans l'exercice des droits et devoirs accordés aux parents est l'intérêt de l'enfant⁶, c'est-à-dire un intérêt qui leur est extérieur. Ils ne poursuivent pas, en principe, leur propre intérêt mais celui de l'enfant. À défaut, le juge pourra prendre des dispositions dans l'intérêt de l'enfant allant du contournement de la décision parentale au retrait de l'autorité parentale dans les cas graves. L'exercice de l'autorité parentale est donc soumis à un contrôle de conformité des actes à la finalité poursuivie, l'intérêt de l'enfant⁷.

Cette qualification des « droits-fonctions », même imparfaite⁸, permet d'éclairer sur la

1. V. en ce sens P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La Famille*, 3^e éd., Paris : Defrénois, 2011, p. 607. « L'autorité parentale est une *fonction*, i. e. un ensemble de droits et de devoirs corrélatifs, chaque droit reconnu aux père et mère étant en même temps un devoir qui lui est imposé. »

2. G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 2005, V. « droit-fonction ».

3. L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, rééd. Dalloz, 1939, n° 308-313. R. DAVID, *La protection des minorités dans les sociétés par action*, 1928, Sirey, n° 44. A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD. civ.* 1944, p. 1, n° 4 et 12. J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 237. Tous ces auteurs recherchaient, à travers cette distinction, un moyen de contrôler l'usage, surtout abusif, des droits subjectifs. Ainsi le « droit-fonction » doit être exercé en conformité avec la finalité poursuivie et non détourné à des fins personnelles.

4. R. DAVID, *La protection des minorités dans les sociétés par action*, 1928, Sirey, n° 44.

5. Suivant la distinction de JOSSERAND dans *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits* où il opposait les « droits à esprit égoïste » (les droits-pouvoirs) aux « droits à esprit altruiste » (les droits-fonctions).

6. Code civil, Art. 371-1, al. 1. et Convention internationale des droits de l'enfant 20 nov. 1989, Art. 3, 9, 18 et 21.

7. L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, rééd. Dalloz, 1939, Conformément au contrôle préconisé par JOSSERAND pour prévenir l'abus de droit. v. p. 323, n° 239.

8. E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, 1981, Economica, p. 46. L'auteur a démontré le caractère « défectueux » de cette terminologie. D'abord, en raison de manque de clarté de ces expressions qui nécessitent toujours

finalité des droits et devoirs des parents qui n'est autre que la personne de l'enfant. Elle permet de percevoir comment l'*autorité*, en principe tournée vers les parents, est en réalité mue par l'intérêt de l'enfant et se rapproche finalement plutôt de la conception de la *responsabilité* parentale.

582. Une fonction parentale. Autorité ou responsabilité, cette fonction est confiée aux parents car ils ont une vocation première à s'occuper de l'enfant. En effet, du fait de l'établissement préalable d'un lien juridique de filiation, les parents bénéficient d'une « présomption d'aptitude »¹ à élever l'enfant. Élever l'enfant, c'est-à-dire le mener à la vie adulte, voilà l'objet de l'autorité ou de la *responsibility*. Comme l'écrivait SAVATIER, « le père ou la mère n'a pas achevé sa tâche à la naissance. Le petit d'homme a besoin encore de son père et de sa mère, tant qu'il n'est pas lui-même devenu un homme ou une femme. À ce moment seulement, s'achèvera la mission naturelle du père et de la mère. Et cette mission d'accomplir l'être humain qu'ils ont mis au monde a le caractère auguste qu'implique son rôle fondamental dans le développement même de l'humanité.² » Mais cette mission n'est pas exclusivement réservée aux parents, elle peut être confiée à une tierce personne afin de pallier les insuffisances des parents dans l'accomplissement de leur fonction. Elle peut également être confiée à une personne impliquée dans la vie de l'enfant et à l'égard de laquelle aucun lien de filiation n'a été établi soit par omission, soit par impossibilité. Tel est le cas, par exemple, du conjoint du parent, qui, sans être parent, pourra bénéficier des droits et devoirs sur l'enfant qu'il contribue à élever.

583. La fonction parentale vise à permettre la croissance de l'enfant. Croissance du corps mais aussi de l'esprit, elle doit se réaliser en toute sécurité physique, mentale et morale afin d'assurer un développement solide et constitutif à l'enfant. La filiation se concrétise ainsi dans les deux facettes principales de la fonction parentale : la protection (§ 1.) et l'éducation de l'enfant (§ 2.).

d'être accompagnées d'une formule explicative. Ensuite, le régime à accorder à l'une et l'autre notion est loin de les éclaircir puisque le contrôle du « détournement de pouvoir » s'applique aux « droits-fonctions » tandis que celui des « droits-pouvoirs » relève de l'intention de nuire. L'auteur propose, à la suite de René DAVID, de plutôt retenir une distinction entre les droits subjectifs et les pouvoirs. Mais, cette distinction rend moins compte de la double composante de l'autorité parentale qui consiste en des droits et devoirs avec l'intérêt de l'enfant comme finalité.

1. M.-L. DELFOSSE-CICILE, *Le lien parental*, sous la dir. de F. TERRÉ, Paris II, 2001.

2. R. SAVATIER, « Le contrôle de la puissance paternelle », *D.* 1947, chron, p. 21. V. également L. GAREIL, *L'exercice de l'autorité parentale*, sous la dir. de L. LEVENEUR, Paris II, 2004, LGDJ, p. 527. « Le législateur a organisé la collaboration des parents dans l'accomplissement de la mission qui est la leur : faire de l'enfant un homme. »

§ 1. Une fonction de protection

584. L'enfant mineur est vulnérable en raison de son immaturité, il nécessite donc d'être protégé, il a un besoin naturel de protection. « C'est à quoi tend son incapacité : elle est destinée à lui interdire de prendre des décisions qui ne seraient pas réfléchies et raisonnables¹. » Ses parents sont présumés être les plus aptes à assumer cette protection, ils y ont vocation naturelle². L'autorité parentale n'est autre qu'un régime ordinaire de protection des mineurs³.

585. En droit français, l'autorité parentale a pour objet de « protéger [l'enfant] dans sa sécurité, sa santé et sa moralité⁴ ». Tous les besoins, matériels et moraux, de l'enfant sont ainsi à la charge des parents ou délégués de la fonction parentale.

En droit anglais, la *parental responsibility* désigne l'ensemble des « droits, devoirs, pouvoirs, responsabilités et autorité que, du fait de la loi, un parent détient sur l'enfant et ses biens »⁵. Cette définition, particulièrement large, n'est assortie d'aucune précision légale ni quant au contenu de la *parental responsibility*, ni quant au domaine des droits, devoirs, pouvoirs, responsabilités et autorités sur l'enfant. Aussi, la doctrine a établi une liste des missions à la charge des parents dans le cadre de la *parental responsibility*⁶. Parmi elles, figurent la protection et l'entretien de l'enfant, et le consentement aux soins médicaux sur l'enfant.

A. La protection de la santé de l'enfant

586. La protection de l'enfant se concrétise tout particulièrement autour des questions de santé de l'enfant. Les parents sont garants de la bonne santé de l'enfant et ont donc compétence pour prendre les décisions qui y sont relatives et à effectuer les actes matériels essentiels à la guérison ou au maintien de la bonne santé de l'enfant. Ils doivent aussi donner leur consentement pour tout acte ou traitement médical, qu'il soit préventif ou curatif, sur la personne de l'enfant⁷. Ils doivent donc veiller à la bonne santé de l'enfant mais également éviter que des

1. F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, 8^e éd., Précis, Dalloz, 2011, p. 877.

2. M.-L. DELFOSSE-CICILE, *Le lien parental*, sous la dir. de F. TERRÉ, Paris II, 2001, p. 12. La présomption d'aptitude des parents à assurer la protection et l'éducation de leur enfant définit, selon cet auteur, le lien parental. Lorsque cette aptitude fait défaut, le lien de parenté sera alors dissocié du « lien vertical », qui désigne la fonction parentale et qui peut être exercée par un non-parent à l'égard de l'enfant.

3. G. CORNU, *Droit civil, La famille*, 9^e éd., Paris : Montchrestien, 2007, p. 154.

4. Code civil, Art. 371-1 al. 2.

5. Children Act (c. 41) 1989, Section 3 (1) : « *In this Act "parental responsibility" means all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent has in relation to the child and his property.* »

6. N. V. LOWE et G. DOUGLAS, *Bromley's family law*, 10^e éd., Oxford : Oxford University Press, 2007, p. 377-404.

7. Art. L. 1111-4 al. 3 du Code de la santé publique. *Re R (A Minor) (Wardship : Medical Treatment)* [1992] Fam 11 (CA), spéc. Lord DONALDSON MR.

actes médicaux puissent lui porter atteinte.

587. Pourtant, leur consentement n'est pas illimité. Certains actes sont hors du domaine du consentement parental car ils sont trop importants pour relever de leur seule appréciation. Ainsi, dans les deux pays, la stérilisation à visée contraceptive sur les personnes mineures est interdite même lorsque les parents y consentent¹. Les parents doivent protéger l'enfant dans la limite du respect du corps de l'enfant et, par là, de son intérêt.

588. Il peut être passé outre leur refus si celui-ci fait courir un danger à l'enfant. Lorsque le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur, « le médecin délivre les soins indispensables² ». En l'absence d'une telle nécessité, le médecin peut, lorsque la santé ou l'intégrité corporelle du mineur risquent d'être compromises par le refus du représentant légal du mineur, saisir le ministère public afin de provoquer les mesures d'assistance éducative lui permettant de donner les soins qui s'imposent³. Le juge peut passer outre le refus des parents dans l'intérêt de l'enfant s'il estime que leur décision met l'enfant en danger. Ainsi est-ce le cas lorsque les parents, témoins de Jéhovah, refusent une transfusion sanguine pour l'enfant⁴.

589. Exceptions. En revanche, la fonction de protection peut être écartée exceptionnellement lorsque la décision est relative à l'intimité de l'enfant. Tel est le cas pour la contraception ou l'interruption volontaire de grossesse où le consentement des parents n'est pas requis⁵. La fonction parentale trouve ici sa limite dans le droit au respect de la vie privée de l'enfant.

1. En droit français, l'article 2123-1 du Code de la santé publique dispose que « la ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive ne peut être pratiquée sur une personne mineure ». En droit anglais, Lord Templeman a affirmé dans l'affaire *Re B (A Minor) (Wardship : Sterilisation)* [1988] 1 AC 199 [HL]) que la stérilisation d'une enfant mineure ne pouvait résulter que d'une décision judiciaire, rendue par la *High Court*.

Ce principe vaut tout autant pour les enfants handicapés mentaux. Dans l'affaire *Re D (A Minor) (Wardship : Sterilisation)* [1991] 2 FLR 426 (FD), un gynécologue tenta de stériliser une enfant mentalement handicapée de 11 ans, avec le consentement de sa mère. Le juge Heilbron a considéré qu'il n'existait pas de risque prévisible d'une grossesse non voulue et que l'enfant avait une conscience suffisante pour être capable d'apprécier la situation lorsqu'elle serait plus grande. L'opération ne pouvait donc avoir lieu.

2. Code de la santé publique, art. L. 1111-4.

3. Code de la santé publique, art. R. 1112-35.

4. *Re R (A Minor) (Blood Transfusion)* [1993] 2 FLR 757 (FD).

5. En droit français, suivant l'article L. 5134-1 du Code de la santé publique, « le consentement des titulaires de l'autorité parentale n'est pas requis pour la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs aux personnes mineures ». L'interruption volontaire de grossesse peut être pratiquée à la demande de l'intéressée mineure même si le consentement parental n'est pas obtenu (art. L. 2212-7 du Code de la santé publique).

En droit anglais, la *High Court* avait autorisé l'interruption volontaire de grossesse pour une jeune fille de 12 ans malgré le refus de sa mère : *Re B (Wardship : Abortion)* [1991] 2 FLR 426 (FD).

B. La protection de l'enfant des conséquences de ses actes dommageables : la responsabilité civile délictuelle des parents

590. La fonction de protection de l'enfant s'exerce également à travers les responsabilités pénale et civile des parents. Les parents doivent veiller sur l'enfant sinon ils sont responsables des dommages causés par celui-ci. La filiation implique donc également d'assumer les actes de ses enfants.

1. Une spécificité du droit français

591. Le droit français prévoit une responsabilité civile délictuelle des parents du fait des actes des enfants. Celle-ci s'inscrit dans le devoir de surveillance et de protection de l'enfant qui pèse sur le parent. Le parent est l'intermédiaire responsable entre la victime et l'auteur du dommage qu'est l'enfant.

Ainsi, l'article 1384 alinéa 4 dispose que « le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leur enfant habitant avec eux ». Trois conditions cumulatives doivent donc être réunies pour que la responsabilité des parents du fait de leur enfant soit engagée : la minorité de l'enfant, l'exercice de l'autorité parentale et la cohabitation. L'engagement de la responsabilité n'est pas lié uniquement à la qualité de parent mais à l'aspect concret de celle-ci : l'exercice de l'autorité parentale. La rédaction antérieure à la loi du 4 mars 2002 indiquait « en tant qu'ils exercent le droit de garde ». Cette mention renvoyait au droit et devoir de garde qu'énonçait l'ancien article 371-2 du Code civil comme composante de l'autorité parentale¹. Comme pour la responsabilité civile du fait de la chose, l'une des conditions de la responsabilité du fait de l'enfant est la garde de l'enfant, c'est-à-dire la direction et le contrôle de celui-ci². Le parent doit, du fait de l'exercice de sa fonction parentale, empêcher que l'enfant ne cause des dommages à autrui et, à défaut, assumer les conséquences de ces actes dommageables. Il peut, en revanche, s'en dégager s'il prouve qu'il n'a pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité³.

592. La jurisprudence a interprété l'article 1384, alinéa 4, comme édictant une présomption de responsabilité des parents qui ne pouvait être renversée par l'absence de faute de l'en-

1. Avant la réforme du 4 mars 2002, l'article 371-2 disposait que « l'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. Ils ont à son égard *droit et devoir de garde*, de surveillance et d'éducation ». Les droit et devoir de garde ne figurent plus expressément dans les articles du Code civil mais leur teneur subsiste.

2. Dans l'arrêt *Franck* du 2 décembre 1941, la Cour de cassation avait défini le gardien de la chose comme celui qui a l'usage, la direction et le contrôle de la chose. L'enfant n'est pas une chose donc il n'est pas question ici de l'« usage » de celui-ci. En revanche, le parent a un pouvoir de surveillance de l'enfant qui implique l'encadrement de ses comportements potentiellement dommageables et un contrôle sur ses actes.

3. Code civil, Art. 1384 al. 7.

fant¹. Puis, la Cour de cassation a précisé ce principe en énonçant que « seule la cause étrangère ou la faute de la victime peut exonérer [les parents] de la responsabilité de plein droit encourue du fait des dommages causés par son fils mineur habitant avec lui² ». Raisonnant de la sorte, la Cour de cassation a redessiné la responsabilité des parents en la détachant du défaut de surveillance de l'enfant.

Il s'agit alors, selon le doyen CARBONNIER, d'une « négation de l'autorité parentale dans sa portée pratique : ceux qui se sont évertués à éduquer et surveiller leurs enfants sont sanctionnés à l'égal des autres³ ». À notre sens, c'est plutôt un aspect renouvelé de la fonction parentale : le parent assume la responsabilité des dommages causés par les actes de son enfant parce que ce dernier ne peut le faire. Cela s'inscrit alors dans la conception de l'autorité parentale comme un régime ordinaire de protection du mineur.

2. Un mode de protection inexistant en droit anglais

593. En droit anglais, une telle responsabilité objective des parents du fait des actes des enfants n'existe pas. Leur responsabilité civile peut seulement être engagée en cas de *breach of duty of care*. Autrement dit, le parent engage sa responsabilité lorsqu'il manque à son devoir

1. Cass. Ass. Plén., *Fullenwarth*, 9 mai 1984, *Bull. civ.* p. 4 ; *GAJC*, t. II, 208-209 ; *D.* 1984, p. 525, note CHABAS ; *JCP G.* 1984, t. II, 20255, note DEJEAN DE LA BÂTIE ; *RTD. civ.* 1984, p. 508, obs. HUET. Dans cette affaire, un enfant avait lancé une flèche dans la direction de l'un de ses camarades et l'avait éborgné. Les juges du fond avaient retenu le caractère « objectivement fautif » du comportement de l'enfant pour engager la responsabilité civile du père. Le pourvoi reprochait aux juges du fond de ne pas avoir recherché si l'enfant présentait un discernement suffisant pour que l'acte puisse lui être imputé à faute. La Cour de cassation confirma la décision des juges du fond estimant que « pour que soit présumée, sur le fondement de l'article 1384, alinéa 4 du Code civil, la responsabilité des père et mère d'un mineur habitant avec eux, il suffit que celui-ci ait commis un acte qui soit la cause directe du dommage invoqué par la victime ».

Dans le même sens : Cass. 2^e civ., *Levert*, 10 mai 2001, *Bull. Civ. II*, p. 96 ; *D.* 2001, p. 2851, note O. TOURNAFOND ; *D.* 2002, Somm. p. 1315, obs. D. MAZEAUD ; *JCP G.* 2001, t. II, 10613, note J. MOULY ; *JCP G.* 2002, t. I, 124, obs. G. VINEY ; *Deffrénois* 2001, p. 1275, note E. SAVAUX ; *RTD. civ.* 2001, p. 601, obs. P. JOURDAIN. Et Cass. Ass. Plén., 13 déc. 2002, *Bull. Civ.* p. 4 ; *D.* 2003, p. 231, note P. JOURDAIN ; *JCP G.* 2003, t. II, 10010, note HERVIO-LONG ; *Gaz. Pal.* 2003, p. 1008, note CHABAS ; *Gaz. Pal.* 2003, p. 1035, note ICARD et PANSIER.

2. Cass. 2^e civ., *Bertrand*, 19 fév. 1997, *Bull. Civ. II*, p. 56 ; *GAJC*, t. I, 208-209 ; *D.* 1997, p. 265, note P. JOURDAIN ; *D.* 1997, p. 279, chron. C. RADÉ ; *JCP G.* 1997, t. II, 22848, note G. VINEY ; *Gaz. Pal.* 1997, t. 1, p. 572, note F. CHABAS ; *LPA* 15 sept. 1997, p. 12, note M.-C. LEBRETON ; *RCA* 1997, p. 9, chr. F. LEDUC. Dans cette affaire, un enfant de 12 ans, circulant à bicyclette, entre en collision avec un motocycliste. Tous deux sont blessés. L'enfant est indemnisé sur le fondement de la loi du 5 juillet 1985 sur l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation. Le motocycliste demande réparation au père de l'enfant, comme civilement responsable de celui-ci. Les juges du fond constatent la faute de l'enfant et retiennent la responsabilité du père sur le fondement de l'article 1384, alinéa 4, du Code civil sans admettre qu'il puisse s'exonérer en prouvant n'avoir commis aucune faute de surveillance. Le père forme alors un pourvoi en cassation dans lequel il soutient que la présomption de responsabilité des parents peut être écartée en cas de force majeure, de faute de la victime, mais encore lorsque les parents rapportent la preuve de n'avoir commis aucune faute dans la surveillance et l'éducation de l'enfant.

3. J. CARBONNIER, « Le droit de la famille, état d'urgence », *JCP G.* 1998, I, p. 184.

de soin et de protection à l'égard de l'enfant. Il faut donc un manquement, une défaillance à l'un de ses devoirs parentaux. N'ayant pas surveillé ni protégé suffisamment l'enfant, sa responsabilité pourra être engagée, mais uniquement à l'égard de l'enfant. L'enfant est créancier du devoir de protection parental mais cela n'implique pas que le parent soit responsable civilement pour les actes de l'enfant.

594. L'effectivité de la filiation s'opère donc par la protection que les parents doivent accorder à leur enfant, personne vulnérable. Elle s'opère également par leur participation au développement de l'enfant.

§ 2. Une fonction d'éducation

595. L'éducation est l'un des aspects centraux de la fonction parentale. En effet, de même que l'énonce la maxime « qui fait l'enfant doit le nourrir », l'on peut *a fortiori* envisager que « qui fait l'enfant doit l'éduquer ». M. le Professeur P. MURAT décèle d'ailleurs un véritable lien de causalité sous-jacent entre procréation et éducation : « le géniteur doit *a priori* être l'éducateur¹ ». Si ce lien de causalité existe entre procréation et éducation, c'est en raison de la prévalence du fondement génétique de la filiation². C'est, en réalité, le parent, juridiquement reconnu comme tel, qui a la charge d'éduquer l'enfant, et cela quel que soit le fondement du lien de filiation entre eux.

596. La fonction d'éducation des parents à l'égard de l'enfant est inscrite dans l'article 371-1 alinéa 2 : ils doivent « assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne ». Les parents assument l'éducation intellectuelle, morale, professionnelle, civique, politique, religieuse de l'enfant. Il s'agit aussi de l'éducation quotidienne qui doit permettre à l'enfant de faire l'apprentissage de la vie en société³.

Cette même fonction éducative existe en droit anglais. Les parents sont titulaires du droit de déterminer l'éducation que l'enfant reçoit⁴. Ce droit se double d'un devoir de garantir à l'enfant une éducation en conformité avec ses besoins et capacités intellectuelles⁵.

1. P. MURAT, « L'état des devoirs légaux des parents envers leur enfant » in *Être parent aujourd'hui*, sous la dir. de P. JACQUES, Thèmes et commentaires. Actes, Dalloz, 2010, p. 49, spéc. p. 51.

2. V. *supra*, page 58.

3. *Dalloz Action Droit de la famille 2010/2011*, sous la dir. de P. MURAT, 4^e éd., 2010, p. 787.

4. *Tremain's Case* [1719] 1 Strange 167, Dans cette affaire, l'enfant, mineur de 21 ans, était allé à Oxford à l'encontre de la décision de son parent qui voulait envoyer son enfant à Cambridge. La Cour décida d'envoyer chercher l'enfant à Oxford pour le ramener à Cambridge. Le droit de déterminer l'éducation de son enfant pouvait donc faire l'objet d'une exécution forcée particulièrement efficace ! Désormais, la loi prend davantage en compte la volonté de l'enfant, surtout lorsqu'il s'agit des études supérieures.

5. *Re Z (A Minor) (Identification : Restrictions on Publication)* [1997] Fam 1 (CA), Suivant Ward LJ, « ar-

A. Un droit et un devoir parental d'éducation

597. Un droit de choisir l'éducation de l'enfant. Le parent a toute liberté dans le choix du mode d'éducation de l'enfant : « les parents ont, par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants¹ ». Les parents ont donc une vocation prioritaire dans la détermination de l'éducation de son enfant. Il leur appartiendra de choisir le genre d'éducation à lui procurer, de l'établissement public ou privé, dans lequel l'enfant suivra les enseignements, ou bien s'il sera éduqué à domicile. Il lui appartiendra également de décider de l'orientation de l'enfant : langues, filières, enseignement général ou professionnel... Le contenu de cette fonction varie selon l'âge de l'enfant ; les parents ont plus ou moins de pouvoir de décision selon que l'enfant est très jeune ou plus proche de la majorité.

L'État devra alors respecter les choix éducatifs opérés par les parents².

Mais cette liberté de choix d'éducation doit être exercée dans l'intérêt de l'enfant, seul destinataire de ces décisions³. Les parents dressent ainsi les lignes directrices de l'éducation de l'enfant afin de le mener à l'âge adulte.

598. Un devoir d'éduquer l'enfant. Assurer l'éducation et l'enseignement de l'enfant relève, selon la Cour européenne des droits de l'homme, d'un « devoir naturel » des parents⁴. Ces deux missions sont de l'essence même de la fonction parentale entièrement tournée vers l'enfant. Dans les deux systèmes, le droit de décider de l'éducation de l'enfant s'accompagne d'un devoir d'éduquer l'enfant. Ainsi, les parents sont soumis à une obligation légale de scolariser l'enfant. En droit français, le fait de ne pas inscrire un enfant à l'école constitue une

ranging for education commensurate with the child's intellectual needs and abilities is an incident of the parental responsibility which arises from the duty of the parent to secure the child's education. »

1. Art. 26-3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

2. Art. 2 du Protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'homme : « l'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques. »

De même, l'article 14 alinéa 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne fait mention du droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses, philosophiques et pédagogiques, droit qui doit être respecté par les lois nationales.

3. V. Cass. 1^{re} civ., 8 nov. 2005, n° 404, *Bull. civ. I*; *D.* 2006, p. 554, note F. BOULANGER ; *Dr. Fam* 2006, no 28, note A. GOUTTENOIRE. Dans cette affaire, il était question du choix de la langue de scolarisation des enfants. Ceux-ci résidaient avec leur mère au Luxembourg et étaient scolarisés dans une école luxembourgeoise, dont la langue véhiculaire d'enseignement était l'allemand. Le père ne parlait pas allemand et souhaitait donc que les enfants soient scolarisés dans une école francophone. La Cour d'appel avait considéré qu'une telle solution serait plus favorable à une « coparentalité effective, non contrecarrée par des difficultés linguistiques éventuelles ». Mais la Cour de cassation, cassant cet arrêt au visa des articles 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant et 371-1 du Code civil, a considéré qu'il fallait tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et non de celui du père. Les choix relatifs à l'éducation de l'enfant sont bien de la compétence des parents mais dans la limite de l'intérêt supérieur de l'enfant.

4. CEDH, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 déc. 1976, n° 23, Série A ; *GA CEDH*, no 48.

infraction pénale¹. En droit anglais, les parents doivent assurer à l'enfant une scolarisation à plein temps, lorsqu'il est âgé de 5 à 16 ans². L'État confie cette fonction d'éducation aux parents mais s'assure néanmoins qu'un standard minimum, la scolarisation, soit respecté.

599. Éducation et développement. Le devenir de l'enfant est bien l'enjeu de l'éducation. La fonction des parents est de mener l'enfant jusqu'à sa majorité en lui procurant tout le nécessaire pour qu'il devienne un adulte accompli et indépendant. La loi du 4 mars 2002 a d'ailleurs rajouté la fonction consistant à « permettre [le] développement [de l'enfant] » à celle d'éducation. La fonction d'éducation se combine donc avec celle, plus générale, de développement de l'enfant, inscrite dans le temps. L'autorité parentale n'est donc pas qu'un rôle dont l'exercice serait limité à la minorité de l'enfant, elle a vocation à préparer l'avenir d'adulte de l'enfant. « La loi place ainsi explicitement la fonction parentale sous le signe du futur³. »

B. Une éducation religieuse, liberté des parents

600. La fonction d'éducation ne se limite pas aux choix de scolarité mais concerne également la religion de l'enfant. La religion est, en effet, un ensemble de valeurs transmis par les parents. Elle entre dans les éléments éducatifs en ce qu'elle participe à la construction de la personnalité et de l'identité de l'enfant appelé à devenir un futur adulte.

601. Là encore, les parents sont ceux qui, en raison de leur proximité avec l'enfant et de leur vocation à le faire grandir, sont les plus aptes à décider de la religion de l'enfant et de sa pratique religieuse. Ce droit est l'un des attributs de l'autorité parentale⁴ comme de la *parental responsibility*⁵.

602. Le choix des parents peut également être un choix négatif en ce qu'ils peuvent décider d'élever l'enfant sans religion. L'éducation religieuse peut donc aussi passer par l'absence

1. Code pénal, art. 227-17-1.

2. Education Act 1996, Sections 7 et 8.

3. F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, 8^e éd., Précis, Dalloz, 2011, p. 897.

4. CA Paris, 6 avr. 1967 ; *JCP G.* 1967, t. II, 15100, concl. NÉPVEU ; *D.* 1967, p. 473. Selon la Cour d'appel de Paris, « le choix d'une religion pour l'enfant mineur est un attribut direct de l'autorité dite "puissance paternelle" qui appartient aux deux parents ». Cette jurisprudence rendue en matière de puissance paternelle à l'époque est tout à fait transposable à l'autorité parentale contemporaine. Il est à noter d'ailleurs qu'elle fait référence à la puissance paternelle comme d'une appellation de l'*autorité* des parents. Par cette affirmation de principe, la Cour d'appel de Paris excluait sa compétence pour choisir la religion dans laquelle l'enfant devait être élevé pour mieux rappeler celle des parents.

5. Le Juge WALL dans l'affaire *Re J (Specific Issue Orders : Muslim Upbringing and Circumcision)* [1999] 2 FLR 678 (FD). déclarait : « *Parental responsibility clearly includes the right to bring up children in a particular religious faith, or in none.* » Ce principe avait été formulé initialement dans l'affaire *Andrews v Salt* (1873) 8 Ch App 622.

de religion. Ainsi, il existe un droit mais non un devoir de choisir une religion pour l'enfant.

C. Le droit de correction, corollaire de la fonction d'éducation

603. Enfin, l'éducation de l'enfant n'est pas que transmission de connaissances ou de valeurs, elle se fait aussi par la discipline. Ainsi, les parents peuvent punir leur enfant. En droit français, il est question de droit de correction tandis qu'en droit anglais, il est fait référence à un *power to exercise discipline over the child*. Droit ou pouvoir ?

604. En droit anglais, ce pouvoir de discipline sur l'enfant s'appuie sur une jurisprudence ancienne suivant laquelle une personne titulaire de la *parental responsibility* peut légalement infliger une punition corporelle modérée et raisonnable dans le but de punir un enfant ou de sanctionner une *offence*¹.

Néanmoins, ce pouvoir n'est pas illimité. La punition infligée doit rester raisonnable². Ce pouvoir n'est pas un blanc-seing pour valider toute violence sur l'enfant.

605. En droit français, le Code civil de 1804 reconnaissait au père un droit de correction sur son enfant s'il a des « sujets de mécontentements très graves sur la conduite de [celui-ci] »³. Le moyen de correction de l'époque était de « faire détenir [l'enfant] pendant un temps qui ne pourra excéder un mois »⁴. Depuis, il a été bien adouci puisqu'on s'applique davantage à « guérir plutôt qu'à punir⁵ ». Désormais, il est laissée la possibilité aux parents de punir leur enfant dans le respect de son intérêt et de son intégrité physique au risque de voir les punitions requalifiées en actes de maltraitance infantile.

606. En droit européen, la Cour européenne des droits de l'homme veille à ce que des châtiments corporels infligés à des enfants ne soient pas excessifs. Une série de décisions a sanctionné le Royaume-Uni sur ce point⁶. Il y était plutôt question de punitions corporelles

1. *R v Hopley* (1860) 2 F&F 202. Et *R v Woods* (1921) 85 JP 272. Dans cette dernière affaire, il a été retenu que le frère aîné ne pouvait infliger à son frère cadet une punition corporelle. Ce pouvoir n'appartient qu'aux parents ou à ceux qui sont titulaires de la *parental responsibility*.

2. *R v H (Assault of Child : Reasonable Chastisement)* [2001] EWCA Crim 1024, [2001] 2 FLR 431, Dans cette affaire, les juges ont dégagé des critères d'appréciation du caractère raisonnable de la punition corporelle. Lorsque ce caractère est établi, les charges criminelles peuvent être écartées. Le juge peut donc demander aux membres du jury de considérer à cette fin : (i) la nature et le contexte du comportement du défendeur, (ii) la durée de ce comportement, (iii) les conséquences physiques et mentales sur l'enfant, (iv) l'âge et les caractéristiques personnelles de l'enfant, et (v) les justifications du défendeur pour administrer une telle punition.

3. Code civil 1804, art. 375.

4. Code civil 1804, art. 376.

5. L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, rééd. Dalloz, 1939, p. 102, n° 70 bis.

6. CEDH, *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, 25 mar. 1993. CEDH, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, 25 fév. 1982. CEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avr. 1978, n° 5856/72.

infligées par des éducateurs que par les parents eux-mêmes. Mais la condamnation des punitions corporelles en ce qu'elles sont excessives et humiliantes peut s'adresser à tout ceux qui s'occupent des enfants, en particulier à leurs parents. Aussi ces jurisprudences fixent-elles la limite au volet disciplinaire de la fonction parentale pour les deux pays.

607. Ainsi, l'autorité parentale confère à ses titulaires des droits et devoirs ayant pour objet la protection et l'éducation de l'enfant. Parce que ces fonctions sont supposées être les mieux accomplies par les parents de l'enfant, l'attribution de l'autorité parentale est la conséquence de principe de l'établissement de la filiation.

Section II La fonction parentale, un effet de la filiation

608. L'autorité parentale ou la *parental responsibility* est, en principe, consécutive à l'établissement préalable d'un lien de filiation. Le rôle parental découle donc du statut parental (§ 1.).

Mais, en droit anglais, la *parental responsibility* peut être attribuée au parent génétique même s'il n'est pas parent juridique. Il est alors doté du rôle légal de parent sans que la filiation n'ait été établie. Le rôle parental bénéficie alors d'une autonomie par rapport au statut parental (§ 2.), autonomie qui justifiera ensuite l'extension du transfert de la *parental responsibility* à d'autres personnes dépourvues de tout lien génétique ou juridique mais impliquées dans le vécu familial.

609. Nous n'envisagerons ici que les cas d'attribution de la fonction parentale au parent juridique ou pouvant prétendre à l'établissement du lien de filiation à son égard. L'attribution de la fonction parentale au non-parent sera envisagée dans le Chapitre II car elle répond à une dynamique différente : ce n'est pas la filiation qui fonde l'attribution de la fonction mais l'exercice de la fonction parentale qui semble désigner le « parent ».

§ 1. Le rôle, conséquence de l'établissement du statut

610. L'autorité parentale « appartient » aux père et mère de l'enfant, selon les termes de l'article 371-1 du Code civil. Selon le Doyen CORNU, l'énergie du verbe ainsi employé exalte le « caractère naturel et primordial » de la vocation parentale¹. La loi affirme ainsi que l'autorité est l'apanage des parents, elle est « *in se* » parentale². Cette autorité à l'égard de l'enfant est donc la conséquence naturelle de la qualité de parent. Or, cette qualité de parent est déterminée par l'établissement du lien de filiation à l'égard de l'enfant. Aussi, la titularité de l'autorité parentale découle du lien de filiation.

611. En droit anglais, les règles d'attribution de la *parental responsibility* sont calquées sur celles d'établissement de la filiation : présomption de paternité et présomption de parenté maternelle pour les couples homosexuels ayant recours à la procréation médicalement assistée³. C'est parce que la *parental responsibility* est intrinsèquement liée à la filiation. La *parental responsibility*, attribuée automatiquement, est donc un effet du lien de filiation institué par la loi. Mais nous observerons que son attribution peut être détachée de l'établissement de la filiation, le rôle devenant autonome par rapport au statut. Le rôle parental peut être dans ce cas reconnu indépendamment de tout statut initial. Le statut importe alors moins que les conséquences de ce statut – *incident of status*.

612. Dans les deux systèmes, l'attribution du rôle parental repose sur des règles similaires liées à l'établissement du lien de filiation, que cette causalité soit explicite ou tacite. Ainsi en est-il de l'attribution du rôle parental à la mère, au père (A.) ou encore au *second female parent* de l'enfant (B.).

613. L'attribution de l'autorité parentale à la « mère » de l'enfant est intrinsèquement liée à l'établissement de la filiation, et donc jusqu'à maintenant, liée au fait de l'accouchement. Ainsi, selon l'article 311-25 du Code civil, la mère est la femme dont le nom figure dans l'acte de naissance de l'enfant, elle acquiert automatiquement l'attribut de cette filiation, la titularité de l'autorité parentale. De même, en droit anglais, la mère est la femme qui accouche de l'enfant⁴ et elle bénéficiera donc de ce même attribut sans démarche supplémentaire.

Les droits français et anglais veillent à ce que la filiation puisse être effective dès que possible en dotant la mère du pouvoir de décision relatif à l'enfant dans le prolongement de la naissance. Elle peut néanmoins renoncer à ce pouvoir de décision en renonçant au lien

1. G. CORNU, *Droit civil, La famille*, 9^e éd., Paris : Montchrestien, 2007, p. 157.

2. *Ibid.*, p. 157.

3. V. *supra*, page 172.

4. *Amphill Peerage Case* [1977] AC 547 (HL).

fondateur par une déclaration d'abandon de l'enfant¹.

A. L'attribution du rôle parental au père, conditionnée à sa situation conjugale

614. Tout comme l'établissement de la filiation, l'attribution du rôle parental au père est conditionnée par sa situation conjugale. Le mode d'attribution diffère selon qu'il est le mari de la mère ou non, se rattachant donc encore au modèle – pourtant disparu – de la filiation légitime. Lorsque la mère est mariée, le mari bénéficie d'une attribution automatique de l'autorité parentale du fait du jeu de la présomption de paternité (1.) tandis que lorsque la mère n'est pas mariée, il convient qu'une reconnaissance ou une déclaration de paternité soit faite (2.).

1. L'attribution automatique pour le mari de la mère, conséquence de la présomption de paternité

615. Lorsque l'enfant est né en mariage, le mari de la mère est présumé être le père de l'enfant suivant l'article 312 du Code civil, par conséquent, il est titulaire de l'autorité parentale. La filiation en mariage est dite indivisible car l'établissement de la paternité découle de celle de la maternité. L'attribution de l'autorité parentale, effet de la filiation, bénéficie de cette indivisibilité.

616. De même, suivant la section 2 (1) du *Children Act 1989*, lorsque les parents sont mariés au moment de la naissance de l'enfant², chacun est pleinement titulaire de la *parental responsibility*. L'établissement de la paternité par le jeu de la présomption de paternité emporte donc également attribution de la *parental responsibility* à l'égard du mari de la mère.

617. L'automatisme de l'attribution de l'autorité parentale ou de la *parental responsibility* est inscrite ici dans la subsistance historique du modèle de la filiation légitime, c'est-à-dire la présomption de paternité. La filiation en mariage implique encore une unité familiale qui se traduit par une unité décisionnelle quant à l'enfant né de l'union matrimoniale. Le mari de la mère, père ainsi désigné, doit pouvoir exercer le rôle de père en conséquence du statut matrimonial dans lequel il est engagé.

1. V. *supra*, page 146.

2. On entend par « moment de la naissance de l'enfant », la période débutant par la conception de l'enfant, ou par l'insémination des gamètes ou de l'embryon, et s'achevant par la naissance de l'enfant (Family Reform Act 1987, section 1 (4)). Les parents ne doivent pas être mariés uniquement au moment de la naissance mais aussi durant toute la période de la grossesse.

2. L'attribution liée à la reconnaissance ou à la déclaration de paternité

618. Lorsque l'enfant naît hors mariage, la filiation paternelle de l'enfant doit être établie par un acte volontaire du père : reconnaissance ou déclaration de paternité¹. Il doit se déclarer comme père pour bénéficier des attributs qui y sont associés.

619. En droit français, la filiation est divisible, c'est-à-dire que l'établissement de la maternité est indépendant de celui de la paternité. Il convient alors qu'une reconnaissance de paternité soit effectuée par le père de l'enfant, en vertu de l'article 316 du Code civil, pour qu'il soit titulaire de l'autorité parentale. Il y a donc divisibilité de la filiation mais pas, en principe, dissociation de l'établissement de la filiation et de l'attribution de l'autorité parentale, son effet. Pourtant, cette dissociation peut intervenir si l'auteur de la reconnaissance s'est manifesté tardivement².

620. Lorsque l'enfant est né d'un père non marié, il peut se voir attribuer la *parental responsibility* de trois façons : en déclarant l'enfant afin d'être enregistré comme le père de celui-ci dans l'acte de naissance, ou bien en concluant un *parental responsibility agreement* avec la mère, ou enfin en sollicitant auprès du juge un *parental responsibility order*³. Le premier mode d'attribution de la *parental responsibility* pour le père non marié n'est autre qu'un mode d'établissement de la filiation ; la filiation fonde ainsi l'attribution de la *parental responsibility*. Pour les autres modes d'attribution, la *parental responsibility* se dissocie de l'établissement de la filiation⁴.

621. Ce qui est notable est que le lien de causalité entre l'établissement de la filiation et l'attribution de la *parental responsibility* n'est pas clairement énoncé dans ces dispositions. Il est tacite. La *parental responsibility* est liée à la filiation mais son régime d'attribution fait l'objet de dispositions particulières, calquées sur celles relatives à l'établissement de la filiation. Cela révèle une conception de la filiation comme un support des effets davantage que comme un statut à part entière.

B. L'attribution du rôle parental au *second female parent*, une spécificité du droit anglais

622. Suivant un mécanisme similaire à celui de la présomption de paternité, l'attribution de la *parental responsibility* est automatique à l'endroit de la femme, qui bénéficie du statut de

1. V. *supra*, page 117.

2. V. *infra*, page 372.

3. Children Act (c. 41) 1989, Section (4) (1) (a), (b) et (c).

4. V. *infra*, page 366.

second female parent. En effet, dans le cadre de la procréation médicalement assistée, lorsque la mère est engagée dans un *civil partnership*, la *partner* de la mère est considérée comme l'« autre parent » de l'enfant¹. Elle acquiert alors automatiquement la *parental responsibility* à l'égard de l'enfant².

623. Lorsque la mère n'est pas engagée dans un *civil partnership*, la compagne de la mère peut acquérir la *parental responsibility* suivant les mêmes modes que le père non marié. En effet, si les conditions relatives à la *agreed female parenthood*³ sont remplies, la compagne de la mère pourra bénéficier de la *parental responsibility* du fait de sa déclaration de parenté concordante avec celle de la mère, ou bien encore conclure un *parental responsibility agreement* avec la mère, ou bien enfin solliciter auprès du juge un *parental responsibility order* en raison du rôle effectif exercé auprès de l'enfant⁴.

La *agreed parenthood* accorde la *parental responsibility* à la femme qui accepte d'être l'autre parent et qui a été acceptée comme telle par la mère. Il s'agit donc là d'une véritable attribution et non pas d'une délégation opérée par la mère à sa compagne. C'est ainsi le projet parental conduit par la mère et sa compagne, leur implication dans le processus de procréation médicalement assistée, qui justifie une telle attribution automatique⁵.

624. Ainsi, l'attribution du rôle parental est, en principe, consécutive à l'établissement du lien de filiation, parce qu'il en constitue la réalisation concrète. Les titulaires du statut peuvent ainsi être dotés des attributs permettant la réalisation du lien au quotidien. Cependant, en raison des recompositions familiales croissantes, l'enfant a été amené à vivre avec d'autres

1. Human Fertilisation and Embryology Act 2008, Section 42, v. *supra*, page 171.

2. Children Act (c. 41) 1989, Section 2 (1A) (a).

3. Human Fertilisation and Embryology Act 2008, Section 43. C'est à dire que la mère, non engagée dans un *civil partnership*, a donné son accord pour que sa compagne soit le *second female parent* et que cette dernière a consenti à l'acquisition de ce statut. V. *supra*, page 171.

4. Children Act (c. 41) 1989, Section 4ZA (1) (a), (b) et (c).

5. Il est alors surprenant que l'attribution de la *parental responsibility* soit plus compliquée pour le père non marié. En premier lieu, pourquoi le père qui participe à un projet parental de même nature ne peut-il en bénéficier automatiquement dès lors que les conditions de la *agreed fatherhood* sont remplies (Human Fertilisation and Embryology Act 2008, Section 37.) ? En effet, qu'est-ce qui distingue un père non marié, ayant recours avec son épouse au don de gamètes, de la compagne de la mère ayant recours au même procédé de procréation médicalement assistée exogène ? Dans les deux cas, la filiation ne se fonde pas sur la réalité génétique mais sur la volonté de conduire un projet parental commun et de se rattacher l'enfant ainsi conçu. L'attribution de la *parental responsibility* devrait donc être automatique pour la compagne non engagée dans un *civil partnership* et pour le concubin de la mère dès lors que les conditions de la « parenté consentie » sont remplies.

L'explication de la différence de régime d'attribution s'explique sans doute par le fait que trois catégories de pères seraient alors à distinguer : les mariés, les non mariés et les non mariés ayant eu recours à la procréation médicalement assistée. Trop de distinctions n'est sans doute pas souhaitable. Pourtant, il nous semble que le régime d'attribution de la *parental responsibility* gagnerait en cohérence si, dans le cadre de la procréation médicalement assistée, le père non marié était traité de la même façon que la compagne de la mère non engagée dans un *civil partnership*.

personnes que ses parents. Pour que la personne qui partage la vie du parent, mais qui n'est pas parent, puisse participer effectivement à la vie de l'enfant, il a fallu envisager de le doter d'une partie ou de la totalité de l'autorité parentale, dessinant ainsi une certaine autonomie du rôle par rapport au statut.

§ 2. Le rôle, dissocié de l'établissement du statut

625. L'attribution de la fonction parentale est, en principe, corrélative à l'établissement du lien de filiation car elle en est l'un des effets. Pourtant, en droit anglais, des modes spécifiques d'attribution de la *parental responsibility*, indépendants de l'établissement de la filiation, sont organisés. Ainsi, prenant en compte les comportements parentaux davantage que l'établissement juridique du lien, le droit anglais procède à une réelle autonomisation du rôle par rapport au statut (A.). En droit français, la tendance à la dissociation est plus légère mais elle peut être remarquée néanmoins, assouplissant l'automatisme du lien de causalité entre l'attribution du statut et celle du rôle (B.).

A. L'autonomisation du rôle par rapport au statut en droit anglais

626. La titularité de la *parental responsibility* est révélatrice du lien pris en considération par le droit anglais. La particularité réside dans le fait que l'attribution de la *parental responsibility* ne s'appuie pas exclusivement sur le lien de filiation. Elle ne résulte pas seulement de l'établissement d'un lien juridique de filiation mais d'une démarche autonome.

Seule l'acquisition du rôle est recherchée sans que l'établissement du statut, auquel il est classiquement rattaché, soit requis. Les deux modes d'attribution autonomes sont le *parental responsibility agreement* (1.), qui repose sur la volonté du parent de partager la *parental responsibility* avec quelqu'un, et le *parental responsibility order* (2.), mode d'attribution judiciaire dans lequel sera pris en compte le rôle de fait du requérant dans la vie de l'enfant.

1. Le *parental responsibility agreement*

627. Un accord parental. Le prétendu parent, ni marié ni engagé dans un *civil partnership* avec la mère, peut bénéficier de la *parental responsibility* à l'égard de l'enfant en accord avec la mère¹. C'est donc ici l'accord de volonté parentale qui est privilégié. Estimant que les parents de l'enfant sont les mieux à même d'apprécier l'intérêt de l'enfant, le droit anglais leur

1. Children Act (c. 41) 1989, Section 4 (1) (b) pour le père non marié et section 4 ZA (1) (b) pour le second parent féminin.

laisse organiser leur rôle parental. Alors que la filiation n'est pas établie à l'égard de l'homme ou de la femme avec lequel l'accord est passé, ce dernier sera néanmoins titulaire du rôle parental. À défaut de statut, le rôle.

628. Un accord contrôlé judiciairement. La *Law Commission* a souligné que le recours à une procédure judiciaire pour l'attribution de la *parental responsibility* au père non marié semblait trop élaborée, coûteuse et non nécessaire¹. Elle recommandait une procédure formelle afin de rendre contraignant l'accord sur la responsabilité parentale. L'accord devait être réalisé suivant des conditions de forme et vérifié par la *county court* afin de s'assurer que les parents étaient suffisamment informés et conscients de l'importance et des effets d'un tel acte. Cette recommandation ne fut pas suivie initialement puisque même si des conditions de forme étaient requises, la signature des parents et de témoins suffisait pour que l'accord soit ensuite enregistré au *Principal Registry of the Family Division*.

Une procédure a finalement été introduite en 1995² prenant en compte cette recommandation. L'accord doit désormais être soumis au contrôle de la *family proceedings court* ou la *county court*, où un clerc de justice ou un *court officer*, autorisé par le juge à prêter serment, peut certifier de la signature des parents et signer le certificat du témoin. Ensuite, l'accord ainsi certifié pourra être adressé au *Principal Registry of the Family Division* pour enregistrement³. Ce registre, unique pour tout le Royaume-Uni et situé à Londres, est ouvert au public. Chacun peut donc le consulter pour connaître les titulaires de la *parental responsibility* sur un enfant.

Malgré cette certification censée rendre les accords parentaux plus fiables et efficaces, certains auteurs considèrent que la procédure est perfectible⁴. Ainsi, il est reproché qu'aucun contrôle de la conformité de l'accord à l'intérêt supérieur de l'enfant ne soit effectué et qu'il n'y ait pas non plus de vérification de la paternité génétique de celui avec lequel la mère passe un accord. Autant le contrôle de l'intérêt de l'enfant pourrait avoir une justification, celui-ci devant être la finalité de la démarche, autant le contrôle d'un lien génétique préalable entre le parent et l'autre partie à l'accord semble incohérent tant avec l'esprit d'un tel accord qu'avec la tendance de fond du droit de la filiation. D'abord, l'accord repose sur la volonté des parties et n'est pas subordonné à l'existence d'un lien juridique de filiation, quel que soit le fondement de celle-ci. Ensuite, maintenant que les *parental responsibility agreement* sont ouverts aux couples de même sexe, on voit mal comment une telle exigence pourrait être envisageable tant elle réduirait la filiation à un lien génétique et lierait indéfectiblement l'attribution du rôle à ce

1. Law. Com. n° 172, para 2.18.

2. Parental Responsibility Agreement (Amendment) Regulations, *SI* 1994, p. 3157.

3. *Ibid.*, Section 3 (2).

4. N. V. LOWE et G. DOUGLAS, *Bromley's family law*, 10^e éd., Oxford : Oxford University Press, 2007, p. 413.

lien physique.

629. Le *parental responsibility agreement*, dûment certifié, permet au parent de partager la *parental responsibility* avec celui ou celle avec qui il souhaite s'occuper effectivement de l'enfant. C'est le rôle que cette personne entend exercer dans la vie quotidienne de l'enfant qui importe et l'acceptation de celui-ci par le parent. Le rôle parental n'est pas ici une conséquence légale du lien de filiation mais l'objet d'un accord entre le parent et une personne investie dans la vie de l'enfant – qui peut d'ailleurs être le parent génétique de l'enfant. Le rôle s'attribue en fonction de la volonté des personnes concernées, sans d'ailleurs tenir compte nécessairement de la volonté de l'enfant.

En l'absence d'un tel accord, il peut toujours être fait recours au juge afin de bénéficier d'un tel rôle auprès de l'enfant.

2. Le *parental responsibility order*

630. Si la voie conventionnelle n'est pas envisageable, le prétendu père non marié ou la compagne de la mère non engagée dans un *civil partnership* peut obtenir un *parental responsibility order* par lequel le juge lui attribuera la *parental responsibility* s'il l'estime justifié¹. Cette décision est gracieuse².

Le caractère procédural du droit anglais, illustré par l'adage classique *Remedies precede rights*, ressort ici en ce que l'action en justice décide des droits qui vont être ainsi conférés. Il ne s'agit pas de déterminer un statut et de bénéficier des effets qui y sont associés mais d'user d'une action spécifiquement conçue pour bénéficier de droits particuliers. De la sorte, le *parental responsibility order* va permettre d'octroyer le rôle de parent au demandeur, et, à titre subsidiaire d'établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant si celui-ci peut aider à l'octroi des droits parentaux. Mais, le lien préalable n'est pas indispensable.

631. Aucun lien juridique de filiation préalablement établi n'est donc véritablement requis. Mais, parce que l'*order* concerne l'exercice de la fonction parentale, la recherche du lien de filiation peut être opérée, à titre subsidiaire, dans le cadre de cette action en justice. En effet, si un doute existe quant à la paternité du requérant, celui-ci doit prouver sa qualité de père³. Alors, c'est un lien génétique qui est recherché. C'est dans le cadre des *parental responsibility orders* qu'intervient souvent le recours à l'expertise génétique, non en vue d'établir le statut

1. Children Act (c. 41) 1989, Section 4 (1) (a).

2. Elle fait suite à une *application* par le prétendu père, par opposition à un *judgment* rendu à la suite d'un *claim*. Seules sont compétentes les *High Court*, *county court* ou encore *family proceedings court* (*ibid.*, Section 92 (7)). En pratique, la majorité des demandes est faite auprès des *family proceedings court*.

3. *Re F (A Minor) (Blood Tests : Parental Rights)* [1993] Fam 314 (CA).

préalablement mais en vue de bénéficier des effets concrets de la filiation. La preuve génétique de la filiation va alors permettre de fonder l'attribution de la *parental responsibility*.

La finalité de l'action n'est donc pas l'établissement préalable de la filiation mais l'obtention de l'un de ses effets principaux. La différence avec le droit français est ici bien perceptible en ce qu'une action en recherche ou en contestation de filiation doit avoir été engagée pour pouvoir bénéficier de l'autorité parentale. Il convient de bénéficier d'un statut parental préalable pour en obtenir le rôle. En droit anglais, l'existence du rôle se suffit à elle-même.

632. Le principe est le même pour la *second female parent*. Les juges s'appuieront sur le projet parental commun mené par la mère et sa compagne pour justifier de l'attribution de la *parental responsibility*¹ et non sur l'établissement préalable du lien.

En principe, ce second parent féminin acquiert la *parental responsibility* automatiquement. Mais, c'est à la condition que l'enfant soit soumis à la section 1 (3) du *Family Law Reform Act 1987*, c'est-à-dire qu'il soit légitime ou légitimé².

Aussi, lorsque l'enfant a un second parent féminin en vertu de la section 43 du *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* mais n'est pas soumis à la section 1 (3) du *Family Law Reform Act 1987*³, ce second parent ne pourra bénéficier de la *parental responsibility* que par son enregistrement dans l'acte de naissance de l'enfant, ou bien par accord avec la mère, ou enfin par le prononcé d'un *order* en sa faveur⁴.

Ce *parental responsibility order* prononcé à l'endroit du second parent féminin n'est pas une *délégation* de la *parental responsibility* mais bien une *attribution* pleine et entière de celle-ci. Alors même qu'elle avait le titre de « second parent », elle ne bénéficiait pas des effets. Aussi, les juges pourront lui attribuer la *parental responsibility* à la condition que cela soit conforme à l'intérêt de l'enfant, considération décisive en ce domaine.

633. Pour que soit prononcé le *parental responsibility order*, les juges doivent prendre en compte le bien-être de l'enfant – *child's welfare* – comme considération primordiale pour

1. Children Act (c. 41) 1989, 4ZA (1) (c).

2. L'enfant est légitime malgré la nullité du mariage de ses parents en vertu de la Section 1 du Legitimacy Act 1976. Il est légitimé du fait du mariage subséquent de ses parents mais également du fait du *civil partnership* (réservé exclusivement aux couples homosexuels) subséquent de ses parents (*ibid.*, Section 2). Il bénéficie enfin de ce même statut lorsqu'il est adopté ou encore lorsqu'il est traité par la loi comme un enfant légitimé (Family Reform Act 1987, Section 1 (3) (c) et (d)).

3. Autrement dit, il s'agit de l'enfant dont la mère ne s'est jamais engagée dans un *civil partnership* avec sa compagne mais qui bénéficie d'un second parent féminin du fait de la parenté consentie. Il n'a pas été adopté ni traité légalement comme un enfant légitime. Malgré l'accord sur la parenté entre la mère et la compagne, cette dernière n'a pas ou plus la *parental responsibility* à l'égard de l'enfant. Elle n'est pas enregistrée sur l'acte de naissance de l'enfant ni en mesure de passer un accord avec la mère portant sur la *parental responsibility*, elle doit donc demander un *parental responsibility order*.

4. Suivant la combinaison des dispositions des Sections 2 (2A) et 4ZA (1) du Children Act (c. 41) 1989.

toute décision relative à l'éducation de l'enfant ou à la gestion de son patrimoine¹. Alors, les juges devront vérifier que l'attribution de la *parental responsibility*, au père non marié ou à la compagne de la mère, respecte en premier lieu le bien-être de l'enfant, autrement dit son intérêt².

Les juges doivent prendre la meilleure décision possible pour l'enfant. Aussi, peuvent-ils estimer que l'*order* doit être prononcé car cela est davantage favorable que l'absence d'*order*³. À défaut de certitude, il convient de s'assurer que priver l'enfant d'un titulaire de la *parental responsibility* à son égard ne lui serait pas plus défavorable que de le lier à ce même titulaire.

634. La section 1, sous-section (3) du *Children Act 1989* énonce une liste des critères d'appréciation du *child's welfare*⁴, tels que les souhaits et sentiments de l'enfant concerné, appréciés en fonction de son âge et de sa compréhension de la situation. Cette *check list* est l'outil qui permet aux juges de vérifier que leur décision est conforme au *child's welfare*. Les juges procèdent ainsi au *paramountcy test* même s'il n'est pas expressément exigé pour le prononcé d'un *parental responsibility order*⁵.

Afin de déterminer si la *parental responsibility* doit ou non être attribuée au requérant, la jurisprudence prend donc en compte des éléments concrets et, tout particulièrement, le degré d'implication du prétendu parent dans la vie de l'enfant – *commitment* –, le degré d'affection entre l'enfant et le prétendu parent, et les motivations qui ont poussé le prétendu parent à s'occuper ainsi de l'enfant⁶. Pour accorder juridiquement le rôle de parent, il convient donc qu'il ait été exercé préalablement en fait et que cet exercice de fait soit révélateur de l'opportunité de sa consécration juridique par l'*order*.

Dans une autre affaire, MUSTILL LJ a réaffirmé ces critères, l'exprimant à travers un « *basic test* » suivant lequel il s'agit d'évaluer si le lien entre les parties est suffisamment consistant, et si l'adulte référent a montré par sa conduite un investissement suffisant à l'égard de l'enfant pour justifier que lui soit accordé un statut légal équivalent à celui du mari de la mère, c'est-

1. Children Act (c. 41) 1989, Section 1 (1).

2. V. *supra*, page 249.

3. Children Act (c. 41) 1989, Section 1 (5) : *Where a court is considering whether or not to make one or more orders under this Act with respect to a child, it shall not make the order or any of the orders unless it considers that doing so would be better for the child than making no order at all.*

4. V. *supra*, page 273.

5. La section 1, sous-section (4) précise, en effet, que ces éléments d'appréciation sont destinés au prononcé d'un *section 8 order* ou bien d'un *special guardianship order* ou d'un *order* de la partie IV de l'*Act*. La justification de cette restriction semble être que les *section 8 orders* sont prononcés en cas de conflits parentaux, et qu'il convient de faire un examen précis du bien-être de l'enfant avant de déterminer le lieu de sa résidence et ses relations avec les parents. Cette liste n'est donc utilisée qu'à titre indicatif pour l'attribution de la *parental responsibility* en conformité avec le *child's welfare*.

6. L'affaire *Re H* était alors le *leading case* en la matière : *Re H (Minors) (Local Authority : Parental Rights) (No 3)* [1991] Fam 151 (CA).

à-dire un statut de père¹. L'enjeu est celui-là : accorder au père non marié un statut identique à celui du père marié en l'absence de l'engagement matrimonial. Il s'agit là, en quelque sorte, de compenser la carence juridique de lien entre la mère et l'autre parent.

635. Mais le fait que la réunion de ces éléments matériels suffise à emporter la conviction du juge et entraîne automatiquement le prononcé d'un *parental responsibility order* a été critiqué². Aussi, la jurisprudence a affiné ses exigences en rappelant que l'attribution de la *parental responsibility* n'est pas une récompense de l'implication de l'adulte référent dans la vie de l'enfant mais une décision judiciaire qui doit être rendue au regard du seul intérêt de l'enfant³. Pourtant, il est certain que l'investissement d'un parent dans la vie de l'enfant, leur affection réciproque et les justifications de ce comportement peuvent contribuer à caractériser l'intérêt de l'enfant. Mais ils ne sont sans doute pas suffisants pour justifier une attribution automatique de la *parental responsibility*. Autrement dit, ce sont des critères indicatifs mais non contraignants. L'appréciation de la conformité de l'attribution de la *parental responsibility* avec l'intérêt de l'enfant se réalise donc par la combinaison du *paramountcy test* et des critères dégagés dans l'affaire *Re H*.

636. Le *child's welfare* est donc le critère d'appréciation de la situation par le juge pour décider de l'opportunité de conférer un rôle juridique à un parent ne bénéficiant pas de l'effet du lien de filiation préétabli ou bien à une personne exerçant de fait ce rôle à l'égard de l'enfant.

637. L'attribution judiciaire de la *parental responsibility* constitue une véritable approbation – *stamp of approval*⁴ – de l'adulte investi auprès de l'enfant. Si celui-ci est le parent de l'enfant, au sens où un lien de filiation a été établi, et qu'il ne bénéficie pas de la *parental responsibility*, l'*order* permet la réunion du statut et du rôle parentaux sur une seule et même personne⁵. Si, en revanche, il n'y a pas de lien de filiation préalable, l'*order* consacre juridi-

1. *Re C (Minors) (Parental Rights)* [1992] 2 All ER 86 (CA).

2. Par exemple, dans l'affaire *Re H (Parental Responsibility)*, par Lord Justice Butler-Sloss qui désapprouvait le fait que la jurisprudence crée une présomption selon laquelle un père dévoué devait obtenir un *parental responsibility order* (v. *Re H (A Minor) (Blood Tests : Parental Rights)* [1996] 4 All ER 28 [EWCA]).

3. *Re M (handicapped child : parental responsibility)* [2001] 3 FCR 454, : « *Parental responsibility is not a reward for the father for his commitment to and involvement with the child but an order which would only be made in the child's best interests.* »

4. Selon l'expression employée par LJ WARD dans l'affaire *Re C and V (Contact and Parental Responsibility)* [1998] 1 FLR 392 (CA). et P Sir Stephen BROWN dans *Re S (A Minor) (Parental Responsibility)* [1995] 2 FLR 648 (CA).

5. *Ibid.*, P Sir Stephen BROWN : « *A section 4 order does not affect the day-to-day care of children, but does provide status for the father.* ». Egalement, LJ WARD : « *It is wrong to place undue and therefore false emphasis on the rights and duties and the powers comprised in "parental responsibility" and not to concentrate on the fact that what is at issue is conferring upon a committed father the status of parenthood for which nature has already*

quement le rôle parental, exercé jusque là en fait, en attribuant les droits et devoirs parentaux à l'égard de l'enfant concerné. Le demandeur est alors détenteur du rôle parental mais pas nécessairement titulaire du statut.

638. Si le droit anglais délie le rôle parental de l'établissement préalable du lien de filiation en raison de la philosophie conséquentialiste et procédurale qui l'irrigue, le droit français ne rend possible une telle dissociation que dans des circonstances très précisément limitées.

B. La dissociation conjoncturelle du rôle par rapport au statut en droit français

639. L'article 372 alinéa 2 du Code civil prévoit que « lorsque la filiation est établie à l'égard [du père ou de la mère] plus d'un an après la naissance de l'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 ». Ainsi, lorsque l'enfant est né hors mariage et qu'il n'a pas bénéficié d'une reconnaissance paternelle dans l'année de sa naissance, seule la mère est titulaire de l'autorité parentale¹. L'établissement de la filiation est donc ici dépourvu de son effet extra-patrimonial principal alors même que la reconnaissance produit, en principe, ses effets rétroactivement, dès la naissance de l'enfant.

640. Cette dissociation entre l'établissement de la filiation et l'attribution de l'un de ses effets, autrement dit entre le statut et le rôle, est due à la nature divisible de la filiation hors mariage. Le décalage dans le temps de l'établissement des filiations maternelle et paternelle peut s'accompagner d'un investissement plus important du parent légal à l'égard de l'enfant que du prétendu parent. Aussi, le droit n'impose-t-il pas au parent, titulaire de l'autorité parentale, de partager celle-ci avec l'autre parent, si la coordination des statuts parentaux ne s'effectue pas dans l'année de naissance de l'enfant. Il est donc considéré qu'au-delà d'une année, le désintérêt à l'égard de la filiation de l'enfant traduit un désintérêt à l'égard de l'enfant lui-même. Si le statut n'a pas été recherché, le rôle n'est pas confié. La volonté du législateur est ici de préserver le rôle du parent juridiquement reconnu et de « disqualifier² » le parent à l'égard duquel la filiation a été établie plus tardivement.

ordained that he must bear responsibility. »

1. La réciprocité était vraie avant la réforme du 4 juillet 2005 car la filiation maternelle hors mariage devait être établie par voie de reconnaissance ou par voie judiciaire. Depuis, seule l'absence du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant pourrait expliquer celle de l'établissement de la filiation à son égard, situation plutôt rare désormais.

2. G. CORNU, *Droit civil, La famille*, 9^e éd., Paris : Montchrestien, 2007, p. 179.

641. La réunion du rôle et du statut par l'accord de volonté. Mais cette situation n'est pas irréversible. En effet, le principe est celui de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Aussi, l'accord de volonté entre le parent titulaire de l'autorité parentale et le parent non titulaire lèvera l'exception. Le droit français se rapproche alors du droit anglais en ce que le parent titulaire – la mère dans la majorité des cas – devra donner son accord pour que l'autre parent – le père – puisse exercer l'autorité parentale conjointement. L'établissement de la filiation paternelle hors mariage n'est pas soumise à l'accord du parent titulaire mais l'exercice de l'autorité parentale l'est. Il n'a aucun contrôle sur l'attribution du titre mais il a un droit de regard sur l'exercice du rôle. Parce que le rôle parental est le lieu des décisions relatives à l'enfant et donc aussi celui de nombreux conflits, le droit s'assure alors que le titre peut être assorti de ses effets sans que cela ne soit défavorable à l'enfant.

L'alinéa 3 de l'article 372 précise que cet accord doit prendre la forme d'une déclaration conjointe devant le greffier en chef du tribunal de grande instance. Celui-ci vérifie que les deux liens de filiation sont bien établis mais n'a aucun pouvoir d'appréciation¹. Il n'a qu'un pouvoir de contrôle quant à l'existence d'un lien de filiation justifiant l'exercice de l'autorité parentale mais pas quant à l'opportunité d'un exercice commun. Il ne fait qu'enregistrer l'accord parental, accord qui suggère le respect de l'intérêt de l'enfant.

642. La réunion du rôle et du statut par la décision du juge. L'autre possibilité de rétablir un exercice en commun de l'autorité parentale est contentieuse. Le parent non titulaire de l'autorité parentale demande alors au juge aux affaires familiales de rendre sa parenté effective. Cette fois, le juge a un pouvoir d'appréciation de la conformité de l'exercice en commun de l'autorité parentale avec l'intérêt de l'enfant. Si cette demande est faite en justice, c'est qu'un accord n'a pu être réalisé entre les parents soit sur le principe de l'exercice commun de l'autorité parentale soit sur les modalités envisagées. Dans la mesure où il y a un conflit ou un risque de conflit, le juge doit s'assurer que l'exercice commun est conforme à l'intérêt de l'enfant.

1. Jusqu'à la loi du 8 février 1995, le contrôle était assuré par un juge, d'abord le juge des tutelles puis celui aux affaires matrimoniales. Mais il était également dépourvu de tout pouvoir d'appréciation. La Cour de cassation avait précisé que « les textes susvisés ne confèrent pas au juge des tutelles le pouvoir d'apprécier, au regard de l'intérêt de l'enfant, l'opportunité de la déclaration faite par les père et mère ni celui de contrôler la légitimité des motifs de la déclaration conjointe, le juge étant tenu d'enregistrer ladite déclaration dès lors qu'il existe un accord entre ceux qui ont légalement reconnu l'enfant » (v. Cass. 1^{re} civ., 26 juin 1990, n^o 88-19.279, *Bull. civ. I*, p. 178 ; *JCP G.* 1991, t. II, 21688, note F. VAUVILLÉ ; *D.* 1991, t. II, p. 315, note J. MASSIP ; *RTD. civ.* 1990, p. 447, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI). Afin de décharger les magistrats, le législateur a préféré confier cette mission de contrôle au greffier. *A fortiori*, le contrôle de la déclaration conjointe est de même nature que lorsqu'il était de la compétence d'un juge.

643. Le droit français dissocie donc, de manière conjoncturelle, l'attribution du rôle parental de l'établissement de la filiation d'un enfant né hors mariage. Il s'agit à la fois de protéger l'enfant mais également de responsabiliser le nouveau parent qui devra effectuer certaines démarches afin de jouer pleinement son rôle. La dissociation du rôle et du statut est ici ponctuelle et non tendancielle comme en droit anglais.

Conclusion du Chapitre 1

644. Protéger, éduquer, préparer l'enfant à la vie adulte, telles sont donc les missions constitutives du rôle de parent. Du fait du lien génétique, vécu et/ou volontaire qui l'unit à l'enfant, le parent est présumé le plus compétent pour élever l'enfant. En effet, « la filiation est non seulement le vecteur d'une construction voulue à deux, mais elle est même un acte anticipé, le tout premier, de l'autorité parentale : pourquoi accueillir un enfant, sinon pour l'éduquer ?¹ » L'autorité parentale est donc confiée en principe à ceux dont est issu l'enfant parce qu'il en fait partie intégrante et qu'il en est le prolongement concret.

645. Toutefois, ce lien de causalité entre l'établissement du statut et l'attribution de l'autorité parentale n'est pas absolu. En effet, le bénéfice de l'autorité parentale peut être détaché du lien de filiation qui lui sert de support initial.

Tel est le cas en droit anglais qui n'exige pas l'établissement préalable du statut pour en conférer les effets au parent prétendu à l'égard duquel la filiation n'est pourtant pas établie. Alors, le lien de filiation est ici un lien de fait qui ne nécessite pas d'être juridiquement établi pour produire ses effets. Autrement dit, l'établissement juridique du statut n'est pas un préalable requis au bénéfice du rôle. Le droit anglais observe pragmatiquement quelle est la personne qui s'occupe de l'enfant pour lui conférer l'autorité sur celui-ci. Par conséquent, cette dissociation entre le statut et le rôle étant structurelle, le droit anglais n'a eu aucun mal à conférer l'autorité parentale à des adultes référents pour l'enfant, qui n'étaient pas juridiquement ses parents. L'élargissement des titulaires de l'autorité parentale était facilement envisageable et ne posait pas de difficultés particulières quant à sa mise en pratique.

En revanche, en droit français, l'attribution de l'autorité parentale demeure une conséquence du statut, elle découle de l'établissement de la filiation. La dissociation ne peut se produire qu'à la marge.

646. Ainsi, la différence de philosophie des droits français et anglais se révèle à travers l'exigence plus ou moins stricte d'un lien de causalité entre l'établissement du statut et l'attribution du rôle. Le droit français, prédictif, y trouve sa cohérence tandis que le droit anglais trouve la sienne dans la possibilité de les dissocier. Face aux recompositions familiales et à l'émergence de nouvelles familles, le droit français est pourtant de plus en plus enclin à procéder à une dissociation de même nature, non sans quelques difficultés.

1. T. FOSSIER, « (Petits) dits et (gros) non-dits : filiation nouvelle et autorité parentale », *Dr. Fam.* Jan. 2006, Et. 10, p. 32.

Chapitre 2

La fonction parentale, un succédané de la filiation ?

647. La différence de perception de l'unité ou de la dissociation du statut et du rôle dans les deux systèmes révèle une véritable différence dans l'appréhension de la notion de filiation. En droit français, la filiation est, en principe, le fondement de tout rôle parental ; en droit anglais, elle peut l'être mais n'est pas indispensable. En droit français, l'on recherche qui est censé s'occuper de l'enfant du fait de sa qualité de parent tandis qu'en droit anglais, l'on va plutôt rechercher qui s'occupe en fait de l'enfant pour pouvoir lui attribuer le rôle légal de parent. M. HIRSOUX s'interrogeait : « l'autorité parentale est-elle un droit fonctionnel ¹ » ? c'est-à-dire centrée sur la fonction plutôt que sur le lien en lui-même : qui s'occupe de l'enfant ? qui doit s'en occuper ? Il est clair que le droit anglais appréhende la *parental responsibility* comme un droit fonctionnel davantage que le droit français n'appréhende l'autorité parentale comme tel. Mais cette tendance de fond évolue depuis quelques années en raison de l'augmentation du nombre de familles recomposées et du rôle du « beau-parent » dans ces cellules familiales ².

648. Lorsque l'autorité parentale ou la *parental responsibility* est attribuée à un non-parent, celui-ci joue le rôle de parent à l'égard de l'enfant. Peut-on alors « remonter » de l'exercice du rôle vers l'obtention du statut ? Autrement dit, l'exercice du rôle confère-t-il un statut de « parent » en droit anglais ³ ? Le droit anglais consacre davantage les situations de fait accomplies que ne le fait le droit français en raison de leur différence fondamentale de philosophie, le droit anglais étant conséquentialiste et le droit français prédictif. Pourtant, la

1. É. HIRSOUX, *La volonté individuelle dans l'établissement du lien de filiation*, Paris, 1988, p. 1113.

2. V. sur la prise en compte en droit français et anglais du beau-parent : L. SAUVÉ-LESTIENNE, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, sous la dir. de G. CHAMPENOIS, Paris II, 2013, LGDJ.

3. P. BOOTH et J. BOND, « Who is my parent - and what does it mean anyway ? », *Fam Law* juil. 2006, p. 578. « Is a "parent" someone who has parental responsibility for a child ? »

prise en considération des situations de fait par le droit français est de plus en plus importante pour accorder une existence juridique à ceux qui ont une place dans la vie de l'enfant.

Il faut observer que c'est par l'exercice en fait du rôle de parent, puis par une consécration juridique de ce rôle, que le statut parental a pu être conquis en tout ou partie par le non-parent (Section I), faisant ainsi émerger une nouvelle notion, la parentalité, renouveau de celle de filiation (Section II).

Section I La conquête du statut par l'exercice du rôle

649. Du fait de l'accroissement des familles recomposées, le droit a dû prendre en compte la situation de l'enfant au sein d'une famille composée d'un parent et d'un non-parent. Ce dernier est parfois désigné comme le « beau-parent »¹, c'est-à-dire le concubin, partenaire, ou conjoint du parent et qui n'est pas le parent de l'enfant. Lorsque l'enfant cohabite avec le parent et le beau-parent, le beau-parent est impliqué, du fait de sa relation avec le parent, dans la vie de l'enfant. Il se trouve, de fait, investi dans les décisions relatives à la protection et à l'éducation de l'enfant. Autrement dit, il est amené à exercer une fonction parentale sans être le parent juridique.

650. L'émergence de familles homoparentales a renouvelé cette question de la fonction parentale exercée par un non-parent. Des propositions ont été faites pour prendre en compte le rôle factuel de ce non-parent auprès de l'enfant et le doter des attributs de la fonction parentale. Le droit anglais offre aux non-parents hétérosexuels et homosexuels la même possibilité de jouer un rôle dans la vie de l'enfant. En droit français, l'absence de possibilité de filiation à l'égard d'un couple homosexuel a longtemps réduit le nombre de situations dans lesquelles un non-parent jouait un rôle légal dans la vie de l'enfant. Pour autant, le droit français appréhende de la même façon les beaux-parents homosexuels ou hétérosexuels, en tout cas dans leur relation avec l'enfant. En effet, jusqu'à récemment, l'impossibilité de se marier pour les couples homosexuels a empêché l'accès à une union ayant une dimension verticale. Le Pacs n'a, en effet, qu'une dimension horizontale et n'appréhende pas du tout la filiation qui peut en être issue.

1. L. SAUVÉ-LESTIENNE, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, sous la dir. de G. CHAMPENOIS, Paris II, 2013, LGDJ.

651. La question qui se pose alors est de savoir si l'exercice légal de la fonction parentale pourrait être un outil de la conquête d'un statut équivalent à celui que la filiation confère. Attribuer la filiation aux deux membres d'un couple homosexuel relève d'une construction intellectuelle suivie d'une construction juridique¹. Ne peut-on pas plutôt envisager que le parent est celui qui joue le rôle de parent et pas seulement celui qui en a le statut ? Autrement dit, conforter la fonction parentale plutôt qu'établir un statut, n'est-ce pas une option permettant de prendre en considération les familles homosexuelles, composées ou recomposées ? En tous les cas, il faudra constater que le rôle légal attribué au beau-parent hétérosexuel ou homosexuel est sinon un équivalent du statut parental, tout au moins une étape vers l'attribution de la filiation.

La conquête du statut par l'exercice du rôle s'est opérée, en droit français, à l'aide de la délégation-partage de l'autorité parentale (§ 1.) qui a permis de doter un adulte investi dans la vie de l'enfant de pouvoir exercer les attributs de la filiation sans être titulaire du statut initial. En droit anglais, en raison de la dissociation possible entre le statut et le rôle, c'est au regard de l'exercice effectif du rôle parental dans la vie de l'enfant que la place de l'adulte référent a pu se rapprocher toujours plus de celle du parent (§ 2.).

§ 1. La délégation-partage de l'autorité parentale, outil de la conquête du statut parental en droit français

652. En droit français, le principe est celui de l'indisponibilité de l'autorité parentale² : il ne peut y être renoncée et elle ne peut être cédée. Alors, celui à l'égard duquel la filiation est établie est titulaire de l'autorité parentale et ne peut s'en décharger. Il a le statut et le rôle.

A des fins de protection de l'enfant, l'autorité parentale peut toutefois lui être retirée, totalement ou partiellement, contre sa volonté³.

Toujours afin de protéger l'enfant, l'article 377 alinéa 2 du Code civil prévoit qu'en cas d'impossibilité pour les parents d'exercer l'autorité parentale, le juge peut être saisi par « le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant » afin que l'autorité parentale en carence soit déléguée.

1. Nous l'avons vu précédemment en droit anglais.

2. Code civil, art. 376.

3. *Ibid.*, Art. 378 et s. Le retrait intervient dans des circonstances graves, lorsque le parent a commis des infractions pénales (art. 378) ou bien lorsqu'il met « manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant (art. 379) ». Ces comportements étant précisément contraires aux finalités de l'autorité parentale, le parent en est dépourvu par décision du juge.

653. Les délégations qui nous intéressent ici sont celles qui visent à déléguer volontairement l'autorité parentale ou à la partager avec un tiers et non pas à pallier les carences parentales.

L'article 377 alinéa 1^{er} prévoit une possibilité de délégation volontaire qui a pour effet de transférer l'exercice de l'autorité parentale du parent au délégataire¹. En raison de l'indisponibilité de l'autorité parentale, le parent en reste titulaire mais ne l'exerce plus. Le délégataire a alors l'exercice de l'autorité parentale mais pas la titularité.

L'article 377-1 prévoit quant à lui une délégation volontaire de l'autorité parentale qui permet au délégant de partager l'exercice de l'autorité parentale sans en être privé. Délégant et délégataire ont alors tous deux pleinement l'exercice de l'autorité parentale. Le délégataire bénéficie du rôle parental sans être parent de l'enfant. En ce cas, l'on pourra constater une dissociation volontaire du statut et du rôle, autrement dit de la filiation et de son effet, l'autorité parentale. Notre analyse portera alors sur la qualité de « parent » qui pourrait naître de l'exercice du rôle parental. L'exercice du rôle permet-il la conquête d'un statut à l'égard de l'enfant ? Il conviendra pour cela de décrire tout d'abord le mécanisme de cette délégation-partage (A.) puis d'étudier en détail la jurisprudence prononçant des délégations-partage au sein de couples homosexuels (B.).

A. Le mécanisme de la délégation-partage

654. Le législateur a instauré en 2002² une délégation-partage de l'autorité parentale afin de tenir compte en particulier des situations dites de « famille recomposée ». L'article 377-1 alinéa 2 dispose ainsi que « le jugement de délégation peut prévoir, pour les besoins d'éducation de l'enfant que les père et mère, ou l'un d'eux, *partageront* tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers délégataire. Le partage nécessite l'accord du ou des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale [...] »

Il convient de préciser que la délégation ne concerne que *l'exercice* de l'autorité parentale et non la titularité³. La délégation a pour effet de transférer à son bénéficiaire l'exercice de tout

1. Code civil, Art. 377 al. 1 : « Les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance. »

2. Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JO* 5 mar. 2002, p. 4161.

3. A propos de cette distinction « fondamentale », voir la thèse de C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français, Étude critique*, sous la dir. de E. PUTMAN, 2009, PUAM, p. 418-419, n° 523 : « il faut impérativement distinguer les modalités d'attribution de la *titularité*, des modalités de dévolution de *l'exercice* des responsabilités parentales. La titularité des responsabilités parentales est rattachée au lien de parenté, elle appartient aux père et mère et uniquement à ces derniers. L'exercice des responsabilités parentales ne bénéficie pas de cette automaticité. »

ou partie de l'autorité parentale. Il ne s'agit que de l'exercice de l'autorité parentale, les père et mère restent titulaires de cette fonction. En effet, l'article 377-1 alinéa 2 fait bien référence à l'exercice de l'autorité parentale, en écho aux termes de l'article 377¹. L'autorité parentale est d'ordre public et les parents ne peuvent en disposer librement², il est donc cohérent que les délégations des articles 377 et 377-1 ne portent que sur son exercice et non sur sa titularité. Le délégataire a donc le rôle de parent mais ni le statut de parent ni la titularité de l'autorité parentale. La titularité de l'autorité parentale reste associée au lien de filiation entre l'enfant et le parent.

655. Distinction entre la délégation et la délégation-partage. La délégation-partage offre donc la possibilité individuelle ou conjointe aux parents de déléguer l'exercice de l'autorité parentale à un tiers. Le ou les parents délégants restent titulaires de l'autorité parentale et le délégataire bénéficie à part entière de l'exercice de celle-ci. Elle se distingue sur ce point de la délégation de l'article 377 du Code civil. En effet, la délégation de l'article 377 prive le délégant de l'exercice de l'autorité parentale au profit du délégataire. Il s'agit d'un transfert de l'ensemble des prérogatives parentales pour une délégation totale ou seulement d'une partie pour une délégation partielle. En cas de délégation partielle, le parent sera privé des prérogatives qu'il aura déléguées mais conservera celles qui ne l'auront pas été.

En revanche, la délégation-partage de l'article 377-1 du Code civil réalise un dédoublement des prérogatives liées à l'exercice de l'autorité parentale au profit du ou des délégataires. Alors, si chacun des parents consent à la délégation de l'autorité parentale de l'autre, l'enfant peut avoir deux parents, titulaires de l'autorité parentale, et être sous l'autorité parentale de deux non-parents délégataires. Il s'agit alors d'un partage de l'autorité parentale plutôt que d'une délégation. En effet, la délégation se définit comme « l'opération parfois permise par le Droit par laquelle le titulaire d'une fonction en transfère l'exercice à une autre personne »³. Or, « ici, personne ne transfère un pouvoir : on en crée un, supplémentaire au profit d'un tiers, le délégant ne renonçant pas à ses droits⁴ ».

1. L'article 377 alinéa 1^{er} dispose que les parents peuvent « déléguer tout ou partie de leur autorité » ; l'alinéa 2 dispose que le tiers saisit le juge aux fins de se voir déléguer « l'exercice de l'autorité parentale ».

2. Code civil, art. 376.

3. G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 2005, v. « Délégation ».

4. L. GAREIL, *L'exercice de l'autorité parentale*, sous la dir. de L. LEVENEUR, Paris II, 2004, LGDJ, p. 347-348, n° 587. Pour l'auteur, il y a alors « dénaturation » de la notion de délégation.

Voir également la thèse de L. SAUVÉ-LESTIENNE, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, sous la dir. de G. CHAMPENOIS, Paris II, 2013, LGDJ, p. 71, nbp n° 219. L'auteur y reprecise utilement l'emploi du terme de « délégation » dans ses trois sens : « L'emploi d'un terme commun, "délégation", nous semble source d'incertitudes. Il serait plus clair de traiter de chacun de ces mécanismes dans trois articles distincts du Code civil : le premier serait relatif à la délégation volontaire, fondée sur une volonté des parents de transférer leurs prérogatives d'autorité parentale. Le deuxième concernerait "la délégation-partage", que l'on pourrait rebaptiser "partage de l'autorité parentale", puisqu'elle opère effectivement un partage de l'exercice entre les parents et les

Il résulte de cette « délégation » un exercice en commun de l'autorité parentale. De ce partage, naît une compétence concurrente entre les titulaires et délégataires de l'autorité parentale. Ainsi, chacun d'eux pourra passer seul un acte usuel¹. En revanche, les actes plus importants nécessitent un accord de tous les titulaires. Le risque de conflits est donc doublé puisque si l'accord entre deux parents était déjà délicat, celui entre les deux parents – séparés – et les deux beaux-parents l'est encore davantage.

B. L'attribution de l'autorité parentale par la jurisprudence : des conditions floues

656. De la confusion terminologique à la confusion de régime. L'emploi du terme de « délégation » pour une mesure permettant à un tiers d'exercer la fonction parentale sans que le délégant n'en soit privée, en tout ou en partie, a conduit les juges à considérer que la « délégation-partage » n'est qu'une modalité de la délégation de l'article 377. Aussi, pour qu'une « délégation-partage » de l'article 377-1 soit prononcée, il convient que les conditions exigées à l'article 377 soient remplies. La Cour de cassation dénie ainsi toute autonomie à l'article 377-1, considérant que les deux textes participent à la définition d'un régime unique de la délégation parentale².

1. L'arrêt de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation du 24 février 2006 : l'ouverture de la délégation-partage au non-parent homosexuel

657. Ainsi, dans un arrêt du 24 février 2006³, la Cour de cassation a validé la délégation-partage au profit de la partenaire de la mère tout en rappelant les conditions énoncées à l'article 377 alinéa 1^{er} : « l'article 377, alinéa 1^{er}, du Code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère 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. »

tiers. Enfin, le troisième traiterait de la délégation forcée, qui concerne la privation des parents de leur exercice et le transfert de cet exercice. Le terme de « transfert forcé de l'exercice de l'autorité parentale » nous semblerait plus approprié. »

1. Code civil, Art. 377-1, par renvoi à l'article 372-2 qui prévoit une présomption de pouvoir pour chacun des parents concernant les actes usuels de l'autorité parentale.

2. V. DEPADT-SEBAG, « La reconnaissance juridique des tiers beaux-parents : entre adoption simple et délégation-partage », *D.* 2011, p. 2494, spéc. p. 2499.

3. Cass. 1^{re} civ., 24 fév. 2006, n° 04-17.090, *Bull. civ. I*, p. 101 ; *RLDC* mai 2006, p. 37, note D. BOURGAULT-COUDEVYILLE ; *D.* 2006, p. 876, Pt de vue H. FULCHIRON ; *D.* 2006, p. 897, note D. VIGNEAU ; *RJPF* avr. 2006, p. 19, obs. E. MULON ; *AJ. Fam.* 2006, p. 159, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *Deffrénois* 2006, p. 1067, obs. J. MASSIP ; *Dr. Fam* avr. 2006, 89, note P. MURAT ; *RTD. civ.* 2006, p. 297, obs. J. HAUSER.

En l'espèce, deux enfants, sans filiation paternelle établie, étaient élevées par leur mère et la partenaire pacsée de celle-ci. La partenaire pacsée exerçait de fait la fonction parentale auprès des enfants : soins, éducation, affection. La mère devait faire de longs trajets quotidiens dans le cadre de sa profession ; elle craignait donc, qu'en cas d'accident lui ôtant sa volonté, sa partenaire ne soit privée de cette fonction parentale de fait. La mère a donc saisi le juge afin d'obtenir une délégation-partage partielle de son autorité parentale au profit de sa partenaire. Elle demandait la consécration juridique du rôle parental de fait. Cette demande fut acceptée et la Cour d'appel d'Angers prononça la délégation-partage. Un pourvoi fut formé par le procureur général qui estimait que les conditions de l'article 377 n'étaient pas remplies.

Les juges du fond avaient relevé que les enfants étaient « épanouies, équilibrées et heureuses, bénéficiant de l'amour, du respect, de l'autorité et de la sérénité nécessaires à leur développement » et que la relation de la mère et de sa partenaire était « stable depuis de nombreuses années et considérée comme harmonieuse et fondée sur le respect de leur rôle auprès des enfants ». L'intérêt supérieur des enfants était donc de demeurer avec la partenaire de leur mère en cas d'accident privant cette dernière de sa volonté. La stabilité et l'affection de cette cellule familiale pourraient être maintenues grâce au prononcé de la « délégation-partage ».

658. Restait à savoir si les circonstances exigeaient une telle mesure, comme l'impose l'article 377 alinéa 1^{er}. Le pourvoi soutenait précisément que l'article 377 subordonne la délégation volontaire de l'autorité parentale à « l'existence de circonstances particulières et non [à] la simple crainte de la réalisation hypothétique d'un événement ». Selon le pourvoi, le risque d'accident, évoqué par la demanderesse, ne suffisait pas, à caractériser les circonstances requises par l'article 377 alinéa 1^{er}. La Cour de cassation n'a pas suivi ce raisonnement et s'est conformé à l'appréciation souveraine de ces circonstances par les juges du fond. Ceux-ci avaient considéré 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 des enfants ». L'absence de filiation paternelle accroît donc l'insécurité pour les enfants car ils n'ont pas d'autre adulte référent que la partenaire de la mère, avec laquelle il est alors souhaitable qu'un lien d'affection soit préservé. Il semble donc que, pour que la « délégation-partage » soit prononcée au sein d'un couple homosexuel, il convienne que la filiation ne soit établie que dans une branche.

Autrement dit, le fait que le délégant soit l'unique titulaire de l'autorité parentale est un élément favorable au prononcé d'une délégation-partage au sein d'un couple homosexuel. D'abord, parce qu'en l'absence d'un second parent, il n'y a pas besoin de demander un consentement au prononcé de la délégation-partage tel que l'exige l'article 377-1. Ensuite,

en l'absence de filiation paternelle établie, il n'y a pas non plus de risques de conflits entre le tiers, non-parent, délégataire de l'exercice de l'autorité parentale et qui vit avec l'enfant, et un père, titulaire de l'autorité parentale mais qui ne vivrait pas avec l'enfant. Se constitue ainsi une cellule familiale exclusivement maternelle : l'une est la mère juridique, l'autre exerce le rôle d'une seconde mère sans en avoir le statut juridique.

659. La Cour de cassation a, dans cet arrêt, clairement ouvert la possibilité de la délégation-partage au sein du couple homosexuel, consacrant le rôle parental que peut exercer le concubin ou le partenaire homosexuel du parent. À défaut de statut légal, c'est donc la reconnaissance du rôle qui a été privilégiée.

Mais elle a aussi vérifié que les conditions de l'article 377 alinéa 1^{er} étaient remplies pour prononcer une « délégation-partage » partielle de l'article 377-1, signifiant par là même que la « délégation-partage » n'est qu'une modalité de la délégation volontaire d'autorité parentale. Alors qu'il ne s'agit pas du même acte – l'une emportant transfert, l'autre partage – les juges du fond et la Cour de cassation s'en sont tenus à la dénomination de « délégation » et en ont ainsi mêlé les conditions.

2. L'arrêt de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation du 8 juillet 2010 : le rappel des conditions de la délégation-partage au non-parent homosexuel

660. Les conditions, posées par la jurisprudence en 2006, pour le prononcé d'une « délégation-partage » au partenaire ou concubin du parent ne sont pourtant pas si claires que les commentaires ont pu le laisser penser. L'arrêt du 8 juillet 2010 de la première chambre civile de la Cour de cassation¹ a rappelé les conditions de la délégation avec plus de rigueur et de précision.

661. Les faits étaient très proches de ceux de l'arrêt du 24 février 2006. Deux femmes vivant en concubinage depuis 1989 se sont pacsées en 2002. L'une d'elles a accouché d'une fille en 1998, qu'elle seule a reconnue. En 2003, sa partenaire met au monde un garçon qu'elle seule reconnaît. Chacune est mère d'un enfant dépourvu de filiation paternelle et les deux enfants sont élevés ensemble au foyer commun. En 2006, la première a saisi le JAF d'une demande de « délégation-partage » d'autorité parentale sur sa fille au profit de sa partenaire, et celle-ci d'une demande aux mêmes fins sur son fils au profit de la première. Le JAF accorda la « délégation-partage » croisée². La Cour d'appel infirma ensuite cette décision.

1. Cass. 1^{re} civ., 8 juil. 2010, n° 09-12.623, *Bull. civ. I*, p. 703 ; *Defrénois* 2010, p. 2028, obs. J. MASSIP ; *AJ. Fam.* 2010, p. 394, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *RTD. civ.* 2010, p. 547, obs. J. HAUSER ; *Rev. crit. DIP* 2010, p. 747, note P. HAMMJE ; *AJ. Fam.* 2010, p. 387, obs. A. MIRKOVIC.

2. TGI Lille, ord. JAF, 11 déc. 2007, n° 06/05918 ; *D.* 2008, p. 292.

662. La Cour de cassation confirma la décision des juges d'appel. Reprenant son attendu de principe de l'arrêt du 24 février 2006¹, elle rappelle les conditions à remplir pour obtenir le prononcé d'une telle délégation : une union stable et continue du délégant et du délégataire, des circonstances exigeant la délégation, et la conformité de la mesure à l'intérêt de l'enfant. La Cour de cassation continue donc d'exiger que soient remplies les conditions de l'article 377 pour le prononcé de la « délégation-partage » de l'article 377-1. Elle laisse l'appréciation de la réunion de ces conditions aux juges du fond, s'agissant de situations de pur fait et de casuistique.

Or, les juges du fond avaient relevé que, en l'espèce, toutes les conditions requises n'étaient pas remplies, et avaient motivé leur décision. D'abord, il y avait bien union stable et continue du délégant avec le délégataire, les enfants étaient « bien intégrés dans ce couple et dans la famille de chacune d'elles et elles s'occupaient aussi bien de leur propre enfant que de celui de l'autre sans faire de différence entre eux ». Le groupe familial ainsi constitué de fait souhaitait une consécration juridique de leurs relations. La « délégation-partage » doit-elle être prononcée dès lors que le groupe familial semble propice au développement de l'enfant ? Trouve-t-elle son fondement uniquement dans le fait de la vie commune ? C'est ce qu'avaient laissé penser certaines décisions de première instance² mais la Cour d'appel de Douai, suivie par la Cour de cassation, n'a pas statué en ce sens. Toutes les conditions requises doivent être remplies pour accorder une reconnaissance juridique à la fonction parentale exercée de fait par la concubine ou partenaire de la mère.

663. Il fallait donc encore que « les circonstances exigent » une telle délégation. Les demanderessees alléguaient chacune de déplacements professionnels qui les obligeaient à accomplir des actes pour l'enfant de l'autre que seul l'exercice de l'autorité parentale leur permettrait. La délégation d'autorité parentale est ici perçue comme le véritable moyen d'assurer le rôle parental du partenaire du parent. Alors qu'en 2006, le risque engendré par les déplacements professionnels de la mère des enfants avaient été considéré comme suffisant pour caractériser les circonstances particulières justifiant la délégation d'autorité parentale, en l'espèce les déplacements « n'étaient qu'exceptionnels et le risque d'accidents n'était qu'hypothétique et semblable à celui auquel se trouvait confronté tout parent qui exerçait seul l'autorité parentale ». Autrement dit, le fait que le couple soit homosexuel n'a pas d'incidence particulière sur le prononcé de la délégation, il ne le facilite pas. Cette appréciation nous paraît assez cohé-

1. Cass. 1^{re} civ., 24 fév. 2006, n° 04-17.090, *Bull. civ. I*, p. 101 ; *RLDC* mai 2006, p. 37, note D. BOURGAULT-COUDEVILLE ; *D.* 2006, p. 876, Pt de vue H. FULCHIRON ; *D.* 2006, p. 897, note D. VIGNEAU ; *RJPF* avr. 2006, p. 19, obs. E. MULON ; *AJ. Fam.* 2006, p. 159, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *Defrénois* 2006, p. 1067, obs. J. MASSIP ; *Dr. Fam.* avr. 2006, 89, note P. MURAT ; *RTD. civ.* 2006, p. 297, obs. J. HAUSER.

2. V. notamment TGI Paris, 28 mar. 2008, n° 07-43787 ; *AJ. Fam.* 2008, p. 249, obs. F. CHÉNÉDÉ. et TGI Grenoble, 28 jan. 2008, n° 07-04889 ; *AJ. Fam.* 2008, p. 476, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *D.* 2009, p. 773, obs. GRANET.

rente car le risque d'accident existe pour tout parent, qu'il soit en couple avec une personne de sexe différent ou de même sexe. La « délégation-partage » n'est pas un contrat d'assurance tous risques. Elle implique des circonstances particulières caractérisées¹. La teneur de la différence entre les risques fréquents et hypothétiques d'accident peut apparaître ténue mais elle est due à la casuistique de chaque affaire et donc soumise à l'appréciation des juges du fond.

664. Les circonstances exigeaient d'autant moins une délégation que le rôle parental était exercé de fait sans difficulté : « les requérantes admettaient elles-mêmes qu'elles ne s'étaient pas heurtées à des difficultés particulières pour pouvoir jouer auprès des tiers ou de leur entourage familial le rôle de parents qu'elles entendaient se reconnaître mutuellement, assistant indifféremment l'une ou l'autre, voire toutes les deux, aux réunions d'école et allant l'une ou l'autre chercher les enfants après la classe. » Il semble donc que la « délégation-partage » n'ait pas à être prononcée lorsque le rôle parental est exercé de fait sans difficulté particulière à l'égard des tiers, comme si la reconnaissance extérieure suffisait à consacrer le rôle parental ainsi exercé. La « délégation-partage » n'est alors pas un outil de consécration juridique de la parentalité, elle ne doit être prononcée que lorsqu'elle est véritablement utile et opportune. Et le contrôle de cette opportunité s'opère tout particulièrement grâce au critère de l'intérêt de l'enfant.

En l'espèce, l'intérêt des enfants n'exigeait pas le prononcé d'une délégation-partage croisée. En revanche, celle-ci relevait de l'intérêt des parents, ici de chaque mère. Or, l'intérêt des parents ne suffit pas, en principe, à caractériser celui des enfants. En effet, les juges du fond avaient relevé que les demanderesses ne démontraient pas en quoi la délégation parentale permettrait aux enfants, « et non aux mères, puisqu'il n'est question ici *que* de l'intérêt de l'enfant », d'avoir de meilleures conditions de vie ou une meilleure protection.

665. Ainsi, l'arrêt du 8 juillet 2010 de la première chambre civile de la Cour de cassation a reprécisé les contours de sa jurisprudence pour le prononcé d'une « délégation-partage » de l'autorité parentale. La « délégation-partage » est un outil de consécration juridique d'une relation parentale de fait à certaines conditions. Elle n'est donc qu'un moyen occasionnel et exceptionnel d'accorder un rôle officiel au beau-parent ou au concubin ou partenaire homosexuel du parent. L'avancée vers l'homoparentalité qui avait été perçue dans la jurisprudence de 2006 et qui devait constituer une étape vers l'homoparenté n'est pas si remarquable. La « délégation-partage » est un moyen de faciliter la vie de l'enfant s'il y a lieu, pas de contour-

1. Les juges d'appel ajoutaient en ce sens que, mis à part le cas d'urgence médicale, dans lequel les médecins seraient, en tout état de cause, dans l'obligation d'agir, les partenaires n'allèguent pas de situations particulières qui nécessitent des décisions d'une urgence telle qu'il n'est pas possible, soit d'attendre le retour de la mère biologique pour les prendre, soit de la contacter pour recueillir son autorisation, « les moyens de communications permettant aujourd'hui de contacter instantanément une personne où qu'elle soit dans le monde ».

ner l'interdiction de l'établissement d'un lien de filiation à l'égard de deux personnes de même sexe. Finalement, la Cour de cassation ne tire pas nécessairement un besoin de consécration juridique du rôle exercé de fait. Mais, les juges du fond font acte de résistance dans l'application des conditions ainsi envisagées.

3. La résistance des juges du fond : le prononcé facilité de la délégation-partage

666. Si l'on examine les décisions rendues par les juridictions de première et seconde instances en matière de délégation-partage dans les couples homosexuels, il faut observer qu'ils sont loin de suivre à la lettre les prescriptions de la Cour de cassation, marquant bien la différence entre les systèmes juridiques français et anglais. Le prononcé de la délégation-partage est grandement facilité par l'assouplissement des conditions par les juges du fond. Ces décisions d'espèce ne font pas toujours l'objet d'un appel ni d'un recours en cassation. Il existe donc des disparités importantes d'une juridiction à l'autre pour le prononcé d'une « délégation-partage » au sein d'un couple homosexuel du fait de l'appréciation des conditions de l'article 377 par les juges du fond.

667. Certaines de ces décisions font peu de cas de la condition relative aux circonstances justifiant la délégation, énoncée dans l'article 377 alinéa 1^{er} et rappelée par la Cour de cassation. Ainsi, dans deux décisions du 24 mars 2011¹, le TGI de Créteil a prononcé une « délégation-partage » croisée – chaque partenaire est mère d'un enfant et délègue son autorité parentale à l'autre partenaire – sans caractériser une indisponibilité professionnelle de la mère pour justifier la mesure. L'absence de filiation paternelle de l'enfant était, à elle seule, constitutive du « risque de se trouver sans protection au cas où un accident surviendrait à sa mère ». C'est donc bien l'absence de lien de filiation paternelle qui cherche à être comblée² et la stabilité familiale de l'enfant qui vise à être protégée. Comme l'absence de filiation paternelle ne peut être comblée par l'établissement d'un tel lien à l'égard du partenaire homosexuel de la mère, elle l'est par la délégation de l'exercice de la fonction parentale. Le rôle parental se substitue ici à un statut parental impossible en l'état actuel du droit.

1. TGI Créteil, 24 mar. 2011, n° 10/06078. et TGI Créteil, 24 mar. 2011, n° 10/06079.

2. Cette absence de filiation paternelle est favorisée par le mode de conception choisi puisque dans beaucoup de ces espèces, le couple de femmes a recours à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur à l'étranger. Elles n'ont ni intérêt à ce que cette filiation soit établie, car elle devraient alors partager l'autorité parentale avec le père de l'enfant, ni non plus la possibilité, car le donneur est souvent anonyme dans les pays concernés.

668. Dans un arrêt du 16 juin 2011¹, la Cour d'appel de Paris a été dans le même sens. Elle a considéré qu'« il est de l'intérêt supérieur de [l'enfant], *dépourvue de filiation paternelle*, que la compagne de la mère puisse, dans le cadre juridique de la délégation-partage de l'autorité parentale, continuer d'exercer le rôle éducatif qu'elle a toujours joué auprès de l'enfant et notamment en cas d'impossibilité pour sa mère d'assumer son rôle parental, *pour quelle que cause que ce soit*² ». La Cour d'appel de Paris se démarque donc des exigences de la Cour de cassation concernant la motivation de la délégation : la cause de l'impossibilité pour la mère d'exercer son rôle parental est indifférente. Il faut que la partenaire de la mère puisse exercer juridiquement un rôle qu'elle exerce déjà de fait afin de pallier toute absence de la mère et être alors un équivalent parental de l'enfant.

669. Mais pourquoi encore exiger l'impossibilité pour la mère d'exercer son rôle parental pour justifier la délégation ? Dans une décision du 14 octobre 2011³ – devenue définitive en février 2012 – le TGI de Paris a accordé une « délégation-partage » d'autorité parentale à la partenaire de la mère sans même exiger la preuve d'une indisponibilité ou d'un risque suffisant d'indisponibilité de la mère. Le TGI de Paris rappelle pourtant les conditions énoncées par les articles 377 et 377-1 mais ne vérifie pas qu'elles sont remplies de la même manière que la Cour de cassation. Selon cette décision, le seul fait que l'enfant n'ait qu'un seul lien de filiation, maternel, suffit à justifier le partage de l'autorité parentale. En effet, « si aucun lien de filiation ne peut être établi en l'état du droit positif à l'égard de [la partenaire de la mère], il est de l'intérêt de l'enfant que sa situation juridique soit en adéquation avec sa situation affective et matérielle ». Il s'agit de mettre en conformité fait et droit. La reconnaissance du rôle parental palliera donc, dans l'intérêt de l'enfant, l'absence de statut parental du concubin ou partenaire homosexuel du parent.

670. Franchissant une étape supplémentaire dans la consécration du rôle, le TGI de Bayonne a accordé, dans une décision du 26 octobre 2011⁴, une « délégation-partage » de l'exercice de l'autorité parentale de la mère au bénéfice de sa partenaire pacsée en s'appuyant sur la pré-existence de son exercice de fait : « il est de l'intérêt des deux mineures que les deux adultes

1. CA Paris, 16 juin 2011, n° 10/22338. Cette décision a été confirmée dans deux autres arrêts du 20 octobre 2011 : CA Paris, 20 oct. 2011, n° 11/04042. et CA Paris, 20 oct. 2011, n° 10/11743.

2. Nous soulignons.

3. TGI Paris, 14 oct. 2011, n° RG 11/35997, Les faits étaient assez similaires à ceux des affaires précitées. Un couple de femmes pacsées élèvent un enfant sans filiation paternelle établie et sans doute issu d'une procréation médicalement assistée opérée à l'étranger. L'une est mère et l'autre joue le rôle de parent à l'égard de l'enfant. La mère souhaitait donc partager l'exercice de son autorité parentale sur l'enfant avec sa partenaire. La différence principale avec les autres espèces est qu'il n'était pas question de déplacements professionnels de la mère à l'origine d'un risque d'accident, pouvant la priver de sa volonté et causer une insécurité familiale pour les enfants.

4. TGI Bayonne, 26 oct. 2011, n° 11/00950.

présents au foyer partagent cette autorité parentale, et que *celle-ci étant exercée de fait conjointement, cette situation soit juridiquement consacrée.* » Non seulement les juges de première instance ne font pas référence à la condition des circonstances qui exigeraient la délégation mais ils font de la « délégation-partage » une véritable consécration juridique du rôle factuel de parent. Alors, ils s'inscrivent en contradiction totale avec la jurisprudence de la Cour de cassation du 8 juillet 2010, qui visait précisément à éviter ce raccourci de raisonnement.

671. Dans une décision du 20 décembre 2011¹, devenue définitive, le TGI d'Évry a prononcé une « délégation-partage » croisée au sein d'un couple de femmes dans des circonstances similaires à celles des autres affaires étudiées. S'appuyant sur le raisonnement de la Cour d'appel de Paris dans son arrêt 16 juin 2011², les juges rappellent que « dans l'intérêt de l'enfant, le simple fait qu'une seule branche de la filiation soit établie était suffisant pour justifier un partage de l'autorité parentale ». La mère et sa compagne soulevaient « de manière additionnelle » que la mère, magistrat, devait effectuer des déplacements de nature à la mettre dans l'impossibilité temporaire d'exercer son autorité parentale. La Cour de cassation avait trouvé un tel argument insuffisant³ mais les juges du fond ne s'en inquiètent nullement.

Selon eux, « il apparaît essentiel pour permettre à l'enfant de se construire de manière sécurisée que les deux personnes qu'il *perçoit nécessairement comme ses parents* puissent être à son égard autant responsables l'un que l'autre, investies parallèlement de la même autorité. Dans ces conditions, il convient de constater qu'afin de garantir l'équilibre tant de la vie quotidienne que de la construction psychologique et identitaire de [l'enfant], les circonstances exigent que l'autorité soit en tout ou partie déléguée ». Il faut donc souligner que le jugement se fonde sur la perception subjective de l'enfant des personnes qui sont ses « parents ». C'est par le regard de l'enfant que l'on désigne donc les « parents ». Comme ils sont perçus comme tels, il convient de leur donner les attributs de leur apparence.

Cette décision est révélatrice de la perception de la famille par les juges : un ensemble de personnes, vivant ensemble, qui se choisissent les unes les autres et s'attribuent leurs rôles entre elles. Les juges n'ont plus qu'à valider la situation de fait ainsi créée.

672. Petit à petit, d'atténuation en altération des conditions de la « délégation-partage », exigées par les articles 377 alinéa 1^{er} et 377-1 alinéa 2 et rappelées par la Cour de cassation, la « délégation-partage » tend à devenir une véritable consécration juridique du rôle de fait exercé par le concubin ou partenaire homosexuel du parent auprès de l'enfant. La délégation

1. TGI Évry, 20 déc. 2011.

2. CA Paris, 16 juin 2011, n° 10/22338.

3. Cass. 1^{re} civ., 8 juil. 2010, n° 09-12.623, *Bull. civ. I*, p. 703 ; *Defrénois* 2010, p. 2028, obs. J. MASSIP ; *AJ. Fam.* 2010, p. 394, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *RTD. civ.* 2010, p. 547, obs. J. HAUSER ; *Rev. crit. DIP* 2010, p. 747, note P. HAMMJE ; *AJ. Fam.* 2010, p. 387, obs. A. MIRKOVIC.

de l'article 377-1 acquiert alors une certaine autonomie par rapport à la délégation volontaire d'autorité parentale de l'article 377. Pour les juges du fond, les conditions pour accorder une telle « délégation-partage », ou plus exactement le partage de l'autorité parentale, semblent donc être les suivantes : l'existence d'une relation stable et continue entre le parent et son concubin ou partenaire, l'existence d'un rôle parental de fait exercé par le concubin ou le partenaire du parent à l'égard de l'enfant, l'exclusivité de la filiation à l'égard du parent et la conformité de la mesure à l'intérêt de l'enfant. Parce que la réunion des trois premières conditions suffit généralement à caractériser l'intérêt de l'enfant, il n'y a donc véritablement que trois conditions à remplir. Reste à savoir si la Cour de cassation validera ce raisonnement. Alors, le partage de l'autorité parentale aurait un régime plus cohérent et le rôle parental du concubin ou du partenaire homosexuel bénéficierait d'une véritable reconnaissance juridique.

673. Le titulaire de l'autorité parentale devient-il un équivalent parental ? La jurisprudence fait état de situations relatives à la délégation-partage dans les couples homosexuels. Ces couples ne pouvant, en droit français, former un couple parental, la délégation de l'autorité parentale leur offre un équivalent pratique du statut de parent. La fonction parentale ainsi déléguée dote le concubin ou partenaire du parent d'une existence juridique à l'égard de l'enfant dont il est totalement dépourvu lorsqu'il ne bénéficie pas d'une délégation.

Le délégataire de l'autorité parentale est donc un tiers bénéficiant de l'exercice plein et entier de l'autorité parentale mais il n'est pas parent de l'enfant. Il semble donc que la fonction parentale juridiquement consacrée offre un équivalent de statut parental à ceux qui ne peuvent l'obtenir. L'étape suivante est de procéder par assimilation : ce qui ressemble à un parent *est* un parent, celui qui joue le rôle de parent n'est pas uniquement titulaire de la fonction parentale, il *est* un parent. Du rôle vers le statut¹.

§ 2. L'appréciation du rôle parental effectif, outil de la conquête du statut parental en droit anglais

674. Du fait du développement des techniques de procréation médicalement assistée mais aussi de la reconnaissance sociale des couples de même sexe, de nouvelles familles se sont formées. Un enfant peut naître au sein d'un couple de femmes dont l'une aura eu recours à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur. Cette hypothèse n'est envisageable qu'en droit positif anglais. Le droit français ne permet l'accès à ce mode de procréation qu'à

1. Avec l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe par la loi du 17 mai 2013, le conjoint du parent pourra adopter l'enfant et ainsi bénéficier du statut plein et entier de parent.

des couples hétérosexuels. Mais, du fait d'un arrangement entre les deux femmes et un géniteur, un enfant peut naître d'une procréation « arrangée » dans les deux pays. Si l'on s'en tient aux règles traditionnelles de la filiation, la mère est celle qui accouche, le père est le mari de la mère si elle est mariée, ou bien celui qui a reconnu l'enfant comme le sien¹ si elle ne l'est pas.

Le droit anglais va plus loin puisqu'il reconnaît la possibilité au *partner* de la mère d'être déclarée comme *the other parent* de l'enfant à condition qu'aucune filiation paternelle ne soit établie et que la mère soit d'accord. Une telle construction juridique nie la complémentarité des sexes dans la procréation humaine. Aussi, la dimension biologique de la filiation est-elle totalement évincée au profit de l'égalité des couples hétérosexuels et homosexuels dans la construction familiale.

Cette égalité avait d'abord été élaborée par la jurisprudence grâce à la *parental responsibility*, véritable outil de nivellement des relations entre adultes et enfants. Outil d'appréhension des diverses structures familiales également. Elle permet de doter des personnes sans lien de filiation avec l'enfant d'attributs parentaux. La parenté devient alors parentalité. Autrement dit, le lien de filiation n'est plus nécessairement requis pour bénéficier de la *parental responsibility*. La loi a ensuite consacré cette égalité des couples hétérosexuels et homosexuels en permettant l'établissement d'un lien de filiation à l'égard de la compagne ou de la *civil partner* de la mère.

675. L'affaire *Re G (Children)*² en est une illustration. Les faits étaient les suivants. Un couple de lesbiennes avait eu recours à l'insémination de l'une d'elles par un donneur inconnu. Les enfants ainsi conçus ont été élevés par les deux femmes. Mais, juridiquement, les enfants n'avaient qu'une mère, celle qui avait accouché. Le couple a ensuite rompu. Chacune d'entre elles s'était installée avec une nouvelle partenaire. La partenaire initiale de la mère, ayant participé au projet parental et s'étant occupée de l'enfant pendant plusieurs années, souhaitait conserver un rôle à l'égard de l'enfant. Elle fit donc une demande en résidence alternée³. Elle obtint un *alternate week-end contact order* au titre duquel les enfants étaient confiés alternativement à la mère génétique et à son ex-compagne un week-end sur deux. La mère génétique ne souhaitait pas qu'un *shared residence order* soit prononcé car celui-ci aurait également entraîné un partage de la *parental responsibility* avec son ex-compagne.

Dans le même temps, la mère génétique manifesta la volonté de déménager de Leicester

1. Avec l'accord de la mère en Angleterre. Voir *supra*, page 117.

2. *Re G (Children)* [2006] UKHL 43, [2006] 2 FLR 629.

3. En effet, la section 10 (5) (b) du *Children Act 1989* permet de présenter une requête pour obtenir un droit de visite (*contact order*) et une résidence alternée (*shared residence order*) lorsque le requérant a vécu avec l'enfant pendant plus de trois ans. En l'espèce, la requérante avait vécu plus de trois ans avec l'aînée mais pas avec la cadette qui n'avait que deux ans.

vers la Cornouaille. Les services sociaux avaient alors considéré que cela serait contraire à l'intérêt des enfants. Le juge valida cette position et considéra que ce déménagement avait en partie pour but de rompre la relation des enfants avec son ex-compagne. Il décida donc que la mère génétique devait continuer à vivre avec les enfants dans la zone géographique de Leicester¹. Faisant fi de cette décision de justice, la mère déménagea en Cornouailles sans en avertir son ex-compagne. S'était ensuite engagée une bataille juridique, l'ex-compagne de la mère souhaitant continuer à voir ses enfants et la mère le refusant.

676. Pour ne pas entrer dans plus de détails procéduraux, nous nous limiterons à la décision de la Cour d'appel². La juge BRACEWELL a considéré qu'il était de l'intérêt des enfants d'être avec leur mère génétique mais qu'il était également préférable que la Cour ait confiance dans l'application des décisions de justice à venir. En effet, dans la mesure où elle n'était pas certaine que la mère génétique permette à son ex-compagne de voir les enfants, elle a donc préféré accorder la résidence à l'ex-compagne de la mère.

Il fallait donc déterminer dans quel cadre familial les enfants vivraient dans les meilleures conditions, autrement dit dans lequel ils seraient heureux. À cette fin, quelle « mère » fallait-il privilégier ? La mère génétique et juridique au détriment de son ex-compagne, mère sociologique, à laquelle les enfants étaient attachés ? Ou au contraire la mère sociologique au détriment de la mère génétique et juridique ? Quel est le lien prédominant ? La Cour d'appel avait privilégié le lien sociologique. À l'inverse, la *House of Lords* a privilégié le lien génétique.

677. Appuyant son raisonnement sur l'articulation entre le *welfare principle* et le parent d'origine (*natural parent*), la Baroness HALE OF RICHMOND a appliqué le *welfare test* à la situation. Elle confronte le *welfare principle* à la notion de *natural parent* et en conclut que le parent « naturel » est celui avec lequel l'enfant peut voir son intérêt le mieux rempli. Qu'entend-on par « parent naturel » ? Cette notion s'oppose à celle de parent légal : le parent naturel est le parent qui n'est pas nécessairement reconnu par le droit. La Baroness décèle trois façons d'être un parent « naturel » : la première est la parenté génétique, le parent est celui qui a fourni les gamètes ; la seconde est la parenté de gestation, le parent est celui qui a conçu et porté l'enfant ; la troisième est la parenté sociale et psychologique, le parent est alors celui qui s'est occupé de l'enfant et a pourvu à ses besoins les plus essentiels (*feeding, nurturing, comforting and loving*). C'est la parenté au quotidien. Or, en l'espèce, la mère des enfants est

1. Il s'agit là d'une décision très rare que les juridictions considèrent généralement comme portant atteinte au droit des parents de choisir leur lieu de résidence au sein du Royaume-Uni. Mais lorsque le lieu de résidence des enfants est l'un des critères de choix du parent avec lequel ils vont vivre, les juges s'autorisent à rendre des décisions aussi contraignantes : *V. Re E (Residence : Imposition of Conditions)* [1997] 2 FLR 638 (CA), spéc. p. 642.

2. *Re G (Children) (Residence : Same-Sex Partner)* [2006] EWCA Civ. 372, [2006] 2 FLR 614.

à la fois parent génétique et psychologique tandis que la compagne de la mère n'est qu'un parent psychologique. Ce cumul de parentés par la mère génétique doit être pris en compte pour déterminer la solution la meilleure pour les enfants.

678. Ensuite, la Baroness HALE OF RICHMOND apprécie le *child's welfare* en l'espèce. La difficulté résidait dans la désobéissance de la mère à une décision de justice organisant le droit de visite de la compagne et le lieu de résidence familial. La *House of Lords* tente de garder une certaine mesure dans l'appréciation du *child's welfare*. Aussi, elle conclut que le fait que la mère juridique des enfants soit la mère « naturelle » à plusieurs titres est un facteur important et significatif pour la détermination de ce qui va le plus dans leur intérêt actuel et futur. Cependant, s'il peut être de l'intérêt supérieur des enfants de modifier les arrangements relatifs à leur résidence lorsque l'un des parents fait échouer leur relation avec *l'autre parent*, capable de leur offrir un foyer agréable et aimant, il est peu probable que cela soit dans leur intérêt supérieur de le faire lorsque cette relation est en fait maintenue uniquement en raison d'une décision de justice. La Baroness HALE OF RICHMOND insiste ainsi sur le fait qu'un accord est toujours plus efficace lorsqu'il est spontané que lorsqu'il est imposé.

679. La *House of Lords* considère donc que la compagne de la mère, avec laquelle le projet parental a été initié, peut être considérée comme un parent de l'enfant. L'intérêt de l'enfant doit être de voir ses deux parents indépendamment de l'orientation sexuelle du parent d'origine. Elle privilégie le parent qui cumule le plus de parentés pour accorder la résidence principale des enfants mais cela ne l'empêche pas de prendre en compte la seconde mère, sociologique cette fois, et de lui accorder la *parental responsibility*.

Aucun lien de filiation n'est établi entre cette dernière et les enfants mais, en raison du vécu familial, du lien de fait ainsi construit, elle bénéficie pourtant de certains effets de la filiation. La filiation juridique ici n'a pas de primauté particulière mais elle demeure indivisible. Elle n'est pas partagée entre les deux femmes car l'enfant ne peut avoir deux mères en droit¹. Mais, il peut avoir deux mères en fait. Et c'est ce que reconnaît la *House of Lords* dans cette affaire. Si la filiation maternelle ne se partage pas, il en est bien autrement de la *parental responsibility*. Cet outil va permettre aux juges de « reconnaître d'une manière pragmatique le rôle exercé par la femme dans la vie quotidienne des enfants et de consacrer vis-à-vis des tiers ses droits et devoirs à l'égard de l'enfant² ». Cette consécration du fait parental n'a pour autant aucune conséquence généalogique ou successorale³.

1. Ce qui a changé depuis l'adoption du Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

2. T. CALLUS, « Pluralisme familial et parentalité : le principe d'égalité et le juge anglais » in *Réflexions sur le pluralisme familial*, sous la dir. de O. ROY, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2011, p. 53, spéc. p. 59.

3. V. *infra*, page 450.

680. Équivalence du rôle et du statut parental. Il ne s'agit donc pas de la consécration d'un lien de filiation mais d'un statut équivalent *via* l'exercice du rôle parental. Et parce que l'on joue le rôle de parent, l'on peut exercer les droits et devoirs parentaux définis par la loi. C'est la *parental responsibility* qui confère le véritable « *status of parenthood*¹ », le véritable statut parental. Aussi peut-on jouer le rôle de parent mais ne pas l'être du fait d'un lien de filiation tout en disposant des droits et devoirs parentaux à l'égard de l'enfant... Étonnante situation mais révélatrice de ce que le rôle tend à se substituer au statut, ou tout au moins le concurrence grandement. Car qu'est-ce qu'exercer la *parental responsibility* sinon être parent ? À l'image de l'adage de LOYSEL, « Boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage ce me semble », assumer, éduquer, et représenter l'enfant, n'est-ce pas filiation ? Cela n'est pas suffisant comme ne l'est pas réellement le concubinage pour faire le mariage. Souvent, la deuxième partie de l'adage est oubliée : « Mais il faut que l'Église y passe. » En matière de filiation, il faudrait que le juge y passe. Alors, l'exercice de la *parental responsibility* pourrait constituer un indice important de la filiation de fait à convertir en filiation de droit.

On dit encore « qui fait l'enfant doit le nourrir ». Peut-on l'inverser ? Autrement dit, qui nourrit l'enfant doit être réputé comme l'ayant fait ? L'adage initial visait les enfants nés hors mariage dont la filiation ne pouvait être établie en raison de l'illégitimité de leur statut. Afin de responsabiliser les pères, la jurisprudence parvint à les contraindre de verser des aliments à ces enfants en s'appuyant sur la responsabilité civile pour séduction dolosive. La filiation de droit, interdite par les textes, était alors compensée par une « filiation de fait ». S'inspirant de cette construction, le législateur de 1972 créa l'action à fins de subsides. Il faut noter que pour obtenir ces aliments, il faut prouver que le défendeur est susceptible d'être le père de l'enfant². L'aliment tient lieu de filiation. Pourquoi, l'autorité parentale ne tiendrait-elle pas le même rôle ? Qui a des droits et devoirs parentaux n'est-il pas au plus près de ce qu'est un parent ?

681. Cela modifie-t-il la structure de la filiation ? La *parental responsibility* est sans nul doute le cœur de la notion juridique de la filiation en droit anglais car elle est ce qui la rend effective. Étant également le cœur de la parentalité, elle constitue alors le point commun aux deux notions qui mène à leur association et à leur confusion. Mais le lien institué entre le titulaire de la *parental responsibility* n'est pas un strict équivalent du lien juridique de filiation en ce qu'il n'en confère pas tous les effets patrimoniaux³.

1. *Re S (A Minor) (Parental Responsibility)* [1995] 2 FLR 648 (CA).

2. Code civil, art. 342. « Tout enfant dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie peut réclamer des subsides à celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de la conception. »

3. V., *supra*, page 429

682. La reconnaissance du « second female parent ». La jurisprudence anglaise avait considéré que l'attribution du rôle parental pouvait permettre de qualifier son titulaire de « parent », le rôle valant statut. Le législateur a été plus loin en instaurant une nouvelle catégorie de parent : le *second female parent*¹, et consacrant par là même l'égalité entre les couples parentaux hétérosexuels et homosexuels.

Partant d'une prise en considération du rôle parental exercé par la compagne de la mère, le droit anglais a ensuite créé un lien de filiation artificiel entre la *civil partner* ou la compagne de la mère et l'enfant.

683. Conclusion. Ainsi, en droit français, le glissement s'opère du rôle vers le statut, c'est-à-dire que la personne qui exerce le rôle parental est à la recherche d'une reconnaissance juridique. Le beau-parent homosexuel à l'égard duquel un lien de filiation ne peut être établi, en raison de l'interdiction de la double filiation maternelle ou paternelle, pourra obtenir ainsi une consécration juridique du rôle exercé.

En droit anglais, le glissement n'a pas besoin de s'opérer exactement de la sorte car le rôle peut se suffire à lui-même, indépendamment de l'existence d'un statut préalable. Celui qui exerce le rôle est un succédané de parent, même sans lien de filiation à l'égard de l'enfant.

Section II La notion de « parentalité », renouveau de la notion de filiation ?

684. Celui qui exerce le rôle est-il parent ? Voilà la question que soulève l'expression de « parentalité ». L'exercice du rôle parental doit-il être reconnu en tant que tel, de façon autonome (§ 1.) ? La parentalité, en ce qu'elle désigne le rôle de parent, constitue-t-elle un nouveau statut, concurrent de la filiation (§ 2.) ?

§ 1. La prise en compte autonome du rôle parental

685. La parentalité, une notion fonctionnelle. La parentalité est d'abord une notion fonctionnelle : « la parenté est une notion juridique qui désigne le lien unissant les personnes par le sang. Ce lien peut également être créé par le droit à travers l'adoption insérant un enfant dans une famille... La parentalité n'est pas une notion juridique mais désigne une fonction

1. V. *supra*, page 115.

exercée de fait par un adulte auprès d'un enfant à travers un rôle parental et/ou éducatif¹. » Elle renvoie plus exactement à la « fonction de prise en charge, de protection et d'éducation de l'enfant² ».

686. La parentalité, une redéfinition sociale de la filiation. La parentalité, en ce qu'elle désigne le rôle parental, devrait, en principe, être liée à la filiation. Mais, comme nous avons pu l'observer, elle s'en est progressivement détachée au point de s'autonomiser. Le fondement de la parentalité est, en réalité, le vécu commun de l'adulte avec l'enfant. Il s'agit d'observer qui exerce en fait le rôle de parent pour déterminer qui relève de la parentalité. Finalement, la parentalité désigne le « parent » social de l'enfant³ : celui avec lequel la vie de famille est partagée et dont le rôle est reconnu à l'extérieur du cercle familial. « Un tel concept conduit à consacrer juridiquement les influences des personnes appelées à s'occuper de l'enfant. Est ainsi promue l'idée d'une "pluriparentalité" qui consiste à accorder les droits et devoirs parentaux à toute personne qu'unit à l'enfant des liens particuliers⁴. »

687. La parentalité, l'un des éléments de la vie familiale Cette notion de parentalité s'inscrit dans celle de vie familiale inscrite dans l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a retenu que la situation d'un enfant élevé par deux personnes de même sexe qui l'ont « conçu » dans le cadre d'un projet parental commun et l'élèvent ensemble, constitue une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention⁵. Elle avait antérieurement reconnu l'existence d'une vie familiale en dehors de tout lien de parenté⁶. La parentalité, en ce qu'elle désigne l'exercice de la fonction parentale indépendamment de l'établissement préalable de tout lien de filiation, est donc sans aucun doute l'une des composantes de la notion de vie familiale telle que l'entend la Cour européenne des droits de l'homme.

Elle pourrait alors bénéficier d'une protection au nom du droit au respect de la vie familiale. La difficulté réside alors dans son articulation face au lien de filiation.

1. DÉFENSEURE DES ENFANTS, *L'enfant au coeur des nouvelles parentalités*, 2006, p. 12.

2. H. FULCHIRON, « Parenté, parentalité, homoparentalité, (à propos de l'arrêt de la 1^{re} chambre civile du 24 février 2006) », *D.* 2006, p. 876. V. aussi H. FULCHIRON, « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? » in *Mariage-conjugalité. Parenté-parentalité*, sous la dir. de H. FULCHIRON, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, p. IX. dans lequel l'auteur reprend cette définition en précisant « fonction culturelle ».

3. D. FENOUILLET, « La parentalité en question : la parenté éprouvée », *Petites affiches* 24 mar. 2010, p. 7.

4. M.-L. DELFOSSE-CICILE, *Le lien parental*, sous la dir. de F. TERRÉ, Paris II, 2001, p. 18.

5. CEDH sect. IV, *Gas et Dubois c. France*, 31 août 2010, n° 25951/07 ; *AJ. Fam.* 2010, p. 433, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *RTD. civ.* 2011, obs. J. HAUSER.

6. CEDH, X., *Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avr. 1997 ; *JCP G.* 1998, t. I, 107, obs. F. SUDRE.

§ 2. Filiation et parentalité, deux notions en concurrence ?

688. La difficulté d'introduire une nouvelle notion désignant la fonction parentale réside dans la concurrence qu'elle suscite avec la notion de filiation. En cas de conflit entre les parents juridiques, à l'égard desquels un lien de filiation est établi, et les « parents », investis du rôle parental, qui doit primer ? Si la filiation prime sur la parentalité, c'est que la parentalité n'est que l'un des aspects de la filiation, délégué à des tiers. La filiation resterait le lien de référence. Si, en revanche, la parentalité prime sur la filiation, c'est que la filiation se serait fondue dans la parentalité¹.

689. Le droit anglais nous donne une illustration du conflit entre filiation et parentalité. Lorsque la *parental responsibility* ne s'adosse pas à un lien de filiation, elle semble, en effet, le remplacer voire l'évincer. En effet, le juge apprécie la qualité de parent à l'exercice de la fonction parentale et peut doter un non-parent de celle-ci tout en privant le parent juridique.

690. Ainsi, le juge a procédé à une évaluation de la signification de la qualité de parents² et a considéré que l'attribution de la *parental responsibility* était constitutive de la véritable parenté dans l'affaire *Re D (Contact and Parental Responsibility : Lesbian Mothers and Known Father)*³.

Un couple de femmes souhaite fonder une famille. Elles décident d'avoir recours à un donneur de sperme connu pour permettre à l'enfant de connaître l'existence et l'identité de son géniteur. Mais, le point de départ était clair : la cellule familiale ne serait composée que d'elles et de l'enfant. Il n'y avait pas de place prévue pour le père⁴. Le donneur de sperme était d'accord avec ces conditions. Mais, après la naissance de l'enfant, il souhaite s'impliquer dans la vie de l'enfant⁵. Il y eut un contact limité entre l'enfant et son père mais les relations entre

1. H. FULCHIRON, « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? » in *Mariage-conjugalité. Parenté-parentalité*, sous la dir. de H. FULCHIRON, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, p. IX, spéc. p. XVII. « L'admission du mariage homosexuel a transformé le sens du mariage ; celle de la "parenté" homosexuelle changerait la signification de la filiation. De même que le mariage s'est dilué dans la "conjugalité", la parenté se fondrait dans la parentalité. La filiation "n'exprimerait plus en termes juridiques, la réalité humaine fondamentale selon laquelle l'identité structurante de l'être humain en général et de tout être humain en particulier, procède de la rencontre du sexe féminin et du sexe masculin"(J.-L. RENCHON, "Les conjugalités en droit belge" in *Du PACS aux nouvelles conjugalités*, sous la dir. de J. FLAUSS-DIEM et G. FAURÉ, PUF, 2005, p. 85). Elle ne serait plus qu'un lien de droit entre un enfant et des adultes jouant le "rôle" de parent. »

2. T. CALLUS, « Pluralisme familial et parentalité : le principe d'égalité et le juge anglais » in *Réflexions sur le pluralisme familial*, sous la dir. de O. ROY, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2011, p. 53, spéc. p. 61.

3. *Re D (Contact and Parental Responsibility : Lesbian Mothers and Known Father)* [2006] EWHC (Fam) 2.

4. Il convient ici de rappeler que les faits de l'espèce sont antérieurs à au *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* qui a ouvert la procréation médicalement assistée aux couples homosexuels féminins et a créé un nouveau lien de filiation à l'égard de la partenaire ou de la concubine de la mère. V. *supra*, page 171.

5. Comme nous l'avons décrit *supra*, page 125, lorsque la mère n'est pas mariée, le père doit déclarer l'enfant auprès du *Registrar* ; cette déclaration ne sera effective que si la mère y donne son consentement. Alors seulement

le père et la mère se dégradèrent. Il intenta une action pour obtenir l'octroi de la responsabilité parentale et un droit de visite. La mère s'opposa à cette demande.

691. La difficulté résidait dans l'élaboration du projet parental par la mère et sa compagne. Quelle place accorder au père face à la cellule familiale homosexuelle ? En principe, face à un couple de parents hétérosexuels, le juge tiendrait compte du père et lui octroierait la *parental responsibility*. En effet, la politique familiale anglaise prône la participation du père à la vie de l'enfant, notamment en cas de séparation des parents. Il peut alors se voir attribuer l'exercice de droits et responsabilités parentales¹. Mais, dans l'affaire *Re D*, le juge a estimé qu'il devait tenir compte également du « couple maternel ». S'il pourrait être de l'intérêt de l'enfant d'être en contact avec son père, le juge ajoute toutefois que cet intérêt doit être subordonné à l'impératif de ne pas déranger les relations entre la mère et sa compagne². Cet impératif est donc supérieur à l'intérêt de l'enfant ! La stabilité et l'équilibre du cadre familial de l'enfant priment sur l'effectivité du lien de filiation paternelle.

692. Ce qui importe est donc que la cellule familiale, composée de la mère et de sa compagne, ne soit pas mise en danger ; si le père représente un risque pour cette cellule familiale alors il doit être écarté. Le juge a donc octroyé au père une responsabilité parentale limitée puisqu'elle ne comportait aucun droit d'exercer un rôle éducatif ou de soin vis-à-vis de l'enfant. La compagne de la mère se voyait accorder la résidence de l'enfant conjointement avec la mère, mais aussi le plein exercice de la responsabilité parentale. En définitive, le père se voit reconnaître un statut moindre que celui de la compagne de la mère biologique. À tel point que le juge fait référence à l'existence de deux mères qui sont les parents de l'enfant et d'un « père », qui n'est pas pour autant un « parent ». Alors, « la responsabilité parentale sert comme outil pour reconnaître un statut qui existe déjà *de jure* car le demandeur est juridiquement le père, mais qui servira de reconnaissance sociale de la présence du père, sans pour autant lui permettre d'exercer son rôle parental³ ». Autrement dit, un demi-statut mais sans réelle effectivité.

le père pourra bénéficier de la *parental responsibility*. Dans l'affaire *Re D*, le père n'avait pas déclaré l'enfant – il n'aurait sans doute pas obtenu le consentement de la mère – et il devait donc demander au juge de lui octroyer l'exercice de l'autorité parentale s'il le souhaitait.

1. *Re H (Minors : Parental Responsibility)* [1991] Fam.

2. *Re D (Contact and Parental Responsibility : Lesbian Mothers and Known Father)* [2006] EWHC (Fam) 2, note 20, § 10.

3. T. CALLUS, « Pluralisme familial et parentalité : le principe d'égalité et le juge anglais » in *Réflexions sur le pluralisme familial*, sous la dir. de O. ROY, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2011, p. 53, spéc. p. 61.

693. Cette décision est très étonnante pour un juriste français¹. Comment le père peut-il être ignoré de la sorte ? Comment peut-on le priver en grande partie de l'un des effets extra-patrimoniaux de la filiation alors même qu'il ne représente pas un danger pour l'enfant ni ne se désintéresse de celui-ci ? Son absence d'implication, autre que physique, dans le projet parental doit-il lui être ainsi reproché sans limites ? Qu'est-ce que cette filiation dépourvue d'effets face à l'absence de filiation pourvue des effets essentiels de celle-ci ? L'égalité entre les parents biologiques et sociaux est censée justifier cette solution. Mais l'égalité doit-elle être exclusive de l'un des parents génétiques ? Dans la mesure où le couple de femmes avait décidé de recourir à un donneur connu et non anonyme, et que ce dernier souhaite jouer un rôle dans la vie de l'enfant, il devrait en être tenu compte non pas seulement pour la filiation de l'enfant mais pour l'effectivité de celle-ci. Le fait que la filiation génétique paternelle soit ainsi écartée manifeste que le rôle parental confère un véritable statut, qui ne peut être concurrencé. Le principe maintenu de la biparenté implique qu'il n'y ait que deux « parents », l'un dont le statut est fondé sur la filiation, l'autre uniquement sur le rôle exercé. Le troisième « parent », ou plus exactement, le deuxième dont le statut est fondé sur la filiation est mis à l'écart.

694. L'égalité des couples mène à la supériorité de la parentalité sur la parenté. Il ne s'agit pas d'une égalité statutaire mais d'une égalité fonctionnelle. Celui qui joue le rôle de parent est parent. La filiation est réduite au rang de statut sans effectivité automatique, la *parental responsibility* consacre le rôle parental au profit de ceux qui ne sont pas parents en droit : elle est l'effectivité du statut sans le statut. Le rôle parental se suffit alors à lui-même. La parentalité surpasse la parenté, la parentalité met la filiation au second plan. Cette mise en concurrence du statut et du rôle, de la filiation et de la *parental responsibility*, n'est pas souhaitable car elle laisse penser que l'un et l'autre sont substituables. Or, ils sont complémentaires et l'on peut envisager de les dissocier lorsque cela va dans l'intérêt de l'enfant mais pas de les prendre l'un pour l'autre, de les confondre². « L'amalgame entre rôle et statut est un développement dangereux et ne peut qu'engendrer plus de conflits, pour ne pas dire de souffrances personnelles des familles qui en sont victimes³. »

695. Si la *parental responsibility* permet de doter le partenaire homosexuel du parent d'un effet principal du lien de filiation, il ne faut pas pour autant nier l'origine de l'enfant. Aussi, quand le parent hétérosexuel souhaite s'investir dans la vie de l'enfant, ne peut-on, à notre avis, lui refuser au motif qu'il va gêner la cellule familiale homosexuelle en construction. Est-

1. Il s'agit là d'une décision d'une juridiction de première instance à laquelle on aurait pu nier son importance. Mais le *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* a été encore plus loin en reconnaissant le statut de parent à la compagne de la mère lorsque cette dernière a donné son accord, confirmant cette tendance.

2. T. CALLUS relève cette confusion entre le statut et le rôle du parent à propos de l'affaire *Re D* : *Ibid.*, p. 63.

3. *Ibid.*

ce, en effet, de l'intérêt de l'enfant ? La stabilité de la cellule familiale va très certainement dans l'intérêt de l'enfant, mais la relation avec le père qui souhaite s'investir auprès de lui également. Si l'on accepte qu'un projet parental soit mené par un couple homosexuel, il ne faut pourtant pas oublier qu'ils ne peuvent concevoir physiquement l'enfant par eux-mêmes. Et donc, dans cette situation différente de celle d'un couple hétérosexuel, il doit être tenu compte du parent génétiquement concepteur souhaitant s'occuper de l'enfant.

696. Ainsi, la notion de « parentalité » semble renouveler celle de filiation parce qu'elle permet de désigner des situations de fait dans lesquelles un lien de filiation n'est pas ou ne pourrait être établi. Notion de pur fait, elle a le mérite de la souplesse. Elle est utile en ce qu'elle permet de prendre en compte la réalité du vécu familial de l'enfant mais il nous semble qu'elle ne doit pas pouvoir écarter le lien initial et fondateur qu'est le lien de filiation au risque de réduire celui-ci à un pur lien identitaire.

697. La consécration de la filiation comme rôle plutôt que comme statut s'inscrit dans une tendance contemporaine : celle de l'attribution des effets d'un statut juridique à ceux qui en sont pourtant dépourvus. Cette tendance se retrouve dans les deux systèmes mais elle est plus marquée en droit anglais en raison de son fonctionnement rétrospectif. Il ne s'agit pas d'envisager un statut préalable pour en octroyer ensuite les effets mais d'observer quelle est la situation concrète, vécue, pour ensuite la consacrer juridiquement. En droit français, le statut est préalable à l'attribution des effets mais il faut remarquer que la tendance à la dissociation s'accroît au nom de l'égalité des situations de droit et de fait. Ce qui contribue à la confusion de la notion de filiation.

Conclusion du Chapitre 2

698. Parce qu'elle dote le parent de droits et devoirs à l'égard de l'enfant, l'autorité parentale est devenue l'outil indispensable pour exercer véritablement le rôle de parent auprès d'un enfant, généralement auprès de celui du conjoint, partenaire ou concubin. L'adulte référent se comporte alors comme le parent et est doté des attributs juridiques de la filiation. Ce faisant, la possibilité de déléguer cette composante dynamique de la filiation a nourri la représentation selon laquelle celui qui exerce le rôle de parent *est* le parent. Alors, de la ressemblance à l'équivalence, il n'y a qu'un pas. Des revendications de doter l'adulte référent d'un véritable statut autonome sont apparues¹ mais n'ont pas abouti. C'est alors l'accès à la filiation qui a été réclamé au nom de la cohérence : agissant en tant que parents, ces personnes devraient pouvoir revêtir la totalité du statut et non pas seulement se doter de sa dimension dynamique.

699. D'une notion, la filiation, et de son élément dynamique, l'autorité parentale, une autre notion a été tirée, celle de « parentalité ». Désignant une situation de fait ressemblant au lien de droit et dotée de son principal effet, elle constitue l'aboutissement de la dissociation du statut et du rôle. Le rôle s'est ainsi autonomisé au point de faire naître une nouvelle notion.

Fondée sur le vécu familial et détachée de tout modèle procréatif, la parentalité s'inscrit parfaitement dans la tendance contemporaine qui tend à valider la situation préexistante, parce qu'elle tire son essence de son existence, plutôt que de poser un cadre préalable dans lequel la famille sera amenée à s'épanouir. De la sorte, le droit français s'oriente vers une philosophie conséquentialiste plutôt rattachée à la tradition anglo-saxonne qu'à la tradition romaniste.

La difficulté qui survient alors est celle relative à l'articulation de cette nouvelle notion avec celle de filiation. Laquelle doit primer sur l'autre ? Pour le moment, seule la notion de filiation existe juridiquement, ce qui devrait la faire primer en toutes circonstances. Pourtant, la jurisprudence anglaise permet de montrer que la filiation peut être écartée au profit du tiers qui exerce le rôle de parent. Le critère pour les départager sera sans nul doute celui de l'intérêt de l'enfant², qui n'apportera guère plus de certitudes quant à l'issue du conflit mais donnera une justification, presque incontestable, à cette issue.

1. V. par exemple, pour le statut du beau-parent : V. L. SAUVÉ-LESTIENNE, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, sous la dir. de G. CHAMPENOIS, Paris II, 2013, LGDJ. D. FENOUILLET, « La parentalité en question : la parenté éprouvée », *Petites affiches* 24 mar. 2010, p. 7.

2. V. *supra*, page 249

Conclusion du Titre I

700. L'autorité parentale confère au parent, c'est-à-dire au titulaire du statut, les droits et devoirs nécessaires pour élever l'enfant. En tant que parent, il est, en effet, supposé le plus apte et le plus impliqué pour accomplir cette mission. Aussi, l'attribution de l'autorité parentale s'appuie sur le lien juridique de filiation dans les deux systèmes étudiés.

Cependant, le droit anglais a une approche plus pragmatique du lien de filiation en ce qu'il n'exige pas son établissement juridique préalable pour octroyer le bénéfice de la *parental responsibility* à celui qui le demande. Le parent à l'égard duquel la filiation est établie, généralement la mère, peut décider de partager la *parental responsibility* avec la personne qu'elle pense être le père de l'enfant mais aussi plus largement avec la personne qu'elle souhaite voir investir auprès de l'enfant. De la même manière que la volonté peut être fondatrice du statut, elle peut donc aussi être fondatrice du rôle. Prédicatif, le droit français s'attache, quant à lui, davantage à l'établissement préalable du statut qui définit les droits et obligations de son titulaire. Aussi, l'autorité parentale ne peut être que partagée ou déléguée. Il ne peut, en revanche, y avoir d'attribution en lieu et place de l'établissement du lien de filiation.

701. Partant de postulats différents, les droits français et anglais se rejoignent néanmoins dans l'évolution qu'ils ont connue. La dissociation du statut et du rôle était possible *ab initio* en droit anglais et s'est progressivement imposée en droit français pour conférer au beau-parent de même sexe ou de sexe différent, ou à tout autre adulte référent, les mêmes droits et devoirs que le parent. Imitant le statut au quotidien et doté des mêmes attributs, la situation de fait s'est confondue dans les esprits avec la situation de droit au point que la question de l'ouverture de la notion de filiation a été posée. Le mouvement est ici inversé par rapport au lien de causalité habituel puisqu'il s'agit là de remonter du rôle vers le statut. Il est fort probable que, s'appuyant sur cette ressemblance entre situation de fait et situation de droit, une uniformisation soit envisagée. Et la passerelle pour que la situation de fait devienne l'équivalent de la situation de droit pourrait être la notion nouvelle de « parentalité ». La difficulté apportée par une nouvelle notion réside alors dans sa coordination avec celle de filiation en raison des conflits qui peuvent naître entre elles.

Il est également possible que l'exercice du rôle soit le support de l'élargissement de la notion de filiation. Ayant l'apparence du parent et les attributs juridiques nécessaires pour prendre les décisions relatives à l'enfant, il est fort probable que l'outil de la possession d'état, que nous avons envisagé précédemment¹, pourrait être employé pour conférer le statut de parent à ceux qui exercent le rôle.

702. Pour aller plus avant, il faudra observer si cette ressemblance de la situation de fait avec la situation de droit va jusqu'à doter le rôle des autres effets personnels mais également patrimoniaux de la filiation.

1. V. *supra*, page 228.

Titre II

Une extension restreinte des autres effets du statut au profit du rôle

703. La filiation est le lien qui donne à la famille sa dimension verticale. Elle inscrit l'enfant dans une famille en le reliant à ses parents et, ainsi, à tous ses autres ascendants. De ce lien vertical ascendant résulte l'inscription dans une famille horizontale. C'est, en effet, le lien de filiation de chaque enfant avec ses parents qui permet de constater la collatéralité des enfants entre eux : ayant les mêmes parents, ils sont frères et sœurs, ayant les mêmes grands-parents, ils sont cousins. C'est par l'établissement de la filiation de l'enfant que l'entrée dans une généalogie s'opère.

704. De cette inscription dans une famille résulte des effets personnels ainsi que des effets patrimoniaux. Ces effets sont-ils exclusivement réservés au lien de filiation ? Ne peuvent-ils pas être attribués, à l'image de l'autorité parentale et de la *parental responsibility*, à d'autres que ceux que la filiation désigne ? Autrement dit, quelle est la place du lien de filiation dans la construction familiale ? Est-elle un préalable requis ?

Du fait de leur culture juridique distincte, l'étude des deux systèmes révèle que le droit français privilégie la préexistence d'un lien de filiation et donc d'un statut parental pour que l'enfant puisse bénéficier des effets personnels de la filiation tandis que le droit anglais offrira la souplesse nécessaire pour prendre en compte la situation familiale telle qu'elle est vécue et l'assortir des mêmes effets que ceux du lien de filiation. Pourtant, les approches sont loin d'être figées et le droit français tend à laisser davantage de place à l'individualisme et au conséquentialisme, par exemple, en matière de nom de famille. À l'inverse, le droit anglais demeure attaché à ses traditions ancestrales en matière de transmission du titre de noblesse, laissant en vigueur la distinction entre *legitimate* et *illegitimate child*. Ainsi, malgré ces quelques résistances, les effets personnels font relativement l'objet d'une extension au rôle (Chapitre 1).

705. L'étude des effets patrimoniaux du lien de filiation n'est pas moins riche d'enseignements quant à la distinction entre statut et rôle en matière de filiation. Dans les deux systèmes, le lien de filiation a une importance particulière dans la détermination des débiteurs et créanciers alimentaires ou encore des héritiers. Les enjeux économiques invitent ici à davantage de précision et de rigueur. Le statut est donc privilégié par rapport au rôle en matière de dévolution successorale dans les deux systèmes afin d'assurer la transmission des biens au sein de la famille, marquant une résistance de l'extension des effets au rôle (Chapitre 2). Il faut pourtant nuancer cette observation puisque le droit anglais pratique la liberté testamentaire, laissant ainsi la possibilité au testateur de déshériter ses enfants ou de gratifier l'un d'entre eux de l'ensemble de son patrimoine, voire encore de gratifier un enfant dont il s'est occupé comme le sien. Le rôle reprend alors toute sa place face au statut.

De la sorte, la notion de filiation subit sans cesse un tiraillement entre statut et rôle, modifiant les fondements philosophiques qui lui sont sous-jacents mais également les enjeux.

Chapitre 1

Une propension à l'extension des effets personnels

706. La tendance de fond qui consiste à associer les effets de la filiation à des situations de fait qui ressemblent au lien juridique étudié se vérifie également dans le domaine des effets personnels. La filiation va opérer la désignation du parent de droit. De l'établissement du lien de filiation naît le statut parental, c'est-à-dire la reconnaissance par le droit de la qualité de parent pour celui à l'égard duquel le lien de filiation a été établi avec l'enfant. C'est en principe ce parent, bénéficiaire du statut, qui va transmettre son nom de famille à l'enfant. En droit français, la transmission s'opère ainsi de plein droit du fait de l'inscription à l'état civil de l'enfant du nom de son ou ses parents. Seul le statut parental justifie la transmission du nom, le rôle parental exercé sans statut, n'a pas de conséquences sur l'état civil de l'enfant et donc pas non plus sur l'attribution du nom. En droit anglais, l'état civil n'a pas la même importance qu'en droit français et, par conséquent, rien ne s'oppose à ce que le principe soit celui de la liberté de transmission du nom. Le lien de filiation n'est pas requis comme support de cette transmission et le rôle parental peut alors s'y substituer (Section I).

Mais la souplesse apparente du système anglo-saxon est vite altérée par les règles applicables en matière de transmission des titres de noblesse. Celles-ci reposent bien sur le statut et non sur le rôle. Le titre de noblesse ne peut être transmis que lorsque le lien de filiation est établi et que si cette filiation est dotée d'une certaine qualité : la légitimité. La philosophie conséquentialiste n'a donc pas – encore – réussi à affecter la tradition ancestrale de la transmission des titres nobiliaires.

707. Une autre illustration de la place grandissante du rôle dans le droit de la filiation ressort du droit social français. Ainsi, la loi de financement de la sécurité sociale 2013 a renommé le congé de paternité en « congé de paternité et d'accueil de l'enfant » et l'a dissocié

de l'établissement du lien de filiation pour le rattacher à la vie commune du bénéficiaire du congé avec la mère de l'enfant. Si cette modification est une prémisse de l'ouverture de la filiation adoptive aux couples de même sexe, elle n'en détache pas moins la filiation de l'un de ses effets (Section II).

Section I La transmission du nom de famille et de ses attributs

708. L'établissement du lien de filiation inscrit une personne dans une lignée familiale, dans une dimension familiale verticale. L'enfant est ainsi lié à ses parents et autres ascendants, et le parent, déjà lié à ses propres ascendants, va s'attacher ses propres descendants. La transmission du nom et du titre de noblesse sont deux manifestations de ce rattachement à la lignée.

709. En principe, l'attribution du nom de famille résulte de l'établissement du lien de filiation et donc de sa mention consécutive à l'état civil. Le nom, lié intimement au statut qu'offrait la filiation, ne s'envisageait pas indépendamment de ce lien. La volonté individuelle n'avait aucune incidence sur le choix du nom ou la modification de celui-ci. L'indisponibilité de l'état y faisait obstacle. L'état était placé au-dessus des volontés individuelles. Du fait de l'altération progressive de ce principe en droit français, le nom peut résulter d'un choix parental mais demeure lié à l'établissement du statut.

Le droit anglais ne connaît pas ce principe d'indisponibilité de l'état civil. Il laisse donc la liberté à chacun de modifier et choisir son nom de famille ou encore de transmettre son nom à la personne choisie, indépendamment de l'existence préalable d'un lien de filiation. Le rôle parental exercé auprès de l'enfant va justifier cette transmission du nom et, de la sorte, réaliser un rattachement de l'enfant à celui qui lui donne son nom. Un lien de nomination se substitue alors au lien de filiation.

Cette différence de conception de l'état civil est une illustration significative de ce que les effets de la filiation peuvent en être détachés et s'appliquer à des situations qui reposent sur la volonté des personnes concernées et qui ressemblent à des liens de filiation (§ 1.).

710. Pourtant, cette dissociation ne s'opère pas pour tous les effets. Ainsi, la transmission du titre de noblesse demeure exclusivement fondée sur l'établissement du lien de filiation. La volonté individuelle n'a pas d'emprise en ce domaine. La filiation résiste comme statut (§ 2.).

§ 1. La transmission du nom de famille, illustration de la prééminence du statut en droit français et de celle du rôle en droit anglais

711. Le nom est le signe d'appartenance à une famille en ce qu'il désigne tous les membres d'une même famille. Il est la manifestation sociale et publique du lien de filiation qui unit l'enfant à ses parents et autres ascendants. Ainsi, il est à la fois « assurance de filiation ¹ » et signe extérieur du lien généalogique ².

S'il y a interdépendance ³ et interaction ⁴ entre la filiation et le nom de famille en droit français (A.), l'effet peut être délié du statut en droit anglais (B.).

A. L'attribution du nom de famille, un effet du statut en droit français

712. En droit français, l'attribution du nom de famille est consécutif à l'établissement du lien de filiation, il est intimement lié au statut ainsi constitué (1.). Il est également l'un des faits constitutifs de la possession d'état, mode d'établissement de la filiation (2.). Il est alors un indice du lien de filiation, décelé à travers le rôle parental exercé auprès de l'enfant.

1. Nom et filiation, deux notions intrinsèquement liées

713. Ce principe d'attribution du nom en fonction du lien de filiation est exprimé dans l'article 311-21 du Code civil. Il a été affirmé par la jurisprudence pour la première fois au début du XX^e siècle par la Cour de cassation ⁵. Ce principe permet à la fois de manifester le lien entre l'enfant et sa famille mais aussi de s'assurer de l'identification cohérente des personnes. Il n'est, en effet, de meilleur moyen de contrôler l'attribution à chacun d'un nom que de faire d'un fait unique, la parenté, la source de cette attribution ⁶. L'identification d'une personne par sa famille et par l'État est ainsi simplement et uniformément assurée ⁷.

Cette jonction entre l'établissement de la filiation et l'attribution du nom s'opère dans

1. M. GOBERT, « Le nom ou la redécouverte du masque », *JCP G.* 1980, I, p. 2966, n° 4.

2. J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille*, t. I, Quadriges, Paris : PUF, 1999, n° 28.

3. C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français, Étude critique*, sous la dir. de E. PUTMAN, 2009, PUAM, p. 497.

4. P. MALAURIE, *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, 2010, p. 41.

5. Req., 18 mar. 1913 ; S. 1916, t. 1, p. 216.

6. G. LOISEAU, *Le nom, objet d'un contrat*, sous la dir. de J. GHESTIN, 1997, LGDJ, p. 29.

7. Sur la fonction désignative du nom, v. la thèse de M. le Professeur LOISEAU, *ibid.*, p. 26 et s. « Le nom permet ainsi un double repérage : il identifie personnellement l'individu en l'isolant comme entité du corps social et le saisit, en son état, au regard du groupe familial auquel il appartient » (n° 23).

l'acte d'état civil. L'article 57 du Code civil dispose, en effet, que « l'acte de naissance énonce [...] les noms des père et mère » – mention qui sera remplacée par les noms des « parents » à la suite de l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe¹ – et la loi du 6 fructidor de l'an II, à laquelle il faut le combiner, dispose qu' « aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance ». Filiation et nom de famille sont, en tant qu'éléments de l'état civil, intrinsèquement liés. La filiation est ainsi constitutive du statut qui justifie la transmission du nom. En ce sens, comme l'écrivait Ambroise Colin², « les procès relatifs au nom patronymique mettent en définitive en jeu une question de *filiation*, et le nom patronymique ne nous paraît pas définissable autrement que comme la *marque distinctive et extérieure de l'état*, ou, plus exactement encore, de *cet élément de l'état qui réside dans la filiation*, à l'un quelconque de ses degrés³ ».

714. En tant qu'effet de l'établissement de la filiation, la transmission du nom s'opère consécutivement à cet établissement⁴. Il ne devrait donc pas être possible d'établir un lien de filiation sans transmettre le nom du parent. Pourtant, la dévolution du nom de famille a longtemps été unilinéaire. Seul le nom du père, le nom patronymique⁵, était transmis. À défaut de filiation paternelle, le nom de la mère était alors transmis à l'enfant.

Cette prééminence du nom patronymique provient de l'extension de la règle applicable initialement au sein de la famille légitime, la seule à avoir une véritable existence juridique pendant longtemps. À l'origine, elle s'explique sans doute par la manifestation du père de se rattacher les enfants alors même que la filiation était dépourvue de certitudes⁶. L'unité de nom faisait l'unité de la fratrie et donc de la famille.

Cette unité participait à la réalisation de la triple fonction du nom : individuelle, sociale et familiale⁷. D'abord, le nom contribue à l'identification de la personne dans le groupe familial et plus largement dans la société. L'État en use ainsi comme d'un instrument de police civile⁸ afin de distinguer les individus, de les individualiser. Ensuite, le nom est un emblème familial en ce qu'il est un élément visible de rattachement à une famille. Enfin, il est un élément de la personnalité en ce qu'il est une mention de l'état civil de la personne. Ainsi, le nom est à la

1. Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, *JO* 18 mai 2013.

2. DP 1904. II. 1, spéc. p. 2, col. droite sous Paris, 21 janv. 1903.

3. Nous soulignons.

4. Code civil, Pour la filiation en général : art. 311-21. Pour la filiation adoptive plénière : art. 357. Le nom choisi par les adoptants se substitue au nom de famille initial. Pour la filiation adoptive simple : art. 363. Le nom choisi s'ajoute au nom initial dans la limite de deux noms accolés l'un à l'autre.

5. J. FOYER, « Du nom patronymique au nom de famille. Progrès ou régression » in *Mélanges offerts à André Decocq. Une certaine idée du droit*, Litec, 2004.

6. J. MENJUCQ, *L'attribution du nom par filiation*, Université Paris II, 1975, p. 118. Il s'agirait ainsi d' « exorciser le mystère de la paternité ».

7. M. GRIMALDI, « Patronyme et famille : l'attribution du nom », *Defrénois* 1987, I, p. 1425.

8. PLANIOL et RIPERT, *Traité de droit civil*, sous la dir. de A. ROUAST, t. 2, n° 114.

fois « une marque de citoyenneté, un repère généalogique et, en chacun, une composante de son état ¹ ».

Désormais, le nom est perçu de façon plus subjective, comme un élément de l'identité personnelle, en ce qu'il doit avoir un sens pour la personne qui le porte, davantage qu'en ce qu'il est un élément objectif d'identité. S'inscrivant dans cette dynamique subjectiviste, l'établissement du lien de filiation peut désormais opérer la transmission du nom du père, du nom de la mère ou encore du nom de la mère en surplus du nom du père ². Cette modification de la dévolution du nom a été réalisée au nom de l'égalité entre homme et femme, entre père et mère, chacun devant pouvoir transmettre son nom ³. Chaque lien de filiation établi peut donc potentiellement entraîner l'attribution du nom du parent. Elle est devenue bilinéaire à l'image de la filiation qui lui sert de support. Jusqu'à cette réforme fondamentale, le nom n'était pas « donné » par les parents mais « résultait, *de plein droit*, d'un mécanisme sur lequel la volonté individuelle n'avait pas de prise ⁴ ». Le nom était imposé et non choisi. La loi, sans le dire expressément, était donc impérative ; elle est devenue supplétive ⁵.

L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe a donné lieu à une nouvelle réforme du régime de l'attribution du nom de famille ⁶. Désormais, l'alinéa 1er de l'article 311-21 du Code civil prévoit qu'en cas de désaccord des parents de l'enfant, signalé à l'officier d'état civil, « l'enfant prendra leurs deux noms, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, *accolé selon l'ordre alphabétique* ».

Si elle demeure, cette offre de choix du nom de famille n'est pas illimitée. En ce sens, le Conseil d'État a rappelé que l'article 61 du Code civil n'a pas pour vocation de modifier le nom d'un enfant au gré des revendications de ses parents. Ces derniers ne peuvent procéder à des modifications à répétition du nom de l'enfant ⁷. Les règles d'attribution demeurent d'ordre

1. G. CORNU, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, 12^e éd., Montchrestien, 2005, p. 110.

2. Code civil, Art. 311-21.

3. La Cour européenne des droits de l'homme avait précisé antérieurement la ligne de conduite en la matière en faisant du nom un élément de la vie privée et familiale protégée par l'article 8 et en condamnant la Suisse pour discrimination sur le sexe dans la dévolution du nom de famille (CEDH, 22 fév. 1994 ; D. 1995, p. 5, note J.-P. MARGUÉNAUD.). La Cour a estimé que « seules des considérations très fortes peuvent amener à estimer compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme une différence de traitement fondée exclusivement sur le sexe ». Or, « tel n'est pas le cas, dès lors que l'adjonction par le mari de son patronyme au nom commun de la famille, emprunté à sa femme, ne refléterait pas l'unité de la famille à un degré moindre que la solution inverse, admise par le Code civil du pays concerné ». Un principe d'égalité entre hommes et femmes quant à l'attribution du nom de famille à l'époux et, *a fortiori* aux enfants du couple, a ainsi été dégagé.

4. G. CORNU, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, 12^e éd., Montchrestien, 2005, p. 273.

5. J. FOYER, « Du nom patronymique au nom de famille. Progrès ou régression » in *Mélanges offerts à André Decocq. Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 254.

6. Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, JO 18 mai 2013.

7. CE, 8 mar. 2012, n° 347240, Dans cette affaire, l'enfant était né de parents non mariés. Sa filiation avait été d'abord établie à l'égard de sa mère et le nom de celle-ci lui avait été attribué. Puis les parents se sont mariés et, par conséquent, l'enfant a été légitimé. Il a alors pris le nom du père. Après la réforme du 4 mars 2002, les parents

public.

715. De même, si l'égalité a introduit une dose de liberté et de volonté individuelle dans la dévolution du nom, il ne peut cependant pas être attribué à l'enfant un nom dépourvu de rattachement à la filiation. À la différence du droit anglais, la liberté de choix est limitée au nom de l'un des parents ou à la combinaison des deux noms parentaux, illustrant que la filiation demeure la racine du nom de famille.

La réciproque fait que, en cas d'aboutissement d'une action en contestation d'un lien de filiation, l'enfant perd le nom de celui qui était jusque là son parent. Ce principe peut être déduit de l'article 61-3 du Code civil. La volonté individuelle ne devrait donc pas avoir d'incidences sur cette suppression de l'effet de la filiation disparue. Pourtant, ne devrait-il pas être possible de laisser à l'enfant la possibilité de continuer à porter le nom qui le désignait jusqu'alors ? Ce nom, mention de son état civil et part de son identité, ne peut-il être acquis par possession d'état ? La Cour de cassation a affirmé très clairement que « la possession d'état n'est pas un mode autonome d'acquisition du nom patronymique »¹. De la sorte, elle rappelle le lien de causalité entre l'établissement de la filiation et l'attribution du nom. Pourtant, n'est-ce pas déstabilisant pour l'enfant de voir un tel élément identifiant lui être retiré ? Ce changement imposé de nom est cohérent juridiquement mais n'altère-t-il pas l'identité de la personne concernée qui, non contente d'être dépourvue de filiation – et donc des effets patrimoniaux de celle-ci qui sont en jeu – se voit également privée de son nom ? Pourrait-on envisager qu'un tel changement imposé porte atteinte au respect de la vie privée et familiale, garanti par l'article 8 de la CEDH ? Un auteur a développé cette hypothèse². Cette argumentation repose sur deux prémisses, l'une relative au contenu de la vie privée, l'autre relative aux modalités de sa protection. Le premier postulat est que les informations relatives à la filiation relèvent de la vie privée. La disparition du nom de famille révélerait alors la disparition du lien de filiation, ce qui porterait atteinte à la vie privée de la personne concernée. Le second postulat est que les

demandent l'adjonction du nom maternel au nom paternel. Puis, quelques années après, le couple saisit le Garde des Sceaux d'une demande de changement de nom afin que les noms soient inversés et que le nom maternel précède le nom paternel. La requête est rejetée et les époux forment un recours devant le Tribunal administratif qui écarte leur demande. La Cour administrative d'appel en revanche leur donne gain de cause. Le Garde des Sceaux s'est donc pourvu en cassation.

1. Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1998, *Bull. Civ. I no 215* ; *JCP G.* 1998, t. II, 10 157, note D. GUTMANN ; *RTD. civ.* 1998, p. 879, obs. J. HAUSER ; *LPA* 24 fév. 1999, p. 7, note M. REBOURG ; *Gaz. Pal.* 1999, t. I, p. 143, note J. SAINTE-ROSE ; *Dr. Fam* 1998, 151, note P. MURAT, Dans cette affaire, l'enfant était née hors mariage, d'une relation adultère. Les enfants légitimes du père ont agi en nullité de la reconnaissance. La demande a abouti et la mère de l'enfant a alors requis que l'enfant puisse continuer à user du nom de l'auteur de la reconnaissance annulée. La Cour d'appel avait décidé que l'annulation de la reconnaissance entraînait le changement de patronyme de l'enfant mineur.

2. D. GUTMANN, « Changement de nom d'un mineur consécutif à l'annulation de la reconnaissance d'enfant naturel. Note sous Cass. 1^{ère} civ, 16 juin 1998. », *JCP G.* 1998, II, 10 157, p. 1753, p. 1755, n° 12 et s.

règles juridiques régissant l'attribution du nom doivent respecter la vie privée de l'individu, d'autant que le nom est, d'après la jurisprudence européenne *Burghatz c. Suisse*¹, l'un des éléments de la vie privée. « Si ces deux prémisses sont jugées correctes, alors la protection de la vie privée justifie que celui-ci ait droit à la stabilité de son nom. »

La stabilité du nom justifierait alors la dissociation de la filiation et de l'un de ses effets dans l'intérêt de l'enfant. Il ne s'agit pas ici de valoriser le rôle parental exercé par un adulte auprès de l'enfant mais de préserver un équilibre dans l'identité de celui-ci. Le nom ne participerait plus ici à l'inscription dans une ligne ascendante du fait de la filiation mais à la préservation d'une identité construite personnellement par l'enfant dans le cadre d'un lien erroné de filiation. L'idée d'une conservation du nom par l'enfant ne paraît alors pas impossible, « du moins lorsque les circonstances de fait – durée du port du nom, âge de l'enfant, éventuellement croyance de l'enfant dans la réalité de la filiation, brutalité et/ou imprévisibilité de la contestation – font apparaître que la perte du nom est la source d'un dommage d'une exceptionnelle intensité pour l'enfant² ». Cette approche pragmatique et concrète des conséquences sur le nom de la disparition du lien de filiation risquerait, à notre sens, d'enrichir la conception subjective du nom et de contribuer corrélativement à son appauvrissement en lui retirant sa signification sociale. La décision du juge s'appuiera sur la perception du nom par l'enfant : l'identifie-t-il à l'égard des tiers ? Est-il une part intégrante de son identité personnelle ? Sans doute, cette dissociation de la filiation et du nom offrira-t-elle à l'enfant une solution plus adaptée et mesurée que la suppression pure et simple du nom et la substitution du nom de l'autre parent à celui employé jusqu'alors. Pourtant, la suppression du lien de causalité entre établissement de la filiation et attribution du nom mettrait en péril le principe initial : pourquoi exiger un lien de filiation pour attribuer un nom alors que la suppression de ce même lien est dépourvue de conséquences ? Autant permettre l'attribution libre du nom et la conservation de celui-ci lorsque le nom a une signification personnelle pour celui qui le porte. C'est alors le triomphe du *moi*.

716. La jurisprudence ne va pas encore jusque là et, tenant compte de l'aspect identitaire du nom de famille, a opté pour une solution médiane. La Cour de cassation a ainsi décidé d'attribuer à l'enfant le nom qui permet la meilleure insertion au sein de la famille³. Ainsi, un enfant avait été déclaré sous le nom de sa mère puis reconnu par un homme. Le nom de ce dernier avait alors été attribué à l'enfant. Plusieurs années plus tard, la reconnaissance a été annulée et la filiation paternelle a été établie à l'égard d'un autre homme dont une expertise

1. CEDH, 22 fév. 1994 ; *D.* 1995, p. 5, note J.-P. MARGUÉNAUD.

2. D. GUTMANN, « Changement de nom d'un mineur consécutif à l'annulation de la reconnaissance d'enfant naturel. Note sous Cass. 1^{ère} civ, 16 juin 1998. », *JCP G.* 1998, II, 10 157, p. 1753, p. 1757, n° 24.

3. Cass. 1^{re} civ., 17 mar. 2010, n° 08-14.619 ; *Dalloz Actualité* 19 avr. 2010, obs. C. LE DOUARON.

génétique a prouvé la paternité. Ce père demandait que l'enfant porte désormais son nom et non plus celui de l'auteur de la reconnaissance annulée. La solution classique aurait dû être celle-ci. Mais la Cour de cassation, tout en réaffirmant que le nom ne peut s'acquérir par possession d'état, a décidé d'attribuer à l'enfant le nom de sa mère plutôt que celui de son nouveau père qu'il ne connaissait pas. La Cour de cassation intègre alors une part de subjectivité dans sa perception de l'identité : sa fonction objective d'identification ne se suffit pas à elle-même, le nom doit avoir un sens pour celui qui le porte. La Cour maintient le principe de l'exigence de la filiation comme socle de la transmission du nom mais prend en compte avec pragmatisme la réalité concrète de la situation familiale pour décider du nom à donner à l'enfant. Il nous semble que cette appréciation *in concreto* vient bien tempérer la rigueur que peut avoir l'application du principe étudié. Elle permet d'articuler avec subtilité le statut et le rôle que la filiation conjugue.

2. L'usage du nom, une prise en compte du rôle parental

717. L'usage du nom de famille révèle souvent une implication particulière d'un adulte dans la vie de l'enfant. Le rôle parental alors exercé peut être consacré grâce à l'établissement d'un lien de filiation par possession d'état. Le nom est ici un indice de la filiation (a.).

L'usage du nom de famille peut également être aménagé afin qu'un enfant porte le nom de celui qui exerce le rôle parental alors même qu'aucun lien de filiation n'est établi entre eux. La dation de nom offrait cette possibilité, faisant produire au rôle parental un effet du lien de filiation (b.).

a. Le nom, un indice du rôle et du statut

718. Le nom est également un indice de la filiation. Il est, en effet, l'un des faits constitutifs de la possession d'état énoncés dans l'article 311-1 du Code civil : « les principaux de ces faits sont : [...] 5° Qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue ». Le nom est alors un élément de preuve de la filiation. Il est « sans nul doute la pièce maîtresse des montages de la filiation¹ ».

Dans ce cadre, le droit français prend en compte le rôle parental joué auprès de l'enfant, rôle qui s'illustre par l'usage du nom. Associé à l'usage de ce nom, d'autres indices sont pris en compte² pour en déduire la filiation.

1. O. GRANDSIRE, « L'arbre généalogique : une espèce menacée ? » in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille*, Presses Universitaires de Strasbourg - LGDJ, 1994, p. 199, spéc. p. 210.

2. V. *supra*, page 225.

Mais il s'agit là de l'établissement d'un statut grâce au rôle, pas de l'autonomie du rôle face au statut. Il est néanmoins intéressant de remarquer ce mouvement réciproque du droit français qui permet d'attribuer un nom à partir d'un statut, la filiation, et de tirer de l'usage du nom, l'existence de ce même statut. Il démontre à quel point filiation et nom de famille sont interdépendants l'un de l'autre.

b. La dation de nom du beau-parent à l'enfant, une consécration révolue du rôle parental

719. Le droit français connaissait une institution qui permet l'attribution d'un nom de famille indépendamment de l'établissement d'un lien de filiation, une institution qui permet de dissocier la filiation de ses effets : la dation de nom. L'hypothèse est celle d'une femme célibataire qui a un enfant dont la filiation paternelle n'est pas établie et qui, par la suite, se marie avec un homme qui n'est pas le père de l'enfant¹. Cet homme pouvait donner son nom à l'enfant à la double condition que l'enfant soit né avant son mariage avec la mère et que la filiation paternelle de celui-ci n'ait pas été établie. Une fois les conditions remplies, une déclaration conjointe auprès du juge des tutelles suffisait pour opérer cette dation de nom. Elle ressemble à une adoption limitée aux effets limités, une « adoption en mineur »².

La dation de nom avait pour vocation d'unifier la dénomination des membres d'une famille recomposée à l'époque où la famille légitime était privilégiée. L'unité de nom offrait alors une apparence de légitimité à l'enfant malgré l'absence d'un lien de filiation légitime ou d'une légitimation. Il s'agissait de consacrer le rôle parental exercé par le conjoint du parent en imitant la famille légitime grâce à l'usage d'un nom commun. Néanmoins, l'imitation de la filiation par l'attribution de ses effets à une relation de fait se limite à la collation du nom. En effet, « on a subodoré que le mari de la mère voudrait bien consentir à masquer la situation mais non pas à la transformer radicalement. Le nom, soit ; la succession, non³. » La dation de nom ne s'accompagnait pas des effets patrimoniaux de la filiation.

La dévolution du nom ne se fondait alors pas sur le statut qu'offre la filiation mais bien sur le rôle parental exercé par le conjoint du parent auprès de l'enfant. Elle présentait la spécificité non pas qu'un enfant puisse porter le nom d'un homme qui n'est pas son père génétique mais qu'un enfant puisse porter le nom d'un homme auquel ne le lie aucun lien de filiation⁴. La dation de nom a été supprimée dans le cadre de la réforme du nom par la loi du 18 juin 2003, renforçant le lien entre filiation et dévolution du nom, et marquant un renoncement à la prise

1. Code civil, Ancien article 334-5.

2. J. FOYER, Rapp. Ass. Nat. n° 1926, p. 76

3. M. GOBERT, « Le nom ou la redécouverte du masque », *JCP G.* 1980, I, p. 2966, n° 5.

4. *Ibid.*, n° 6.

en compte du rôle en la matière.

Le droit anglais, plus libéral dans la dévolution du nom, connaît un équivalent de cette dation de nom afin de consacrer la réalité du lien entre l'adulte référent et l'enfant.

B. L'attribution du nom de famille, un effet du rôle en droit anglais

720. En droit anglais, l'attribution du nom se fait de façon très libre de sorte que la personne qui exerce le rôle de parent peut transmettre son nom sans être préalablement titulaire du statut de parent. En effet, l'attribution du nom n'est régie par aucune prescription légale. Seul un devoir de nommer l'enfant pèse sur les parents¹, en réponse au droit au nom de l'enfant², mais aucune indication n'est donnée quant au choix du nom. En effet, le principe est celui de la liberté d'attribution du nom. Chacun peut donc choisir et modifier librement son nom. Cette modification s'opère par l'usage d'un autre nom. L'usage de ce nouveau nom en permet l'acquisition à l'issue d'une période significative. Le mécanisme ressemble alors à la possession acquisitive du droit français.

Ce nouveau nom peut être utilisé par tous, y compris les services administratifs, et il peut être transmis de manière héréditaire. Mais, si ce nom est bien celui « sous lequel la personne est connue », les registres d'état civil n'en portent pourtant pas mention et font état du nom d'origine. Cette particularité s'explique par la conception anglaise des actes d'état civil. Ceux-ci visent à donner un état initial de la personne mais non à certifier de son identité. En effet, l'État anglais n'exerce pas de contrôle sur les individus au moyen de copies ou d'extraits des registres de l'état civil. L'État anglais n'intervient pas dans l'organisation ou l'encadrement de la vie des citoyens, il joue un rôle secondaire afin de laisser la liberté individuelle s'épanouir. Cette conception du rôle de l'État est bien différente de celle du droit français dans laquelle l'État est le prescripteur et le garant de l'identité des citoyens.

Les événements ponctuant la vie de la personne y sont mentionnés : naissance, mariage, *civil partnership*, divorce, décès. Mais cela n'a pas d'incidence sur les autres éléments d'identification de la personne qui demeurent intangibles : filiation, nom, sexe.... Ainsi, l'adoption d'un enfant n'aura pas de conséquence sur la mention de sa filiation d'origine dans son acte d'état civil. La filiation d'origine sera maintenue sur l'acte d'état civil, la filiation adoptive s'y

1. Registration of Births and Deaths Regulation 1987, à l'enregistrement de la naissance, le nom à inscrire devrait être celui par lequel il est projeté que l'enfant sera désigné par la personne enregistrant la naissance, peu importe que le nom ainsi donné soit ou non celui de l'un ou des deux parents.

2. L'article 24.2 du Pacte des Nations Unies de 1966 relatif aux droits civils et politiques dispose que « tout enfant doit être enregistré immédiatement après sa naissance et avoir un nom ». De même, l'article 7.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant de 1990 dispose que « l'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit à une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux ».

ajoutera. De même, le nouveau nom n'est pas mentionné dans l'acte d'état civil¹.

721. Il résulte de cette liberté de désignation qu'un enfant peut se voir attribuer le nom, initial ou d'usage, de l'un de ses parents ou bien un nom de leur choix. L'attribution du nom ne s'appuie pas juridiquement sur l'existence préalable d'un lien de filiation entre l'enfant et celui qui lui transmet son nom. Il y a une dissociation entre l'établissement d'un lien de filiation et l'attribution du nom de l'enfant : par exemple, la mère non mariée peut tout à fait déclarer l'enfant sous le nom de l'homme qu'elle pense être le père de l'enfant alors même que celui-ci n'aura pas déclaré sa paternité. La transmission du nom du mari de la mère marque moins cette dissociation puisque, en vertu de la présomption de paternité, le mari de la mère est présumé être le père de l'enfant. La filiation est réputée établie et le nom transmis ne fait que confirmer cette image familiale.

En pratique, malgré la liberté de choix du nom, la tradition de la transmission héréditaire du nom du père se maintient. La véritable fonction du nom en est la justification : le nom de famille a une fonction désignative car il indique qui est le présumé parent. Il est une indication du lien de filiation entre l'enfant et celui qui lui a transmis son nom². Alors, les pères présumés ne se privent pas de se rattacher ainsi l'enfant.

La filiation ne fonde pas juridiquement l'attribution du nom en droit anglais, à la différence du droit français, mais elle la fonde en pratique. Même lorsque le nom transmis est un nom d'usage, c'est bien le nom sous lequel le parent est connu qui est transmis. Il y a donc insertion de l'enfant dans la famille par le nom qui traduit la filiation, même si celle-ci n'est pas juridiquement établie. La filiation, comme statut, n'est pas indispensable pour la transmission du nom, seule la réalité de la vie familiale importe. C'est ainsi le rôle parental et la volonté individuelle qui vont fonder cette transmission.

722. La liberté de désignation de l'enfant s'exerce encore davantage dans les familles recomposées que dans les familles initiales. Elle permet un rattachement de l'enfant à l'égard du beau-parent par l'unité de nom. L'imitation du lien de filiation par le partage de ses effets dans une relation qui lui ressemble s'illustre bien ici.

1. Cette absence de mention du changement de nom dans les actes d'état civil pose un problème de preuve. Plusieurs procédures permettent d'en constituer une. La plus courante est le changement de nom par *deed poll* (« acte unilatéral formel »). Il s'agit d'un acte écrit et signé en présence de témoins qui peut ensuite être enregistré au *Central Office, Filing Department of the Supreme Court*. Le changement de nom est effectif dès la signature de l'acte, l'enregistrement n'ayant pour fonction que la conservation de l'acte. Même s'il apparaît plus officiel, ce changement de nom n'est pas pour autant transcrit sur le registre de l'état civil. Pour plus de détails sur le *deed poll* : v. UK Deed Poll Services www.ukdps.co.uk et les développements qui y sont consacrés par L. SAUVÉ-LESTIENNE, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, sous la dir. de G. CHAMPENOIS, Paris II, 2013, LGDJ, p. 91.

2. *Dawson v Weartmouth* [1999] 1 FLR 1167, Selon Lord JAUNCEY, « le nom est une *indication biologique* qui dit au monde entier que le sang du nom coule dans ses veines » (§ 1175). Nous soulignons.

Ainsi, il est possible au beau-parent de transmettre son nom à l'enfant de son conjoint, *civil partner* ou concubin. Il s'agit alors d'un changement de nom de l'enfant¹. Cela permet alors aux enfants élevés par le couple de porter le même nom. Le nom ainsi partagé par tous les membres de cette famille est alors l'instrument de construction de l'unité familiale, indépendamment de tout lien de filiation commun.

Un tel changement de nom ne peut être décidé que par un titulaire de la responsabilité parentale, en accord avec les autres titulaires s'ils sont plusieurs. En effet, le nom de l'enfant est considéré comme l'un des éléments essentiels de son identité qui joue un rôle capital dans sa relation avec ses parents². Il n'est donc pas possible qu'une telle décision, rompant ce lien essentiel avec le parent qui a transmis son nom, soit prise sans l'accord de celui-ci. L'indication de la filiation présumée, contenue dans le nom, serait effacée trop facilement³. Mais, pour être significatif, le lien de filiation doit être effectif. Aussi, c'est la titularité de la responsabilité parentale et non uniquement la qualité de parent qui désigne celui qui doit donner son consentement au changement de nom de l'enfant.

L'attribution du nom ne repose alors pas sur l'établissement préalable d'un lien de filiation ou sur une présomption de filiation mais sur l'exercice effectif du rôle parental. Le nom transcrit non plus le lien de filiation d'origine mais le lien effectif et vécu. La filiation s'efface au profit de la parentalité. Ce qui est possible pour le nom ne l'est pas, en revanche, pour le titre de noblesse.

1. Nous renvoyons ici encore à la thèse de Laure SAUVÉ (L. SAUVÉ-LESTIENNE, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, sous la dir. de G. CHAMPENOIS, Paris II, 2013, LGDJ, p. 93), qui développe cet aspect très particulier du droit anglais. L'auteur n'est pas convaincu de la pertinence de la substitution du nom du parent par celui du beau-parent ; elle propose, dans le sens de la jurisprudence *G v A (Children : Surname)* [1995] 2 FCR 233. que soient accolés les noms du parent et du beau-parent. Cela implique la combinaison d'un nom parental et d'un nom « beau-parental » au détriment du nom de l'autre parent. Nous ne sommes donc pas sûrs que cela facilite l'identification des personnes ni non plus la cohérence de la famille. Jusqu'à combien de noms l'enfant peut-il porter s'il a deux parents et deux beaux-parents ? À quelle famille se trouve-t-il alors rattaché ? Si l'on suit le pragmatisme anglais, seuls les noms des parents et beaux-parents exerçant le rôle parental devraient pouvoir être transmis à l'enfant. Le nom serait alors une preuve de l'effectivité du rôle parental. Quatre personnes peuvent toutefois s'investir véritablement auprès de l'enfant, il n'est pourtant pas raisonnable d'envisager le port de quatre noms distincts... Alors, le droit anglais se réfère à l'intérêt de l'enfant et à sa volonté, lorsqu'il est en âge de l'exprimer, pour choisir le nom le plus approprié au vécu familial de l'enfant plutôt qu'à l'existence d'un lien juridique de filiation.

2. LAW COM, *Family Law Review of Child Law : Guardianship and Custody*, 172, 1988, Para 4.14.

3. *Dawson v Weartmouth* [1999] 1 FLR 1167, Selon Lord JAUNCEY, « Suggérer qu'un nom de famille n'est pas important parce qu'il pourra être changé à tout moment par *deed poll* quand l'enfant aura atteint un âge plus avancé, c'est ignorer l'importance de cette indication biologique initialement conférée à l'enfant. » (§ 1175).

§ 2. Le titre de noblesse, objet d'une résistance du statut

723. L'effet d'insertion familiale de la filiation s'opère également par la transmission des titres de noblesse. Le titre de noblesse manifeste ainsi l'appartenance à une famille d'un certain rang social en Angleterre et d'un ordre disparu en France. Si les développements suivants peuvent apparaître d'un autre temps au juriste français, il convient d'étudier cet effet particulier du lien de filiation qui est de droit positif au Royaume-Uni, monarchie constitutionnelle, mais aussi en France où les titres de noblesse ont encore une existence juridique en tant qu'accessoire du nom.

724. La transmission du titre de noblesse s'opère suivant des règles calquées sur celles de la transmission du pouvoir royal. Elle est héréditaire dans les deux pays mais ne répond pas exactement aux mêmes exigences. En droit français, elle répondait à la règle de primogéniture masculine, c'est-à-dire que l'héritier du royaume de France était le fils aîné du roi. En droit anglais, la règle de primogéniture est ouverte aux femmes, c'est pourquoi la fille aînée du souverain peut régner à sa suite. Le lien de filiation s'imposait alors comme vecteur de transmission du titre de noblesse parce qu'il caractérisait, et caractérise encore, la constitution de la lignée et l'appartenance à une famille particulière.

Mais le lien de filiation ne suffit pas, il doit présenter une certaine qualité : la légitimité. Ainsi, l'enfant né de parents non mariés – *illegitimate child* – ne peut se voir transmettre le titre de noblesse de son père¹. Il s'agit là de l'une des seules différences subsistantes entre les enfants légitimes et illégitimes. En effet, il n'est plus désormais fait de distinction entre les enfants nés en et hors mariage quant à la dévolution de la succession². Cette distinction souligne la subsistance de la hiérarchie entre les filiations légitime et illégitime, et la qualité intrinsèque de la filiation légitime dans son rôle d'insertion familiale. La filiation légitime intègre davantage un enfant dans la famille et donc peut produire tous ses effets.

La transmission du titre de noblesse requiert également que le lien de filiation soit un lien génétique ou présumé comme tel. Il ne peut être un lien d'adoption, ni un lien dont la légitimité n'est pas acquise initialement. De la sorte, un enfant légitimé ne pourra en bénéficier. C'est alors le lien génétique, le lien de sang, qui est privilégié, pas uniquement le lien juridique de filiation comme en matière patrimoniale. La transmission du titre de noblesse est donc un effet extrapatrimonial de la filiation génétique, juridiquement transcrite, davantage que du lien juridique de filiation qui a un domaine plus large. Il s'agit alors d'une conception restrictive et qualitative de la notion de filiation.

1. Legitimacy Act 1976, Sched. 1, para. 4 (2).

2. V. *infra*, page 450.

725. En droit français, les titres de noblesse sont l'un des vestiges de l'Ancien Régime. En effet, la noblesse était l'un des trois ordres de l'Ancien Régime et conférait des privilèges à ses membres. Les titres de nobles (prince, duc, comte...) étaient la marque ou le souvenir d'une fonction¹. Ils étaient conférés par le roi à une personne, souvent en récompense d'actes de bravoure, par un « acte de collation ». Seul le chef de famille avait le droit de porter ce titre². Il était ensuite transmis héréditairement au fils aîné de la famille, en vertu du droit d'aînesse.

Ces titres de noblesse ont été abolis en même temps que la noblesse le 4 août 1789. Mais les titres ont été rétablis en 1814 et 1852. Si la noblesse a disparu au nom de l'égalité civile et politique des citoyens, les titres de noblesse subsistent pourtant en tant qu'accessoire du nom, de caractère honorifique. En tant que tel, le titre de noblesse dispose d'un régime autonome de celui du nom. Ainsi, il est acquis et dévolu à cause de mort selon des règles différentes : alors que « le nom passe à tous les descendants indéfiniment sans distinction de sexe, [le titre] ne se transmet qu'aux descendants mâles par ordre de primogéniture³ ». Il ne peut y avoir transmission de ce titre sans établissement d'un lien de filiation entre le chef de famille et le fils aîné et, comme en droit anglais, cette filiation doit être légitime – malgré la disparition de cette qualité en 2005. Le titre de noblesse ne peut, en effet, être transmis à des enfants nés hors mariage sans être en contradiction avec les principes du droit nobiliaire qui s'appliquent à sa dévolution⁴.

726. La transmission du titre de noblesse se fonde donc exclusivement sur la préexistence d'un lien juridique de filiation entre le chef de famille et le fils aîné de celui-ci. La filiation inscrit alors le fils aîné dans une lignée ancestrale. La filiation demeure ici le statut qui opère la construction généalogique de toute famille, avec la particularité de s'accompagner de la transmission particulière d'un titre de noblesse lorsqu'il en existe un. Le rôle parental n'est absolument pas pris en compte dans ce cadre spécifique et traditionnel.

727. L'attribution du nom de famille est révélatrice de la différence de philosophie des droits français et anglais quant à la notion de filiation. En droit français, la filiation institue

1. Ex : Prince, du latin *princeps*, *ipis* = premier ; duc, du latin *dux*, *ucis* = chef ; comte, du latin *comes*, *itis* = compagnon de l'empereur (Charlemagne).

2. Mais le titre honore toute une famille. Ses membres ont donc un intérêt moral à en faire cesser en justice l'usurpation : Cass. 1^{re} civ., de *Moreira c. de Bourbon-Parme*, 2^{ème} esp., 30 sept. 2003, *Bull. Civ. I*, p. 196 ; *JCP G.* 2004, t. II, 10119, note A. ZELCEVIC-DUCHAMEL.

3. Req., de *Montmorency-Luxembourg c. de Talleyrand-Périgord*, 30 déc. 1867 ; *DP* 1868, t. I, 49.

4. Dans l'affaire du divorce des époux CLERMONT-TONNERRE (CA Bourges, de *Clermont-Tonnerre*, 24 fév. 1998 ; *JCP G.* 1998, t. II, 10072, note L. RUET ; *RTD. civ.* 1998, p. 654, obs. J. HAUSER), la Cour d'appel de Bourges rappelait que « le principe du droit nobiliaire veut que le titre ne se transmet que de mâle en mâle par primogéniture dans la filiation légitime directe ».

l'enfant comme membre d'une famille portant le même nom. Le statut est alors facteur d'unité de la famille. Le droit anglais, quant à lui, cherche à ce que l'attribution du nom ait un sens pour la ou les personnes concernées. Or ce sens est davantage fourni par rôle parental exercé auprès de l'enfant, autrement dit par le fait familial, que par le statut institué par le lien juridique de filiation. L'approche pragmatique l'emporte alors, renforçant la ressemblance entre la situation de fait et la situation de droit. Le droit français a tendance à se laisser tenter par cette approche qui prend en compte la charge effectivement assumée dénotant le lien d'affection ou en tout cas le sentiment d'en devoir. Cette tentation se révèle également dans un autre domaine, celui du congé de paternité et d'accueil de l'enfant.

Section II Le congé de paternité et d'accueil de l'enfant, la consécration du rôle parental au détriment du statut

728. Le droit français offre la possibilité au père de prendre des jours de congé afin d'aider la mère dans l'accueil de l'enfant nouveau-né au sein de la famille. Ce congé dit de paternité ne s'appuyait, jusqu'à il y a peu de temps, que sur le statut accordé par l'établissement du lien de filiation sans tenir compte ni du rôle ni des liens d'affection. Embrassant l'approche pragmatique, le congé peut désormais bénéficier à des personnes qui ont un rôle à jouer dans la vie de l'enfant mais sans être nécessairement titulaire du statut fondateur initial.

729. L'article L. 1225-35 du Code du travail prévoit que soit accordé au père d'un enfant un congé de onze jours consécutifs ou de dix-huit jours en cas de naissances multiples. Ce congé de paternité se fonde exclusivement sur le lien de filiation juridiquement établi à l'égard du père. Sans lien de filiation, il n'y a pas de congé de paternité envisageable ; autrement dit, sans statut, pas d'effet. La Cour de cassation avait rappelé ce principe dans un arrêt du 11 mars 2010 où elle avait refusé d'aménager le congé de paternité au profit d'un tiers investi auprès de l'enfant pour le réserver au père, rappelant la spécificité du père parmi les différents adultes intervenant dans l'éducation de l'enfant¹.

1. Cass. 2^e civ., 11 mar. 2010, n° 09-65.853 ; *D.* 2010, p. 1394, note A. MIRKOVIC ; *D.* 2010, Pan, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *D.* 2010, Pan, p. 1585, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS.

730. Or, dans le cadre de la loi du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013¹, il est prévu que le « père salarié ainsi que, le cas échéant, le conjoint salarié de la mère ou la personne salariée liée à elle par un pacte civil de solidarité ou vivant maritalement avec elle » peut bénéficier d'un congé de paternité « et d'accueil de l'enfant ». Sont donc visés par cette mesure les couples hétérosexuels au sein desquels le concubin ou partenaire de la mère n'est pas le père de l'enfant ainsi que les couples homosexuels féminins, au sein desquels l'une des deux partenaires ou concubines a donné naissance à un enfant². La filiation paternelle n'est donc plus le seul fondement de ce congé. Ce n'est plus le statut mais le rôle parental qui est désormais envisagé.

Un tel fondement nouveau du congé de paternité et d'accueil risquait d'être la source de bien des conflits familiaux à venir car il pouvait mettre en concurrence la concubine ou la partenaire de la mère avec le père de l'enfant qui n'aurait pas de lien de couple avec la mère. La rédaction initiale ne précisait pas que le bénéficiaire était d'abord le père de l'enfant et « le cas échéant » l'une des autres personnes visées. Un amendement parlementaire a ajouté cette mention³. Pourtant, elle ne permet pas d'éviter tout conflit. Quel est ce « cas échéant » ? Est-ce l'absence d'établissement de la filiation paternelle ? À quel moment cet établissement paternel doit-il intervenir pour que le congé ne soit accordé à la personne avec laquelle la mère vit ? La concurrence ainsi instaurée entre le statut et le rôle ne nous semble pas favorable à l'accueil de l'enfant. L'élargissement du congé de paternité au conjoint ou au partenaire de même sexe – parce que c'est ce dont il est vraiment question – pourrait se justifier dès lors que l'accès à l'adoption et donc à la filiation leur serait ouvert. Mais cette anticipation effectuée par le droit social est surtout source de confusion plutôt que d'égalité.

731. Cette mesure s'inscrit pourtant dans la ligne des recommandations de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (HALDE) qui préconisait d'ouvrir le congé de paternité aux partenaires de parents qui contribuent à l'éducation de l'enfant, autrement dit à ceux qui exercent le rôle de parent auprès de l'enfant⁴.

Sous couvert de « rétablir l'égalité des droits, et de donner à tous les parents, quelle que

1. Loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013, *JO* 18 déc. 2012, art. 94.

2. Il faut souligner que lors de cette rédaction initiale, le mariage n'était pas encore ouvert aux couples homosexuels et que, prudents, les rédacteurs n'avaient mentionné que la concubine ou la partenaire de la mère. Depuis la loi du 17 mai 2013, le congé d'accueil peut bénéficier également à la conjointe de la mère. Il faut désormais s'interroger sur la possibilité de bénéficier de ce congé au sein d'un couple d'hommes qui aurait recours à l'adoption. Ne peuvent-ils avoir également besoin d'un congé pour accueillir l'enfant ? Au nom de l'égalité des couples, l'élargissement des bénéficiaires de ce congé est donc à prévoir.

3. Amendement n° AS 110 au projet de loi n° 29 de financement de la sécurité sociale pour 2013.

4. HALDE, délib. n° 2007-203, 3 sept. 2007.

soit la forme de leur sexualité, le temps d'accueillir leur enfant¹ », la loi lisse en réalité les situations et confond parent de droit et parent de fait. Elle mélange statut et rôle en accordant les effets de la filiation à ceux qui ne sont pourtant pas parents aux termes de la loi. Elle place à égalité ceux qui sont juridiquement rattachés à l'enfant par le lien de filiation, les parents, et ceux qui y ressemblent en raison de leur comportement. Mais, alors que la recommandation de la Haute Autorité faisait référence à la contribution éducative du partenaire du parent auprès de l'enfant, il n'est plus question désormais que du lien du bénéficiaire du congé d'accueil avec la mère. Cela est constitutif d'un appauvrissement : ce n'est pas le rôle auprès de l'enfant qui détermine le bénéfice du congé mais l'existence d'un lien entre le bénéficiaire et la mère. Et, l'on peut légitimement se demander en quoi le fait de vivre une relation avec la mère donnerait des droits sur l'enfant de celle-ci². S'agit-il d'une nouvelle sorte de présomption de parenté qui justifierait l'octroi d'un tel congé ? En effet, l'existence d'un lien juridique – mariage ou Pacs – ou d'un lien de fait – concubinage – entre le parent et une autre personne rappelle le mécanisme de la présomption de paternité qui institue comme père le mari de la mère. Ici, le lien avec la mère présumerait-il du rôle que jouera le bénéficiaire du congé dans la vie de l'enfant ? Se dégage alors une présomption de rôle – et non plus de statut – en raison du lien entre la mère et un tiers. Les termes choisis par le législateur ne sont d'ailleurs pas anodins : l'accueil de l'enfant présume le rôle parental exercé à son égard. C'est la naissance du rôle parental qui est ainsi encouragée. Le lien entre la mère et son concubin, partenaire ou époux préjuge alors du rôle qu'il va exercer auprès de l'enfant.

732. On perçoit bien pourquoi il a été précisé congé *d'accueil* : l'important est le rôle que va jouer la personne concernée auprès de l'enfant lors de son arrivée dans le foyer. Peu importe la filiation, peu importe le statut. Dans la mesure où il semble que le congé ne puisse bénéficier qu'au père, ou à défaut, à une personne qui n'est pas le père, il aurait été plus lisible que le législateur mentionne « congé de paternité *ou* d'accueil de l'enfant ». En effet, si le père bénéficie du congé de paternité, on imagine mal qu'il n'accueille pas l'enfant ; en revanche, si le non-parent accueille l'enfant, elle ne bénéficie pas pour autant du statut de parent de l'enfant. Le bénéfice de l'effet du statut ne suffit pas à acquérir le statut. Autrement dit, soit le bénéficiaire du congé est père et, par définition, accueillant, soit il est seulement accueillant mais pas parent.

733. Le droit social nous apporte ainsi une illustration certes maladroite mais éloquente de la consécration du rôle parental qui est mis en concurrence avec le statut, affaiblissant de la sorte la notion de filiation. En effet, si le semblant de filiation peut bénéficier des mêmes

1. Selon les propos de Mme la Députée M.-C. CAVARD, Ass. Nat., 26 oct. 2012.

2. A. MIRKOVIC, « Congé de paternité : instauration d'un congé d'accueil de l'enfant », *D.* 2012, p. 2600.

effets que la filiation juridiquement établie, cela interroge l'utilité de l'institution juridique de la filiation. Si le statut n'est plus requis, pourquoi le maintenir ? La stabilité des situations familiales et la sécurité que le statut peut offrir sont certainement ses principaux atouts. C'est la raison pour laquelle cette tendance de l'extension des effets du statut au rôle est bien moins marquée en matière patrimoniale. La valeur économique des biens impose une structure plus fiable et prévisible, structure qu'offre le lien de filiation.

Conclusion du Chapitre 1

734. Le bénéfice des effets personnels de la filiation est, en principe, la conséquence de l'établissement du statut. Ainsi, la transmission du nom de famille s'opère suivant le lien généalogique que dessinent les filiation successives.

Cependant, là encore, les droits français et anglais diffèrent quant à l'approche du nom. Le droit français s'attache à l'identité civile que le nom institue et garantit. Le nom n'est donc pas laissé à la libre disposition de ceux qu'il désigne. Le nom fait à la fois partie de leur identité personnelle et de leur identité civile, dont se sert l'État pour déterminer ses citoyens. En raison de cette double nature, l'attribution du nom de famille est très encadrée et s'appuie sur le lien de filiation. Longtemps, seule la filiation paternelle importait pour transmettre le « patronyme » ; depuis peu, l'État laisse une possibilité de choix ou de cumul entre la filiation paternelle et maternelle pour fonder l'attribution du nom à l'enfant. Malgré cette petite place laissée à la volonté individuelle, le droit français fait pâle figure à côté de la grande liberté laissée en la matière par le droit anglais.

Le droit anglais n'a pas la même tradition quant à l'identification civile des personnes de sorte qu'il considère que le nom de famille peut être librement choisi par la personne qui en bénéficie. Par conséquent, la transmission du nom de famille peut se faire suivant le lien de filiation mais elle peut également s'appuyer sur la volonté de celui qui exerce le rôle parental de transmettre son nom à l'enfant. Le volontarisme est alors au service du rôle.

Pourtant, la volonté individuelle ne peut pas tout en ce domaine et le droit anglais se montre particulièrement rigoureux pour ce qui est de l'attribution du titre de noblesse. Celle-ci doit demeurer intrinsèquement liée à l'établissement du lien de filiation et ne peut se transmettre en s'appuyant sur un comportement parental du titulaire à l'égard d'un enfant. Le droit français, qui conserve malgré tout l'existence de ces titres comme attributs du nom de famille, s'inscrit dans la même tradition. Si cet aspect est très résiduel, il illustre cependant que la volonté ne peut réaliser la dissociation du statut et de tous ses effets.

735. Une autre illustration de la possibilité de dissocier les effets du lien de filiation du statut est celle du congé de paternité du droit français qui a été élargi en 2012 au profit de la personne qui accueille l'enfant. De la sorte, le législateur a confondu – sciemment – le statut et le rôle, plaçant à égalité ceux qui sont juridiquement rattachés à l'enfant par le lien de filiation et ceux qui y ressemblent par leur comportement, afin de consacrer la place du concubin ou du partenaire de même sexe que la mère alors que le mariage n'était pas encore ouvert aux couples de même sexe. La consécration du rôle permettait ainsi de contourner l'interdit de la filiation homosexuelle, qui a été levé depuis. Plus largement, la consécration du rôle se

coordonne ainsi très bien avec l'importance croissante de la volonté individuelle dans notre droit.

736. Si les effets personnels du lien de filiation peuvent être étendus aux personnes exerçant un rôle parental auprès de l'enfant, c'est en raison du caractère spontané de ce comportement. L'attribution de l'autorité parentale ou celle du nom consacre l'existence du lien de fait mais ne justifie pas nécessairement la charge de devoirs et obligations pourtant associés au statut de référence. Le comportement spontané justifie, toutefois, dans une moindre mesure la contrainte alimentaire ou patrimoniale que le statut légal. En effet, la contrainte découlant du statut ne prête pas à discussion et sera acceptée par les titulaires, tandis que celle qui pourrait naître du rôle le serait moins. Elle n'aurait pas la même légitimité. C'est pourquoi l'extension des effets du statut au rôle ne peut se faire qu'au cas par cas ou bien par le soutien de la volonté individuelle exprimée en ce sens.

Chapitre 2

Une relative résistance à l'extension des effets patrimoniaux

737. Parce que les effets patrimoniaux de la filiation recouvrent une réalité économique, ils sont moins propices que les effets personnels à un transfert au profit de la personne qui exerce de fait le rôle parental auprès de l'enfant. En effet, le droit nécessite un lien juridique fiable pour désigner le débiteur alimentaire à l'égard de l'enfant de même que pour articuler la dévolution successorale *ab intestat*. Aussi, dans les deux systèmes, le droit s'appuie sur le lien de filiation juridiquement établi plutôt que sur un comportement parental pour faire produire des effets patrimoniaux. Cependant, l'attribution de certains effets patrimoniaux du lien de filiation au rôle n'est pas totalement inexistante dans l'un et l'autre système.

738. L'approche diffère quelque peu selon qu'il est question de l'obligation alimentaire ou du droit des successions. MONTESQUIEU exprimait déjà cette différence : « Nourrir ses enfants est une obligation du droit naturel ; leur donner sa succession est une obligation du droit civil ou politique. De là dérivent les différentes oppositions sur les bâtards du monde ; elles suivent les lois civiles ou politiques de chaque pays. »¹

La charge et le bénéfice de l'obligation alimentaire suivent le lien de filiation parce que son exécution est de la nature du statut de parent ou de celui d'enfant, lorsque l'obligation est réciproque. Mais elle peut pourtant être exécutée spontanément par celui qui joue un rôle auprès de l'enfant. La difficulté réside alors dans l'exécution forcée d'une obligation reposant sur un comportement de fait (Section I).

Le droit des successions, quant à lui, pose la question de la transmission patrimoniale *post mortem*. Doit-elle s'appuyer sur le statut ou sur le rôle ? La différence entre les deux systèmes juridiques étudiés est marquée ici puisque, traditionnellement, le droit français s'appuie sur le

1. MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, La Pléiade, Livre XXVI, chap. VI, t. II, p. 757.

statut et le droit anglais sur le rôle grâce à l'outil du testament. Pourtant, il faudra observer que les évolutions récentes des structures familiales et du contenu des patrimoines ont nuancé cette distinction (Section II).

Section I L'obligation alimentaire, possible contrepartie du rôle

739. En raison des liens de famille préexistants, la loi présume que les personnes les plus concernées et qui peuvent au mieux subvenir aux besoins d'autrui sont les membres d'une même famille, c'est-à-dire les personnes liées par des liens personnels reconnus par le droit. Les liens de famille, et parmi eux le lien de filiation, fondent ainsi une solidarité entre les membres d'une même famille.

L'obligation alimentaire est l'une des composantes de cette solidarité familiale. Elle vise, dans son essence, à garantir la subsistance des membres de la famille : conjoint, enfant et parfois ascendant. L'obligation alimentaire traduit ainsi juridiquement le premier devoir parental : celui de nourrir son enfant et, plus largement, de répondre à ses besoins élémentaires. Elle s'appuie sur l'instinct nourricier supposé du parent pour son enfant et trouve sa source dans le lien à l'origine de cet instinct : le lien de filiation. Le droit a donc calqué le régime de l'obligation alimentaire sur le droit naturel en consacrant comme fondement le lien de filiation. Il suffit alors que la filiation soit légalement établie pour que l'obligation alimentaire pèse automatiquement sur le parent. La volonté parentale n'a absolument aucune emprise sur cet effet alimentaire de la filiation ni pour s'en dégager ni pour l'atténuer.

740. Ainsi, l'établissement légal d'un lien de filiation est nécessaire et suffisant pour engendrer une obligation alimentaire parentale. Cela s'explique par la garantie qu'offre ce lien en ce que, une fois établi, il désigne avec certitude les parents et donc les débiteurs de l'obligation. En liant intrinsèquement l'obligation à la filiation, le droit s'assure de la sorte de l'exécution de l'obligation alimentaire. En effet, comme l'écrivait, le Doyen CARBONNIER, « il ne suffit pas que le besoin crée un droit, il faut encore qu'il le crée contre quelqu'un. Pour la créance alimentaire, rien de mieux : la famille trace le cercle. »¹

741. Le choix de désignation du débiteur alimentaire, en s'appuyant sur le statut et non sur le rôle parental, n'a pas qu'une efficacité économique, il façonne en profondeur la conception de la famille telle que perçue par le système juridique. La filiation est ici perçue comme un

1. Préface de l'ouvrage d'A. SAYAG, *Essai sur le besoin créateur de droit*, 1969.

lien entre deux personnes dont l'effet alimentaire dépend de la reconnaissance légale. Alors, le lien de filiation qui fonde l'obligation alimentaire est un lien de droit et non de fait (§ 1.). Aussi, faut-il constater que lorsqu'il s'agit de s'occuper quotidiennement de l'enfant, d'avoir une autorité sur celui-ci, autrement dit pour une conception immatérielle, affective, de la filiation, le rôle peut être pris en compte tandis que s'il s'agit d'effets alimentaires, et donc d'une conception concrète de la filiation qui peut justifier une exécution forcée, alors la filiation est statutaire¹. L'affection est, en effet, spontanée et ne peut faire l'objet d'une exécution forcée, ce qui explique qu'on puisse concrétiser un rôle affectif avec l'attribution de l'autorité parentale, tandis que l'obligation de nourrir son enfant peut faire l'objet d'une exécution forcée et doit donc reposer sur un fondement solide tel que le lien de filiation revêtu d'un habit juridique. Le rôle ne peut fonder une obligation alimentaire qu'à la marge, en complément de celle à la charge du parent statutaire (§ 2.).

§ 1. Une obligation ancrée dans le statut, garantie de son exécution

742. Une obligation de droit naturel. Le lien de filiation engendre des droits mais également des devoirs à l'égard de l'enfant qu'exprime très clairement l'adage de Loysel, « qui fait l'enfant doit le nourrir² ». Être le parent de l'enfant implique de s'occuper de lui et de répondre à ses besoins essentiels.

Cette obligation s'appuie sur la présomption selon laquelle le parent est la personne la plus concernée par le bien-être de son enfant et donc la mieux à même de subvenir à ses besoins. L'obligation alimentaire transcrit juridiquement ce comportement premier et inné qui consiste à nourrir son enfant.

743. Le lien de filiation constitue un lien privilégié entre l'enfant et ses parents, un lien d'une qualité particulière qui implique les deux parties au quotidien et pour leur vie entière. En raison de la proximité qu'il sous-tend entre créancier et débiteur, le lien juridique de filiation garantit l'exécution de l'obligation alimentaire. Exécution spontanée d'abord parce qu'elle

1. M. MACLEAN et J. EEKELAAR, *The Parental Obligation : a study of parenthood across households*, Hart Publishing, 1997, p. 149 : « *The "social" dimension of parenthood plays a far more important part in the performance of the parental role (and therefore probably in the perception of parental obligations) than the policy underscoring the Child Support Act allowed.* »

2. La maxime vise expressément les bâtards comme l'indique son énoncé plus complet : « Quelques coutumes disent qu'un bâtard depuis qu'il est né est entendu hors de pain ; mais l'on juge que qui fait l'enfant doit le nourrir. » La maxime s'applique également aux enfants nés en mariage dont les parents n'accompliraient pas leur devoir alimentaire à l'égard de l'enfant.

résulte d'un comportement parental considéré comme naturel (A.). Exécution forcée ensuite parce que l'établissement juridique du lien de filiation désigne avec certitude les débiteurs de l'obligation. Et, pour se dégager de l'exécution de cette obligation, il faut engager une action en contestation du lien de filiation. L'obligation alimentaire trouve donc sa source et sa garantie d'exécution dans le lien de filiation (B.).

744. La différence entre le droit français et le droit anglais s'exprime dans ce domaine par le caractère prédictif du droit français et rétrospectif du droit anglais. Le droit français pose dans les textes l'effet alimentaire de la filiation sans référence à un quelconque contexte familial tandis que le droit anglais n'envisage cet effet que dans un contexte difficile ou conflictuel. Le quotidien familial ne l'intéresse pas. Toutefois, dans les deux systèmes juridiques, il s'agit d'une obligation qui est de l'essence même du lien de filiation tout en répondant à un impératif d'efficacité économique.

A. Le lien de filiation, une garantie d'exécution spontanée de l'obligation alimentaire

745. En règle générale, le parent subvient de lui-même aux besoins de son enfant, sans contrainte. Le droit n'intervient qu'en cas de manquement à cette obligation naturelle. Ainsi, « l'intervention du droit apparaît comme marginale par rapport aux liens de famille quand son objet est pécuniaire. Mais cette intervention est le signe que le lien de famille est atteint : poursuivre un père en justice pour obtenir de lui qu'il subviennne aux besoins de son enfant signifie pour le droit qu'une situation anormale s'est instaurée. [...] Le droit "mise" sur l'existence de relations familiales effectives et paisibles¹ ».

746. En droit français comme en droit anglais, l'obligation alimentaire des parents à l'égard de leurs enfants s'inscrivait initialement dans le mariage (1.). La constitution de la famille résultait de cet engagement matrimonial dont la filiation était le prolongement. Puis, progressivement, du fait de l'affaiblissement du modèle matrimonial et de l'égalité des enfants, la filiation s'est autonomisée. Par conséquent, l'obligation alimentaire s'est également détachée de l'engagement réciproque des parents pour se rattacher uniquement au lien entre le parent et l'enfant. Le lien de filiation est ainsi devenu le véritable fondement de l'obligation alimentaire (2.).

1. H. BATIFFOL, « Existence et spécificité du droit de la famille », *Arch. philo. dr* 1975, p. 7, spéc. p. 12. En droit anglais dans le même sens, v. A. DIDUCK, *Law's Families*, Butterworths, 2003, p. 166. *When children and parents live in the same household, the law says very little about how they carry out their financial obligations to each other.*

1. Une obligation initialement liée au statut matrimonial des parents

747. Dans le Code civil, l'obligation alimentaire est d'abord mentionnée à l'article 203 : « Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de *nourrir*, entretenir et élever leurs enfants. » Alors que le texte mentionne « les époux », tous les parents sont concernés par cette disposition¹. Du fait de leur statut parental, ils sont débiteurs d'une obligation alimentaire – « nourrir » – mais également d'une obligation d'entretien à l'égard de leur enfant – « entretenir et élever ». L'obligation n'est pas qu'alimentaire, elle est aussi éducative.

748. Le droit anglais, quant à lui, a été longtemps rétif à consacrer l'existence d'obligations alimentaires familiales en droit privé. Elles relevaient de l'État et donc du droit public. Il s'agissait alors de prendre les enfants nécessiteux en charge. Mais, progressivement, l'État anglais a diminué cette aide publique et élargi le nombre de débiteurs alimentaires, s'appuyant sur la structure familiale pour leur désignation.

749. Le *duty to maintain* est initialement fondé sur le lien matrimonial entre époux : chaque époux se doit de subvenir aux besoins de son conjoint². Par prolongement, les parents mariés se doivent de subvenir aux besoins des enfants nés de leur union. Le *duty to maintain* n'étaient donc initialement qu'à la charge des parents mariés ; ni le père ni la mère d'un enfant né hors mariage n'était tenu de subvenir à ses besoins³.

1. Il est toutefois intéressant de souligner cette rédaction de l'article 203 du Code civil. Les obligations à l'égard de l'enfant découlent du mariage des parents. Il n'y avait alors de filiation juridique qu'en mariage. L'obligation alimentaire et d'entretien résultait donc de la filiation légitime du fait de l'engagement réciproque des époux de s'occuper des enfants issus de leur union. Le lien de filiation produisait des effets plus contraignants du fait de sa nature légitime. En raison de l'égalité des filiations proclamée en 1972, l'article 203 a été étendu à tous les enfants, même nés hors mariage. Désormais, la filiation étant déliée du mariage, l'obligation alimentaire est un effet exclusif de la filiation.

2. La *Common Law* imposait un *duty to maintain* au mari afin de subvenir aux besoins de son épouse en conséquence de la doctrine de l'*unity*. Selon cette doctrine, le principal effet du mariage était la fusion de la personnalité juridique de chacun des époux en une seule et même personnalité juridique. Ainsi, selon BLACKSTONE (*Commentaries*, i, 442), « *by marriage, the husband and wife are one person in law ; that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband ; under whose wing, protection, and cover, she performs everything ; and is therefore called in our law-French a feme-covert. [...]* » Seul le mari avait alors la capacité juridique de contracter et d'acquérir la propriété et pour cette raison, il était tenu de subvenir aux besoins de son épouse. Ni l'*Equity*, ni le droit canonique n'acceptèrent cette doctrine de l'*unity*. Ils autorisèrent alors aux femmes l'accès à leurs Cours. Progressivement, cette doctrine a décliné au profit de l'égalité entre les époux, et avec elle, l'exclusivité du *duty to maintain* au profit de l'épouse. Alors, le mariage faisait seulement naître une présomption de prise en charge financière de l'épouse par l'époux. Celle-ci pouvait être renversée en cas d'absence de vie commune entre les époux ou encore d'adultère (*Chilton v Chilton* [1952] P 196 [DC]). L'altération du lien matrimonial levait ainsi le devoir du mari. Le *Married Women's Property Act 1882* – toujours en vigueur – a rétabli un certain équilibre en accordant à l'épouse l'accès à la propriété et le droit de contracter. Le *duty to maintain* demeure mais est désormais réciproque.

3. *Ruttinger v Temple* (1863) 4 B&S 491.

2. Une obligation désormais liée au seul statut parental

750. Le législateur anglais est intervenu pour atténuer le principe d'exclusivité de l'obligation alimentaire pour les enfants légitimes et permettre ainsi aux enfants nés hors mariage d'en devenir les créanciers. Une obligation de subvenir aux besoins de l'enfant a d'abord été instaurée à la charge de la mère par la *Poor Law Legislation*. Mais, la mère ne pouvait pas réclamer au père sa contribution à moins qu'un accord ait été conclu entre eux sur ce point. C'est ensuite le *Poor Law Amendment Act 1844* qui permit à la mère d'agir contre le père pour obtenir un *order of maintenance* au profit de son enfant, né hors mariage, et que les fonds soient directement versés à celle-ci. L'obligation alimentaire était ainsi détachée du statut matrimonial des parents et rattachée au seul statut parental que leur confère le lien de filiation¹.

751. Le droit anglais envisageait donc l'obligation alimentaire comme une conséquence du mariage et non de la filiation. Le glissement d'un fondement à l'autre s'est opéré progressivement du fait de l'évolution de la structure de la famille et du statut de la femme mais il faut constater qu'il est également dû à la nécessité de l'État anglais de désigner des débiteurs proches du créancier afin d'assurer l'effectivité de l'exécution. L'État devait s'assurer de la prise en charge des enfants par leurs parents, et tout particulièrement par les pères, même absents². Par ses conséquences alimentaires, la filiation devenait plus contraignante³. L'égalité des filiations est ainsi favorable aux enfants, créanciers alimentaires, qui peuvent réclamer des aliments à leurs parents, mariés ou non, mais également à l'État anglais qui n'intervient qu'à titre subsidiaire, en cas de défaillance des parents.

Le lien de filiation offre ainsi au débiteur et à l'État une désignation précise du ou des créanciers de l'obligation alimentaire, assurant ainsi son exécution.

752. En droit français, si l'article 203 du Code civil a le mérite de nommer expressément l'obligation parentale de nourrir l'enfant, il est pourtant considéré comme le fondement de l'obligation parentale d'entretien. L'obligation alimentaire se fonde en réalité sur les articles 205 et 207 du Code civil qui prévoient une obligation alimentaire réciproque entre les enfants et leurs ascendants. Ainsi, l'article 205 dispose que « les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin » et l'article 207 alinéa 1^{er} dispose

1. Plusieurs législations, plus ou moins restrictives, suivirent et l'égalité des enfants nés en et hors mariage en matière d'obligation alimentaire fut instaurée progressivement par les *Family Law Reform Act 1987*, *Children Act 1989*, et enfin, par le *Child Support Act 1991*.

2. Le Premier Ministre de l'époque, Margaret THATCHER l'exprimait en ces mots : « *No father should be able to escape from his responsibility and that is why the Government is looking at ways of strengthening the system for tracing an absent father and making the arrangements for recovering maintenance more effective* » (*National Children's Homes George Thomas Society lecture, January 1990*).

3. S. HARRIS-SHORT et J. MILES, *Family Law. Text, cases and materials*, 2^e éd., Oxford University Press, 2011, p. 356. « *Parenthood is for life was the new soundbite ; feckless fathers were the new scapegoats.* »

que « les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques ». Si les enfants sont débiteurs d'une obligation alimentaire réciproque à l'égard de leurs parents, c'est bien que ceux-ci sont débiteurs d'une obligation de même nature à leur égard. Cette construction paraît bien compliquée. Ne peut-on déduire plus clairement l'obligation alimentaire du lien de filiation ?

753. Il nous semble qu'une réécriture des articles 203 et suivants serait alors souhaitable. Il ne serait plus fait mention du lien matrimonial des parents puisque ni l'obligation d'entretien ni l'obligation alimentaire n'en sont la conséquence juridique¹. Ainsi, en tant qu'effet de la filiation, les dispositions relatives à l'obligation alimentaire devraient figurer aux articles 338 et suivants dans un nouveau chapitre IV, intitulé « Des obligations parentales », entre le chapitre III portant sur les actions relatives à la filiation et le chapitre V portant sur l'action à fins de subsides. Ce nouveau chapitre IV ne serait applicable qu'à l'obligation alimentaire fondée sur le lien de filiation. L'obligation alimentaire fondée sur le lien d'alliance demeurerait régie par l'article 206 du Code civil.

754. Au sein de ce chapitre, nous proposons la rédaction suivante du nouvel article 338, sur le modèle de l'article 203 :

« Du seul fait de l'établissement du lien de filiation, les parents ont l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. »

Puis, suivrait un article 339 :

« Les parents doivent des aliments à leurs enfants sans condition de besoin jusqu'à ce qu'ils atteignent l'âge de la majorité légale.

Une fois majeurs, les parents ne doivent des aliments à leurs enfants qu'en cas de besoin. »

L'article 340 disposerait quant à lui :

« Réciproquement, les enfants doivent des aliments à leurs parents ou autres ascendants qui sont dans le besoin. »

Les dispositions des articles 208 à 211, relatives au régime de l'obligation alimentaire, figureraient aux articles 341-1 et suivants. Un nouvel article 208 y renverrait afin de régir les obligations alimentaires fondées sur l'alliance.

1. En ce sens, v. J. HAUSER, « La famille dans l'île d'utopie. Livre 2 du Code civil intitulé "Des familles" » in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Defossez - Liber Amicorum*, Montchrestien - Lextenso éditions, 2012, p. 161, L'auteur y propose de réécrire le Livre II du Code civil. Le Sous-titre 3 s'intitulerait « Des conséquences de la filiation » et traiterait des effets de tout lien de filiation, indifféremment de ce que l'enfant soit né d'un couple marié ou non, conformément à l'uniformisation des statuts par la réforme de 2005. Il serait donc justifié que « les articles 203 à 211 du Code civil soient totalement déconnectés des effets du mariage où ils n'ont rien à faire puisqu'ils sont désormais liés aux effets de la filiation quelle qu'elle soit ». (Nous soulignons.)

Alors, l'obligation d'entretien et l'obligation alimentaire seraient expressément liées à la filiation. La rédaction nouvelle de ces articles replacerait la notion de filiation au centre du dispositif des obligations parentales et assurerait davantage de cohérence en droit contemporain de la famille. Si le lien fondateur de la famille n'est plus le mariage mais la filiation, il apparaît justifié que ses effets patrimoniaux figurent dans le titre qui lui est consacré et non dans celui portant sur le mariage.

755. Ainsi, l'engagement matrimonial garantissait la désignation des débiteurs alimentaires de l'enfant né en son sein. La mère légitime était toujours certaine et le père était désigné par la présomption de paternité : il était le mari de la mère. La notion de filiation, entendue comme légitime, garantissait l'exécution de l'obligation alimentaire à l'égard de l'enfant. Le mouvement d'autonomie de la notion de filiation par rapport au mariage a conduit à la prise en compte du seul lien de filiation, quelle que soit sa nature, pour désigner les débiteurs alimentaires. L'engagement conjugal des parents n'a plus d'incidence qu'en amont, pour l'établissement de la filiation. Cette évolution révèle alors l'importance du lien de filiation comme fondement de la famille en substitut du lien matrimonial. Garantie de l'exécution spontanée de l'obligation, le lien de filiation en est également la garantie de son exécution forcée.

B. Le lien de filiation, une garantie d'exécution forcée de l'obligation alimentaire

756. En ce que le lien de filiation désigne avec précision les parents débiteurs et les enfants créanciers de l'obligation alimentaire, il en constitue une garantie d'exécution. Le droit anglais, toujours soucieux du respect du principe de liberté de ses citoyens, n'envisage l'exécution forcée de l'obligation alimentaire qu'en cas de séparation des parents tandis que le droit français envisage l'exécution forcée de l'obligation alimentaire sans tenir compte d'une telle condition de cohabitation des parents. La différence de philosophie entre les deux systèmes transparaît bien en matière d'obligation alimentaire : le droit français est prospectif alors que le droit anglais est rétrospectif. Le droit français fixe la ligne de conduite associée au statut de parent tandis que le droit anglais ne l'évoque que pour les situations conflictuelles.

757. Le régime de l'obligation alimentaire s'est ainsi construit, en droit anglais, dans le cadre de la séparation des parents, situation dans laquelle le parent absent ne participait pas aux besoins de l'enfant. Cette situation est source de difficultés quant au règlement de l'obligation alimentaire nécessitant l'intervention du législateur. L'efficacité économique est ici la finalité recherchée. Peu importe le statut marital des parents, c'est la relation légale parent-enfant – *legal parent-child relationship* – qui prime. Autrement dit, c'est le lien de

filiation juridiquement établi qui justifie le versement d'aliments à l'enfant. Le statut est donc le fondement de cette obligation. Le rôle parental ne suffit pas à justifier une telle contrainte.

Le statut légal des parents les implique ainsi matériellement dans la vie de leurs enfants. Ils sont tenus de les nourrir et de subvenir à leurs besoins essentiels. Le droit anglais emploie d'ailleurs le terme de « *liability* », marquant bien l'importance des conséquences du statut de parent.

758. Les dispositions du *Child Support Act 1991* précisent son domaine d'application : parents, enfant et circonstances.

Chaque parent d'un *qualifying child* est tenu de pourvoir à son entretien (*to maintain*)¹. Est désigné comme *parent*, la personne qui est légalement le père ou la mère de l'enfant². C'est donc bien le lien juridique de filiation qui est ici pris en considération pour fonder le devoir parental. Le statut conféré par l'établissement de la filiation justifie donc l'exécution d'une obligation alimentaire, ce que ne peut pas le rôle parental exercé auprès de l'enfant. Quand il s'agit des effets alimentaires de la filiation, c'est donc le lien légal qui est privilégié car c'est celui qui peut être vérifié objectivement, en s'assurant de ce que le débiteur s'est attaché juridiquement à l'enfant ou bien, s'il ne l'a pas fait, à l'aide d'un test génétique. En l'absence d'un lien légal de filiation, il n'y a pas de devoir légal de subvenir aux besoins de l'enfant dont on s'occupe, sauf à rentrer dans certaines qualifications telle que celle du beau-parent marié à l'égard du *child of the family*³.

759. En plus de l'exigence d'un statut parental, il faut que des circonstances particulières soient réunies. Est ainsi désigné par l'expression *qualifying child*, un enfant dont l'un ou les deux parents ne réside pas avec lui⁴. L'absence de cohabitation familiale est donc une condition principale de l'applicabilité du *Child Support Act*.

Pourquoi une telle condition de filiation légale est-elle assortie d'une condition d'absence de cohabitation parentale ? D'une part, une telle condition permet de s'assurer de la qualité de débiteur et donc de l'efficacité économique de la disposition. Parce que l'on connaît le débiteur, le devoir de subvenir aux besoins de l'enfant va pouvoir être exécuté. D'autre part, le parent, du fait de son absence, ne contribue pas concrètement aux besoins de l'enfant. L'exécution de l'obligation par le parent résident ne pose pas de difficultés car elle est informelle et spontanée. La vie commune implique une exécution tacite de l'obligation alimentaire : logement et nourriture tout au moins. L'absence parentale nécessite l'intervention de la loi pour

1. Child Support Act 1991, s. 1 (1).

2. *Ibid.*, s. 54 (1).

3. V. *infra*, page 442.

4. Child Support Act 1991, s. 3 (1) et (2).

assurer l'exécution du premier devoir parental : nourrir son enfant.

760. La particularité des dispositions du *Child Support Act* est que la nature de la relation des parents – mariage, concubinage, *Civil partnership* – n'est nullement prise en compte. Seul importe le lien de filiation. Il s'agit donc désormais du véritable fondement de l'obligation alimentaire qui ne découle plus du devoir alimentaire entre époux. Encore faut-il que le lien légal de filiation soit établi. C'est donc généralement au cours de procédures relatives au *duty to maintain* que l'établissement de la filiation est envisagé. La section 26 du *Child Support Act 1991* est d'ailleurs relative aux *Disputes about parentage*. Il y est spécifié que si la filiation n'est pas préétablie selon les cas prévus par la loi¹, une action en déclaration de parenté devra être engagée sur le fondement du *Family Law Reform Act 1986* à l'initiative du *Child Maintenance and Enforcement Commission*, appelée aussi *C-MEC*², ou de la personne en charge de l'enfant, souvent l'autre parent. L'établissement de la filiation n'est donc pas une condition préalable à la saisine du *Child Maintenance and Enforcement Commission* mais est indispensable pour que soit évalué le montant de l'obligation alimentaire.

761. En droit français, l'obligation alimentaire se concrétise souvent, en pratique, dans le cadre de la séparation des parents mais elle n'est pas envisagée expressément dans ce cadre.

Le lien de filiation est une garantie d'exécution lorsque le parent ne remplit pas son devoir de nourrir son enfant. L'établissement de la filiation doit être préalable à l'action en aliments.

En cas d'aboutissement d'une action en recherche de paternité, le père de l'enfant devient alors débiteur alimentaire de celui-ci mais peut être privé de l'autorité parentale en vertu de l'article 331 du Code civil. Il doit subvenir financièrement aux besoins de l'enfant mais n'est alors pas investi d'un pouvoir de décision le concernant du seul fait de l'établissement de la filiation. Cette dissociation des effets de la filiation judiciairement établie révèle la finalité économique qui peut être recherchée. Il ne s'agit pas ici d'une quête d'identité mais d'une quête de débiteur alimentaire.

À l'inverse, si la contestation de la filiation aboutit, l'obligation alimentaire est dépourvue de cause et disparaît rétroactivement. Le remboursement des aliments versés à l'enfant par celui qui était considéré comme parent jusqu'à la contestation est exigible.

L'obligation alimentaire est ici perçue comme un devoir parental, conséquence du lien de

1. La sous-section (2) précise les différents modes d'établissement de la filiation : présomption de paternité, enregistrement du père dans l'acte de naissance de l'enfant, résultat positif à un test génétique ou bien refus de s'y soumettre, adoption, filiation issue d'une procréation médicalement assistée des *Human Fertilisation and Embryology Acts 1990* et 2008, et, enfin, une filiation établie par une déclaration de parenté sur la base du *Family Law Reform Act 1986*.

2. La *Child Maintenance and Enforcement Commission* a remplacé en 2008 la *Child Support Agency* (*Child Maintenance and Other Payments Act 2008, Part I*). Elle est l'équivalent d'une Autorité administrative indépendante française, elle dépend directement de l'État anglais mais n'est pas liée au pouvoir judiciaire.

filiation, indépendamment des circonstances de fait. Elle est légalement due quelle que soit la situation du couple parental et indépendamment du fait que les parents soient séparés ou non. Le caractère prédictif du droit français ressort ainsi.

762. L'approche anglaise qui consiste à rechercher la paternité dans le cadre d'une action alimentaire paraît alors en cohérence avec la philosophie du système juridique de *Common Law*. Il n'est pas besoin d'établir un lien pour en obtenir l'effet patrimonial, il vaut mieux rechercher directement l'effet. Le conséquentialisme fait ainsi de la filiation un moyen et non pas la finalité de l'action.

763. Une garantie d'exécution réciproque, spécificité du droit français. Le droit français présente une spécificité : la réciprocité de l'obligation alimentaire. À l'article 205 du Code civil, l'obligation alimentaire est prévue à la charge des enfants envers leurs parents et autres ascendants¹. Quelques articles plus loin, il est précisé que cette obligation a un caractère réciproque². Le lien de filiation ne permet pas seulement de désigner un créancier, l'enfant, et deux débiteurs, ses parents, il place l'enfant au cœur d'une généalogie alimentaire. L'enfant est à la fois créancier et débiteur de ses parents. Le besoin d'aliments peut, en effet, s'inverser dans le temps. Alors l'enfant devra verser des aliments à ses parents si ceux-ci sont dans le besoin et sous réserve qu'ils n'aient pas manqué eux-mêmes à leur obligation envers leur enfant³. Mais le lien de filiation engage au-delà de ses propres parents, il entraîne une obligation alimentaire à l'égard des autres ascendants. Autrement dit, l'enfant est débiteur d'une obligation alimentaire à l'égard de tous ceux qui, en ligne directe, sont liés à lui par des liens successifs de filiation : parents, grands-parents, arrière-grands-parents, etc... C'est pourquoi l'on peut parler de généalogie alimentaire.

764. Il s'agit là d'une différence capitale avec le droit anglais qui n'envisage pas d'obligation alimentaire à l'égard d'autres ascendants que les parents. Le lien de filiation n'implique pas de réciprocité ni d'inscription dans une généalogie alimentaire, voire plus largement une généalogie patrimoniale⁴. La notion de filiation est entendue en droit anglais de façon restreinte comme un lien entre deux personnes, le parent et l'enfant, et non comme un lien de famille, reliant plusieurs générations entre elles et produisant certains de ses effets au-delà des deux seules personnes concernées. Le lien de filiation est donc bilatéral en droit anglais et multilatéral dans ses effets en droit français. Il n'y a, en effet, pas de lien de filiation direct

1. Code civil, Art. 205 : *Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin.*

2. *Ibid.*, art. 207.

3. *Ibid.*, Art. 207 al. 2.

4. Nous verrons que le lien de filiation n'implique pas, en droit anglais, de part réservataire pour les enfants du *de cuius* mais seulement un privilège successoral *ab intestat*.

entre l'enfant et son grand-parent mais la succession du lien de filiation entre l'enfant et son parent, et le parent et son propre parent, forme une chaîne de liens de filiation, constitutive d'un lien de famille, auquel des effets patrimoniaux et extra-patrimoniaux sont reconnus. Le lien de filiation implique donc en droit français une dimension familiale qui n'est qu'accessoire en droit anglais.

765. L'obligation à fins de subsides, une obligation alimentaire en l'absence de statut, autre spécificité du droit français Le droit français connaît une action que le droit anglais n'envisage pas et qui dissocie l'obligation alimentaire de la filiation. Cette obligation particulière garantit à l'enfant dont la filiation n'est pas établie de bénéficier d'aliments de la part de celui qui est prétendu parent mais qui ne s'est pas rattaché juridiquement l'enfant.

La maxime de LOYSEL, « Qui fait l'enfant doit le nourrir », illustre bien le lien qui existe entre la conception de l'enfant et l'obligation de nourrir ce fruit de la conception. Le droit canonique présentait une exigence semblable : « que chacun veille aux enfants qu'il a engendré et que, selon ses facultés, il subviennne à leur nécessaire¹. » Au Moyen Age, le droit canonique avait organisé trois actions visant à atteindre le géniteur de l'enfant : la *causa dotis*, qui imposait au séducteur d'épouser la mère de l'enfant, la *causa provisionis*, qui permettait à la mère d'obtenir une sorte de provision alimentaire couvrant les frais relatifs aux dernières semaines de la grossesse, les frais de gésine et ceux relatifs aux premières semaines de l'enfant, et, enfin, la *susceptionis partus*². Cette dernière visait à faire prendre en charge l'enfant par son géniteur. Il fallait produire les preuves de liaison ou d'une fréquentation assidue afin de condamner le géniteur soit à prendre l'enfant avec lui, soit à verser à la mère, en totalité ou au moins en partie, des frais d'entretien durable. Ces actions ont ensuite disparu, notamment dans le système du Code civil de 1804 où les prétendus pères d'enfants naturels, qui n'avouaient pas leurs enfants, n'étaient pas tenus de les nourrir. Il s'agissait alors de préserver l'institution du mariage plutôt que d'assurer les besoins de l'enfant.

Héritière de la *susceptionis partus*, l'action à fins de subsides fut introduite dans le Code civil par la loi du 3 janvier 1972. L'article 342 prévoit ainsi que « tout enfant dont la paternité n'est pas légalement établie, peut réclamer des subsides à celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de conception ». Cette action alimentaire offre ainsi la possibilité à un enfant dont la filiation paternelle n'est pas établie d'obtenir néanmoins des aliments d'un « père possible³ », autrement dit le « pouvant être père de l'enfant⁴ ». Cette action avait été créée pour pallier l'accès restreint à l'action en recherche de paternité naturelle. À défaut

1. Décrétale *Cum Haberet*, XI, IV, 7, 5.

2. J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, p. 190.

3. G. CORNU, *Droit civil, La famille*, 9^e éd., Paris : Montchrestien, 2007, p. 121.

4. J. CARBONNIER, *Droit civil, La Famille, les Incapacités*, 8^e éd., PUF, 1969.

de pouvoir établir le lien désignant le débiteur, il avait fallu trouver un moyen de contraindre à verser des aliments à l'enfant celui qu'un faisceau d'indices contribuait à considérer comme le géniteur.

766. L'assouplissement des conditions d'accès à l'action en recherche de paternité et le développement de la preuve génétique de la filiation ont fait tomber en désuétude cette action à fins de subsides. Néanmoins, elle reste utile lorsque l'établissement de la filiation est impossible, par exemple en cas d'inceste, ou encore lorsque l'établissement serait traumatisant, par exemple en cas de viol. Elle pourrait voir son utilisation renouvelée, par exemple, dans la situation où un couple de femmes souhaiterait concevoir un enfant. L'une d'elles entretiendrait des rapports sexuels avec un homme et un enfant naîtrait de cette relation d'opportunité. La filiation de l'enfant serait établie à l'égard de la femme qui accouche et sa conjointe adopterait l'enfant. Afin d'obtenir des aliments du géniteur sans établir de lien de filiation à son égard, elles pourraient agir à fins de subsides contre cet homme puisque la « mère », c'est-à-dire celle qui a accouché de cet enfant, aura eu des « relations » avec lui¹. Cette action pourra aboutir si la jurisprudence ne considère pas que l'article 342-8

767. Malgré son faible emploi, l'action à fins de subsides illustre la dissociation de la notion de filiation et de ses effets. L'effet alimentaire de la filiation n'est pas ici attribué à une personne qui s'occupe de l'enfant comme du sien, qui exerce le rôle de parent, mais à l'égard de celui qui est un géniteur potentiel sans que cette potentialité justifie l'établissement d'un lien juridique de filiation. L'effet alimentaire est ainsi attribué à une réalité génétique supposée, sur une apparence de réalité génétique.

L'obligation alimentaire particulière qu'est l'action à fins de subsides repose alors sur un fait et non sur un statut juridique, une telle dissociation serait-elle envisageable pour l'obligation alimentaire de droit commun ? La réalité génétique pourrait alors fonder une obligation alimentaire, sans qu'un lien juridique de filiation ne soit établi, notamment à l'égard du donneur de gamètes ou de la mère qui a accouché sous X par exemple. Il n'est pourtant pas certain que l'esprit de ces institutions soient compatibles avec une telle ouverture de l'action alimentaire. Néanmoins, d'autres faits, comme l'apparence de filiation révélée par un comportement, pourraient-ils justifier l'exécution d'une obligation alimentaire ? Cette dissociation est encore plus délicate, comme nous pourrions l'observer, car le fait fondateur est plus contestable que le résultat objectif d'une expertise génétique. Néanmoins, le droit anglais réalise cette disso-

1. Il conviendra alors de se demander ce que signifie le terme de « relations ». Une procréation « artisanalement assistée », c'est-à-dire en ayant recours à une seringue dotée des gamètes du géniteur, pourrait-elle être qualifiée de « relations » alors même qu'il n'y a pas eu de contact physique entre le géniteur et la mère ? Dans la mesure où une preuve génétique peut être apportée comme preuve de ces « relations », il est fort probable que le géniteur, ne pensant pourtant pas s'engager, devra alors verser des subsides.

ciation à l'endroit du *child's of the family*¹.

768. L'objectif ainsi poursuivi par le droit français est de favoriser la solidarité inter-générationnelle et de protéger ceux qui sont dans le besoin en leur garantissant un débiteur incontestable – sauf à contester l'existence du lien. Parce que le droit anglais a longtemps envisagé l'obligation alimentaire comme relevant du droit public, la solidarité familiale n'a pas été organisée ni encouragée de la même façon. Dans la perspective d'un désengagement de l'État, il est envisageable de rendre l'obligation alimentaire réciproque à l'égard des parents sans qu'elle soit nécessairement étendue aux autres ascendants. Mais, si cette réciprocité est souhaitable, elle ne s'inscrit pas dans la conception de la notion anglaise de filiation.

§ 2. Les conséquences alimentaires du rôle parental, complément de l'obligation statutaire

769. L'obligation alimentaire repose sur le lien de filiation conçu comme un statut et non comme un rôle. Pourtant, le rôle parental exercé auprès d'un enfant n'est pas dénué de toute conséquence alimentaire. En effet, le comportement parental peut engager son auteur à verser des aliments à l'enfant. Autrement dit, le rôle peut produire certains des effets alimentaires de la filiation.

770. Le droit anglais accorde des effets alimentaires au comportement parental, tout spécialement dans le cadre de la belle-parenté, grâce à la figure juridique du *child of the family* (A.). Le droit français ne connaît pas de construction juridique équivalente et emploie un instrument de droit commun pour accorder des effets alimentaires au comportement parental : l'obligation naturelle (B.).

A. L'effet alimentaire du rôle parental réservé au *child of the family*

771. L'obligation alimentaire dans le cadre de l'apparence de filiation. Le droit anglais n'accorde pas d'effet alimentaire au comportement qui ressemble à celui de parent, il lie le *duty to support* au lien de filiation légalement établi. Alors que le rôle parental exercé auprès de l'enfant permet au parent de fait de bénéficier de certaines prérogatives du parent légal, telle que la *parental responsibility*, il ne suffit pas pour imposer un devoir alimentaire à l'égard de l'enfant. La situation de fait qui ressemble au lien de filiation peut donc s'assortir des droits et pouvoirs sur l'enfant qui offrent au rôle parental une teneur plus importante, une efficacité

1. V. *infra*, page 442.

juridique reconnue, mais ne peut, en revanche fonder une obligation alimentaire. Celui qui exerce un rôle parental n'est pas engagé au même titre que celui qui a le statut de parent alors même qu'il est plus présent dans la vie de l'enfant. En matière alimentaire, le statut prime.

Cette mise en exergue de la filiation juridique – donc le plus souvent de la filiation génétique – implique pourtant une insécurité pour l'enfant élevé par un parent de fait à l'égard duquel la filiation n'a pas été légalement établie. En effet, le parent de fait a des droits mais pas de devoirs à son égard. L'enfant ne devrait donc pas pouvoir lui réclamer des aliments en cas de besoin ou en continuité de ceux qu'il lui versait déjà spontanément.

772. La figure juridique du *child of the family* permet de remédier à ce déséquilibre. Le *child of the family* peut ainsi demander l'exécution du *duty to maintain* à son égard sur le fondement du *Children Act 1989*¹ et non pas du *Child Support Act 1991*.

Cette qualification juridique de *child of the family* a néanmoins un domaine restreint : elle ne peut valoir que pour les enfants vivant avec leurs prétendus parents (c'est-à-dire mariés ou engagés ensemble dans un *civil partnership*), ou bien pour ceux vivants avec un parent et l'époux ou le *civil partner* de celui-ci. Les enfants élevés au sein d'un couple de concubins ne peuvent donc pas réclamer d'aliments à celui qui se comporte comme un parent à leur égard. Le semblant de filiation ne peut alors produire d'effets que s'il s'exerce dans le cadre d'une famille fondée sur l'union des parents. Autrement dit, le semblant de filiation ne peut produire d'effets que s'il s'agit d'un semblant de filiation légitime².

L'exigence d'une union du parent juridiquement reconnu avec le non-parent pour la qualification de *child of the family* implique donc que le lien entre les parents est une garantie de la stabilité de la structure familiale et que c'est au sein de celle-ci qu'un devoir alimentaire peut naître entre l'enfant et le beau-parent même en l'absence de lien de filiation juridiquement établi.

773. L'obligation alimentaire du beau-parent. Les conséquences alimentaires du statut de *child of the family* ne peuvent bénéficier qu'à l'enfant élevé par le conjoint ou le *civil partner* de son parent.

Est-ce alors le lien unissant le parent et son conjoint ou bien le rôle de parent exercé par le conjoint ou *partner* qui justifie l'obligation alimentaire ? Jusqu'au *Child Support Act 1991*, la

1. Les dispositions de la *schedule 1* du *Children Act 1989* peuvent également fonder une demande d'aliments contre le ou les parents légaux de l'enfant mais celle-ci s'effectuera auprès des juridictions et non de la *Child Maintenance and Enforcement Commission*. Depuis l'instauration de cette commission, l'exécution de l'obligation alimentaire s'opère en principe de façon plus rapide et efficace que lorsque la demande est faite par la voie judiciaire, et elle permet également aux demandeurs de s'affranchir des services d'un avocat.

2. En effet, la qualification d'enfant légitime a été étendue aux enfants nés au sein d'un couple engagé dans un *civil partnership*.

jurisprudence avait permis que la charge financière d'un enfant soit partagée pour moitié entre son père et son beau-père¹, laissant penser que le rôle du beau-parent produisait des effets équivalents au statut de parent. Le *Child Support Act 1991* a recentré l'obligation alimentaire autour du lien initial : la filiation². Désormais, ce sont les parents qui sont appelés à subvenir aux besoins de l'enfant avant d'éventuels beaux-parents, et cela même si les parents juridiques ne vivent pas avec l'enfant. Le beau-parent n'a plus alors qu'un rôle subsidiaire, en cas de défaillance du parent juridique³, et son devoir alimentaire ne semble reposer que sur l'union avec le parent.

774. Si l'obligation alimentaire du beau-parent se fonde sur son union avec le parent, il est alors surprenant de constater que cette obligation alimentaire – subsidiaire – du beau-parent subsiste à la dissolution de cette union. En effet, si le fondement de l'obligation était véritablement le lien entre le parent et le beau-parent, l'obligation devrait s'éteindre lors de la dissolution de ce lien.

Le droit suisse apporte un éclairage sur ce point. Il connaît une obligation semblable entre le beau-parent et l'enfant qui s'appuie sur le devoir d'assistance entre époux : suivant l'article 278 alinéa 2 du Code civil suisse, « chaque époux est tenu d'assister son conjoint de façon appropriée dans l'accomplissement de son obligation d'entretien envers les enfants nés avant son mariage ». Il s'agit d'un devoir entre époux ayant pour bénéficiaires les enfants nés d'une union préalable. C'est donc l'alliance entre le parent et le beau-parent qui fonde cette obligation alimentaire envers l'enfant. En conséquence, la dissolution de cette union fait disparaître ce devoir matrimonial indépendamment du destinataire de l'aide.

Mais, en droit anglais, il n'est pas si net que l'obligation alimentaire envers l'enfant du conjoint soit fondée sur l'alliance plutôt que sur un lien de fait ressemblant au lien de filiation. Le maintien de l'obligation malgré la dissolution du lien d'alliance laisse penser que celui-ci n'est pas l'unique fondement. De plus, la répartition pour moitié de l'obligation entre le père et le beau-père par la jurisprudence⁴, laissait penser que tant le statut que le rôle de parent fondait cette obligation de nourrir l'enfant. Même si cette jurisprudence n'est plus de droit positif, elle demeure indicative de ce que l'obligation de subvenir aux besoins de l'enfant peut peser sur celui qui s'occupe réellement et quotidiennement de l'enfant, sur celui qui a le rôle et non le statut. Le nouvel ordonnancement légal ne fait peser l'obligation à la charge du beau-parent qu'à titre subsidiaire mais cela n'altère pas pour autant la qualité de fondement du rôle

1. *Snow v Snow* [1971] 3 All ER 858 (CA).

2. *Child Support Act 1991*, s. 54.

3. Il est appelé à participer à l'entretien de l'enfant sur un autre fondement que le *Child Support Act 1991* : *child of the family*, ou autre. Mais ces demandes sont de la compétence des *Courts* et non de la *Child Maintenance and Enforcement Commission*, appelée aussi *C-MEC*.

4. *Snow v Snow* [1971] 3 All ER 858 (CA).

parental. Le beau-parent est débiteur de l'obligation alimentaire en conséquence du rôle qu'il a auprès de l'enfant, dans lequel le parent légal est défaillant, et de sa qualité de conjoint ou de *civil partner* du parent. Le devoir alimentaire repose alors sur la combinaison de la conjugalité et de la filiation apparente.

775. Ainsi, l'obligation alimentaire peut être mise à la charge de celui qui se comporte comme le parent de l'enfant, consacrant ainsi le rôle parental plutôt que le statut. Cependant, le droit français de la famille ne connaît pas d'institution semblable à celle de *child of the family*¹ ; le droit commun des obligations offre, en revanche, une possibilité de faire produire des effets alimentaires au rôle parental.

B. L'obligation naturelle, moyen de droit français pour accorder un effet alimentaire au rôle parental

776. En droit français, ni l'affection ni la simple cohabitation ne peuvent, à elles seules, être fondatrices d'une obligation alimentaire entre l'enfant et le beau-parent. Il faut qu'elles soient reconnues en tant qu'indices de la possession d'état, qui peut fonder un lien juridique de filiation et donc entraîner des effets alimentaires². Le rôle parental exercé auprès de l'enfant ne peut fonder d'obligation alimentaire que par le biais de la filiation qu'il contribue à établir. L'étape de l'établissement du lien de filiation ne peut donc être contournée dans l'attribution d'aliments.

777. Pourtant, le droit français connaît un instrument de technique juridique qui permet la reconnaissance juridique de la prise en charge en fait d'un enfant par un non-parent : l'obligation naturelle. Malgré l'absence de définition ayant fait l'objet d'un consensus en doctrine³, son existence est avérée toutes les fois « qu'une personne s'oblige envers une autre ou lui verse une somme d'argent non sous l'impulsion d'une intention libérale, mais afin de remplir un devoir impérieux de conscience et d'honneur⁴ ».

1. A l'exception de la possession d'état qui consacre le vécu familial comme fondement du statut mais ne permet pas une attribution autonome des effets de la filiation. V. *supra*, page 228

2. V. *supra*, page 115.

3. La conception dite classique, fondée sur une séparation du droit et de la morale, qualifie l'obligation naturelle d'obligation civile imparfaite. La conception dite moderne, correspondant à un rejet de la séparation du droit et de la morale, tend à l'assimiler à une obligation morale.

4. CA Colmar, 20 déc. 1960 ; D. 1961, t. II, p. 207. En l'espèce, l'enfant était né alors que la mère était encore mariée, bénéficiant d'une filiation légitime, et il avait été corrélativement reconnu par l'amant de la mère. Celle-ci quitta son mari et s'installa avec l'amant et père naturel. Il contribua quotidiennement à l'entretien et à l'éducation de l'enfant jusqu'au jour de sa séparation avec la mère. La filiation légitime à l'égard du mari de la mère n'avait par ailleurs jamais été remise en cause. Le père naturel prétendait qu'il n'avait pas à continuer à contribuer à l'entretien de l'enfant car celui-ci bénéficiait d'une filiation paternelle légitime établie. Les juges de première

La jurisprudence y recourt régulièrement afin de constater l'entretien volontaire d'un enfant par un non-parent et de consacrer juridiquement ce comportement par sa transformation en obligation civile. Autrement dit, la personne qui se comporte volontairement comme un parent à l'égard de l'enfant et, ce faisant, le nourrit, se rend débiteur d'une obligation alimentaire naturelle à son égard. Parce qu'il se comporte spontanément comme un parent, comme un débiteur alimentaire, peut-il être tenu de poursuivre l'entretien de l'enfant ?

Le principe est que l'obligation naturelle n'est pas susceptible d'exécution forcée¹. Le fait de nourrir un enfant en l'absence de lien juridique de filiation résulte d'un devoir moral et non d'une obligation juridique. Le rôle parental ne suffit pas à fonder une obligation contraignante. Le débiteur naturel des aliments peut donc, en principe, cesser sa contribution spontanée dès qu'il le souhaite et l'enfant qui a pu bénéficier de ces aliments n'aura aucun moyen de réclamer l'exécution forcée de cette obligation.

Mais, l'exercice de ce rôle nourricier n'est pourtant pas dépourvu de toute conséquence juridique. Ainsi, l'obligation naturelle, qui en est issue, peut être transformée en obligation civile et faire alors l'objet d'une exécution forcée. En effet, après avoir constaté que la personne s'est engagée unilatéralement et spontanément à nourrir l'enfant, le juge peut constater la transformation de l'obligation naturelle en obligation civile². En principe, une obligation alimentaire civile peut donc naître du comportement nourricier du beau-parent à l'égard de l'enfant. Par ce comportement, le débiteur s'est engagé à s'exécuter. Le rôle parental, d'abord source d'une obligation naturelle, devient alors source d'une obligation civile.

778. La teneur de cet engagement du beau-parent pourrait-elle subsister malgré sa séparation avec le parent ? Bien qu'obtenue par un moyen de droit distinct et plus incertain, la solution de droit français se rapprocherait alors de celle du droit anglais. L'effet alimentaire de la filiation pourrait être associé au semblant de filiation.

Le droit belge – de tradition romaniste comme le droit français – ouvre la voie en ce qu'il a contraint le beau-parent à continuer d'entretenir les enfants de l'ex-conjoint : « bien qu'aucune obligation alimentaire ne soit légalement imposée à l'égard des enfants d'un concubin, le secours alimentaire entre eux est considéré comme une obligation naturelle dans la mesure où il constitue une famille de fait stable et où des liens d'affection profonds unissent les membres

instance lui avaient donné raison mais la Cour d'appel de Colmar infirma le jugement. Elle considéra « établi que O. s'est volontairement et de plein gré acquitté d'une obligation naturelle ayant sa cause dans l'existence de son devoir moral de contribuer à l'entretien de son enfant en qualité de père naturel, et que cette promesse d'exécuter une obligation naturelle s'est ainsi transformée en une obligation civile valable ».

1. Ni répétable. V. Code civil, art. 1235.

2. Cass. 1^{re} civ., 10 oct. 1995, *Bull. Civ.* I, p. 352 ; *D.* 1996, p. 120, note R. LIBCHABER ; *D.* 1997, p. 155, note G. PIGNARRE ; *D.* 1997, Chron, p. 85, note N. MOLFESSIS.

de la famille¹. » Les juges s'appuient ensuite expressément sur le rôle de parent joué par le beau-parent à l'égard de l'enfant : « lorsqu'un homme s'est comporté comme un père à l'égard des enfants de sa compagne devenue par la suite son épouse et leur a assuré, pendant des années, un certain niveau de vie et d'éducation, l'obligation alimentaire naturelle dont il s'est reconnu redevable a été, en raison de son exécution spontanée, novée en obligation civile susceptible de recevoir une exécution ordonnée par un juge en cas d'interruption des prestations spontanées² ». C'est ici le rôle de parent qui fonde la transformation de l'obligation naturelle en obligation civile. Plusieurs qualités du rôle sont requises, telles que la durée et la spontanéité de l'exécution, pour que l'obligation naturelle puisse être changée en obligation civile. Il n'est pas question de contraindre le beau-parent à l'exécution d'une obligation civile alimentaire sans que le semblant de filiation qui la fonde ne démontre un véritable engagement de sa part. Cet engagement n'est autre que la manifestation concrète de l'intérêt et, plus encore, de l'affection qu'il lui porte. Le juge tient donc compte implicitement des liens d'affection entre les membres de la famille recomposée pour en déduire que l'obligation naturelle doit être requalifiée en obligation civile.

Or, en droit français, le juge tient également compte de l'engagement durable et spontané du beau-parent auprès de l'enfant et des liens de fait que celui-ci traduit pour reconnaître une obligation naturelle. Il est donc envisageable que le beau-parent soit tenu d'une obligation alimentaire, malgré la séparation, si le rôle de parent révèle cet engagement auprès de l'enfant³. Si le fondement de cette obligation naturelle est le rôle exercé auprès de l'enfant, alors celui-ci doit pouvoir perdurer malgré la séparation du parent et du beau-parent.

1. Juges de paix, 2e canton, Schaerbeek, 1^{er} avr. 1992, *RTDF*, p. 426.

2. *Ibid.*

3. La jurisprudence n'est pas explicite sur ce point. Dans le cadre d'une liquidation de régime matrimonial, la question de la qualification des sommes versées pour l'entretien d'un enfant par le beau-parent s'était posée. Le père des enfants n'avait pas versé la pension alimentaire à la mère pendant plusieurs années. Le second mari de la mère prétendait donc que, en vertu de l'article 1437 du Code civil, la quote-part non payée par le père pour l'entretien des enfants ne constituait pas une charge du ménage mais devait donner lieu à récompense au profit de la communauté qui s'était appauvrie en se substituant au père débiteur. L'épouse et mère des enfants soutenait que le beau-père s'était volontairement acquitté d'une obligation naturelle et morale qui ne pouvait dès lors donner lieu à répétition, même au profit de la communauté. La Cour d'appel de Versailles a qualifié la dépense de charge du ménage et considéré que le beau-père « s'était volontairement acquitté d'une obligation naturelle et morale qui ne saurait être sujette à répétition, même au profit de la communauté ». Le beau-père a alors formé un pourvoi que la Cour de cassation n'a pas accueilli sur ce point (Cass. 1^{re} civ., 3 fév. 2010, n^o 09-65345 ; *Gaz. Pal.* 15 avr. 2010, p. 11, note M. COUDRAIS). M. COUDRAIS y a vu la consécration implicite de l'obligation naturelle du beau-parent de subvenir aux besoins de l'enfant de son conjoint : « La vocation du mécanisme de l'obligation naturelle est de permettre de valider un paiement socialement et moralement opportun quand bien même il n'est pas exigé par la loi. » La consécration implicite de l'obligation naturelle permet surtout de ne pas « favoriser le repentir d'un acte moralement positif, conforme qui plus est au principe conventionnel de l'intérêt de l'enfant ». Elle évite une remise en cause de tels actes qui risquerait de fragiliser la sécurité matérielle et économique de l'enfant et de sa mère.

779. Le comportement spontané à l'égard de l'enfant peut devenir contraignant en ce qu'il porte en lui les germes d'une obligation civile. La transformation de l'obligation naturelle en obligation civile offre ainsi un moyen de garantir une sécurité matérielle pour l'enfant. En ce qu'elle peut être reconnue entre des personnes non liées juridiquement, l'obligation naturelle constitue un outil de technique juridique adapté à toute structure familiale. Cette souplesse lui permet aussi d'être adaptable à l'évolution contemporaine de la famille. En effet, elle « s'accommode particulièrement bien à l'individualisme ¹ » en ce qu'il n'est pas prévu d'obligation *a priori* et qu'il n'y a pas non plus de remise en cause *a posteriori* d'un acte effectué librement. Le droit n'est plus ici programmatique, il devient pragmatique. Le juge observe la situation et décide en fonction de celle-ci des conséquences juridiques à lui accorder. Cet examen casuistique participe de cette souplesse. Par l'usage d'un tel outil, le droit français semble opérer comme le droit anglais, sans prédiction et uniquement à l'étude, et se teinte de conséquentialisme.

Le recours à l'obligation naturelle permet également « un certain retour des valeurs ² » en ce qu'elle consacre un engagement volontaire et lui fait produire des effets de droit. Il est ainsi clairement signifié à celui qui exerce le rôle de parent que s'occuper d'un enfant n'est pas sans conséquence juridique. L'obligation naturelle est, en définitive, le moyen d'assortir le rôle parental d'effets juridiques similaires à ceux du statut parental. Elle fait de celui qui s'occupe de l'enfant un parent alimentaire.

780. Ainsi, tant le statut que le rôle peuvent fonder une obligation de subvenir aux besoins de l'enfant. La contrainte est plus évidente lorsque l'obligation est la conséquence du statut car l'établissement juridique du lien de filiation suffit tandis que l'engagement moral, affectif et matériel du non-parent est à prouver pour accorder l'effet alimentaire au rôle. Mais l'issue est la même : il est possible de bénéficier d'effets patrimoniaux de la filiation sans que ce lien ne soit juridiquement établi. Autrement dit, le droit autorise de bénéficier des effets d'un statut sans être titulaire de celui-ci.

781. Une telle dissociation du statut et de ses effets révèle que la situation de fait est prise en compte presque au même titre que le lien juridique de filiation lui-même. Si les effets du lien juridique de filiation ne lui sont pas exclusivement liés, ils peuvent être accordés à des liens de fait lui ressemblant ³. Cela s'inscrit dans un mouvement plus profond de prise en compte par le droit de la relation vécue et de l'affection entre les individus. Ainsi, comme

1. M. COUDRAIS, « Statut du beau-parent et obligation naturelle. Note sous Cass. civ. 1ère, 3 fév. 2010, pourvoi n° 09-65345 », *Gaz. Pal.* 15 avr. 2010, 105, p. 11.

2. *Ibid.*

3. L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, 1990, LGDJ.

l'exprime Mme le Professeur J. SOSSON :

« ceci participe plus généralement d'une forme d'appréciation nouvelle de plus en plus répandue aujourd'hui : on a parfois l'impression que tout se passe comme si, bien souvent, on se sentait plus tenu envers ceux dont on partage le toit et la vie qu'envers ceux à qui l'on est uni par des liens juridiques formels... [. . .] Serait-il opportun que la loi entérine ce mouvement tendant à considérer que la famille, c'est avant tout l'entité domestique dans laquelle on vit (parfois provisoirement) indépendamment des liens juridiques existant par ailleurs ?¹ »

En définitive, la véritable différence semble relever du domaine de la preuve. Le lien de filiation est plus facile à établir et donc à prouver qu'un investissement affectif d'un adulte auprès d'un enfant. Par conséquent, le débiteur alimentaire est bien plus aisé à identifier et donc à contraindre à l'exécution lorsqu'un lien préétabli l'attache à l'enfant. Mais l'évolution des modes de vie et des structures familiales fait que l'enfant est élevé corrélativement et/ou successivement par plusieurs personnes qui sont ou non ses parents en droit. La notion juridique de filiation n'est pas modifiée mais sa dimension sociale en est à la fois enrichie et complexifiée. Comment, en effet, ordonner entre eux tous ces potentiels débiteurs alimentaires ? Devra-t-on en opérer un classement à l'image du classement des créanciers en matière de procédure collective ? Ou suivre un principe chronologique de sorte que le dernier à s'être occupé de l'enfant serait le payeur ? Il y a là une organisation à repenser s'il est décidé de confirmer et d'accroître les effets du rôle de parent à l'image de ceux du statut, sous peine de créer une confusion propice aux conflits dans ces nouvelles familles.

782. Ainsi, le lien de filiation juridiquement établi désigne les débiteurs alimentaires de l'enfant. Spontanément, les parents s'acquittent de cette obligation alimentaire parce qu'ils s'occupent de l'enfant et l'élèvent. Le droit suppose qu'ils sont les plus concernés et les plus aptes à nourrir l'enfant. En cas de défaillance de leur part, l'exécution de l'obligation alimentaire est alors garantie par le statut de parent auquel ils ne peuvent renoncer à la seule fin de ne pas remplir leur devoir d'aliments.

Néanmoins, le fait de nourrir et d'entretenir l'enfant relève généralement de la relation quotidienne entre l'enfant et son parent ou l'adulte référent, ce qui contribue à ce que le comportement parental à l'égard de l'enfant engage son auteur. C'est ainsi que l'envisage expressément le droit anglais. Le droit français, quant à lui, est contraint de recourir à l'obligation naturelle, qui rend moins compte de la consécration du rôle en raison de sa délicate mise en œuvre.

1. J. SOSSON, « L'obligation alimentaire, miroir des conceptions de la famille ? » in *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein. Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruylant, 1998, p. 575, spéc. p. 598.

Alors que le régime de l'obligation alimentaire peut sembler s'adapter quelque peu à la prise en compte du rôle parental alors même que les enjeux sont économiques, le droit des successions *ab intestat* y est encore plus réticent.

Section II La dévolution successorale, structurellement rattachée au statut

783. L'héritage est sans doute l'un des aspects les plus connus – mais aussi fantasmés – du droit patrimonial de la famille parce qu'il renvoie à la dimension matérielle du lien généalogique, c'est-à-dire la transmission des biens de génération en génération. Le droit des successions anglais est source de questionnement pour le juriste français en raison de la place centrale qui est donnée au testament. Le défunt dispose, en effet, d'une liberté testamentaire qui lui laisse la possibilité de gratifier qui il le souhaite et dans la proportion qu'il lui convient. L'approche est bien différente en droit français où une partie de la succession est réservée au profit des descendants – et auparavant, des ascendants – directs.

Les droits français et anglais se rejoignent pourtant en ce qu'ils organisent la transmission *ab intestat* du patrimoine du défunt autour du lien de filiation juridiquement établi. Ainsi, le statut est privilégié pour structurer la dévolution successorale par rapport au rôle qui ne peut se voir associer les effets de la filiation que dans le cadre du testament.

784. Le lien de filiation trace la ligne directrice de la dévolution successorale. En effet, son établissement permet la désignation des principaux héritiers du défunt : le descendant héritera de son ascendant et réciproquement l'ascendant héritera de son descendant si ce dernier n'a pas de progéniture. C'est autour de ce lien vertical que va s'organiser la transmission patrimoniale.

La particularité du droit des successions est qu'il révèle la dimension généalogique de la notion de filiation. Le lien de filiation n'est pas envisagé uniquement dans une relation bilatérale parent-enfant mais s'inscrit dans un ensemble plus large composé de liens successifs de filiation. En effet, comme en matière de dévolution du nom ou de détermination de la qualité de débiteur alimentaire¹, le lien de filiation est envisagé comme maillon d'une chaîne successive de liens de filiation. Le patrimoine est ainsi transmis de génération en génération, le lien de filiation unissant la génération précédente à la suivante. Le lien de filiation est alors

1. Pour cet aspect, cela n'est vrai qu'en droit français puisque, comme nous l'avons décrit page 432, il n'existe, en droit anglais, d'obligation alimentaire qu'à l'égard de l'enfant et non des autres descendants ni à l'égard des ascendants.

un lien exclusif entre deux personnes mais qui fait l'objet d'une projection générationnelle ascendante et descendante pour constituer le lignage. En cela, il s'inscrit pleinement comme lien constitutif de la famille.

785. Ce prolongement générationnel de la personne défunte se concrétise dans la notion de succession qui exprime l'idée de continuation des morts par les vivants à travers la transmission du patrimoine. En effet, la transmission du patrimoine du défunt aux vivants fait office de passage de relais, les héritiers continuent, en droit français, la personne juridique du défunt, ce qui explique qu'à l'instant du décès, et de son seul fait, ils soient titulaires des droits et actions de leur auteur mais aussi débiteurs de ses dettes, sans qu'il soit besoin d'accomplir aucune formalité. De la sorte, « avec le principe de la continuation de la personne du défunt, le droit civil fait de la continuité biologique l'épine dorsale du droit successoral, il assure à la personnalité juridique une pérennité qui permet d'éviter que la mort ne soit une source excessive d'instabilité et d'insécurité¹ ». Le lien juridique de filiation, fondé sur la réalité génétique ou sur la volonté à l'imitation de cette réalité génétique, assure donc une sécurité par la transmission des dettes, qui suivent les biens du défunt, et garantit aux créanciers du défunt le paiement de ses dettes².

786. Précisément, les deux systèmes juridiques étudiés diffèrent quant au mode de transmission successorale. Deux procédés de transmission successorale peuvent être distingués : la succession aux biens et la succession à la personne. Dans la première, les biens sont transmis aux héritiers par le défunt tandis que dans la seconde, l'héritier se substitue au défunt dans ses biens. Traditionnellement, le droit français retient de manière dominante les mécanismes de la succession à la personne³ tandis que le droit anglais retient le principe de la succession aux biens⁴. Sans doute cette différence de nature éclaire-t-elle notre propos. Si le droit français considère que l'héritier vient se substituer à la personne du défunt pour acquérir la propriété de ses biens, c'est que la continuité de la personne du défunt est centrale. Elle est assurée au

1. F. ZENATI-CHASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil, Successions*, PUF, 2012, p. 18.

2. J. HAUSER, « La réforme de la filiation et les principes fondamentaux », *Dr. Fam.* Jan. 2006, p. 6, spéc. p. 8. « L'investissement du secteur du droit de la famille par la socio-psychologie a conduit à occulter en partie la dimension patrimoniale et à ignorer corrélativement le principe de sécurité juridique, maintes fois avancé en d'autres domaines. Pourtant, il y a une solidarité inévitable entre le droit de la filiation et le droit des successions parce que *seule la filiation donne le droit d'hériter.* »

3. V. RIPERT et BOULANGER, *Droit civil. Tome IV. Les successions*, LGDJ, 1959, n° 2209, 2215, 2216. V. aussi C. JUBAULT, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 2^e éd., Montchrestien - Lextenso éditions, 2010, p. 648.

4. La succession ne porte que sur un actif net. Pour permettre le transfert de ces biens aux héritiers, le patrimoine du défunt est conservé dans son intégralité et la liquidation du passif est confiée à un administrateur le temps d'exécuter sa mission. Lorsqu'un actif net est dégagé, les héritiers peuvent alors recevoir chacun une part. Le meilleur exemple de cette succession aux biens étant l'institution du *trust* qui permet de confier ses biens à un tiers qui va gérer les biens pendant une période déterminée et les répartir entre les héritiers.

mieux par la réserve qui impose de substituer au défunt la personne qui lui est la plus proche : son descendant direct. Le testament ne fait que corriger, à la marge, cette substitution imposée. C'est ainsi que le défunt peut choisir qui va se substituer à lui pour une partie réduite de son patrimoine.

En revanche, en droit anglais, la liberté testamentaire est largement privilégiée. En effet, il ne s'agit pas d'une succession à la personne mais d'une succession aux biens. Le testateur transmet la propriété de ses biens, nets de dettes, comme il le souhaite sans avoir à tenir compte des descendants directs comme substituts de sa personne après sa mort. Il décide de la personne qu'il souhaite gratifier selon ses propres critères, affectifs ou de bonne gestion.

Cette distinction est commode pour le juriste comparatiste en ce qu'elle justifie les différences de règles de dévolution successorale dans les deux traditions juridiques. Mais, il convient de la nuancer afin de mieux rendre compte de l'état actuel du droit. D'abord, nous observerons que le droit anglais connaît un mécanisme proche de celui de la réserve de droit français en l'absence de testament rédigé par le défunt. Alors, la succession *ab intestat* ne serait-elle pas une succession à la personne plutôt qu'une succession aux biens ? Ensuite, la transmission de son patrimoine de son vivant a été fortement encouragée en droit français grâce à de nouveaux outils tels que la donation-partage ou la donation transgénérationnelle. Cette évolution pourrait laisser penser que la succession est devenue un mode d'acquisition ordinaire des biens, teintant la succession à la personne de caractères de la succession aux biens et altérant la pertinence de la distinction¹.

787. Ce schéma directeur de la dévolution successorale est plus ou moins contraignant selon le système juridique. En droit français, le lien de filiation fonde un droit réservataire des enfants sur la succession de leurs parents et autres ascendants directs (§ 1.). Cette réserve successorale borne donc la liberté testamentaire à la quotité disponible, c'est-à-dire à la part du patrimoine qui subsiste une fois les parts réservataires prélevées. En revanche, en droit anglais, le principe est celui de la liberté testamentaire (§ 2.). Pourtant, à défaut de testament, les enfants du défunt peuvent prétendre à une part de la succession. Ils n'ont pas de part réservataire mais un privilège dans la succession du parent défunt. Aussi, nous verrons que, dans les deux systèmes, la place du lien de filiation est centrale dans la dévolution successorale

1. V. sur le mouvement vers la succession aux biens : F. ZENATI-CHASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil, Successions*, PUF, 2012, p. 24. Selon eux, ce mouvement est dû au déclin, dans les sociétés contemporaines, des rapports communautaires, déclin qui condamne à terme la conception personnelle des successions : « la solidarité familiale s'émoissant, l'héritage tend à être de plus en plus perçu comme une acquisition ordinaire. » Si la succession à la personne a tendance à se fondre dans la succession aux biens, cela ouvre la voie à la remise en question de l'idée reçue que le droit successoral est spécifique aux droits nationaux et insusceptible d'harmonisation (v. sur ce point : *The Oxford Handbook of Comparative Law*, sous la dir. de M. REIMAN et R. ZIMMERMAN, Oxford University Press, 2008, p. 1071.).

même si elle peut connaître des limites à intensité variable.

§ 1. La filiation, fondement de la réserve successorale en droit français

788. La tendance générale du droit français est de privilégier le statut que constitue la filiation en raison de la sécurité et de la stabilité qu'offre l'établissement juridique du lien. Le droit prévoit précisément la transmission en suivant le lien de filiation. Chacun sait ainsi de qui il va hériter – de ses parents – et à qui seront transmis ses biens – ses enfants. La transmission suit tout simplement le cycle de la vie. Parfois seulement, celui-ci est inversé et les parents héritent des biens de leurs enfants prédécédés. Mais, en principe, la succession est descendante, suivant le sens de la filiation, et non remontante, suivant celui de la parenté.

S'appuyant sur la sécurité ainsi offerte par le lien de filiation, la réserve successorale visait d'abord à garantir la conservation des biens au sein de la famille (A.). Du fait de l'évolution des familles mais également des patrimoines, le lien de filiation n'est plus l'unique fondement de la réserve successorale depuis 2001 et fait l'objet de nombreuses remises en cause privilégiant l'affection plutôt que le statut (B.).

A. Sécurité et conservation du patrimoine au sein de la famille statutaire, objectifs initiaux de la réserve successorale

789. Le droit français connaît une institution qui privilégie les descendants directs du défunt au détriment des autres successibles : la réserve héréditaire¹. Aux termes de l'alinéa 1er de l'article 912 du Code civil, elle est « la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent ». De la sorte, la réserve borne la volonté testamentaire du défunt qui ne bénéficie pas d'une liberté pleine et entière dans la répartition de ses biens. Sa volonté ne peut s'exercer librement que sur la quotité disponible, c'est-à-dire sur la part de patrimoine que la loi laisse à la libre disposition du testateur. Véritable droit en nature de l'héritier réservataire sur une fraction de la succession, la réserve doit être mathématiquement respectée. Si elle ne l'est pas, l'héritier peut faire un recours en réduction des libéralités effectuées en violation de sa part réservataire².

1. V. C. JUBAULT, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 2^e éd., Montchrestien - Lextenso éditions, 2010, p. 352. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les successions. Les libéralités*, 5^e éd., Defrénois, 2012, p. 309.

2. Code civil, art. 921.

790. La loi désigne comme héritiers réservataires les enfants du défunt, et depuis 2001, son conjoint survivant. Le terme d'« enfant » est entendu au sens large de sorte que l'article 913-1 précise qu'ils sont « tous les descendants en quelque degré que ce soit », ce qui illustre bien la prise en compte d'un lien de filiation au sein d'une chaîne de liens successifs de filiation. Le lien de filiation n'est pas appréhendé comme un lien isolé mais bien comme un lien inclus dans un ensemble plus grand, la famille. Mais, marque que le lien de filiation entre le défunt et ses descendants directs est fondateur de la réserve des descendants de degré ultérieur, chaque descendant ne doit être compté « que pour l'enfant dont il tient la place dans la succession du disposant¹ ». Le premier degré vient à la succession avant les autres degrés de descendance parce qu'il détermine le nombre de parts réservataires. Ainsi, « les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant ; le tiers, s'il laisse deux enfants ; le quart s'il en laisse trois ou un plus grand nombre² ». Et selon le nombre d'enfants que le disposant aura engendré, le nombre de parts réservataires pourra être défini. En cas de prédécès de l'un des héritiers réservataires, c'est par le mécanisme de la représentation que le petit-enfant ou l'arrière-petit-enfant pourra venir à la succession de l'ascendant commun³. Ainsi, le lien de filiation est à l'origine de la part réservataire du descendant direct dans la succession de son ascendant et structure également la répartition entre les descendants de degré ultérieur.

791. Suivant le principe d'égalité des filiations, toute filiation légalement établie est prise en compte. Il n'y a plus de distinction selon que l'enfant est né en ou hors mariage ou encore d'une relation adultérine. La seule filiation qui peut paraître privée de cette égalité est la filiation incestueuse. Pourtant, la filiation incestueuse n'est pas une filiation légalement établie que la loi prive d'effets successoraux, elle est plus exactement une filiation dont l'établissement est interdit. Ne pouvant être établie, elle ne peut donc produire d'effets. Le lien de causalité entre l'établissement juridique du lien de filiation et l'ouverture d'un droit à succéder ne peut être contourné. C'est donc en amont que réside la distinction entre les filiations : il s'agit d'une

1. Code civil, Art. 913-1 in fine.

2. *Ibid.*, art. 913.

3. Prévue par l'article 751 du Code civil, la représentation est « la fiction juridique qui a pour effet d'appeler à la succession les représentants aux droits du représenté ». Autrement dit, la représentation permet au représentant d'emprunter le degré successoral du représenté. Cette règle a donc pour finalité d'assurer l'égalité des souches en cas de prédécès d'un des héritiers. Le partage se fait par souche et toujours à égalité entre les différentes souches. À l'intérieur de chaque souche, le partage se fait par tête (Art. 753). Par exemple, dans une famille dans lequel le défunt aurait deux enfants dont un prédécédé, ayant lui-même trois enfants, ces trois petits-enfants du défunt auraient pu venir en lieu et place de leur parent prédécédé si le partage se faisait par tête uniquement. La masse successorale aurait alors dû être partagée en quatre. Mais la règle de la représentation rééquilibre la dévolution successorale en répartissant les biens par souche, puis enfin par tête, de sorte que les trois petits-enfants se partageront la moitié du patrimoine plutôt que d'obtenir directement un quart de cette même succession.

inégalité originelle¹.

792. Cette dévolution successorale est uniquement fondée sur le lien de filiation comme statut et non comme rôle. C'est en effet le lien de filiation juridiquement établi qui est pris en compte dans la détermination des héritiers et non le lien de fait, le lien affectif entre celui qui a exercé le rôle de parent et l'enfant. N'est héritier réservataire que celui qui est relié au *de cuius* par une filiation légalement établie. Le lien de filiation en tant que fondement de la réserve limite l'étendue de l'expression de la volonté testamentaire.

793. La réserve, un mode de conservation des biens au sein de la famille. La réserve a pour architecture historique le lien de filiation car elle avait pour vocation principale la conservation des biens au sein de la famille². Or, le lien de filiation en était la meilleure garantie en ce qu'elle constituait le lien de famille par excellence : un lien de sang quasi certain car issu en principe d'une relation exclusive entre les époux. Le lien de filiation s'opposait alors en matière successorale au lien d'alliance en ce qu'il distinguait la famille du défunt de la famille alliée. Cette dernière n'est pas considérée comme la famille du défunt et n'a pas vocation à recevoir son patrimoine. Cette conception du lien d'alliance s'explique par le fait que les mariages étaient des unions politiques entre les familles. L'union était alors le moyen d'agrandir l'étendue du pouvoir³. Mais cette extension d'autorité ne pouvait se concevoir sans descendance commune. L'hérédité patrimoniale trouvait sa justification dans l'hérédité physique qu'ascendants et descendants partageaient. Cette famille de sang assurait le maintien des biens en son sein et présumait de la bonne gestion de ceux-ci par des personnes concernées. En définitive, la réserve n'est autre que le volet patrimonial de l'hérédité physique, réelle,

1. Peut-on alors considérer qu'il y a discrimination ? Dans l'arrêt Mazurek (CEDH, *Mazurek c. France*, 1^{er} fév. 2000 ; *D.* 2000, p. 332, note T. GARÉ ; *JCP G.* 2000, t. II, 10286, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *RTD. civ.* 2000, p. 311, obs. J. HAUSER ; *GA CEDH* 2000, 52 ; *GAJ civ.* 2000, t. 1, 99 ; *JCP G.* 2000, t. I, 278, note R. LE GUIDEC ; *RTD. civ.* 2000, p. 429, obs. MARGUÉNAUD ; *Deffrénois* 2000, p. 654, obs. J. MASSIP ; *RTD. civ.* 2000, p. 601, obs. PATARIN ; *Dr. et patr.* 2000, note P. STOFFEL-MUNCK.), la Cour européenne des droits de l'homme avait considéré que l'enfant adultérin ne devait pas subir les conséquences des erreurs de ses parents et donc subir une réduction de sa part successorale. Ne peut-on envisager un même raisonnement pour l'enfant incestueux ? Ne devrait-il pas pouvoir hériter de celui à l'égard duquel l'établissement de la filiation est interdit ? Ou plutôt, ne devrait-il pas pouvoir établir sa filiation et ainsi obtenir la part qui lui revient ? V. *supra*, page 303

2. Alors qu'en droit romain, la réserve héréditaire traduisait l'idée d'un devoir de famille exprimée dans le principe d'un droit minimum dans la succession pour certaines personnes, le droit coutumier percevait la réserve comme l'assurance de la cohésion familiale et de la conservation des biens dans les familles. V. sur ce point BOISSONADE, *Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique*, 1873. JEANTET, *Le droit à la réserve en nature*, Paris, 1939. V. aussi RIPERT et BOULANGER, *Droit civil. Tome IV. Les successions*, LGDJ, 1959, n° 1825. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les successions. Les libéralités*, 5^e éd., Defrénois, 2012, p. 310.

3. M. GRIMALDI, *Droit civil. Successions*, 6^e éd., Litec, 2001, p. 280 : Instrument de conservation des biens dans la famille, la réserve « contribue à la *cohésion du groupe familial*, l'union ds personnes étant fortifiée par l'union des intérêts. »

présumée ou imitée, qu'assure la filiation.

794. La finalité de conservation des biens au sein du lignage demeure. Elle apparaît ainsi dans le droit de retour, légal¹ ou conventionnel², des parents sur les biens donnés par donation à leurs enfants. Le droit de retour implique qu'en cas de décès du légataire, les biens et droits légués reviennent au donateur. Ce droit de retour protège les ascendants en cas d'absence de descendants directs et de testament exhérédant les ascendants. Il assure la conservation des biens dans le lignage puisqu'au lieu d'être transmis en ligne descendante ou collatérale, c'est en ligne ascendante que la dévolution de ces biens s'opère. Mais, il faut observer que ce n'est pas là l'unique fondement de ce droit de retour légal institué en 2006 par le législateur. En effet, l'alinéa 3 de l'article 738-2 envisage que ce droit de retour puisse s'opérer en valeur lorsqu'il ne peut s'exercer en nature, ce qui révèle que ce n'est pas tant la nature familiale des biens que la subsistance des parents après le décès de leur descendant qui importe. Le droit de retour des biens est à la fois animé par l'objectif de conservation des biens dans le lignage³ lorsqu'un décès interrompt celui-ci, mais aussi par celui de solidarité familiale lorsque les biens ne se retrouvent pas en nature dans la patrimoine du défunt.

795. La réserve, une forme de solidarité familiale. En effet, la réserve successorale tend de plus en plus vers une forme de solidarité familiale *post mortem*⁴. L'obligation alimentaire en est la manifestation du vivant des membres de la famille tandis que la réserve en est le prolongement au profit des survivants. Le droit des héritiers réservataires sur tout ou partie du capital laissé par le *de cuius* n'est autre qu'une modalité du devoir d'assistance entre les parents et leurs enfants. C'est d'ailleurs pourquoi la réserve héréditaire bénéficiait également aux ascendants avant la réforme de 2006. Le législateur a alors supprimé le caractère réciproque de la réserve successorale, caractère qui concrétisait l'inscription du lien de filiation dans une généalogie. Désormais, « tout se passe comme si la réserve devait être comprise, non plus

1. Code civil, Art. 738-2.

2. *Ibid.*, art. 951.

3. La première chambre civile de la Cour de cassation l'a rappelé récemment dans un arrêt du 23 mai 2012 (Cass. 1^{re} civ., 23 mai 2012, n^o 11-14104; *Defrénois* 2012, 20, p. 1023, note I. DAURIAC; *JCP G.* 2012, 928, note F. SAUVAGE) tant pour le droit de retour légal que conventionnel. La particularité résidait dans le fait que les descendants directs du donataire prédécédé avaient renoncé à sa succession. La donatrice – en l'espèce, la mère du donataire – a souhaité exercer son droit de retour tel qu'il avait été prévu conventionnellement dans les donations. La Cour de cassation a rappelé que, suivant l'article 805 du Code civil, « l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier; qu'il en résulte qu'un descendant renonçant ne peut faire obstacle au droit de retour qu'il soit légal ou convenu au cas de prédécès du donataire ». Autrement dit, à défaut de descendants vivants ou aptes juridiquement à succéder au donataire prédécédé, le droit de retour du donateur doit s'exercer. Les biens donnés risquaient de sortir du lignage puisque les descendants directs – les petits-enfants de la donatrice – avaient renoncé, il convenait donc de les faire remonter aux propriétaires initiaux pour les conserver.

4. M. GRIMALDI, *Droit civil. Successions*, 6^e éd., Litec, 2001, p. 281 : « la réserve n'est plus conçue comme un moyen de renforcer la communauté familiale, mais comme une *signe*, un *effet* de la solidarité entre parents. »

comme un *devoir réversible*, mais comme un *pur droit subjectif* venant renforcer la vocation héréditaire de certains successibles privilégiés pour des raisons économique et sociale¹ ».

La raison en est sans doute d'abord que la perception de la famille a changé. Le droit des successions privilégie de la sorte ceux avec lesquels le défunt a construit sa vie familiale adulte. Aussi, si le défunt n'a pas de descendance, il souhaitera mettre à l'abri du besoin son conjoint, l'être aimé. S'il a des enfants, ce sont également eux que le défunt souhaitera protéger. Sa famille nucléaire – conjoint et enfant – sera l'objet de sa solidarité *post mortem*. Les parents n'en seront bénéficiaires que du fait de la volonté expresse du défunt et non pas du fait de la loi. La loi s'est retirée de ce domaine.

Ensuite, le patrimoine des Français a changé en substance : les biens de famille ne sont plus le cœur du patrimoine à transmettre et surtout à conserver au sein de la famille. La vocation de la réserve n'est donc plus cette conservation du patrimoine familial que nous avons précédemment évoquée mais l'installation matérielle de ses descendants. Ce qui, en combinaison avec l'allongement de la durée de la vie, a contribué à l'encouragement et à la facilitation de la transmission du patrimoine de son vivant². Mais, afin de ne pas oublier les biens de famille qui pouvaient justement avoir été transmis par anticipation, le législateur a reconnu un droit de retour aux ascendants privilégiés sur les biens que le défunt avait reçus d'eux par donation. Ce droit de retour est soumis à la condition que le défunt n'ait pas lui-même de descendants directs, autrement dit que la chaîne de liens successifs de filiation soit interrompue. Cette rupture de la chaîne justifie que le conjoint survivant ne soit pas héritier réservataire sur ces biens de nature héréditaire. La famille recouvre, pour ce cas précis, la signification d'antan, c'est-à-dire la famille de sang au sein de laquelle les biens doivent être préservés, sans tenir compte du lien d'alliance. Le lien de filiation du défunt avec son parent est alors exclusif de son lien d'alliance avec son conjoint.

La suppression de la réciprocité de la réserve successorale semble donc en cohérence avec l'évolution de la famille ces dernières décennies. Mais cette mesure déstabilise pourtant la notion de filiation en lui ôtant une seule facette de sa réciprocité patrimoniale. Seule l'obligation alimentaire demeure alors réciproque. La réserve n'est désormais plus perçue que comme descendante, suivant le lien de filiation comme un fil directeur, et a été, en revanche, étendue à l'horizontale au profit du conjoint survivant en 2001. Le devoir de solidarité s'exécute donc

1. C. BRENNER, « Le nouveau visage de la réserve héréditaire » in *La réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*. Sous la dir. de A. LEBORGNE, PUAM, 2008, p. 33, spéc. p. 40.

2. Notamment avec l'incitation fiscale aux libéralités-partage des articles 1075 et suivants dans les années 2007 à 2012. La libéralité-partage permet, en effet, de faire entre ses héritiers présomptifs, « la distribution et le partage de ses biens et de ses droits ». À la fois libéralité et partage, cette institution offre la possibilité d'organiser sa succession de son vivant et de transmettre les biens à ses héritiers pour qu'ils puissent en bénéficier dès que possible. La libéralité-partage permet tant la conservation des biens au sein de la famille que l'expression d'une solidarité patrimoniale de son vivant.

aussi au profit du conjoint, en prolongement du devoir matrimonial.

796. La réserve successorale a connu une évolution significative en s'orientant vers l'expression d'une solidarité familiale *post mortem*. Ce changement progressif de finalité a également modifié la perception du lien de filiation au sein de la famille. À partir du moment où la part réservataire vise tant à conserver les biens qu'à doter matériellement le bénéficiaire pour l'avenir, la réserve ne pouvait plus se fonder exclusivement sur le lien de filiation. Le conjoint survivant devait pouvoir également bénéficier de cette solidarité.

B. La prise en compte de l'affection, cause de l'affaiblissement de la réserve successorale

797. Une altération du fondement de la réserve. Le principe du lien de filiation comme fondement de la réserve successorale a été altéré lors de la réforme de 2001 qui a instauré une part réservataire au profit du conjoint survivant¹. Le fondement ne réside plus exclusivement dans le lien de filiation, il réside également dans le lien matrimonial entre le défunt et le conjoint survivant. Alors, un élargissement du lien de famille est perceptible : le lien sur lequel s'appuie le principe de la réserve n'est plus un lien descendant mais également un lien d'alliance, il n'est plus un lien génétique ou à l'imitation du lien génétique mais un lien d'affection.

798. La réserve successorale, jusque là effet du lien de filiation juridiquement établi, est donc devenu l'un des effets du lien affectif juridiquement engagé². Il convient alors de se demander si le lien d'affection pourrait suffire pour justifier une réserve successorale. Pourrait-on envisager que l'enfant bénéficie d'une part réservataire dans la succession de celui qui s'est occupé de lui comme son propre parent et s'est lié à lui affectivement ? Autrement dit, le rôle parental pourrait-il fonder une réserve successorale au même titre que le statut ?

Au-delà des problèmes de preuve que cela pourrait susciter, il nous semble que la volonté

1. Lorsqu'il est en concurrence avec des descendants, le conjoint a droit au quart du patrimoine en pleine propriété ou à l'usufruit sur le tout (Code civil, art. 757). Cette réserve du conjoint affecte donc celle des descendants et la diminue même. En effet, « que signifie, concrètement, une réserve lorsqu'elle ne porte que sur la nue-propriété ? » (P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les successions. Les libéralités*, 5^e éd., Defrénois, 2012, p. 312.) L'héritier réservataire est loin d'être certain de pouvoir bénéficier de l'usage de ces biens de son vivant.

2. Il faut souligner que le lien affectif ne peut être assorti d'effets que s'il a été consacré par l'union matrimoniale. Le pacte civil de solidarité ne bénéficie pas – pour l'instant – d'un tel effet successoral privilégié, au grand dam des défenseurs de l'égalité des couples. Le législateur ne consacre donc pas le seul lien affectif mais bien l'union matrimoniale comme fondement de la réserve du conjoint survivant. Le mariage est un véritable lien d'alliance dans le cadre duquel la filiation est envisagée. La dimension familiale recherchée pour la conservation des biens, même élargie au conjoint, demeure. Cette différence d'effets de l'union matrimoniale et du Pacs révèle que le Pacs n'est pas considéré par la loi comme véritablement constitutif d'un lien de famille.

testamentaire a ici plus son rôle à jouer que la réserve successorale. Le lien d'affection n'étant pas juridiquement reconnu, il ne semble pas possible de lui accorder des effets successoraux trop contraignants et sources de conflits familiaux. Le testament permet au testateur de gratifier les personnes qu'il affectionne, et l'adoption simple permet d'établir un lien de filiation, témoignage juridique de cette affection et, en tant que lien de droit, support de la réserve successorale au même titre que les autres liens de filiation établis sur un autre fondement. Sauf à remettre en cause le principe de la réserve et privilégier la liberté testamentaire, il nous semble difficile de fonder la dévolution successorale sur le seul lien d'affection.

799. Or, il convient d'observer justement l'émergence d'un mouvement de fond visant à contourner voire à réduire la force de la réserve afin de lui préférer la liberté testamentaire, et ainsi le choix des héritiers. De la sorte, l'effet successoral du lien de filiation pourrait se voir dissocier du statut pour être accordé au rôle, de la même manière que nous avons pu l'observer pour d'autres effets de la filiation.

D'abord, le recours à l'assurance-vie permet de contourner l'institution de la réserve. N'étant pas soumise ni à rapport ni à réduction, les sommes qui y sont déposées échappent totalement au mécanisme réservataire. L'assurance-vie peut donc permettre d'exhérer en pratique ses descendants qui sont, en principe, héritiers réservataires. Le succès rencontré par l'assurance-vie fait dire à certains notaires que le système de la réserve est trop rigide et qu'il faut donc l'assouplir. L'élargissement de la quotité disponible offrirait alors davantage de flexibilité. À l'inverse, d'autres notaires considèrent qu'il convient de modifier le régime de l'assurance-vie afin qu'elle soit prise en compte dans le calcul de la réserve.

Ensuite, le principe de la réserve héréditaire est déjà profondément altéré depuis qu'il est possible à tout héritier réservataire présomptif de renoncer à sa part du vivant de son auteur. Depuis la réforme du 23 mars 2006, l'article 929 du Code civil permet, en effet, de renoncer par anticipation à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte¹. L'étendue de la liberté testamentaire est alors élargie puisque la dévolution successorale s'opérera comme si l'héritier renonçant n'existait pas et la quotité disponible n'en sera que plus conséquente. Le caractère d'ordre public qui était jusque là celui de la réserve est déjà bien entamé, il peut donc encore subir des atténuations notables afin de prendre en compte la famille affective². Pourquoi ne pas répartir ses biens équitablement entre ses héritiers réservataires – ses

1. Sur la renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR), v. *Ibid.*, p. 327. C. JUBAULT, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 2^e éd., Montchrestien - Lextenso éditions, 2010, p. 356. et P. CATALA, « Prospectives et perspectives en droit successoral », *JCP N.* 2007, p. 1206. « cet engagement sans contrepartie éveille l'inquiétude. Sous le couvert rassurant mais fallacieux d'une renonciation à l'action en réduction, c'est d'une renonciation à la réserve, c'est-à-dire à la succession qu'il s'agit. »

2. En ce sens, v. D. FENOUILLET, « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : Dalloz, PUF, Éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 509,

enfants – et ceux que l'on a élevé comme ses enfants – ses beaux-enfants par exemple ? Si les héritiers réservataires en sont d'accord, la dévolution successorale pourra se faire en faveur du statut comme du rôle. Le rôle pourra se voir attribuer le même effet successoral que le lien de filiation juridiquement établi du fait de l'expression de la volonté individuelle du testateur et de l'accord exprimé par les réservataires.

Cette liberté testamentaire élargie n'est pourtant pas sans limites. Il est intéressant d'observer les cas dans lesquels le renonçant peut demander la révocation de sa renonciation. L'article 930-3 du Code civil en prévoit trois. D'abord, il est possible de demander la révocation si celui dont le renonçant a vocation à hériter ne remplit pas ses obligations alimentaires. La renonciation est donc soumise à une sorte de réciprocité alimentaire. L'héritier réservataire offre davantage de liberté testamentaire à son ascendant mais il ne doit pas en subir de conséquences personnelles. Cette limite renforce encore le constat que la réserve s'éloigne de l'objectif de la conservation du patrimoine pour s'orienter davantage vers une fonction de solidarité familiale. Ensuite, cette possibilité de révocation lui est ouverte si, au jour de l'ouverture de la succession, il est dans un état de besoin qui disparaîtrait s'il n'avait pas renoncé à ses droits réservataires. Ce n'est pas tant son droit à succéder qu'il va ainsi faire restaurer qu'un devoir de solidarité dont il va demander l'exécution. La liberté testamentaire élargie et consentie peut ainsi être remise en cause lorsque le renonçant est dans le besoin du fait de sa renonciation. Nous observerons que le droit anglais connaît une limite comparable à la liberté testamentaire. Enfin, la révocation peut être demandée si le bénéficiaire de la renonciation s'est rendu coupable d'un crime ou d'un délit contre la personne du renonçant. Le renonçant ne doit pas être victime du disposant car cela pourrait remettre en cause la validité de son consentement.

800. Enfin, l'entrée en vigueur du règlement européen sur les successions¹ à compter du 17 août 2015 risque de favoriser encore davantage le contournement de la réserve héréditaire. En effet, l'article 21 de ce règlement prévoit que, sauf dispositions testamentaires contraires, la loi applicable est celle de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès. Autrement dit, si, à la date de son décès, le défunt réside habituellement en Angleterre, la loi anglaise s'appliquera au règlement de sa succession tant sur les biens meubles que sur les biens immeubles, même ceux sis à l'étranger. Or, le droit anglais ne connaît pas

spéc. p. 544. « L'égalité abstraite du droit successoral ne mériterait-elle pas d'être tempérée par la prise en compte possible des affinités réelles, du rapport de parenté effectivement vécu ? » L'auteur propose soit de limiter purement et simplement la réserve, soit d'augmenter ou de restreindre les droits successoraux au profit d'enfants ou de parents dévoués ou à l'encontre d'enfants ou de parents indignes (même page, nbp n° 6).

1. Règlement UE n° 650/2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, *JOCE 27 juil. 2012* 4 juil. 2012, t. L 201, p. 107.

de réserve successorale en tant que telle¹ de sorte que ses enfants auront une part moindre que celle qu'ils auraient eu si la loi française s'était appliquée. Dans le cas où le défunt aurait rédigé un testament, il peut alors librement gratifier la personne qu'il souhaite, privant de la sorte les descendants directs de leur part de réserve. Par conséquent, la personne qui souhaiterait transmettre son patrimoine à l'enfant, à l'égard duquel elle a joué un rôle parental et avec lequel un lien affectif s'est noué, pourrait le faire à la condition que sa résidence habituelle soit en Angleterre ou dans un pays ne connaissant pas la réserve.

De plus, l'article 22 du règlement européen prévoit que chacun peut librement choisir la loi de l'État duquel il possède la nationalité, au moment de ce choix ou au moment du décès, pour régir le règlement de sa succession. Aussi, si ces conditions sont remplies, il sera possible que la dévolution successorale s'opère là aussi en vertu d'une loi qui ne connaît pas la réserve successorale. Le règlement européen offrira alors des ouvertures possibles à ceux qui s'estiment limités par le droit français des successions ; le règlement permettra, indirectement, de consacrer encore davantage le rôle et de le privilégier au statut².

801. Ainsi, si la réserve héréditaire française se fonde traditionnellement sur le lien de filiation, c'est-à-dire sur le statut, elle est de plus en plus remise en question afin de donner plus d'ampleur à la liberté de disposer en faveur du lien de fait, c'est-à-dire du rôle. Mais il n'est pas certain que cette évolution soit plus protectrice. Comme le soulignait M. le Professeur J. HAUSER à ce sujet, « la consécration même d'une égalité absolue de traitement successoral entre tous les enfants repose une question autrement redoutable et rarement aperçue quand on veut comparer les différents systèmes de droit : l'éradication de la discrimination légale a-t-elle un sens si la liberté d'exhérédation recrée une possibilité de discrimination par l'autonomie de la volonté³ ? » Cet ancrage de la succession dans le lien de filiation n'est connu en droit

1. Comme nous pourrions l'observer *infra*, page 467.

2. La question se pose cependant quant à une possibilité d'éviction de la loi étrangère, ainsi désignée par la règle de conflit européenne, au nom de l'ordre public international français. La réserve successorale fait-elle partie des principes essentiels du droit français des successions au point de mettre en échec l'application de la règle de conflit contenue dans le règlement européen ? Jusqu'ici, la Cour de cassation ne semble pas considérer que l'absence de réserve soit contraire à l'ordre public international, il n'est donc pas certain qu'une telle position puisse être retenue. Une loi étrangère ignorant la réserve n'est donc pas *a priori* contraire à l'ordre public international, il faudra examiner, au cas par cas, si son application aboutit à une situation inacceptable, en laissant par exemple sans ressources des enfants en bas âge ou en cours d'études (P. LAGARDE, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 691, § 19). Le règlement n'a pas non plus retenu la solution de compromis un instant envisagée, s'appuyant sur la loi successorale anticipée (sur la base de la proposition effectuée dans la thèse de B. ANCEL, *Les conflits de qualification à l'épreuve de la donation entre époux*, sous la dir. de H. BATIFFOL, 1977, Dalloz, n° 555), qui aurait consisté à apprécier l'atteinte à la réserve et l'éventualité d'une réduction de la libéralité selon la loi qui aurait régi la succession si elle s'était ouverte au jour de la libéralité.

3. J. HAUSER, « La réforme de la filiation et les principes fondamentaux », *Dr. Fam.* Jan. 2006, p. 6, spéc. p. 8.

anglais que dans une moindre mesure et à défaut de l'emploi de la liberté testamentaire qui permet de gratifier la personne que l'on souhaite.

§ 2. La filiation, fondement d'un privilège successoral à défaut de volonté testamentaire en droit anglais

802. Le droit anglais des successions privilégie la liberté testamentaire plutôt qu'un système réservataire parce qu'il promeut la liberté individuelle plutôt que l'égalité, à la différence du droit français. Ce principe de liberté révèle la souplesse offerte dans l'organisation de la transmission patrimoniale. Cette souplesse permet de gratifier la personne que l'on souhaite, sans qu'aucun lien de famille ne s'y oppose ou ne restreigne la part des biens à transmettre. Le testateur peut ainsi léguer ses biens à ses enfants, conformément au statut offert par la filiation, ou bien à la personne dont il s'est occupé comme s'il s'agissait de son enfant et à l'égard de laquelle aucun lien juridique n'était établi, ou encore à une personne avec laquelle il n'est aucunement lié, ni en raison d'un statut ni d'un rôle (A.). Le lien de filiation est ici privé de toute préférence face à la volonté testamentaire. De la sorte, seule la volonté fonde la dévolution successorale.

En revanche, le retour à une dévolution successorale construite autour du lien de filiation s'impose à défaut de testament (B.), illustrant que le statut demeure l'élément de référence le plus sûr et le plus équilibré pour répartir le patrimoine d'un parent défunt.

A. Le principe de la liberté testamentaire, outil d'indifférenciation du statut et du rôle

803. Le droit anglais offre la possibilité de gratifier mais aussi, en réciproque, de déshériter ses descendants directs (1.). Mais, cette répartition peut placer certains descendants dans une situation économique délicate qui pourra donner lieu à compensation (2.).

Il convient de signaler que ces règles, qui pourraient sembler ne s'appliquer qu'aux nationaux anglais, ont vocation à s'appliquer aux successions de français dont la résidence habituelle est fixée en Angleterre à compter de l'entrée en vigueur du règlement européen sur les successions le 17 août 2015¹. En effet, ce règlement désigne la loi du lieu de résidence habituelle du défunt pour régir la dévolution successorale de tous les biens meubles et immeubles,

1. Règlement UE n° 650/2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, *JOCE 27 juil. 2012* 4 juil. 2012, t. L 201, p. 107, Pour plus de développements, v. *supra*, page 458.

ce qui concernera potentiellement un grand nombre des français installés à Londres. L'étude de ces principes anglais des successions en est donc d'autant plus intéressante.

1. Une liberté de gratifier et de déshériter

804. Le *Wills Act 1837* a institué la liberté testamentaire comme principe central de la dévolution successorale. Ainsi, lorsqu'il y a un testament, ses dispositions doivent être suivies pour opérer la répartition des biens entre les légataires. Les descendants directs peuvent être légataires mais peuvent aussi être exclus en vertu de l'*Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1938* qui attribue à chacun le pouvoir absolu de déshériter les membres de sa famille.

805. Le lien de filiation n'est ni privilégié ni mis à l'écart. Il est relégué au domaine du subjectif, le testateur pouvant décider de l'importance qu'il lui accorde dans la distribution de ses biens. Le rôle parental exercé à l'égard d'un enfant, qui pourrait justifier la transmission des biens, n'est pas davantage pris en compte. Le statut est alors placé au même rang que le rôle. L'un et l'autre sont ainsi indifférenciés, seule la volonté individuelle peut leur donner une importance ou non. La volonté individuelle est donc reine en la matière.

2. La *reasonable financial provision*, correctif de la liberté testamentaire

806. Cette liberté testamentaire n'est pourtant pas illimitée. Lorsque les descendants directs se trouvent dans le besoin du fait des dispositions testamentaires, ils disposent d'une possibilité d'agir afin d'obtenir une compensation¹. Il ne s'agit pas de modifier la répartition opérée par le testament mais de rétablir un équilibre économique malmené. Il s'agit davantage d'un devoir d'entraide familiale que d'un droit dans la succession de l'ascendant notamment parce que l'attribution de la *reasonable financial provision* repose grandement sur des critères économiques. Mais cette attribution n'est pas réservée aux titulaires d'un statut, elle est également ouverte aux bénéficiaires ou aux acteurs d'un rôle. Là aussi, l'existence d'un lien de filiation juridiquement établi ou le comportement parental à l'égard d'un enfant sont appréhendés sans préférence ni hiérarchie.

807. Certaines conditions doivent être remplies pour attribuer une *reasonable financial provision*. Le juge doit principalement constater que le demandeur était en situation de dépendance économique du défunt. La philosophie de l'*Act* est de veiller à ce qu'une personne devenue dépendante du testateur ne souffre pas d'une injustice du fait du décès de celui-ci².

1. *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*.

2. *Jelley v Iliffe* [1981] Fam 128 (CA).

Ce dernier ne lui ayant rien laissé dans ses dispositions testamentaires, le demandeur se trouve alors dans une situation économique délicate. Il appartient aux juges d'apprécier que cette condition de dépendance économique est remplie puis d'évaluer le montant raisonnable qui peut lui être versé. À la différence d'un droit de succession, le demandeur n'est pas certain d'obtenir une part de la masse successorale, il est dépendant d'une décision judiciaire dans laquelle l'appréciation des juges est centrale. Le demandeur doit convaincre les juges du bien-fondé de sa demande et ne réclame pas la réalisation d'un droit.

808. Peuvent agir en ce sens l'époux ou le *civil partner* survivant¹, l'ancien conjoint ou *civil partner* du défunt à la condition que cet ancien conjoint ou *civil partner* ne se soit pas remarié avec un tiers², et peut agir également la personne qui vivait avec le testateur comme son époux ou son *civil partner* pendant une période de deux ans précédant le décès³. Ainsi, tout conjoint ou personne assimilée et qui avait une véritable place dans la vie du défunt avant sa mort peut demander à ce que le testament soit rectifié pour corriger l'injustice dont il est victime. Le statut comme le rôle peuvent ainsi être pris en considération dans cette approche subjective.

809. Peuvent agir également les enfants du défunt, y compris les enfants nés après le décès, les enfants adoptés et les *grown-up children*⁴. L'enfant adopté ne peut agir que contre ses parents adoptifs et non ses parents génétiques⁵. L'établissement du lien de filiation est l'un des préalables requis pour pouvoir engager une action puisque c'est la filiation juridique qui est ici appréhendée. Le statut est donc l'un des fondements de l'action.

Mais, le rôle parental peut également fonder une action de son bénéficiaire pour obtenir une *reasonable financial provision*. Ainsi, peuvent agir les personnes qui ont été traitées comme un *child of the family* par le testateur⁶. Comme nous l'avons vu précédemment, cette catégorie recouvre les enfants élevés par le beau-parent marié ou engagé dans un *civil partnership* avec le parent. L'enfant, élevé au sein d'un couple vivant en concubinage dont l'un des membres est son parent et l'autre le défunt, peut quant à lui agir s'il a été pris en charge matériellement – *maintained*⁷ – en totalité ou en partie par le testateur immédiatement avant le décès de celui-

1. Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975, s 1(1)(a).

2. *Ibid.*, s 1(1)(b).

3. *Ibid.*, s 1A.

4. *Ibid.*, s 1 (1) (c).

5. *Re Collins* [1990] Fam 56.

6. Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975, s 1 (1) (d).

7. La section 1 (3) du *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975* en donne la définition suivante : « *a person shall be treated as being maintained by the deceased, either wholly or partly, as the case may be, if the deceased, otherwise than for full valuable consideration, was making a substantial contribution in money or money's worth towards the reasonable needs of that person.* »

ci¹. Le demandeur doit avoir été entretenu immédiatement avant le décès du testateur. Il ne peut être envisageable de bouleverser les dernières volontés du testateur pour une aide apportée bien avant le décès. Mais cette temporalité ne doit pas être appréciée trop strictement : ainsi le fait que le testateur ait passé les semaines avant son décès à l'hôpital n'empêche pas que la requête soit acceptée².

810. La question centrale réside dans l'appréciation du caractère raisonnable de la provision par le juge³.

Le concept de *reasonable financial provision* dépend de la teneur exacte de la relation entre le demandeur et le testateur. Si le demandeur est le conjoint ou le *civil partner* survivant, la question est de savoir si la provision est raisonnable. En revanche, pour tous les autres cas, il s'agit de savoir si la *maintenance* dont le demandeur a bénéficié, et dont il souhaite la continuité, était raisonnable. L'approche n'est donc pas du tout la même. Pour le conjoint survivant, l'injustice peut être plus flagrante tandis que pour les enfants, *child of the family* ou concubins, l'injustice se mesure par rapport à la teneur de la *maintenance* précédant le décès. Il est plus simple pour le conjoint survivant d'établir le caractère raisonnable de la provision qu'il demande car un époux est censé partager son patrimoine avec son conjoint, indépendamment du besoin d'être entretenu ou non après le décès⁴. L'appréciation du caractère raisonnable en présence d'un conjoint survivant se rapproche donc plutôt d'un droit de succession qu'un devoir d'entretien *post mortem*.

En revanche, pour les descendants et assimilés qui n'auraient pas été désignés comme légataires par le testament, l'appréciation est celle d'un devoir d'entretien. La question qui se pose alors est de savoir si l'exécution spontanée de ce devoir d'entretien doit être poursuivie. Si le parent n'a pas souhaité léguer son patrimoine à ses descendants directs mais qu'il avait contribué à leurs besoins matériels juste avant sa mort, les descendants n'ont-ils pas droit à la poursuite de l'exécution de ce devoir ? Les juges ont plusieurs critères d'appréciation à leur disposition⁵ mais leur attention se porte tout particulièrement sur la façon dont l'enfant mineur a été, ou devait légitimement être, éduqué ou élevé⁶. Par exemple, si l'intention était

1. *Ibid.*, s 1 (1) (e).

2. *Re Watson* (1999) FLR 878.

3. Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975, Sont pris en compte pour l'appréciation du caractère raisonnable de la demande, les éléments désignés par la section 3 : les ressources et les besoins financiers du demandeur au moment de la demande et dans un avenir prévisible ; les ressources et besoins financiers d'autres potentiels demandeurs, ceux des légataires désignés dans le testament, les obligations et responsabilités du défunt envers un demandeur ou à l'égard de l'un des légataires, la taille et la nature du patrimoine successoral, toute maladie physique ou mentale du demandeur, tout autre fait incluant la conduite du demandeur, ou de toute autre personne, que la Cour estime déterminant dans ces circonstances.

4. *Ibid.*, s 1 (2).

5. *Ibid.*, s 3.

6. *Ibid.*, s 3 (3).

que l'enfant soit éduqué dans un institut privé, la somme permettant d'y subvenir peut être prélevée sur la masse successorale. Pour les descendants adultes lors du décès, les juges sont plutôt réticents à accueillir leur demande s'ils sont en mesure de subvenir à leurs propres besoins. L'on perçoit bien ici la nature de devoir d'entraide et non de droit de succession. Le testament n'est pas remis en cause par un droit du descendant direct sur le patrimoine du défunt mais par le besoin d'aide matérielle imminent et indispensable pour survivre après le décès du testateur.

811. Lorsque le besoin d'aide matérielle n'est pas caractérisé pour le descendant ou assimilé ayant atteint l'âge adulte, la difficulté réside alors dans les situations dans lesquelles il a aidé son parent et n'est pas gratifié en retour dans le testament. Le manque de réciprocité peut être compensé. Il faut alors que le demandeur prouve le caractère raisonnable de la *maintenance* qu'il réclame. La jurisprudence exige pour cela que le demandeur prouve une « obligation morale » du défunt à son égard de lui léguer certains biens ou encore des circonstances exceptionnelles justifiant que la demande puisse être accueillie. Par exemple, cette condition est remplie lorsque le fils a travaillé dans l'exploitation agricole familiale dans le but d'en hériter à la mort de son père¹. Il doit pouvoir hériter de ce bien qui est également son outil de travail.

Mais, la condition de l'obligation morale ou des circonstances exceptionnelles est une condition minimale mais pas suffisante. Il ne faut pas omettre la condition de besoin matériel du demandeur. Ainsi, si le demandeur a un emploi stable et est en mesure de subvenir à ses besoins, la demande a très peu de chances d'aboutir². Pourtant, une décision de justice a accordé une *financial provision* à la fille du défunt en la fondant sur son besoin réel, sur le fait qu'elle ait une capacité douteuse à gagner de l'argent ainsi que sur son absence d'emploi, mais n'a pas tenu compte du fait qu'elle avait cessé de s'occuper de son père pour aller vivre en Espagne³. Ce comportement aurait pu lui être reproché pour justifier le refus d'attribution d'une contribution. En revanche, dans une autre affaire, une demande fut rejetée alors que la demanderesse avait été totalement déshéritée par sa mère au motif que celle-ci considérait le mariage de sa fille comme illégitime. L'exhérédation était une sanction subjective qui fut respectée car la demanderesse ne justifiait pas d'un besoin matériel. La Cour a ainsi retenu que la mère était libre de cette décision et qu'elle pouvait, si elle le souhaitait, donner ses biens à une association de protection des animaux⁴. Enfin, la jurisprudence a considéré qu'il était raisonnable pour le défunt de ne pas accorder une part de son patrimoine à sa fille qui ne lui avait

1. *Re Pearce (Deceased)* [1998] 2 FLR 705.

2. *Re Hancock (Deceased)* [1998] 2 FLR 346 (CA).

3. *Espinosa v Bourke* [1999] 1 FLR 747.

4. *H v J's Personal Representatives, Blue Cross, RSPB and RSPCA* [2010] 1 FLR 1613.

pas adressé la parole depuis des années¹. Le comportement déloyal de l'enfant à l'égard de son enfant peut ainsi justifier qu'il soit déshérité et le seul lien de filiation ne justifie pas l'obtention d'une compensation. Il faut que le statut s'accompagne d'un comportement adéquat. Il est ainsi demandé aux descendants directs davantage qu'un lien juridique pour prétendre au patrimoine du parent défunt, il faut une véritable relation entre le parent et l'enfant².

812. Enfin, pour les *child of the deceased's family*, le juge porte son attention sur le fait que le testateur a traité l'enfant comme le sien, a assumé la *parental responsibility* à son égard, et a agi de la sorte tout en sachant que l'enfant n'était pas le sien. Alors, s'il a besoin d'une aide matérielle en continuité de celle qu'il recevait du défunt et que celui-ci ne l'a pas gratifié dans son testament, il peut demander une compensation financière. Là encore, l'élément central est la notion de besoin. Le *child of the family* doit prouver en quoi il a véritablement un besoin pour prétendre obtenir une compensation à l'absence de part dans la succession. Il n'a aucun droit dans la succession malgré le rôle parental que le défunt a joué à son égard. Le rôle ne suffit pas, il faut que la volonté testamentaire du défunt se soit exprimée à son profit également.

813. Ainsi, le système anglais privilégie la volonté individuelle sans privilégier ni le statut ni le rôle. Le lien de filiation ne structure pas par nature la dévolution successorale si une volonté contraire s'est exprimée. Pour plus de justice sociale, le droit anglais envisage néanmoins un correctif au contenu du testament lorsque celui-ci prive une personne, placée dans une situation de besoin économique, de moyens de survivre. Là encore, statut et rôle sont indifférents mais cette fois au profit de l'appréciation économique plutôt qu'à celui de la liberté individuelle. La dévolution successorale par défaut s'organise, en revanche, autour du lien juridique de filiation en l'absence de l'expression de la volonté du défunt. Le statut est alors appréhendé comme la structure par défaut de la dévolution successorale.

B. A défaut de testament, le retour au statut comme structure de la dévolution successorale

814. En l'absence de testament, la succession est dite *intestacy*, équivalent de la succession *ab intestat* du droit français.

Le régime de l'*intestacy* est construit autour de la présence ou non de conjoint survivant et de descendants. Le conjoint survivant est le premier bénéficiaire du système. Les descendants directs viennent ensuite. Ils sont prioritaires sur les autres membres de la famille du défunt, ascendants ou collatéraux.

1. *Garland v Morris* [2007] EWHC 2.

2. *H v J's Personal Representatives, Blue Cross, RSPB and RSPCA* [2010] 1 FLR 1613.

815. En présence d'un conjoint survivant¹ et de descendants directs, la part du conjoint survivant est d'abord prélevée sur la masse successorale. Elle se compose de tous les *personal chattels*, que l'on pourrait décrire comme les biens personnels du défunt², ainsi que 250 000£ au titre du *statutory legacy*³ si la masse successorale est au moins égale ou supérieure à cette somme. La part réservée au conjoint survivant n'est pas édictée en fraction d'un patrimoine comme en France mais est très précisément chiffrée⁴. Le conjoint survivant doit au moins bénéficier de cette somme pour surmonter matériellement le deuil même si cela constitue l'intégralité du patrimoine du défunt et que, par conséquent, cela vide de tout contenu la part des descendants directs. Le conjoint survivant est très nettement privilégié par rapport aux descendants directs⁵.

Si, une fois prélevée cette part chiffrée, il demeure des biens et des valeurs dans la masse successorale, le conjoint survivant a un *life interest* sur la moitié de cette masse restante. Ce qui signifie que la veuve, par exemple, détient ces biens en *trust* sa vie durant et au profit des descendants du défunt. Ils ne lui sont donc que confiés jusqu'à son propre décès. Cela ressemble à première vue à l'usufruit détenu par le conjoint survivant sur le patrimoine du défunt. Et les descendants directs ont droit à l'autre moitié en pleine propriété. À la différence du droit français, la transmission des biens aux descendants n'est pas l'objectif premier. Il s'agit plutôt d'une protection économique au profit de la personne aimée avec laquelle le défunt s'était engagé. Le lien d'affection prime ici sur le lien de filiation.

816. Par conséquent, lorsqu'il n'y a pas de conjoint survivant, les descendants directs sont prioritaires. Ils se partagent alors le patrimoine entre eux à parts égales.

S'il n'y a pas de descendants directs, ce sont alors les parents du défunt qui sont appelés à se partager l'intégralité de la succession. Le lien de filiation permet de désigner les parents

1. Depuis le *Civil Partnership 2004*, on entend par « conjoint survivant », l'époux survivant mais aussi le *civil partner* survivant. Mariage et *civil partnership* sont indifférenciés sur ce point.

2. Ces *personal chattels* correspondent en quelque sorte aux propres par nature que l'on connaît en droit français des régimes matrimoniaux à l'article 1404 du Code civil. Il s'agit ainsi des meubles, vêtements et objets très personnels du défunt. Le terme est défini dans le *Administration of Estates Act 1925*, section 55 (1)(x).

3. Cette part est dénommée *statutory legacy* parce qu'elle est due de plein droit au conjoint survivant si aucun testament n'a été rédigé. Elle se fonde sur le statut donné par le mariage à l'époux ou par le *civil partnership* au *civil partner*. Le concubin survivant ne peut y prétendre. Le statut prime ici sur le rôle, révélant ainsi que dès qu'il est question de patrimoine, le statut offre une sécurité appréciable et évite la survenance de conflits.

4. Le chiffrage suit un barème très précis, fixé par le pouvoir réglementaire, dont le critère est la date du décès. Ainsi si le décès a eu lieu entre le 1er janvier 1994 et le 31 décembre 2007, la *statutory legacy* était de 125000£. Depuis le 1er janvier 2008, elle est de 250 000£. Il s'agit de prendre en compte l'évolution du niveau de vie et pas la teneur ou la composition du patrimoine du défunt. En l'absence de descendants directs, la *statutory legacy* s'élève à 450 000£.

5. Une telle approche s'explique par la philosophie du droit anglais qui implique que la rupture du lien matrimonial par le décès du conjoint ne doit pas avoir des conséquences matérielles plus dures que celles que la rupture par le divorce.

du défunt, héritiers à défaut de descendants. L'inscription de l'individu dans la lignée successorale est ici déterminante dans la désignation des héritiers. Les autres ascendants, tels que les grands-parents, sont également pris en compte dans la dévolution successorale mais uniquement en l'absence de parents vivants ainsi que de collatéraux¹.

817. Le lien juridique de filiation permet de structurer la dévolution successorale *intestacy* car il est l'élément stable et objectif qui garantit le moins de conflits possibles. Mais il n'est pris en compte qu'après le lien d'affection à l'égard du conjoint survivant. La philosophie qui anime le droit anglais des successions n'est pas tant la conservation des biens dans la famille ou la continuation de la personne défunte à travers ses biens que la protection matérielle du conjoint survivant. La transmission héréditaire ne vient qu'après la réalisation de cet objectif de solidarité conjugale *post mortem*. Le droit français demeure, quant à lui, orienté vers la transmission des biens aux descendants directs, garantie par le mécanisme de la réserve. La solidarité conjugale *post mortem* s'est pourtant concrétisée dans l'attribution d'une part réservataire au conjoint survivant. Ce qui semble moins protecteur en droit français peut en réalité être rééquilibré par la quotité disponible qui permet d'accorder encore une proportion supplémentaire du patrimoine au conjoint survivant. Surtout, le mécanisme de la réserve est le principe, tandis que la répartition du droit anglais n'intervient qu'à défaut de testament.

818. En droit anglais, la notion de filiation n'implique donc pas nécessairement la transmission du patrimoine. Le lien de filiation peut fonder la dévolution successorale mais il n'est qu'un élément parmi d'autres. Il n'a aucune primauté sur les autres liens de droit ou de fait. Surtout, il peut être écarté du fait de la simple expression de la volonté du testateur. La liberté de choisir ses héritiers prime ainsi sur le statut conféré par le lien de filiation.

Il n'est, en revanche, pas attribué d'effets successoraux de plein droit au rôle parental exercé à l'égard d'un enfant ou de rôle filial exercé à l'égard d'un adulte référent. La volonté testamentaire permet de gratifier les personnes concernées mais la dévolution successorale légale ne leur accorde aucune part spécifique. Le droit des successions est donc l'un des seuls domaines où le rôle n'acquiert pas les mêmes effets que ceux attribués au statut. Cette particularité est révélatrice de la spécificité des successions en ce qu'elles ont une implication financière importante et sont donc sources d'un grand contentieux. Le législateur fait alors le choix de ne pas accentuer les risques de conflits familiaux lorsque la dévolution successorale est réglée par la loi et non par la volonté du défunt. Le rôle ne peut donc avoir une véritable reconnaissance que si celle-ci provient de la volonté des personnes concernées ou bien sinon

1. Ceux-ci sont entendus au sens large puisque sont envisagés les *brothers or sisters of the whole blood*, c'est-à-dire les frères et sœurs ou les descendants de ceux-ci, et les *brothers or sisters of the half blood*, les demi-frères ou demi-sœurs et leurs enfants.

lorsque les enjeux sont extra-patrimoniaux et donc moins conflictuels.

819. Ainsi, en matière patrimoniale, la reconnaissance du rôle est moins marquée qu'en matière personnelle. Le statut demeure ainsi le fondement principal de l'obligation alimentaire, le rôle n'intervenant qu'à titre complémentaire. La prise en compte du rôle ne peut être véritablement source de contraintes matérielles que si celles-ci sont acceptées par les personnes concernées. De même, le lien de filiation demeure la structure de la répartition patrimoniale des biens des ascendants parce qu'il est la garantie d'une organisation stable et pérenne. La volonté individuelle tend à concurrencer ce modèle en droit français et l'écarte totalement en droit anglais, faisant état d'une conception très subjective de la famille.

Conclusion du Chapitre 2

820. Dans le domaine des effets patrimoniaux de la filiation, le statut demeure la structure autour de laquelle ces effets s'organisent. Ainsi, le statut demeure le fondement principal de l'obligation alimentaire. Le droit ne peut imposer une telle obligation qu'à l'égard de personnes qui sont concernées *ab initio* par l'enfant. Aussi, ceux que le droit désigne comme parents sont tenus de le nourrir. Pourtant, celui qui élève l'enfant n'est pas toujours celui qui en est le parent. Alors, l'engagement de fait de celui qui exerce un comportement parental peut justifier la continuité de ce comportement et de sa manifestation alimentaire tout particulièrement. C'est ainsi que le droit anglais reconnaît une obligation alimentaire à la charge de celui qui traite l'enfant comme un *child of the family*. Cette obligation n'intervient toutefois qu'en cas de défaillance du parent statutaire, marquant ainsi la préférence du droit pour le statut.

Cette préférence pour le statut est également celle du droit français. Mais usant de l'outil de technique juridique de l'obligation naturelle, il est possible de désigner le beau-parent de l'enfant comme débiteur alimentaire. Cette obligation alimentaire apparaît alors comme une consécration de l'engagement concret que l'adulte référent a pris en s'occupant de l'enfant. Alors, le rôle peut fonder des obligations en principe rattachées au statut juridique de parent.

821. Si l'obligation alimentaire peut à certaines conditions être dissociée du statut, la dévolution successorale est plus réticente à suivre la même évolution. Le droit s'appuie sur le lien juridique de filiation, qui révèle le lien généalogique, pour structurer la transmission des biens. Le droit français réserve une partie de la succession aux descendants directs du défunt, privilégiant ainsi ceux que la filiation désigne. En revanche, celui qui exerce un rôle parental auprès de l'enfant ne peut librement lui transmettre son patrimoine s'il a lui-même des enfants. Le droit anglais laisse cette liberté à celui qui lègue ses biens par testament. Chacun est donc libre de choisir la personne qu'il souhaite gratifier quelque soit la nature du lien qui les unit, lien de droit ou de fait. Toutefois, en l'absence d'un tel testament, le droit anglais revient au statut comme fondement du droit de succéder. Le statut constitue ainsi une garantie de conservation des biens de la famille mais tend à devenir celle de l'exécution d'un devoir de solidarité *post mortem*.

822. Les effets patrimoniaux sont donc bien moins propices que les effets personnels à être étendus aux personnes qui exercent un rôle parental auprès de l'enfant. Cette résistance se justifie par la nature économique de ces effets, nature qui implique une plus grande certitude quant à la désignation des bénéficiaires. La volonté individuelle laisse alors le pas à l'impératif de sécurité juridique qui lui est supérieur.

Conclusion du Titre II

823. Si l'étude de l'autorité parentale a pu révéler que son attribution pouvait être dissociée de l'établissement du statut fondateur, celle des autres effets de la filiation aboutit à une conclusion plus nuancée. Ainsi, la dissociation du statut et du rôle est plus ou moins marquée selon qu'il s'agit des effets personnels ou patrimoniaux de la filiation.

Les effets personnels de la filiation sont intrinsèquement liés au lien de filiation mais tendent à s'en détacher petit à petit. Ainsi, le nom de famille est la manifestation extérieure de l'inscription d'une personne dans une lignée généalogique, inscription qui s'opère traditionnellement par l'établissement du lien de filiation. Aussi, l'attribution du nom résulte, en principe, de l'existence préalable d'un tel lien. Le droit français, utilisant le nom de famille comme instrument d'identification, est très attaché à ce lien de causalité entre l'établissement du lien de filiation et l'attribution du nom ; il ne laisse la volonté individuelle n'intervenir qu'à la marge en ce domaine au nom du principe d'indisponibilité de l'état civil. Ce principe étant assez malmené par ailleurs, sa rigueur est en cours d'atténuation. Le droit anglais, quant à lui, n'a pas ce même attachement parce que, par tradition, l'identification civile est moins essentielle pour l'État pour organiser la vie civile et contrôler les personnes. Aussi, il laisse la liberté à chacun de modifier ou de choisir son nom. Ce faisant, il est donc possible de transmettre son nom à l'enfant dont on s'occupe sans s'appuyer sur un lien de filiation préalablement établi. C'est alors la force de l'usage qui va venir renforcer l'autonomie du rôle. Cette liberté est pourtant inexistante en ce qui concerne la transmission du titre de noblesse qui, par tradition, persiste à s'ancrer dans le lien de filiation.

Si le droit français demeure attaché au lien de causalité entre le lien de filiation et certains effets de droit civil, il est moins rigoureux quant à ce lien de causalité en ce qui concerne les effets de droit social tel que l'illustre la modification du « congé de paternité » en « congé de paternité et d'accueil de l'enfant ». Ce n'est plus tant le lien préalablement établi que la volonté et la capacité d'accueillir l'enfant qui sont pris en compte.

824. Les effets patrimoniaux de la filiation sont encore un peu plus résistants à une attribution déliée du lien de filiation. L'obligation alimentaire dont les parents sont débiteurs à

l'égard de l'enfant se fonde sur un devoir nourricier qui semble intrinsèque au lien de filiation qui les unit. Toutefois, se détachant de la conception physique et instinctive de la notion de filiation, il faut concevoir que le devoir de nourrir un enfant peut s'ancrer dans un comportement parental. Un tel comportement manifeste une exécution spontanée d'une obligation dont la personne n'est nullement tenue à l'égard de l'enfant. Manifestation d'une volonté de *faire sien* l'enfant dont on s'occupe, l'obligation alimentaire se voit dissociée du statut qui en est le support juridique pour s'attacher au rôle. Cette tendance est davantage perceptible en droit anglais, conséquentialiste et libéral, qu'en droit français bien que ce dernier connaisse des instruments juridiques qui lui permettraient de l'adapter.

Le droit des successions, quant à lui, confirme la philosophie des deux systèmes étudiés. Le droit français, prédictif, nécessite un statut pour pouvoir organiser la dévolution successorale. Le droit français a choisi la lignée généalogique pour opérer cette dévolution de sorte que le lien de filiation est centrale dans l'architecture de ses règles successorales. L'exercice de la volonté individuelle dans le testament est, alors, conditionnée par la prééminence du statut. En revanche, le droit anglais a choisi de privilégier la liberté testamentaire de sorte que le rôle peut fonder la dévolution successorale si telle est la volonté du défunt. Pourtant, à défaut d'une telle manifestation de volonté, le droit anglais revient à la structure généalogique, que révèle le statut, pour organiser la succession. Par conséquent, le lien de filiation, préalablement établi, demeure central dans les successions *ab intestat* parce qu'il garantit un certain ordre dans la répartition des biens.

825. Ainsi, le rôle peut prendre une certaine autonomie par rapport au statut en matière personnelle car il s'agit de l'identité de la personne et de la vie de l'enfant, domaines propices au développement de la volonté individuelle. En revanche, le rôle ne peut avoir une véritable autonomie en matière patrimoniale en raison de ses implications économiques. La sécurité juridique des personnes et de la société nécessite une désignation claire des créanciers et débiteurs, ainsi que des héritiers, réservataires ou privilégiés. L'imitation de la situation de droit connaît donc ses limites ; elle ne peut totalement équivaloir au modèle, le statut.

Conclusion de la Partie II

826. A l'étude des droits français et anglais de la filiation, il est perceptible que celle-ci ne peut plus désormais se réduire au seul lien juridique établi qui confère des droits et devoirs, c'est-à-dire au statut, mais qu'elle doit s'entendre également de l'aspect dynamique de ce lien, c'est-à-dire du rôle. En effet, c'est à travers l'exercice de ce statut que la réalité et la complexité de la notion de filiation se révèlent.

827. Le premier et principal aspect dynamique de la notion de filiation est aussi l'un de ses effets, l'autorité parentale. C'est, en effet, à travers l'exercice de l'autorité parentale que le parent s'accomplit auprès de l'enfant ; c'est aussi à travers cet exercice que le lien de filiation se manifeste au regard des tiers. Autrement dit, le lien de filiation se perçoit à l'extérieur de la cellule familiale par la réalisation de l'ensemble des prérogatives du parent - pouvoir de décision, devoirs de protection et d'éducation de l'enfant. Or, celui qui éduque et protège l'enfant n'est pas nécessairement titulaire du statut parental, qui lui conférerait ces droits et devoirs. Aussi, de proche en proche, l'adulte référent qui se comportait comme le parent auprès de l'enfant a souhaité pouvoir bénéficier des prérogatives du statut. Le droit anglais n'exigeant pas l'établissement préalable du lien de filiation pour conférer la *parental responsibility*, il lui a été plus facile d'en doter les personnes dépourvues de statut parental mais qui en avaient l'apparence. Conséquentialiste, il lui suffisait de constater la situation et d'en tirer les conséquences juridiques qui s'imposaient. Le droit français y a été plus réticent en raison de sa nature prédictive. Mais progressivement, l'autorité parentale s'est dissociée du statut. La situation de fait ressemblant à la filiation se voyait alors assortie d'un effet caractéristique de la notion juridique de filiation. Cette dissociation progressive du rôle et du statut brouille alors les lignes et entraîne une certaine confusion concernant la notion de filiation puisque la situation de fait peut produire les mêmes effets que la situation juridiquement reconnue.

828. Toutefois, la confusion n'est pas complète. Si l'autorité parentale a pu être accordée à des personnes qui n'avaient pas le statut de parent, les autres effets de la filiation sont plus délicats à transférer. Les effets personnels, tels que la transmission du nom de famille, y sont

davantage propices en raison de leur dimension identitaire, qui peut répondre aux volontés individuelles. Les effets patrimoniaux, quant à eux, sont plus résistants à être conférés à des personnes ayant le rôle et non le statut et cela, en raison de l'importance économique qu'ils impliquent. Le droit nécessite de désigner des créanciers et débiteurs avec certitude afin de régir au mieux les rapports entre les personnes, il ne peut donc, en principe, s'appuyer sur la seule volonté individuelle pour fonder un devoir alimentaire. Pourtant, en raison de l'identité de situations, le droit anglais, tout comme le droit français, peut tendre à ce qu'une obligation alimentaire soit imposée au parent en apparence, dans l'intérêt de l'enfant. De même, le droit s'appuie sur le lien de filiation pour organiser la dévolution successorale *ab intestat* afin de s'assurer de l'organisation de la transmission des biens. Mais la volonté individuelle tend également à imposer que ceux qui exercent le rôle de parent puissent transmettre leurs biens à ceux qu'ils ont élevés comme leurs enfants.

829. Ainsi, une certaine équivalence de la situation de fait avec le lien juridique de filiation laisse penser qu'il doit y avoir égalité des effets. Or, des situations approchantes ayant les mêmes effets principaux ne devraient-elles pas bénéficier de la même qualification ? Autrement dit, si l'égalité des statuts provient de celle des effets, l'attribution d'effets identiques à des situations distinctes ne devrait-elle pas mener à l'égalité entre ces situations voire à leur uniformisation ? Et, par conséquent, l'adulte impliqué de fait dans la vie de l'enfant ne devrait-il pas pouvoir se rattacher juridiquement l'enfant par un lien de filiation ? Une telle consécration du rôle mènerait à un élargissement de la notion de filiation, appréhendant de la sorte tout lien entre un enfant et l'adulte référent qui s'occupe de lui. Dans cette perspective, l'outil de la possession d'état, qui consacre en droit français le vécu familial comme fondement du statut, ou bien encore l'expression de l'engagement parental par une reconnaissance ou une déclaration de parenté permettrait ce rattachement. La difficulté résiderait alors dans le nombre de personnes qui pourraient raisonnablement voir consacrer leur rôle en statut.

Les droits français et anglais n'ont pas procédé à un élargissement de la notion de cette ampleur mais ont fait le choix d'élargir la catégorie des titulaires du statut parental aux couples homosexuels. Alors, le rôle a pu, dans cette mesure, mener au statut.

Conclusion générale

830. La notion de filiation semble, au premier abord, relativement simple à appréhender : elle désigne le lien juridique entre un parent et un enfant. Cependant, en raison de ses aspects multiples et diversifiées ainsi que des évolutions scientifiques, médicales et sociales contemporaines, elle est apparue bien plus confuse. Relevant tour à tour du modèle social en raison de son rattachement au statut matrimonial, de l'évidence génétique et désormais de la réalité affective et volontaire, les contours de la notion de filiation tendent à être redessinés sans cesse. Les différents fondements de la filiation s'entrechoquent alors entre eux et le droit rencontre des difficultés à les départager. Il est, en effet, délicat de faire primer la réalité génétique sur la volonté dans une société où la volonté a permis de dépasser les limites procréatives du corps humain. De même, il est délicat de faire prévaloir la volonté sur toute réalité génétique au risque de désincarner totalement le lien de filiation. Ne pouvant donc opter définitivement pour un fondement au détriment d'un autre, le droit se résout à les faire coexister.

Toutefois, afin d'éviter les excès de l'un ou l'autre fondement, le droit cherche à maintenir un cadre certain à la notion de filiation, qui transparait dans la préservation de principes essentiels du système juridique grâce à l'ordre public, tant interne qu'international. Cependant, face à un individualisme croissant et un utilitarisme certain, ce n'est plus tant l'intérêt général qu'il convient de préserver que l'intérêt individuel, celui de l'enfant. L'intérêt de l'enfant est ainsi devenu un guide pour la décision du juge en matière de filiation, arbitrant entre les différents fondements de la filiation. Notion au contenu variable, l'intérêt de l'enfant est un outil parfaitement adéquat pour le pragmatique juge anglais tandis qu'il offre au juge français une capacité d'adaptation qui lui serait méconnue s'il s'en tenait à l'application des règles de droit en la matière. La finalité poursuivie n'est plus tant la sécurité de la filiation que la flexibilité de celle-ci. À l'aide de ces deux outils opposés, le droit tente donc de réaliser un équilibre entre les fondements sur lesquels s'appuie la filiation.

831. Un flottement autour de la notion de filiation est alors né de tous ces heurts et tensions relatifs à l'établissement du statut. Profitant de l'incertitude de la notion, les situations de fait imitant le lien de filiation se sont développées. Ces comportements parentaux non fondés

sur un statut préalable ont ensuite requis une prise en considération par le droit pour faciliter la vie au quotidien de l'enfant et de la famille construite autour de lui. Aussi, on a doté ces « parents » de fait des attributs de la filiation sans que leur soit nécessairement accordé le statut correspondant. Ce faisant, la notion de filiation a vu son caractère dynamique se développer indépendamment du statut qu'elle était censée conférer ; elle en est ressortie grandement morcelée.

832. Tandis que l'évolution de la notion de filiation est semblable en France et en Angleterre, la différence de méthode de l'un et l'autre systèmes juridiques est apparue très nettement lors de cette étude. Ainsi, en principe, le droit français, prédictif, institue une personne ou un couple comme parents et lui confère les attributs de ce statut tandis que le droit anglais, rétrospectif, s'intéresse davantage à la personne qui s'occupe en fait de l'enfant pour ce faire. Pour autant, le droit anglais ne s'oblige ni à attribuer de statut à la personne qui détient le rôle ni à lui attribuer une qualification juridique particulière ; il se préoccupe seulement de lui donner les moyens juridiques pour s'occuper au mieux de l'enfant.

La question qui se pose alors est de savoir quelle est la méthode la plus adaptée à l'évolution contemporaine de la famille. Il semble que l'approche française qui vise à qualifier la situation et à y accorder des effets de droit soit favorable à la sécurité juridique : on sait qui l'on est – le parent, le fils, la fille – et on sait quels sont les droits et devoirs attribués. L'inconvénient est que les catégories juridiques ne sont pas conçues pour être malléables. Les qualifications de filiation, parent, père, mère, fils, fille, ne peuvent englober toutes les situations de fait existantes au risque d'être distordues et vidées de leur sens. Lors des débats récents relatifs à l'ouverture du mariage aux couples de même sexe en France, la question a d'ailleurs été soulevée : peut-on, en droit, désigner par le même vocable une réalité qui n'est pas identique ? L'unité de statut passe-t-elle par l'identité terminologique ? Le législateur français a opté pour l'élargissement de la notion de filiation en ouvrant le statut de parent à de nouveaux titulaires.

Il n'est cependant pas certain que l'on soit contraint de passer par l'attribution d'un statut pour appréhender au mieux la situation concernée. Le droit anglais s'en abstient d'ailleurs. Alors, la prise en compte pragmatique de la situation conduit à l'attribution d'outils pour exercer juridiquement le rôle exercé en fait. Il semble que la distorsion des notions ne soit pas nécessaire, il s'agit seulement d'une répartition différente entre le statut et le rôle, le lien de causalité entre les deux n'étant pas indispensable. Cette dissociation offre la possibilité d'appréhender toutes les situations avec les nuances qui s'imposent au cas par cas sans l'aspect radical et définitif de la qualification. Pourtant, malgré cette possibilité, le droit anglais a tenu à élargir la notion de filiation afin d'ouvrir l'adoption, la procréation médicalement assistée et la gestation pour autrui aux couples de même sexe, marquant ainsi la persistance du statut.

Par conséquent, les deux systèmes ont été contraints d'élargir l'accès au statut au détriment même de l'unité de la notion de filiation et ce, malgré la rigueur des catégories juridiques du droit français et la grande capacité d'adaptation du droit anglais.

833. Contrairement à ce que l'on aurait pu penser à première vue, il n'y a donc pas de méthode qui soit véritablement plus propice pour prendre en compte les évolutions futures du droit de la famille. La filiation demeure, malgré tout, un statut auquel est associé un rôle. Ce dernier peut se dissocier du statut initial mais ne se suffit pas encore à lui-même pour caractériser le lien de filiation. En revanche, il est fort probable qu'à l'avenir, le rôle puisse devenir un fondement essentiel du statut dont il était auparavant la conséquence, opérant un renversement entre le fondement et l'effet. Alors, la notion de filiation recouvrirait un lien social plutôt que physique. La volonté y aurait une place prégnante car l'engagement – engagement de fait consacré par le droit ou engagement de droit – serait fondateur. Sans doute le lien pourrait apparaître moins porteur de sécurité pour l'enfant mais il serait en correspondance avec la réalité du vécu familial. La sécurité pourrait reposer dans la garantie que présenterait l'engagement de celui qui se veut parent de l'enfant, ce qui orienterait encore davantage les droits de la famille et de la filiation vers leur contractualisation, confirmant la tendance de fond qu'ils subissent depuis quelques décennies.

Annexes

Méthodologie des références jurisprudentielles anglaises

Une référence jurisprudentielle anglaise, ou *case citation*, est composée de trois types d'information :

- Le nom des parties.
- Les autres informations « neutres », c'est-à-dire indépendantes du support de publication : l'année de la décision, la juridiction et le numéro de décision.
- Les informations liées à la publication dans des ouvrages spéciaux appelés *reports*. On y trouve : l'année de publication, le volume, le nom du *report* et la première page.

Depuis 2001, les juridictions principales d'Angleterre ont adopté un nouveau format de référence jurisprudentielle dans lesquelles le nom des parties et les informations « neutres » sont rassemblées dans un bloc nommé *neutral citation*. On trouvera donc dans la bibliographie anglaise deux formats distincts de références jurisprudentielles basées sur le standard OSCOLA¹.

Références incluant une *neutral citation*

La *neutral citation* est imprimée en premier. Les informations de publication éventuelle sont indiquées en second.

<i>case</i> [year] court number, [year] OR (year) volume report page
--

1. *Oxford Standard for the Citation of Legal Authorities*, 4^e éd., Faculty of Law, University of Oxford, URL : www.law.ox.ac.uk/oscola, p. 13.

Dans l'exemple ci-dessous, le cas opposant *Corr* et *IBC Vehicles* a été le 13^e jugement par la *House of Lords* en 2008 ; il a été publié dans le 1^{er} volume de l'ouvrage *Appeal Cases* paru en 2008, à la page 884.

Corr v IBC Vehicles Ltd [2008] UKHL 13, [2008] 1 AC 884

Références sans neutral citation

Les informations liées à la juridiction ne sont pas indiquées, sauf exception.

<i>case</i> [year] OR (year) volume report first page (court)

Si l'année de publication est une information nécessaire pour retrouver le texte de la décision, celle-ci est affichée entre crochets. Ceci s'applique aux *reports* dont les volumes de la même année numérotés à partir de 1 et à ceux publiés en un seul volume (auquel cas l'information de volume n'apparaît pas).

Deux exemples :

Page v Smith [1996] AC 155 (HL)

Barrett v Enfield LBC [2001] 2 AC 550 (HL)

Dans d'autres *reports*, les volumes sont numérotés de façon continue, indépendamment des années de publication. Le numéro de volume suffit alors pour identifier totalement l'ouvrage dans lequel la décision est publiée. Dans ces cas, l'année affichée est l'année de décision (et non de publication) ; celle-ci apparaît entre parenthèses.

Dans l'exemple suivant, la décision a été rendue en 1999 et publiée dans le 49^e volume des *Butterworths Medico-Legal Reports*, à la page 1 :

Barrett v Enfield LBC (1999) 49 BMLR 1 (HL)

Extraits de textes de loi anglais

Ne sont reproduits dans les pages qui suivent que certains extraits de textes de loi anglais. L'intégralité de ces textes est disponible sur le site : <http://www.legislation.gov.uk>.

Les textes de lois anglais reproduits ci-après sont classés par ordre alphabétique, comme dans la bibliographie.

Adoption Act (c. 36) 1976

PART I

(2) If an approved adoption society fails to provide the Secretary of State with information required by him for the purpose of carrying out his functions under subsection (1), or fails to verify such information in the manner required by him, he may by notice to the society withdraw the approval from a date specified in the notice.

(3) Where approval is withdrawn under subsection (1) or (2) or expires the Secretary of State may direct the body concerned to make such arrangements as to children who are in its care and other transitional matters as seem to him expedient.

Procedure on refusal to approve, or withdrawal of approval from, adoption societies.

5.—(1) Before notifying a body which has applied for approval that the application is refused in accordance with section 3(6) the Secretary of State shall serve on the applicant a notice—

- (a) setting out the reasons why he proposes to refuse the application;
- (b) informing the applicant that it may make representations in writing to the Secretary of State within 28 days of the date of service of the notice.

(2) If any representations are made by the applicant in accordance with subsection (1), the Secretary of State shall give further consideration to the application taking into account those representations.

(3) The Secretary of State shall, before withdrawing approval of an adoption society in accordance with section 4(1), serve on the society a notice—

- (a) setting out the reasons why he proposes to withdraw the approval; and
- (b) informing the society that it may make representations in writing to the Secretary of State within 28 days of the date of service of the notice.

(4) If any representations are made by the society in accordance with subsection (3), the Secretary of State shall give further consideration to the withdrawal of approval under section 4(1) taking into account those representations.

(5) This section does not apply where the Secretary of State, after having considered any representations made by the applicant in accordance with this section, proposes to refuse approval or, as the case may be, to withdraw approval for reasons which have already been communicated to the applicant in a notice under this section.

Welfare of children

6. In reaching any decision relating to the adoption of a child a court or adoption agency shall have regard to all the circumstances, first consideration being given to the need to

Duty to promote welfare of child.

PART I

safeguard and promote the welfare of the child throughout his childhood; and shall so far as practicable ascertain the wishes and feelings of the child regarding the decision and give due consideration to them, having regard to his age and understanding.

7. An adoption agency shall in placing a child for adoption Religious have regard (so far as is practicable) to any wishes of a child's upbringing parents and guardians as to the religious upbringing of the child. child.

Supplemental

8.—(1) If it appears to the Secretary of State that an approved Inactive adoption society, or one in relation to which approval has been or defunct withdrawn under section 4 or has expired, is inactive or defunct adoption he may, in relation to any child who is or was in the care of societies. the society, direct what appears to him to be the appropriate local authority to take any such action as might have been taken by the society or by the society jointly with the authority; and if apart from this section the authority would not be entitled to take that action, or would not be entitled to take it without joining the society in the action, it shall be entitled to do so.

(2) Before giving a direction under subsection (1) the Secretary of State shall, if practicable, consult both the society and the authority.

9.—(1) The Secretary of State may by regulations prohibit Regulation of adoption of unincorporated bodies from applying for approval under section 3; and he shall not approve any unincorporated body whose application is contrary to regulations made under this subsection.

(2) The Secretary of State may make regulations for any purpose relating to the exercise of its functions by an approved adoption society.

(3) The Secretary of State may make regulations with respect to the exercise by local authorities of their functions of making or participating in arrangements for the adoption of children.

(4) Any person who contravenes or fails to comply with regulations made under subsection (2) shall be guilty of an offence and liable on summary conviction to a fine not exceeding £400.

10.—(1) A local authority may at any time give notice in Inspection of writing to an approved adoption society, or to any officer of such books, etc., of a society, requiring that society or officer to produce to the approved authority such books, accounts and other documents relating to the adoption the performance by the society of the function of making arrangements for the adoption of children as the authority may

Adoption and Children Act 2002



Adoption and Children Act 2002

2002 CHAPTER 38

An Act to restate and amend the law relating to adoption; to make further amendments of the law relating to children; to amend section 93 of the Local Government Act 2000; and for connected purposes. [7th November 2002]

BE IT ENACTED by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:—

PART 1

ADOPTION

CHAPTER 1

INTRODUCTORY

1 Considerations applying to the exercise of powers

- (1) This section applies whenever a court or adoption agency is coming to a decision relating to the adoption of a child.
- (2) The paramount consideration of the court or adoption agency must be the child's welfare, throughout his life.
- (3) The court or adoption agency must at all times bear in mind that, in general, any delay in coming to the decision is likely to prejudice the child's welfare.
- (4) The court or adoption agency must have regard to the following matters (among others)—
 - (a) the child's ascertainable wishes and feelings regarding the decision (considered in the light of the child's age and understanding),
 - (b) the child's particular needs,

- (c) the likely effect on the child (throughout his life) of having ceased to be a member of the original family and become an adopted person,
- (d) the child's age, sex, background and any of the child's characteristics which the court or agency considers relevant,
- (e) any harm (within the meaning of the Children Act 1989 (c. 41)) which the child has suffered or is at risk of suffering,
- (f) the relationship which the child has with relatives, and with any other person in relation to whom the court or agency considers the relationship to be relevant, including—
 - (i) the likelihood of any such relationship continuing and the value to the child of its doing so,
 - (ii) the ability and willingness of any of the child's relatives, or of any such person, to provide the child with a secure environment in which the child can develop, and otherwise to meet the child's needs,
 - (iii) the wishes and feelings of any of the child's relatives, or of any such person, regarding the child.
- (5) In placing the child for adoption, the adoption agency must give due consideration to the child's religious persuasion, racial origin and cultural and linguistic background.
- (6) The court or adoption agency must always consider the whole range of powers available to it in the child's case (whether under this Act or the Children Act 1989); and the court must not make any order under this Act unless it considers that making the order would be better for the child than not doing so.
- (7) In this section, "coming to a decision relating to the adoption of a child", in relation to a court, includes—
 - (a) coming to a decision in any proceedings where the orders that might be made by the court include an adoption order (or the revocation of such an order), a placement order (or the revocation of such an order) or an order under section 26 (or the revocation or variation of such an order),
 - (b) coming to a decision about granting leave in respect of any action (other than the initiation of proceedings in any court) which may be taken by an adoption agency or individual under this Act,
 but does not include coming to a decision about granting leave in any other circumstances.
- (8) For the purposes of this section—
 - (a) references to relationships are not confined to legal relationships,
 - (b) references to a relative, in relation to a child, include the child's mother and father.

- (7) This section is subject to sections 30 to 35 (removal of children placed by adoption agencies).

19 Placing children with parental consent

- (1) Where an adoption agency is satisfied that each parent or guardian of a child has consented to the child—
- (a) being placed for adoption with prospective adopters identified in the consent, or
 - (b) being placed for adoption with any prospective adopters who may be chosen by the agency,
- and has not withdrawn the consent, the agency is authorised to place the child for adoption accordingly.
- (2) Consent to a child being placed for adoption with prospective adopters identified in the consent may be combined with consent to the child subsequently being placed for adoption with any prospective adopters who may be chosen by the agency in circumstances where the child is removed from or returned by the identified prospective adopters.
- (3) Subsection (1) does not apply where—
- (a) an application has been made on which a care order might be made and the application has not been disposed of, or
 - (b) a care order or placement order has been made after the consent was given.
- (4) References in this Act to a child placed for adoption under this section include a child who was placed under this section with prospective adopters and continues to be placed with them, whether or not consent to the placement has been withdrawn.
- (5) This section is subject to section 52 (parental etc. consent).

20 Advance consent to adoption

- (1) A parent or guardian of a child who consents to the child being placed for adoption by an adoption agency under section 19 may, at the same or any subsequent time, consent to the making of a future adoption order.
- (2) Consent under this section—
- (a) where the parent or guardian has consented to the child being placed for adoption with prospective adopters identified in the consent, may be consent to adoption by them, or
 - (b) may be consent to adoption by any prospective adopters who may be chosen by the agency.
- (3) A person may withdraw any consent given under this section.
- (4) A person who gives consent under this section may, at the same or any subsequent time, by notice given to the adoption agency—
- (a) state that he does not wish to be informed of any application for an adoption order, or
 - (b) withdraw such a statement.

- (5) A notice under subsection (4) has effect from the time when it is received by the adoption agency but has no effect if the person concerned has withdrawn his consent.
- (6) This section is subject to section 52 (parental etc. consent).

21 Placement orders

- (1) A placement order is an order made by the court authorising a local authority to place a child for adoption with any prospective adopters who may be chosen by the authority.
- (2) The court may not make a placement order in respect of a child unless—
- (a) the child is subject to a care order,
 - (b) the court is satisfied that the conditions in section 31(2) of the 1989 Act (conditions for making a care order) are met, or
 - (c) the child has no parent or guardian.
- (3) The court may only make a placement order if, in the case of each parent or guardian of the child, the court is satisfied—
- (a) that the parent or guardian has consented to the child being placed for adoption with any prospective adopters who may be chosen by the local authority and has not withdrawn the consent, or
 - (b) that the parent's or guardian's consent should be dispensed with.
- This subsection is subject to section 52 (parental etc. consent).
- (4) A placement order continues in force until—
- (a) it is revoked under section 24,
 - (b) an adoption order is made in respect of the child, or
 - (c) the child marries or attains the age of 18 years.
- “Adoption order” includes a Scottish or Northern Irish adoption order.

22 Applications for placement orders

- (1) A local authority must apply to the court for a placement order in respect of a child if—
- (a) the child is placed for adoption by them or is being provided with accommodation by them,
 - (b) no adoption agency is authorised to place the child for adoption,
 - (c) the child has no parent or guardian or the authority consider that the conditions in section 31(2) of the 1989 Act are met, and
 - (d) the authority are satisfied that the child ought to be placed for adoption.
- (2) If—
- (a) an application has been made (and has not been disposed of) on which a care order might be made in respect of a child, or
 - (b) a child is subject to a care order and the appropriate local authority are not authorised to place the child for adoption,
- the appropriate local authority must apply to the court for a placement order if they are satisfied that the child ought to be placed for adoption.
- (3) If—
- (a) a child is subject to a care order, and

- (a) does not affect parental responsibility so far as it relates to any period before the making of the order, and
 - (b) in the case of an order made on an application under section 51(2) by the partner of a parent of the adopted child, does not affect the parental responsibility of that parent or any duties of that parent within subsection (2)(d).
- (4) Subsection (2)(d) does not apply to a duty arising by virtue of an agreement –
 - (a) which constitutes a trust, or
 - (b) which expressly provides that the duty is not to be extinguished by the making of an adoption order.
 - (5) An adoption order may be made even if the child to be adopted is already an adopted child.
 - (6) Before making an adoption order, the court must consider whether there should be arrangements for allowing any person contact with the child; and for that purpose the court must consider any existing or proposed arrangements and obtain any views of the parties to the proceedings.

47 Conditions for making adoption orders

- (1) An adoption order may not be made if the child has a parent or guardian unless one of the following three conditions is met; but this section is subject to section 52 (parental etc. consent).
- (2) The first condition is that, in the case of each parent or guardian of the child, the court is satisfied –
 - (a) that the parent or guardian consents to the making of the adoption order,
 - (b) that the parent or guardian has consented under section 20 (and has not withdrawn the consent) and does not oppose the making of the adoption order, or
 - (c) that the parent's or guardian's consent should be dispensed with.
- (3) A parent or guardian may not oppose the making of an adoption order under subsection (2)(b) without the court's leave.
- (4) The second condition is that –
 - (a) the child has been placed for adoption by an adoption agency with the prospective adopters in whose favour the order is proposed to be made,
 - (b) either –
 - (i) the child was placed for adoption with the consent of each parent or guardian and the consent of the mother was given when the child was at least six weeks old, or
 - (ii) the child was placed for adoption under a placement order, and
 - (c) no parent or guardian opposes the making of the adoption order.
- (5) A parent or guardian may not oppose the making of an adoption order under the second condition without the court's leave.
- (6) The third condition is that the child is free for adoption by virtue of an order made –
 - (a) in Scotland, under section 18 of the Adoption (Scotland) Act 1978 (c. 28), or

- (b) in Northern Ireland, under Article 17(1) or 18(1) of the Adoption (Northern Ireland) Order 1987 (S.I. 1987/2203 (N.I. 22)).
- (7) The court cannot give leave under subsection (3) or (5) unless satisfied that there has been a change in circumstances since the consent of the parent or guardian was given or, as the case may be, the placement order was made.
 - (8) An adoption order may not be made in relation to a person who is or has been married.
 - (9) An adoption order may not be made in relation to a person who has attained the age of 19 years.

48 Restrictions on making adoption orders

- (1) The court may not hear an application for an adoption order in relation to a child, where a previous application to which subsection (2) applies made in relation to the child by the same persons was refused by any court, unless it appears to the court that, because of a change in circumstances or for any other reason, it is proper to hear the application.
- (2) This subsection applies to any application –
 - (a) for an adoption order or a Scottish or Northern Irish adoption order, or
 - (b) for an order for adoption made in the Isle of Man or any of the Channel Islands.

49 Applications for adoption

- (1) An application for an adoption order may be made by –
 - (a) a couple, or
 - (b) one person,
 but only if it is made under section 50 or 51 and one of the following conditions is met.
 - (2) The first condition is that at least one of the couple (in the case of an application under section 50) or the applicant (in the case of an application under section 51) is domiciled in a part of the British Islands.
 - (3) The second condition is that both of the couple (in the case of an application under section 50) or the applicant (in the case of an application under section 51) have been habitually resident in a part of the British Islands for a period of not less than one year ending with the date of the application.
 - (4) An application for an adoption order may only be made if the person to be adopted has not attained the age of 18 years on the date of the application.
 - (5) References in this Act to a child, in connection with any proceedings (whether or not concluded) for adoption, (such as “child to be adopted” or “adopted child”) include a person who has attained the age of 18 years before the proceedings are concluded.
- #### 50 Adoption by couple
- (1) An adoption order may be made on the application of a couple where both of them have attained the age of 21 years.
 - (2) An adoption order may be made on the application of a couple where –

- (a) one of the couple is the mother or the father of the person to be adopted and has attained the age of 18 years, and
- (b) the other has attained the age of 21 years.

51 Adoption by one person

- (1) An adoption order may be made on the application of one person who has attained the age of 21 years and is not married.
- (2) An adoption order may be made on the application of one person who has attained the age of 21 years if the court is satisfied that the person is the partner of a parent of the person to be adopted.
- (3) An adoption order may be made on the application of one person who has attained the age of 21 years and is married if the court is satisfied that—
 - (a) the person's spouse cannot be found,
 - (b) the spouses have separated and are living apart, and the separation is likely to be permanent, or
 - (c) the person's spouse is by reason of ill-health, whether physical or mental, incapable of making an application for an adoption order.
- (4) An adoption order may not be made on an application under this section by the mother or the father of the person to be adopted unless the court is satisfied that—
 - (a) the other natural parent is dead or cannot be found,
 - (b) by virtue of section 28 of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (c. 37), there is no other parent, or
 - (c) there is some other reason justifying the child's being adopted by the applicant alone,
 and, where the court makes an adoption order on such an application, the court must record that it is satisfied as to the fact mentioned in paragraph (a) or (b) or, in the case of paragraph (c), record the reason.

Placement and adoption: general

52 Parental etc. consent

- (1) The court cannot dispense with the consent of any parent or guardian of a child to the child being placed for adoption or to the making of an adoption order in respect of the child unless the court is satisfied that—
 - (a) the parent or guardian cannot be found or is incapable of giving consent, or
 - (b) the welfare of the child requires the consent to be dispensed with.
- (2) The following provisions apply to references in this Chapter to any parent or guardian of a child giving or withdrawing—
 - (a) consent to the placement of a child for adoption, or
 - (b) consent to the making of an adoption order (including a future adoption order).
- (3) Any consent given by the mother to the making of an adoption order is ineffective if it is given less than six weeks after the child's birth.

- (4) The withdrawal of any consent to the placement of a child for adoption, or of any consent given under section 20, is ineffective if it is given after an application for an adoption order is made.
- (5) "Consent" means consent given unconditionally and with full understanding of what is involved; but a person may consent to adoption without knowing the identity of the persons in whose favour the order will be made.
- (6) "Parent" (except in subsections (9) and (10) below) means a parent having parental responsibility.
- (7) Consent under section 19 or 20 must be given in the form prescribed by rules, and the rules may prescribe forms in which a person giving consent under any other provision of this Part may do so (if he wishes).
- (8) Consent given under section 19 or 20 must be withdrawn—
 - (a) in the form prescribed by rules, or
 - (b) by notice given to the agency.
- (9) Subsection (10) applies if—
 - (a) an agency has placed a child for adoption under section 19 in pursuance of consent given by a parent of the child, and
 - (b) at a later time, the other parent of the child acquires parental responsibility for the child.
- (10) The other parent is to be treated as having at that time given consent in accordance with this section in the same terms as those in which the first parent gave consent.

53 Modification of 1989 Act in relation to adoption

- (1) Where—
 - (a) a local authority are authorised to place a child for adoption, or
 - (b) a child who has been placed for adoption by a local authority is less than six weeks old,
 regulations may provide for the following provisions of the 1989 Act to apply with modifications, or not to apply, in relation to the child.
- (2) The provisions are—
 - (a) section 22(4)(b), (c) and (d) and (5)(b) (duty to ascertain wishes and feelings of certain persons),
 - (b) paragraphs 15 and 21 of Schedule 2 (promoting contact with parents and parents' obligation to contribute towards maintenance).
- (3) Where a registered adoption society is authorised to place a child for adoption or a child who has been placed for adoption by a registered adoption society is less than six weeks old, regulations may provide—
 - (a) for section 61 of that Act to have effect in relation to the child whether or not he is accommodated by or on behalf of the society,
 - (b) for subsections (2)(b) to (d) and (3)(b) of that section (duty to ascertain wishes and feelings of certain persons) to apply with modifications, or not to apply, in relation to the child.
- (4) Where a child's home is with persons who have given notice of intention to adopt, no contribution is payable (whether under a contribution order or otherwise) under Part 3 of Schedule 2 to that Act (contributions towards

- (d) an overseas adoption, or
 (e) an adoption recognised by the law of England and Wales and effected under the law of any other country;
 and related expressions are to be interpreted accordingly.
- (2) But references in this Chapter to adoption do not include an adoption effected before the day on which this Chapter comes into force (referred to in this Chapter as “the appointed day”).
- (3) Any reference in an enactment to an adopted person within the meaning of this Chapter includes a reference to an adopted child within the meaning of Part 4 of the Adoption Act 1976 (c. 36).

67 Status conferred by adoption

- (1) An adopted person is to be treated in law as if born as the child of the adopters or adopter.
- (2) An adopted person is the legitimate child of the adopters or adopter and, if adopted by –
 (a) a couple, or
 (b) one of a couple under section 51(2),
 is to be treated as the child of the relationship of the couple in question.
- (3) An adopted person –
 (a) if adopted by one of a couple under section 51(2), is to be treated in law as not being the child of any person other than the adopter and the other one of the couple, and
 (b) in any other case, is to be treated in law, subject to subsection (4), as not being the child of any person other than the adopters or adopter;
 but this subsection does not affect any reference in this Act to a person’s natural parent or to any other natural relationship.
- (4) In the case of a person adopted by one of the person’s natural parents as sole adoptive parent, subsection (3)(b) has no effect as respects entitlement to property depending on relationship to that parent, or as respects anything else depending on that relationship.
- (5) This section has effect from the date of the adoption.

- (6) Subject to the provisions of this Chapter and Schedule 4, this section –

- (a) applies for the interpretation of enactments or instruments passed or made before as well as after the adoption, and so applies subject to any contrary indication, and
 (b) has effect as respects things done, or events occurring, on or after the adoption.

68 Adoptive relatives

- (1) A relationship existing by virtue of section 67 may be referred to as an adoptive relationship, and –
 (a) an adopter may be referred to as an adoptive parent or (as the case may be) as an adoptive father or adoptive mother,

neglect on the part of, a partner, he as well as the partnership is guilty of the offence and liable to be proceeded against and punished accordingly.

144 General interpretation etc.

- (1) In this Act –
 “appropriate Minister” means –
 (a) in relation to England, Scotland or Northern Ireland, the Secretary of State,
 (b) in relation to Wales, the Assembly,
 and in relation to England and Wales means the Secretary of State and the Assembly acting jointly,
 “the Assembly” means the National Assembly for Wales,
 “body” includes an unincorporated body,
 “by virtue of” includes “by” and “under”,
 “child” except where used to express a relationship, means a person who has not attained the age of 18 years,
 “the Convention” means the Convention on Protection of Children and Co-operation in respect of Intercountry Adoption, concluded at the Hague on 29th May 1993,
 “Convention adoption order” means an adoption order which, by virtue of regulations under section 1 of the Adoption (Intercountry Aspects) Act 1999 (c. 18) (regulations giving effect to the Convention), is made as a Convention adoption order,
 “Convention country” means a country or territory in which the Convention is in force,
 “court” means, subject to any provision made by virtue of Part 1 of Schedule 11 to the 1989 Act, the High Court, a county court or a magistrates’ court,
 “enactment” includes an enactment comprised in subordinate legislation,
 “fee” includes expenses,
 “guardian” has the same meaning as in the 1989 Act and includes a special guardian within the meaning of that Act,
 “information” means information recorded in any form,
 “local authority” means any unitary authority, or any county council so far as they are not a unitary authority,
 “Northern Irish adoption agency” means an adoption agency within the meaning of Article 3 of the Adoption (Northern Ireland) Order 1987 (S.I. 1987/2203 (N.I. 22)),
 “Northern Irish adoption order” means an order made, or having effect as if made, under Article 12 of the Adoption (Northern Ireland) Order 1987,
 “notice” means a notice in writing,
 “registration authority” (in Part 1) has the same meaning as in the Care Standards Act 2000 (c. 14),
 “regulations” means regulations made by the appropriate Minister, unless they are required to be made by the Lord Chancellor, the Secretary of State or the Registrar General,
 “relative”, in relation to a child, means a grandparent, brother, sister, uncle or aunt, whether of the full blood or half-blood or by marriage,

“rules” means rules made under section 141(1) or made by virtue of section 141(2) under section 144 of the Magistrates’ Courts Act 1980 (c. 43),

“Scottish adoption order” means an order made, or having effect as if made, under section 12 of the Adoption (Scotland) Act 1978 (c. 28),

“subordinate legislation” has the same meaning as in the Interpretation Act 1978 (c. 30),

“unitary authority” means—

- (a) the council of any county so far as they are the council for an area for which there are no district councils,
- (b) the council of any district comprised in an area for which there is no county council,
- (c) the council of a county borough,
- (d) the council of a London borough,
- (e) the Common Council of the City of London.

(2) Any power conferred by this Act to prescribe a fee by Order in Council or regulations includes power to prescribe—

- (a) a fee not exceeding a prescribed amount,
- (b) a fee calculated in accordance with the Order or, as the case may be, regulations,
- (c) a fee determined by the person to whom it is payable, being a fee of a reasonable amount.

(3) In this Act, “Scottish adoption agency” means—

- (a) a local authority, or
 - (b) a voluntary organisation providing a registered adoption service;
- but in relation to the provision of any particular service, references to a Scottish adoption agency do not include a voluntary organisation unless it is registered in respect of that service or a service which, in Scotland, corresponds to that service.

Expressions used in this subsection have the same meaning as in the Regulation of Care (Scotland) Act 2001 (asp 4) and “registered” means registered under Part 1 of that Act.

(4) In this Act, a couple means—

- (a) a married couple, or
- (b) two people (whether of different sexes or the same sex) living as partners in an enduring family relationship.

(5) Subsection (4)(b) does not include two people one of whom is the other’s parent, grandparent, sister, brother, aunt or uncle.

(6) References to relationships in subsection (5)—

- (a) are to relationships of the full blood or half blood or, in the case of an adopted person, such of those relationships as would exist but for adoption, and
- (b) include the relationship of a child with his adoptive, or former adoptive, parents,

but do not include any other adoptive relationships.

(7) For the purposes of this Act, a person is the partner of a child’s parent if the person and the parent are a couple but the person is not the child’s parent.

Births and Deaths Registration Act 1953

Pour les sections 2B, 2C, 2D, 2E, voir les dispositions du Welfare Reform Act 2009, page 545.



Births and Deaths Registration Act 1953

1953 CHAPTER 20 1 and 2 Eliz 2

An Act to consolidate certain enactments relating to the registration of births and deaths in England and Wales with corrections and improvements made under the Consolidation of Enactments (Procedure) Act 1949. [14th July 1953]

Annotations:

Modifications etc. (not altering text)

- C1** Power to amend Act conferred by Public Expenditure and Receipts Act 1968 (c. 14), s. 5, Sch. 3; power to extend Act conferred by British Nationality Act 1981 (c. 61, SIF 87), s. 41(4)(5)
- C2** Act extended (prosp.) by Adoption and Children Act 2002 (c. 38), ss. 78(4), 148 (with Sch. 4 paras. 1, 6-8)

Commencement Information

- I1** Act wholly in force at 30.9.1953 see s. 44(3)

PART I

REGISTRATION OF BIRTHS

1 Particulars of births to be registered.

- (1) Subject to the provisions of this Part of this Act, the birth of every child born in England and Wales shall be registered by the registrar of births and deaths for the sub-district in which the child was born by entering in a register kept for that sub-district such particulars concerning the birth as may be prescribed; and different registers shall be kept and different particulars may be prescribed for live-births and still-births respectively.
- Provided that, where a [F1still-born child] is found exposed and no information as to the place of birth is available, the birth shall be registered by the registrar of births and deaths for the sub-district in which the child is found.
- (2) The following persons shall be qualified to give information concerning a birth, that is to say—

Changes to legislation: There are outstanding changes not yet made by the legislation.gov.uk editorial team to Births and Deaths Registration Act 1953. Any changes that have already been made by the team appear in the content and are referenced with annotations. (See end of Document for details)

- (a) the father and mother of the child;
 (b) the occupier of the house in which the child was to the knowledge of that occupier born;
 (c) any person present at the birth;
 (d) any person having charge of the child.
 [F2(e) in the case of a still-born child found exposed, the person who found the child.]

Annotations:

Amendments (Textual)

- F1** Words substituted by Children Act 1975 (c. 72), Sch. 3 para 13(1)
- F2** S. 1(2)(e) added by Children Act 1975 (c. 72), Sch. 3 para. 13(2)

2 Information concerning birth to be given to registrar within forty-two days.

In the case of every birth it shall be the duty—

- (a) of the father and mother of the child; and
 (b) in the case of the death or inability of the father and mother, of each other qualified informant,

to give to the registrar, before the expiration of a period of forty-two days from the date of the birth, information of the particulars required to be registered concerning the birth, and in the presence of the registrar to sign the register:

Provided that—

- (i) the giving of information and the signing of the register by any one qualified informant shall act as a discharge of any duty under this section of every other qualified informant;
- (ii) this section shall cease to apply if, before the expiration of the said period and before the birth has been registered, an inquest is held at which the child is found to have been still-born.

3 Information concerning finding of new-born child to be given to registrar within forty-two days.

Where any [F3still-born child] is found exposed, it shall be the duty of the person finding the child, . . . to give to the best of his knowledge and belief to the registrar, before the expiration of forty-two days from the date on which the child was found, such information of the particulars required to be registered concerning the birth of the child as the informant possesses, and in the presence of the registrar to sign the register:

..... F5

Annotations:

Amendments (Textual)

- F3** Words substituted by Children Act 1975 (c. 72), Sch. 3 para 13(1)
- F4** Words repealed by Children Act 1975 (c. 72), Sch. 4 Pt. VI
- F5** S. 3 proviso repealed by Children Act 1975 (c. 72), Sch. 4 Pt. VI

Changes to legislation: There are outstanding changes not yet made by the legislation.gov.uk editorial team to Births and Deaths Registration Act 1953. Any changes that have already been made by the team appear in the content and are referenced with annotations. (See end of Document for details)

[*]3A Registration of births of abandoned children.

- (1) Where the place and date of birth of a child who was abandoned are unknown to, and cannot be ascertained by, the person who has charge of the child, that person may apply to the Registrar General for the child's birth to be registered under this section.
- (2) On an application under this section the Registrar General shall enter in a register maintained at the General Register Office—
- as the child's place of birth, if the child was found by the applicant or by any person from whom (directly or indirectly) the applicant took charge of the child, the registration district and sub-district where the child was found, or, in any other case, where the child was abandoned;
 - as the child's date of birth, the date which, having regard to such evidence as is produced to him, appears to him to be the most likely date of birth of the child, and
 - such other particulars as may be prescribed.
- (3) The Registrar General shall not register a child's birth under this section if—
- he is satisfied that the child was not born in England or Wales; or
 - the child has been adopted in pursuance of a court order made in the United Kingdom, the Isle of Man or the Channel Islands; or
 - subject to subsection (5) below, the child's birth is known to have been previously registered under this Act.
- (4) If no entry can be traced in any register of births relating to a person who has attained the age of 18 and has not been adopted as aforesaid, that person may apply to the Registrar General for his birth to be registered under this section.
- (5) On the application of—
- a person having the charge of a child whose birth had been registered under this Act by virtue of the proviso to section 1 of this Act (as originally enacted), or
 - any such child who has attained the age of 18 years,
- the Registrar General shall re-register the birth of the child under this section, and shall direct the officer having custody of the register of births in which the entry relating to the child was previously made to enter in the margin of the register a reference to the re-registration of the birth.]

Annotations:

Amendments (Textual)

F6 S. 3A inserted by Children Act 1975 (c. 72), s. 92

4 Registrar's power to require information concerning birth.

Where, after the expiration of forty-two days from the date of the birth of any child or from the date when any [F7 still-born child] is found exposed, the birth of the child has, owing to the default of the persons required to give information concerning it, not been registered, the registrar may by notice in writing require any qualified informant—

- to attend personally at the registrar's office, or at some other place appointed by the registrar within his sub-district, before such date (being not less than

Changes to legislation: There are outstanding changes not yet made by the legislation.gov.uk editorial team to Births and Deaths Registration Act 1953. Any changes that have already been made by the team appear in the content and are referenced with annotations. (See end of Document for details)

- seven days after the receipt of the notice nor more than three months after the date of the birth or finding) as may be specified in the notice; and
- to give information to the best of that person's knowledge and belief of the particulars required to be registered concerning the birth; and
 - to sign the register in the presence of the registrar.

Provided that any such requirement shall cease to have effect if, before the date specified in the notice and before the person to whom the notice is given complies with it, the birth is duly registered.

Annotations:

Amendments (Textual)

F7 Words substituted by Children Act 1975 (c. 72), Sch. 3 para 13(1)

5 Registration of births free of charge.

Where the registrar receives personally from any qualified informant, at any time before the expiration of three months from the date of the birth of any child or from the date when any [F8 still-born child] is found exposed, information of the particulars required to be registered concerning the birth of the child, then, subject as may be prescribed in the case of an alleged still-birth where no certificate such as is mentioned in subsection (1) of section eleven of this Act is delivered, he shall forthwith register the birth and the particulars, if not previously registered, in the prescribed form and manner without any fee or reward from the informant:

F9

Annotations:

Amendments (Textual)

F8 Words substituted by Children Act 1975 (c. 72), Sch. 3 para 13(1)

F9 S. 5 proviso repealed by S.I. 1968/1242, Sch. 2

6 Registration between three and twelve months from date of birth.

- (1) Where, after the expiration of three months from the date of the birth of any child the birth of the child has not been registered, the registrar may by notice in writing require any qualified informant—

- to attend personally at the district register office before such date (being not less than seven days after the receipt of the notice nor more than twelve months after the date of the birth as may be specified in the notice; and
- to make before the superintendent registrar a declaration according to the best of the declarant's knowledge and belief of the particulars required to be registered concerning the birth; and
- to sign the register in the presence of the registrar and the superintendent registrar.

- (2) Upon any qualified informant attending before the registrar and superintendent registrar, whether in pursuance of a requirement or not, and making such a declaration as aforesaid and giving information concerning the birth, the registrar shall then and

Changes to legislation: There are outstanding changes not yet made by the legislation.gov.uk editorial team to Births and Deaths Registration Act 1953. Any changes that have already been made by the team appear in the content and are referenced with annotations. (See end of Document for details)

there in the presence of the superintendent registrar register the birth according to the information of the declarant, and the superintendent registrar before whom the declaration is made, the registrar and the declarant shall each sign the entry of the birth.

- (3) F11
- (4) This section shall not apply in the case of a still-birth.

Annotations:

Amendments (Textual)

F10 Words repealed by Children Act 1975 (c. 72), Sch. 4 Pt. VI

F11 Ss. 6(3), 7(2), 14(3), 21(2) repealed by S.I. 1968/1242, Sch. 2

7 Registration after twelve months from date of birth.

(1) Where, after the expiration of twelve months from the date of the birth of any child . . . ^{F12} the birth of the child has not been registered, the birth shall not be registered except with the written authority of the Registrar General and in such manner and subject to such conditions as may be prescribed, and the fact that the authority of the Registrar General has been obtained shall be entered in the register.

- (2) F13
- (3) This section shall not apply in the case of a still-birth.

Annotations:

Amendments (Textual)

F12 Words repealed by Children Act 1975 (c. 72), Sch. 4 Pt. VI

F13 Ss. 6(3), 7(2), 14(3), 21(2) repealed by S.I. 1968/1242, Sch. 2

8 Penalty for improper registration after three months from date of birth.

Save as provided in the two last foregoing sections, a registrar shall not register the birth of any child after the expiration of three months from the date of birth . . . ^{F14} from the date of the finding, and any person who registers any birth, or causes any birth to be registered, in contravention of this section shall be liable on summary conviction to a fine not exceeding ^{F15}level 1 on the standard scale].

Annotations:

Amendments (Textual)

F14 Words repealed by Children Act 1975 (c. 72), Sch. 4 Pt. VI

F15 Words substituted by virtue of Criminal Justice Act 1982 (c. 48, SIF 39:1), s. 46

9 Giving of information to a person other than the registrar.

(1) Any person required by or under this Act to give information to the registrar concerning a birth ^{F16}. . . . may give that information by making and signing in the

Changes to legislation: There are outstanding changes not yet made by the legislation.gov.uk editorial team to Births and Deaths Registration Act 1953. Any changes that have already been made by the team appear in the content and are referenced with annotations. (See end of Document for details)

presence of and delivering to such officer as may be prescribed a declaration in writing of the particulars required to be registered concerning the birth.

- (2) The officer in whose presence such a declaration is made shall send the declaration to the registrar who shall in the prescribed manner enter the birth in the register.
 - (3) An entry made under the last foregoing subsection shall be deemed for the purposes of this Act to have been signed by the person who signed the declaration, and a person making a declaration under this section shall be deemed to have given information concerning the birth to the registrar and to have complied with any requirement of the registrar made under this Act to attend and give that information.
- ^{F17}(4) A request made under section 10 of this Act may be included in a declaration under subsection (1) of this section, and, if the request is made under paragraph ^{F18}(b), (c) or (d)] of that section, the documents required by that paragraph to be produced shall be produced to the officer in whose presence the declaration is made and sent by him with the declaration to the registrar.
- (5) A request made under section 10A of this Act instead of being made to the registrar may be made by making and signing in the presence of and delivering to a prescribed officer a statement in the prescribed form and producing to the officer any documents required to be produced by that section, and—
- (a) the officer shall send the request together with those documents, if any, to the registrar who shall with the authority of the Registrar General re-register the birth as if the request had been made to him; and
 - (b) the person or persons who sign the statement shall be deemed to have signed the register as required by subsection (2) of that section.]

Annotations:

Amendments (Textual)

F16 Words in s. 9(1) repealed (1.4.1997) by S.I. 1996/2395, art. 2(2)

F17 S. 9(4)(5) added by Children Act 1975 (c. 72), s. 9(3)

F18 Words substituted by Family Law Reform Act 1987 (c. 42, SIF 49:7), s. 33(1), Sch. 2 para. 15

^{F19}10 Registration of father where parents not married.

- (1) Notwithstanding anything in the foregoing provisions of this Act, in the case of a child whose father and mother were not married to each other at the time of his birth, no person shall as father of the child be required to give information concerning the birth of the child, and the registrar shall not enter in the register the name of any person as father of the child except—
- (a) at the joint request of the mother and the person stating himself to be the father of the child (in which case that person shall sign the register together with the mother); or
 - (b) at the request of the mother on production of—
 - (i) a declaration in the prescribed form made by the mother stating that that person is the father of the child; and
 - (ii) a statutory declaration made by that person stating himself to be the father of the child; or
 - (c) at the request of that person on production of—

Changes to legislation: There are outstanding changes not yet made by the legislation.gov.uk editorial team to Births and Deaths Registration Act 1953. Any changes that have already been made by the team appear in the content and are referenced with annotations. (See end of Document for details)

- (i) a declaration in the prescribed form by that person stating himself to be the father of the child; and
- (ii) a statutory declaration made by the mother stating that that person is the father of the child; or
- ^[F20](d) at the request of the mother or that person on production of—
- (i) a copy of a parental responsibility agreement made between them in relation to the child; and
- (ii) a declaration in the prescribed form by the person making the request stating that the agreement was made in compliance with section 4 of the Children Act 1989 and has not been brought to an end by an order of a court; or
- (e) at the request of the mother or that person on production of—
- (i) a certified copy of an order under section 4 of the Children Act 1989 giving that person parental responsibility for the child; and
- (ii) a declaration in the prescribed form by the person making the request stating that the order has not been brought to an end by an order of a court; or
- (f) at the request of the mother or that person on production of—
- (i) a certified copy of an order under paragraph 1 of Schedule 1 to the Children Act 1989 which requires that person to make any financial provision for the child and which is not an order falling within paragraph 4(3) of that Schedule; and
- (ii) a declaration in the prescribed form by the person making the request stating that the order has not been discharged by an order of a court; or
- (g) at the request of the mother or that person on production of—
- (i) a certified copy of any of the orders which are mentioned in subsection (1A) of this section which has been made in relation to the child; and
- (ii) a declaration in the prescribed form by the person making the request stating that the order has not been brought to an end or discharged by an order of a court.]

^[F21](1A) The orders are—

- (a) an order under section 4 of the Family Law Reform Act 1987 that that person shall have all the parental rights and duties with respect to the child;
- (b) an order that that person shall have custody or care and control or legal custody of the child made under section 9 of the Guardianship of Minors Act 1971 at a time when such an order could only be made in favour of a parent;
- (c) an order under section 9 or 11B of that Act which requires that person to make any financial provision in relation to the child;
- (d) an order under section 4 of the Affiliation Proceedings Act 1957 naming that person as putative father of the child.]
- (2) Where, in the case of a child whose father and mother were not married to each other at the time of his birth, a person stating himself to be the father of the child makes a request to the registrar in accordance with paragraph (c) ^[F22 to (g)] of subsection (1) of this section—
- (a) he shall be treated as a qualified informant concerning the birth of the child for the purposes of this Act; and

Changes to legislation: There are outstanding changes not yet made by the legislation.gov.uk editorial team to Births and Deaths Registration Act 1953. Any changes that have already been made by the team appear in the content and are referenced with annotations. (See end of Document for details)

- (b) the giving of information concerning the birth of the child by that person and the signing of the register by him in the presence of the registrar shall act as a discharge of any duty of any other qualified informant under section 2 of this Act.
- (3) In this section and section 10A of this Act references to a child whose father and mother were not married to each other at the time of his birth shall be construed in accordance with section 1 of the Family Law Reform Act 1987 and
- ^[F23] “parental responsibility agreement” has the same meaning as in the Children Act 1989]]

Annotations:

Amendments (Textual)

- F19** S. 10 substituted by Family Law Reform Act 1987 (c. 42, SIF 49.7), s. 24
- F20** S. 10(1)(c)–(g) substituted (14.10.1991) for s. 10(1)(d) by Children Act 1989 (c. 41, SIF 20), s. 108(4), Sch. 12 para. 6(2); S.I. 1991/828, art. 3(2)
- F21** S. 10(1A) inserted (14.10.1991) by Children Act 1989 (c. 41, SIF 20), s. 108(4), Sch. 12 para. 6(3); S.I. 1991/828, art. 3(2)
- F22** Words in s. 10(2) substituted (14.10.1991) by Children Act 1989 (c. 41, SIF 20), s. 108(4), Sch. 12 para. 6(4); S.I. 1991/828, art. 3(2)
- F23** Words in s. 10(3) substituted (14.10.1991) by Children Act 1989 (c. 41, SIF 20), s. 108(4), Sch. 12 para. 6(5); S.I. 1991/828, art. 3(2)

Modifications etc. (not altering text)

- C3** S. 10 modified by Family Law Reform Act 1987 (c. 42, SIF 49.7), s. 33(2), Sch. 3 para. 11

^[F24]10A Re-registration where parents not married.

- (1) Where there has been registered under this Act the birth of a child whose father and mother were not married to each other at the time of the birth, but no person has been registered as the father of the child, the registrar shall re-register the birth so as to show a person as the father—
- (a) at the joint request of the mother and that person; or
- (b) at the request of the mother on production of—
- (i) a declaration in the prescribed form made by the mother stating that that person is the father of the child; and
- (ii) a statutory declaration made by that person stating himself to be the father of the child; or
- (c) at the request of that person on production of—
- (i) a declaration in the prescribed form by that person stating himself to be the father of the child; and
- (ii) a statutory declaration made by the mother stating that that person is the father of the child; or
- ^[F25](d) at the request of the mother or that person on production of—
- (i) a copy of a parental responsibility agreement made between them in relation to the child; and
- (ii) a declaration in the prescribed form by the person making the request stating that the agreement was made in compliance with section 4 of

Changes to legislation: There are outstanding changes not yet made by the legislation.gov.uk editorial team to Births and Deaths Registration Act 1953. Any changes that have already been made by the team appear in the content and are referenced with annotations. (See end of Document for details)

C13 S. 33(2) extended with modifications by S.I. 1982/1526, art. 2, Sch. 1 Pt. 1

34 Entry in register as evidence of birth or death.

- (1) The following provisions of this section shall have effect in relation to entries in registers under this Act or any enactment repealed by this Act.
- (2) An entry or a certified copy of an entry of a birth or death in a register, or in a certified copy of a register, shall not be evidence of the birth or death unless the entry purports to be signed by some person professing to be the informant and to be such a person as might be ^{F78}required or permitted by law] at the date of the entry to give to the registrar information concerning that birth or death: Provided that this subsection shall not apply—
- (a) in relation to an entry of a birth which, not being an entry signed by a person professing to be a superintendent registrar, purports to have been made with the authority of the Registrar General; or
- (b) in relation to an entry of a death which purports to have been made upon a certificate from a coroner; or
- (c) in relation to an entry of a birth or death which purports to have been made in pursuance of the enactments with respect to the registration of births and deaths at sea.
- ^{F79}(d) in relation to the re-registration of a birth under section 9(5) of this Act].
- (3) Where more than three months have intervened between the date of the birth of any child or the date when any living new-born child ^{F80}or still-born child] was found exposed and the date of the registration of the birth of that child, the entry or a certified copy of the entry of the birth of the child in the register, or in a certified copy of the register, shall not be evidence of the birth unless—
- (a) if it appears that not more than twelve months have so intervened, the entry purports either to be signed by the superintendent registrar as well as by the registrar or to have been made with the authority of the Registrar General,
- (b) if more than twelve months have so intervened, the entry purports to have been made with the authority of the Registrar General.

Provided that this subsection shall not apply in any case where the original entry in the register was made before the first day of January, eighteen hundred and seventy—five.

- (4) Where more than twelve months have intervened between the date of the death or of the finding of the dead body of any person and the date of the registration of that person's death, the entry or a certified copy of the entry of the death in the register, or in a certified copy of the register, shall not be evidence of the death unless the entry purports to have been made with the authority of the Registrar General:

Provided that this subsection shall not apply in any case where the original entry in the register was made before the first day of January, eighteen hundred and seventy—five.

- (5) A certified copy of an entry in a register or in a certified copy of a register shall be deemed to be a true copy notwithstanding that it is made on a form different from that on which the original entry was made if any differences in the column headings under which the particulars appear in the original entry and the copy respectively are differences of form only and not of substance.

Changes to legislation: There are outstanding changes not yet made by the legislation.gov.uk editorial team to Births and Deaths Registration Act 1953. Any changes that have already been made by the team appear in the content and are referenced with annotations. (See end of Document for details)

- (6) The Registrar General shall cause any certified copy of an entry given in the General Register Office to be sealed or stamped with the seal of that Office; and, subject to the foregoing provisions of this section, any certified copy of an entry purporting to be sealed or stamped with the said seal shall be received as evidence of the birth or death to which it relates without any further or other proof of the entry, and no certified copy purporting to have been given in the said Office shall be of any force or effect unless it is sealed or stamped as aforesaid.

Annotations:

Amendments (Textual)

F78 Words substituted by Family Law Reform Act 1987 (c. 42, SIF 49:7), s. 33(1), Sch. 2 para. 17

F79 S. 34(2)(d) added by Children Act 1975 (c. 72), Sch. 3 para. 13(5)(a)

F80 Words inserted by Children Act 1975 (c. 72), Sch. 3 para. 13(5)(b)

Modifications etc. (not altering text)

C14 S. 34(5)(6) extended with modifications by S.I. 1982/1526, art. 2, Sch. 1 Pts. I, II, III

Offences

35 Offences relating to registers.

If any person commits any of the following offences, that is to say—

- (a) if, being a registrar, he refuses or without reasonable cause omits to register any birth or death or particulars concerning which information has been tendered to him by a qualified informant and which he is required by or under this Act to register; or
- (b) if, being a person having the custody of any register of births or register of deaths, he carelessly loses or injures the register or allows the register to be injured,
- he shall be liable on summary conviction to a fine not exceeding ^{F81}level 3 on the standard scale].

Annotations:

Amendments (Textual)

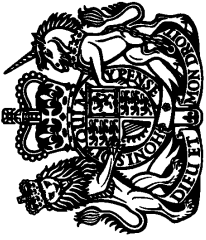
F81 Words substituted by virtue of Criminal Justice Act 1982 (c. 48, SIF 39:1), ss. 38, 46

36 Penalties for failure to give information, etc.

If any person commits any of the following offences, that is to say—

- (a) if, being required by or under this Act to give information concerning any birth or death . . . ^{F82} or any dead body, he wilfully refuses to answer any question put to him by the registrar relating to the particulars required to be registered concerning the birth or death, or save as provided in this Act, fails to comply with any requirement of the registrar made thereunder,
- (b) if he refuses or fails without reasonable excuse to give, deliver or send any certificate which he is required by this Act to give, deliver or send;

Child Support Act 1991



Child Support Act 1991

1991 CHAPTER 48

An Act to make provision for the assessment, collection and enforcement of periodical maintenance payable by certain parents with respect to children of theirs who are not in their care; for the collection and enforcement of certain other kinds of maintenance; and for connected purposes. [25th July 1991]

BE IT ENACTED by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:—

The basic principles

1.—(1) For the purposes of this Act, each parent of a qualifying child is responsible for maintaining him.

(2) For the purposes of this Act, an absent parent shall be taken to have met his responsibility to maintain any qualifying child of his by making periodical payments of maintenance with respect to the child of such amount, and at such intervals, as may be determined in accordance with the provisions of this Act.

(3) Where a maintenance assessment made under this Act requires the making of periodical payments, it shall be the duty of the absent parent with respect to whom the assessment was made to make those payments.

2. Where, in any case which falls to be dealt with under this Act, the Secretary of State or any child support officer is considering the exercise of any discretionary power conferred by this Act, he shall have regard to the welfare of any child likely to be affected by his decision.

3.—(1) A child is a “qualifying child” if—

- (a) one of his parents is, in relation to him, an absent parent; or
- (b) both of his parents are, in relation to him, absent parents.

(2) The parent of any child is an “absent parent”, in relation to him, if—

- (a) that parent is not living in the same household with the child; and
- (b) the child has his home with a person who is, in relation to him, a person with care.

(3) A person is a “person with care”, in relation to any child, if he is a person—

- (a) with whom the child has his home;
- (b) who usually provides day to day care for the child (whether exclusively or in conjunction with any other person); and
- (c) who does not fall within a prescribed category of person.

(4) The Secretary of State shall not, under subsection (3)(c), prescribe as a category—

- (a) parents;
 - (b) guardians;
 - (c) persons in whose favour residence orders under section 8 of the Children Act 1989 are in force;
 - (d) in Scotland, persons having the right to custody of a child.
- (5) For the purposes of this Act there may be more than one person with care in relation to the same qualifying child.

(6) Periodical payments which are required to be paid in accordance with a maintenance assessment are referred to in this Act as “child support maintenance”.

(7) Expressions are defined in this section only for the purposes of this Act.

Child support maintenance.

4.—(1) A person who is, in relation to any qualifying child or any qualifying children, either the person with care or the absent parent may apply to the Secretary of State for a maintenance assessment to be made under this Act with respect to that child, or any of those children.

(2) Where a maintenance assessment has been made in response to an application under this section the Secretary of State may, if the person with care or absent parent with respect to whom the assessment was made applies to him under this subsection, arrange for—

- (a) the collection of the child support maintenance payable in accordance with the assessment;
- (b) the enforcement of the obligation to pay child support maintenance in accordance with the assessment.

(3) Where an application under subsection (2) for the enforcement of the obligation mentioned in subsection (2)(b) authorises the Secretary of State to take steps to enforce that obligation whenever he considers it necessary to do so, the Secretary of State may act accordingly.

(4) A person who applies to the Secretary of State under this section shall, so far as that person reasonably can, comply with such regulations as may be made by the Secretary of State with a view to the Secretary of State or the child support officer being provided with the information which is required to enable—

53. Any expenses of the Lord Chancellor or the Secretary of State under this Act shall be payable out of money provided by Parliament. Financial provisions.

54. In this Act—

Interpretation.

- “absent parent”, has the meaning given in section 3(2);
- “adjudication officer” has the same meaning as in the benefit Acts;
- “assessable income” has the meaning given in paragraph 5 of Schedule 1;
- “benefit Acts” means the Social Security Acts 1975 to 1991;
- “Chief Adjudication Officer” has the same meaning as in the benefit Acts;
- “Chief Child Support Officer” has the meaning given in section 13;
- “child benefit” has the same meaning as in the Child Benefit Act 1975; c. 61.
- “child support appeal tribunal” means a tribunal appointed under section 21;
- “child support maintenance” has the meaning given in section 3(6);
- “child support officer” has the meaning given in section 13;
- “deduction from earnings order” has the meaning given in section 31(2);
- “disability living allowance” has the same meaning as in the Social Security Act 1975; c. 14.
- “family credit” has the same meaning as in the benefit Acts;
- “general qualification” shall be construed in accordance with section 71 of the Courts and Legal Services Act 1990 (qualification for judicial appointments); c. 41.
- “income support” has the same meaning as in the benefit Acts;
- “interim maintenance assessment” has the meaning given in section 12;
- “liability order” has the meaning given in section 33(2);
- “maintenance agreement” has the meaning given in section 9(1);
- “maintenance assessment” means an assessment of maintenance made under this Act and, except in prescribed circumstances, includes an interim maintenance assessment;
- “maintenance order” has the meaning given in section 8(11);
- “maintenance requirement” means the amount calculated in accordance with paragraph 1 of Schedule 1;
- “parent”, in relation to any child, means any person who is in law the mother or father of the child;
- “parental responsibility” has the same meaning as in the Children Act 1989; c. 41.
- “parental rights” has the same meaning as in the Law Reform (Parent and Child) (Scotland) Act 1986; c. 9.
- “person with care” has the meaning given in section 3(3);
- “prescribed” means prescribed by regulations made by the Secretary of State;

Children Act 1989

Changes to legislation: There are outstanding changes not yet made by the legislation.gov.uk editorial team to Children Act 1989. Any changes that have already been made by the team appear in the content and are referenced with annotations. (See end of Document for details)



Children Act 1989

1989 CHAPTER 41

PART I

INTRODUCTORY

1 Welfare of the child.

- (1) When a court determines any question with respect to—
- (a) the upbringing of a child; or
 - (b) the administration of a child's property or the application of any income arising from it,
- the child's welfare shall be the court's paramount consideration.
- (2) In any proceedings in which any question with respect to the upbringing of a child arises, the court shall have regard to the general principle that any delay in determining the question is likely to prejudice the welfare of the child.
- (3) In the circumstances mentioned in subsection (4), a court shall have regard in particular to—
- (a) the ascertainable wishes and feelings of the child concerned (considered in the light of his age and understanding);
 - (b) his physical, emotional and educational needs;
 - (c) the likely effect on him of any change in his circumstances;
 - (d) his age, sex, background and any characteristics of his which the court considers relevant;
 - (e) any harm which he has suffered or is at risk of suffering;
 - (f) how capable each of his parents, and any other person in relation to whom the court considers the question to be relevant, is of meeting his needs;
 - (g) the range of powers available to the court under this Act in the proceedings in question.
- (4) The circumstances are that—

- (a) the court is considering whether to make, vary or discharge a section 8 order, and the making, variation or discharge of the order is opposed by any party to the proceedings; or
 - (b) the court is considering whether to make, vary or discharge [^{F1} a special guardianship order or] an order under Part IV.
- (5) Where a court is considering whether or not to make one or more orders under this Act with respect to a child, it shall not make the order or any of the orders unless it considers that doing so would be better for the child than making no order at all.

Annotations:

Amendments (Textual)

F1 Words in s. 1(4)(b) inserted (30.12.2005) by 2002 c. 38, ss. 11:5(3), 148 (with Sch. 4 paras. 6-8); S.I. 2005/2213, art. 2(k)

Modifications etc. (not altering text)

C1 S. 1(2)(3)(a)-(f) applied with modifications (14. 10. 1991) by S.I. 1991/1395, r. 11(1) (as amended (8.12.2008) by The Family Proceedings Courts (Children Act 1989) (Amendment) Rules 2008, (S.I. 2008/2858), rule 7)

Commencement Information

I1 S. 1 wholly in force at 14.10.1991 see s. 108(2)(3) and S.I. 1991/828, art. 3(2)

2 Parental responsibility for children.

- (1) Where a child's father and mother were married to each other at the time of his birth, they shall each have parental responsibility for the child.
- [^{F2}(1A) Where a child—
- (a) has a parent by virtue of section 42 of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008; or
 - (b) has a parent by virtue of section 43 of that Act and is a person to whom section 1(3) of the Family Law Reform Act 1987 applies,
- the child's mother and the other parent shall each have parental responsibility for the child.]
- (2) Where a child's father and mother were not married to each other at the time of his birth—
- (a) the mother shall have parental responsibility for the child;
 - (b) the father [^{F3}shall have parental responsibility for the child if he has acquired it (and has not ceased to have it)] in accordance with the provisions of this Act.
- [^{F4}(2A) Where a child has a parent by virtue of section 43 of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 and is not a person to whom section 1(3) of the Family Law Reform Act 1987 applies—
- (a) the mother shall have parental responsibility for the child;
 - (b) the other parent shall have parental responsibility for the child if she has acquired it (and has not ceased to have it) in accordance with the provisions of this Act.]

Changes to legislation: There are outstanding changes not yet made by the legislation.gov.uk editorial team to Children Act 1989. Any changes that have already been made by the team appear in the content and are referenced with annotations. (See end of Document for details)

- (3) References in this Act to a child whose father and mother were, or (as the case may be) were not, married to each other at the time of his birth must be read with section 1 of the ^{M1}Family Law Reform Act 1987 (which extends their meaning).
- (4) The rule of law that a father is the natural guardian of his legitimate child is abolished.
- (5) More than one person may have parental responsibility for the same child at the same time.
- (6) A person who has parental responsibility for a child at any time shall not cease to have that responsibility solely because some other person subsequently acquires parental responsibility for the child.
- (7) Where more than one person has parental responsibility for a child, each of them may act alone and without the other (or others) in meeting that responsibility, but nothing in this Part shall be taken to affect the operation of any enactment which requires the consent of more than one person in a matter affecting the child.
- (8) The fact that a person has parental responsibility for a child shall not entitle him to act in any way which would be incompatible with any order made with respect to the child under this Act.
- (9) A person who has parental responsibility for a child may not surrender or transfer any part of that responsibility to another but may arrange for some or all of it to be met by one or more persons acting on his behalf.
- (10) The person with whom any such arrangement is made may himself be a person who already has parental responsibility for the child concerned.
- (11) The making of any such arrangement shall not affect any liability of the person making it which may arise from any failure to meet any part of his parental responsibility for the child concerned.

Annotations:

Amendments (Textual)

- F2** S. 2(1A) inserted (6.4.2009) by Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (c. 22), ss. 56, 68, Sch. 6 para. 26(2); S.I. 2009/479, art. 6(1)(e)
- F3** Words in s. 2(2) substituted (1.12.2003) by 2002 c. 38, ss. 111(5), 148 (with Sch. 4 paras. 6-8); S.I. 2003/3079, art. 2(2)(a)
- F4** S. 2(2A) inserted (6.4.2009) by Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (c. 22), ss. 56, 68, Sch. 6 para. 26(3); S.I. 2009/479, art. 6(1)(e)

Commencement Information

- I2** S. 2 wholly in force at 14.10.1991 see s. 108(2)(3) and S.I. 1991/828, art. 3(2)

Marginal Citations

- M1** 1987 c. 42.

3 Meaning of “parental responsibility”.

- (1) In this Act “parental responsibility” means all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property.

Changes to legislation: There are outstanding changes not yet made by the legislation.gov.uk editorial team to Children Act 1989. Any changes that have already been made by the team appear in the content and are referenced with annotations. (See end of Document for details)

- (2) It also includes the rights, powers and duties which a guardian of the child’s estate (appointed, before the commencement of section 5, to act generally) would have had in relation to the child and his property.
- (3) The rights referred to in subsection (2) include, in particular, the right of the guardian to receive or recover in his own name, for the benefit of the child, property of whatever description and wherever situated which the child is entitled to receive or recover.
- (4) The fact that a person has, or does not have, parental responsibility for a child shall not affect—
- (a) any obligation which he may have in relation to the child (such as a statutory duty to maintain the child); or
 - (b) any rights which, in the event of the child’s death, he (or any other person) may have in relation to the child’s property.
- (5) A person who—
- (a) does not have parental responsibility for a particular child; but
 - (b) has care of the child,
- may (subject to the provisions of this Act) do what is reasonable in all the circumstances of the case for the purpose of safeguarding or promoting the child’s welfare.

Annotations:

Commencement Information

- B** S. 3 wholly in force at 14.10.1991 see s. 108(2)(3) and S.I. 1991/828, art. 3(2)

4 Acquisition of parental responsibility by father.

- (1) Where a child’s father and mother were not married to each other at the time of his birth^[F5], the father shall acquire parental responsibility for the child if—
- (a) he becomes registered as the child’s father under any of the enactments specified in subsection (1A);
 - (b) he and the child’s mother make an agreement (a “parental responsibility agreement^[F6]” providing for him to have parental responsibility for the child; or
 - (c) the court, on his application, orders that he shall have parental responsibility for the child.]
- ^[F6](1A) The enactments referred to in subsection (1)(a) are—
- (a) paragraphs (a), (b) and (c) of section 10(1) and of section 10A(1) of the Births and Deaths Registration Act 1953;
 - (b) paragraphs (a), (b)(i) and (c) of section 18(1), and sections 18(2)(b) and 20(1) (a) of the Registration of Births, Deaths and Marriages (Scotland) Act 1965; and
 - (c) sub-paragraphs (a), (b) and (c) of Article 14(3) of the Births and Deaths Registration (Northern Ireland) Order 1976.
- (1B) The ^[F7]Secretary of State may by order amend subsection (1A) so as to add further enactments to the list in that subsection.]

Changes to legislation: There are outstanding changes not yet made by the legislation.gov.uk editorial team to Children Act 1989. Any changes that have already been made by the team appear in the content and are referenced with annotations. (See end of Document for details)

(2) No parental responsibility agreement shall have effect for the purposes of this Act unless—

- (a) it is made in the form prescribed by regulations made by the Lord Chancellor; and
- (b) where regulations are made by the Lord Chancellor prescribing the manner in which such agreements must be recorded, it is recorded in the prescribed manner.

¹⁸(2A) A person who has acquired parental responsibility under subsection (1) shall cease to have that responsibility only if the court so orders.

(3) The court may make an order under subsection (2A) on the application—

- (a) of any person who has parental responsibility for the child; or
 - (b) with the leave of the court, of the child himself,
- subject, in the case of parental responsibility acquired under subsection (1)(c), to section 12(4)]
- (4) The court may only grant leave under subsection (3)(b) if it is satisfied that the child has sufficient understanding to make the proposed application.

Annotations:

Amendments (Textual)

- F5** Words in s. 4(1) substituted (1.12.2003) by 2002 c. 38, ss. 111(2), 148 (with Sch. 4 paras. 6-8); S.I. 2003/3079, **art. 2(2)(a)**
- F6** S. 4(1A)(1B) inserted (1.12.2003) by 2002 c. 38, ss. 111(3), 148 (with Sch. 4 paras. 6-8); S.I. 2003/3079, **art. 2(2)(a)**
- F7** Words in s. 4(1B) substituted (12.1.2004) by The Transfer of Functions (Children, Young People and Families) Order 2003 (S.I. 2003/3191), **art. 6, Sch. para. 1**
- F8** S. 4(2A)(3) substituted (1.12.2003) for s. 4(3) by 2002 c. 38, ss. 111(4), 148 (with Sch. 4 paras. 6-8); S.I. 2003/3079, **art. 2(2)(e)**

Modifications etc. (not altering text)

- C2** S. 4(1B): transfer of functions (12.1.2004) by The Transfer of Functions (Children, Young People and Families) Order 2003 (S.I. 2003/3191), **arts. 3(6), 4**

Commencement Information

- 14** S. 4 wholly in force at 14.10.1991 see s. 108(2)(3) and S.I. 1991/828, **art. 3(2)**

¹⁹4ZA Acquisition of parental responsibility by second female parent

(1) Where a child has a parent by virtue of section 43 of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 and is not a person to whom section 1(3) of the Family Law Reform Act 1987 applies, that parent shall acquire parental responsibility for the child if—

- (a) she becomes registered as a parent of the child under any of the enactments specified in subsection (2);
- (b) she and the child's mother make an agreement providing for her to have parental responsibility for the child; or
- (c) the court, on her application, orders that she shall have parental responsibility for the child.

Changes to legislation: There are outstanding changes not yet made by the legislation.gov.uk editorial team to Children Act 1989. Any changes that have already been made by the team appear in the content and are referenced with annotations. (See end of Document for details)

(2) The enactments referred to in subsection (1)(a) are—

- (a) paragraphs (a), (b) and (c) of section 10(1B) and of section 10A(1B) of the Births and Deaths Registration Act 1953;
 - (b) paragraphs (a), (b) and (d) of section 18B(1) and sections 18B(3)(a) and 20(1) (a) of the Registration of Births, Deaths and Marriages (Scotland) Act 1965; and
 - (c) sub-paragraphs (a), (b) and (c) of Article 14ZA(3) of the Births and Deaths Registration (Northern Ireland) Order 1976.
- (3) The Secretary of State may by order amend subsection (2) so as to add further enactments to the list in that subsection.

(4) An agreement under subsection (1)(b) is also a “parental responsibility agreement”, and section 4(2) applies in relation to such an agreement as it applies in relation to parental responsibility agreements under section 4.

(5) A person who has acquired parental responsibility under subsection (1) shall cease to have that responsibility only if the court so orders.

(6) The court may make an order under subsection (5) on the application—

- (a) of any person who has parental responsibility for the child; or
 - (b) with the leave of the court, of the child himself,
- subject, in the case of parental responsibility acquired under subsection (1)(c), to section 12(4).

(7) The court may only grant leave under subsection (6)(b) if it is satisfied that the child has sufficient understanding to make the proposed application.]

Annotations:

Amendments (Textual)

- F9** S. 4ZA inserted (6.4.2009) by Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (c. 22), ss. 56, 68, **Sch. 6 para. 27**; S.I. 2009/479, **art. 6(1)(e)**

¹⁰4A Acquisition of parental responsibility by step-parent

(1) Where a child's parent (“parent A”) who has parental responsibility for the child is married to [“**1**”, or a civil partner of,] a person who is not the child's parent (“the step-parent”)—

- (a) parent A or, if the other parent of the child also has parental responsibility for the child, both parents may by agreement with the step-parent provide for the step-parent to have parental responsibility for the child; or
- (b) the court may, on the application of the step-parent, order that the step-parent shall have parental responsibility for the child.

(2) An agreement under subsection (1)(a) is also a “parental responsibility agreement”, and section 4(2) applies in relation to such agreements as it applies in relation to parental responsibility agreements under section 4.

(3) A parental responsibility agreement under subsection (1)(a), or an order under subsection (1)(b), may only be brought to an end by an order of the court made on the application—

Changes to legislation: There are outstanding changes not yet made by the legislation.gov.uk editorial team to Children Act 1989. Any changes that have already been made by the team appear in the content and are referenced with annotations. (See end of Document for details)

- (a) of any person who has parental responsibility for the child; or
 - (b) with the leave of the court, of the child himself.
- (4) The court may only grant leave under subsection (3)(b) if it is satisfied that the child has sufficient understanding to make the proposed application.]

Annotations:

Amendments (Textual)

F10 S. 4A inserted (30.12.2005) by 2002 c. 38, ss. 112, 148 (with Sch. 4 paras. 6-8); S.I. 2005/2213, art. 2(k)

F11 Words in s. 4A(1) inserted (30.12.2005) by Civil Partnership Act 2004 (c. 33), s. 75(2); S.I. 2005/3175, art. 2(9)

5 Appointment of guardians.

- (1) Where an application with respect to a child is made to the court by any individual, the court may by order appoint that individual to be the child's guardian if—
- (a) the child has no parent with parental responsibility for him; or
 - (b) a residence order has been made with respect to the child in favour of a parent [F12, guardian or special guardian] of his who has died while the order was in force [F13, or
 - (c) paragraph (b) does not apply, and the child's only or last surviving special guardian dies.]
- (2) The power conferred by subsection (1) may also be exercised in any family proceedings if the court considers that the order should be made even though no application has been made for it.
- (3) A parent who has parental responsibility for his child may appoint another individual to be the child's guardian in the event of his death.
- (4) A guardian of a child may appoint another individual to take his place as the child's guardian in the event of his death [F14; and a special guardian of a child may appoint another individual to be the child's guardian in the event of his death].
- (5) An appointment under subsection (3) or (4) shall not have effect unless it is made in writing, is dated and is signed by the person making the appointment or—
- (a) in the case of an appointment made by a will which is not signed by the testator, is signed at the direction of the testator in accordance with the requirements of section 9 of the ^{M2}Wills Act 1837; or
 - (b) in any other case, is signed at the direction of the person making the appointment, in his presence and in the presence of two witnesses who each attest the signature.
- (6) A person appointed as a child's guardian under this section shall have parental responsibility for the child concerned.
- (7) Where—
- (a) on the death of any person making an appointment under subsection (3) or (4), the child concerned has no parent with parental responsibility for him; or

Statutes: This version of this part contains provisions that are prospective.
Changes to legislation: There are outstanding changes not yet made by the legislation.gov.uk editorial team to Children Act 1989. Any changes that have already been made by the team appear in the content and are referenced with annotations. (See end of Document for details)



Children Act 1989

1989 CHAPTER 41

PART II

ORDERS WITH RESPECT TO CHILDREN IN FAMILY PROCEEDINGS

General

8 Residence, contact and other orders with respect to children.

(1) In this Act —

“a contact order” means an order requiring the person with whom a child lives, or is to live, to allow the child to visit or stay with the person named in the order, or for that person and the child otherwise to have contact with each other;

“a prohibited steps order” means an order that no step which could be taken by a parent in meeting his parental responsibility for a child, and which is of a kind specified in the order, shall be taken by any person without the consent of the court;

“a residence order” means an order settling the arrangements to be made as to the person with whom a child is to live; and

“a specific issue order” means an order giving directions for the purpose of determining a specific question which has arisen, or which may arise, in connection with any aspect of parental responsibility for a child.

(2) In this Act “a section 8 order” means any of the orders mentioned in subsection (1) and any order varying or discharging such an order.

(3) For the purposes of this Act “family proceedings” means any proceedings—

- (a) under the inherent jurisdiction of the High Court in relation to children; and
 - (b) under the enactments mentioned in subsection (4),
- but does not include proceedings on an application for leave under section 100(3).

(4) The enactments are—

- (a) Parts I, II and IV of this Act;
- (b) the ^{M1}Matrimonial Causes Act 1973;
- [^{F1}(ba)] Schedule 5 to the Civil Partnership Act 2004;]
- [^{F2}(c)] the ^{M2}Domestic Violence and Matrimonial Proceedings Act 1976;
- [^{F3}(d)] the Adoption and Children Act 2002;]
- (e) the ^{M3}Domestic Proceedings and Magistrates’ Courts Act 1978;
- [^{F4}(ea)] Schedule 6 to the Civil Partnership Act 2004;]
- [^{F2}(f)] sections 1 and 9 of the ^{M4}Matrimonial Homes Act 1983;]
- (g) Part III of the ^{M5}Matrimonial and Family Proceedings Act 1984.
- [^{F5}(h)] the Family Law Act 1996]
- [^{F6}(i)] sections 11 and 12 of the Crime and Disorder Act 1998.]

Annotations:

Amendments (Textual)

- F1** S. 8(4)(ba) inserted (5.12.2005) by Civil Partnership Act 2004 (c. 33), s. 26(1), Sch. 27 para. 129(2); S.I. 2005/3175, art. 2(2)
- F2** S. 8(4)(c) and (f) repealed (1.10.1997) by 1996 c. 27, ss. 66(1)(3), Sch. 8 Pt. III para. 60(1), Sch. 10 (with Sch. 9 para. 5); S.I. 1997/1892, art. 3(1)(b)
- F3** S. 8(4)(d) substituted (30.12.2005) by 2002 c. 38, ss. 139, 148, Sch. 3 para. 55 (with Sch. 4 paras. 6-8); S.I. 2005/2213, art. 2(o)
- F4** S. 8(4)(ea) inserted (5.12.2005) by Civil Partnership Act 2004 (c. 33), s. 26(1), Sch. 27 para. 129(3); S.I. 2005/3175, art. 2(2)
- F5** S. 8(4)(h) inserted (1.10.1997) by 1996 c. 27, ss. 66(1), Sch. 8 Pt. III para. 60(1); S.I. 1997/1892, art. 3(a)
- F6** S. 8(4)(i) inserted (30.9.1998) by 1998 c. 37, s. 119, Sch. 8 para. 68; S.I. 1998/2327, art. 2(1)(y)(2)(o) (subject to arts. 5-8)

Commencement Information

- II** S. 8 wholly in force at the 14.10.1991 see s. 108(2)(3) and S.I. 1991/828, art. 3(2)

Marginal Citations

- M1** 1973 c. 18.
M2 1976 c. 50.
M3 1978 c. 22.
M4 1983 c. 19.
M5 1984 c. 42.

9 Restrictions on making section 8 orders.

(1) No court shall make any section 8 order, other than a residence order, with respect to a child who is in the care of a local authority.

(2) No application may be made by a local authority for a residence order or contact order and no court shall make such an order in favour of a local authority.

(3) A person who is, or was at any time within the last six months, a local authority foster parent of a child may not apply for leave to apply for a section 8 order with respect to the child unless—

- (a) he has the consent of the authority;

Status: This version of this part contains provisions that are prospective.
Changes to legislation: There are outstanding changes not yet made by the legislation.gov.uk editorial team to Children Act 1989. Any changes that have already been made by the team appear in the content and are referenced with annotations. (See end of Document for details)

- (b) he is a relative of the child; or
(c) the child has lived with him for at least [F7 one year] preceding the application.
- F8
(4)
- (5) No court shall exercise its powers to make a specific issue order or prohibited steps order—
(a) with a view to achieving a result which could be achieved by making a residence or contact order; or
(b) in any way which is denied to the High Court (by section 100(2)) in the exercise of its inherent jurisdiction with respect to children.
- (6) [F8] No court shall make a specific issue order, contact order or prohibited steps order [will end after the child has reached the age of sixteen unless it is satisfied that the circumstances of the case are exceptional.
- (7) No court shall make any section 8 order, other than one varying or discharging such an order, with respect to a child who has reached the age of sixteen unless it is satisfied that the circumstances of the case are exceptional.

Annotations:

Amendments (Textual)

- F7** Words in s. 9(3)(c) substituted (30.12.2005) by 2002 c. 38, ss. 113(a), 148 (with Sch. 4 paras. 6-8); S.I. 2005/2213, art. 2(k)
- F8** S. 9(4) repealed (30.12.2005) by 2002 c. 38, ss. 113(b), 139, 148, Sch. 5 (with Sch. 4 paras. 6-8); S.I. 2005/2213, art. 2(k); S.I. 2005/2897, art. 2(b)
- F9** Words in s. 9(6) substituted (1.9.2009) by Children and Young Persons Act 2008 (c. 23), ss. 37(1), 44; S.I. 2009/1921, art. 2(b); S.I. 2009/2273, art. 2(2)(k)

Commencement Information

- I2** S. 9 wholly in force at 14.10.1991 see s. 108(2)(3) and S.I. 1991/828, art. 3(2)

10 Power of court to make section 8 orders.

- (1) In any family proceedings in which a question arises with respect to the welfare of any child, the court may make a section 8 order with respect to the child if—
(a) an application for the order has been made by a person who—
(i) is entitled to apply for a section 8 order with respect to the child; or
(ii) has obtained the leave of the court to make the application; or
(b) the court considers that the order should be made even though no such application has been made.
- (2) The court may also make a section 8 order with respect to any child on the application of a person who—
(a) is entitled to apply for a section 8 order with respect to the child; or
(b) has obtained the leave of the court to make the application.
- (3) This section is subject to the restrictions imposed by section 9.
- (4) The following persons are entitled to apply to the court for any section 8 order with respect to a child—

Status: This version of this part contains provisions that are prospective.

Changes to legislation: There are outstanding changes not yet made by the legislation.gov.uk editorial team to Children Act 1989. Any changes that have already been made by the team appear in the content and are referenced with annotations. (See end of Document for details)

- (a) any parent [F10, guardian or special guardian] of the child;
[F11 (aa) any person who by virtue of section 4A has parental responsibility for the child;]
(b) any person in whose favour a residence order is in force with respect to the child.
- (5) The following persons are entitled to apply for a residence or contact order with respect to a child—
(a) any party to a marriage (whether or not subsisting) in relation to whom the child is a child of the family;
[F12 (aa) any civil partner in a civil partnership (whether or not subsisting) in relation to whom the child is a child of the family;]
(b) any person with whom the child has lived for a period of at least three years;
(c) any person who—
(i) in any case where a residence order is in force with respect to the child, has the consent of each of the persons in whose favour the order was made;
(ii) in any case where the child is in the care of a local authority, has the consent of that authority; or
(iii) in any other case, has the consent of each of those (if any) who have parental responsibility for the child.

[F13 (5A) A local authority foster parent is entitled to apply for a residence order with respect to a child if the child has lived with him for a period of at least one year immediately preceding the application.]

[F14 (5B) A relative of a child is entitled to apply for a residence order with respect to the child if the child has lived with the relative for a period of at least one year immediately preceding the application.]

(6) A person who would not otherwise be entitled (under the previous provisions of this section) to apply for the variation or discharge of a section 8 order shall be entitled to do so if—
(a) the order was made on his application; or
(b) in the case of a contact order, he is named in the order.

(7) Any person who falls within a category of person prescribed by rules of court is entitled to apply for any such section 8 order as may be prescribed in relation to that category of person.

[F15 (7A) If a special guardianship order is in force with respect to a child, an application for a residence order may only be made with respect to him, if apart from this subsection the leave of the court is not required, with such leave.]

(8) Where the person applying for leave to make an application for a section 8 order is the child concerned, the court may only grant leave if it is satisfied that he has sufficient understanding to make the proposed application for the section 8 order.

(9) Where the person applying for leave to make an application for a section 8 order is not the child concerned, the court shall, in deciding whether or not to grant leave, have particular regard to—
(a) the nature of the proposed application for the section 8 order;
(b) the applicant's connection with the child;

Status: This version of this part contains provisions that are prospective.

Changes to legislation: There are outstanding changes not yet made by the legislation.gov.uk editorial team to Children Act 1989. Any changes that have already been made by the team appear in the content and are referenced with annotations. (See end of Document for details)

- (c) any risk there might be of that proposed application disrupting the child's life to such an extent that he would be harmed by it; and
 - (d) where the child is being looked after by a local authority—
 - (i) the authority's plans for the child's future; and
 - (ii) the wishes and feelings of the child's parents.
- (10) The period of three years mentioned in subsection (5)(b) need not be continuous but must not have begun more than five years before, or ended more than three months before, the making of the application.

Annotations:

Amendments (Textual)

- F10** Words in s. 10(4)(a) substituted (30.12.2005) by 2002 c. 38, ss. 139, 148, Sch. 3 para. 56(c) (with Sch. 4 paras. 6-8); S.I. 2005/2213, **art. 2(o)**
- F11** S. 10(4)(aa) inserted (30.12.2005) by 2002 c. 38, ss. 139, 148, Sch. 3 para. 56(b) (with Sch. 4 paras. 6-8); S.I. 2005/2213, **art. 2(o)**
- F12** S. 10(5)(aa) inserted (5.12.2005) by Civil Partnership Act 2004 (c. 33), s. 77; S.I. 2005/3175, **art. 2(1)**, Sch. 1
- F13** S. 10(5A) inserted (30.12.2005) by 2002 c. 38, ss. 139, 148, Sch. 3 para. 56(c) (with Sch. 4 paras. 6-8); S.I. 2005/2213, **art. 2(o)**
- F14** S. 10(5B) inserted (1.9.2009) by Children and Young Persons Act 2008 (c. 23), ss. 36, 44; S.I. 2009/1921, **art. 2(o)**; S.I. 2009/2273, **art. 2(2)(f)**
- F15** S. 10(7A) inserted (30.12.2005) by 2002 c. 38, ss. 139, 148, Sch. 3 para. 56(d) (with Sch. 4 paras. 6-8); S.I. 2005/2213, **art. 2(o)**

Commencement Information

- I3** S. 10 wholly in force at the 14.10.1991 see s. 108(2)(3) and S.I. 1991/828, **art. 3(2)**

11 General principles and supplementary provisions.

- (1) In proceedings in which any question of making a section 8 order, or any other question with respect to such an order, arises, the court shall (in the light of any rules made by virtue of subsection (2))—
 - (a) draw up a timetable with a view to determining the question without delay; and
 - (b) give such directions as it considers appropriate for the purpose of ensuring, so far as is reasonably practicable, that that timetable is adhered to.
- (2) Rules of court may—
 - (a) specify periods within which specified steps must be taken in relation to proceedings in which such questions arise; and
 - (b) make other provision with respect to such proceedings for the purpose of ensuring, so far as is reasonably practicable, that such questions are determined without delay.
- (3) Where a court has power to make a section 8 order, it may do so at any time during the course of the proceedings in question even though it is not in a position to dispose finally of those proceedings.

Civil Partnership Act (c. 33) 2004



Civil Partnership Act 2004

2004 CHAPTER 33

An Act to make provision for and in connection with civil partnership.
[18th November 2004]

BE IT ENACTED by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:—

PART 1

INTRODUCTION

1 Civil partnership

- (1) A civil partnership is a relationship between two people of the same sex ("civil partners")—
 - (a) which is formed when they register as civil partners of each other—
 - (i) in England or Wales (under Part 2),
 - (ii) in Scotland (under Part 3),
 - (iii) in Northern Ireland (under Part 4), or
 - (iv) outside the United Kingdom under an Order in Council made under Chapter 1 of Part 5 (registration at British consulates etc. or by armed forces personnel), or
 - (b) which they are treated under Chapter 2 of Part 5 as having formed (at the time determined under that Chapter) by virtue of having registered an overseas relationship.
- (2) Subsection (1) is subject to the provisions of this Act under or by virtue of which a civil partnership is void.
- (3) A civil partnership ends only on death, dissolution or annulment.

- (4) The references in subsection (3) to dissolution and annulment are to dissolution and annulment having effect under or recognised in accordance with this Act.
- (5) References in this Act to an overseas relationship are to be read in accordance with Chapter 2 of Part 5.

PART 2

CIVIL PARTNERSHIP: ENGLAND AND WALES

CHAPTER 1

REGISTRATION

Formation, eligibility and parental etc. consent

2 Formation of civil partnership by registration

- (1) For the purposes of section 1, two people are to be regarded as having registered as civil partners of each other once each of them has signed the civil partnership document—
 - (a) at the invitation of, and in the presence of, a civil partnership registrar, and
 - (b) in the presence of each other and two witnesses.
 - (2) Subsection (1) applies regardless of whether subsections (3) and (4) are complied with.
 - (3) After the civil partnership document has been signed under subsection (1), it must also be signed, in the presence of the civil partners and each other, by—
 - (a) each of the two witnesses, and
 - (b) the civil partnership registrar.
 - (4) After the witnesses and the civil partnership registrar have signed the civil partnership document, the relevant registration authority must ensure that—
 - (a) the fact that the two people have registered as civil partners of each other, and
 - (b) any other information prescribed by regulations, is recorded in the register as soon as is practicable.
 - (5) No religious service is to be used while the civil partnership registrar is officiating at the signing of a civil partnership document.
 - (6) "The civil partnership document" has the meaning given by section 7(1).
 - (7) "The relevant registration authority" means the registration authority in whose area the registration takes place.
- #### 3 Eligibility
- (1) Two people are not eligible to register as civil partners of each other if—
 - (a) they are not of the same sex,
 - (b) either of them is already a civil partner or lawfully married,
 - (c) either of them is under 16, or

- (2) A notice of objection must –
- (a) state the objector's place of residence and the ground of objection, and
 - (b) be signed by or on behalf of the objector.
- (3) If a notice of objection is given to a registration authority, it must ensure that the fact that it has been given and the information in it are recorded in the register as soon as possible.
- 25 Issue of Registrar General's licence**
- (1) This section applies where a notice of proposed civil partnership is given to a registration authority under section 21.
 - (2) The registration authority may issue a Registrar General's licence if, and only if, given authority to do so by the Registrar General.
 - (3) The Registrar General –
 - (a) may not give his authority unless he is satisfied that one of the proposed civil partners is seriously ill and not expected to recover, but
 - (b) if so satisfied, must give his authority unless a lawful impediment to the issue of his licence has been shown to his satisfaction to exist.
 - (4) A licence under this section must state that it is issued on the authority of the Registrar General.
 - (5) Regulations may (subject to subsection (4)) make provision as to the contents of a licence under this section.
 - (6) If an objection has been made to the Registrar General giving authority for the issue of his licence, he is not to give that authority until –
 - (a) he has investigated the objection and decided whether it ought to obstruct the issue of his licence, or
 - (b) the objection has been withdrawn by the person who made it.
 - (7) Any decision of the Registrar General under subsection (6)(a) is final.

26 Frivolous objections: liability for costs

- (1) This section applies if –
 - (a) a person objects to the Registrar General giving authority for the issue of his licence, but
 - (b) the Registrar General declares that the grounds on which the objection is made are frivolous and ought not to obstruct the issue of his licence.
- (2) The person who made the objection is liable for –
 - (a) the costs of the proceedings before the Registrar General, and
 - (b) damages recoverable by the proposed civil partner to whom the objection relates.
- (3) For the purpose of enabling any person to recover any such costs and damages, a copy of a declaration of the Registrar General purporting to be sealed with the seal of the General Register Office is evidence that the Registrar General has made the declaration.

Family Law Reform Act (c. 46) 1969

PART III

PROVISIONS FOR USE OF BLOOD TESTS IN DETERMINING PATERNITY

20.—(1) In any civil proceedings in which the paternity of Power of court to require use of blood tests.
any person falls to be determined by the court hearing the proceedings, the court may, on an application by any party to the proceedings, give a direction for the use of blood tests to ascertain whether such tests show that a party to the proceedings is or is not thereby excluded from being the father of that person and for the taking, within a period to be specified in the direction, of blood samples from that person, the mother of that person and any party alleged to be the father of that person or from any, or any two, of those persons.

A court may at any time revoke or vary a direction previously given by it under this section.

(2) The person responsible for carrying out blood tests taken for the purpose of giving effect to a direction under this section shall make to the court by which the direction was given a report in which he shall state—

- (a) the results of the tests ;
- (b) whether the party to whom the report relates is or is not excluded by the results from being the father of the person whose paternity is to be determined ; and
- (c) if that party is not so excluded, the value, if any, of the results in determining whether that party is that person's father ;

and the report shall be received by the court as evidence in the proceedings of the matters stated therein.

(3) A report under subsection (2) of this section shall be in the form prescribed by regulations made under section 22 of this Act.

(4) Where a report has been made to a court under subsection (2) of this section, any party may, with the leave of the court, or shall, if the court so directs, obtain from the person who made the report a written statement explaining or amplifying any statement made in the report, and that statement shall be deemed for the purposes of this section (except subsection (3) thereof) to form part of the report made to the court.

(5) Where a direction is given under this section in any proceedings, a party to the proceedings, unless the court otherwise directs, shall not be entitled to call as a witness the person responsible for carrying out the tests taken for the purpose of giving effect to the direction, or any person by whom any thing necessary for the purpose of enabling those tests to be carried out was done, unless within fourteen days after receiving a copy

PART III

of the report he serves notice on the other parties to the proceedings, or on such of them as the court may direct, of his intention to call that person ; and where any such person is called as a witness the party who called him shall be entitled to cross-examine him.

(6) Where a direction is given under this section the party on whose application the direction is given shall pay the cost of taking and testing blood samples for the purpose of giving effect to the direction (including any expenses reasonably incurred by any person in taking any steps required of him for the purpose), and of making a report to the court under this section, but the amount paid shall be treated as costs incurred by him in the proceedings.

Consents, etc., required for taking of blood samples.

21.—(1) Subject to the provisions of subsections (3) and (4) of this section, a blood sample which is required to be taken from any person for the purpose of giving effect to a direction under section 20 of this Act shall not be taken from that person except with his consent.

(2) The consent of a minor who has attained the age of sixteen years to the taking from himself of a blood sample shall be as effective as it would be if he were of full age ; and where a minor has by virtue of this subsection given an effective consent to the taking of a blood sample it shall not be necessary to obtain any consent for it from any other person.

(3) A blood sample may be taken from a person under the age of sixteen years, not being such a person as is referred to in subsection (4) of this section, if the person who has the care and control of him consents.

(4) A blood sample may be taken from a person who is suffering from mental disorder within the meaning of the Mental Health Act 1959 and is incapable of understanding the nature and purpose of blood tests if the person who has the care and control of him consents and the medical practitioner in whose care he is has certified that the taking of a blood sample from him will not be prejudicial to his proper care and treatment.

(5) The foregoing provisions of this section are without prejudice to the provisions of section 23 of this Act.

Power to provide for manner of giving effect to direction for use of blood tests.

22.—(1) The Secretary of State may by regulations make provision as to the manner of giving effect to directions under section 20 of this Act and, in particular, any such regulations may—

- (a) provide that blood samples shall not be taken except by such medical practitioners as may be appointed by the Secretary of State ;

- (b) regulate the taking, identification and transport of blood samples ;
- (c) require the production at the time when a blood sample is to be taken of such evidence of the identity of the person from whom it is to be taken as may be prescribed by the regulations ;
- (d) require any person from whom a blood sample is to be taken, or, in such cases as may be prescribed by the regulations, such other person as may be so prescribed, to state in writing whether he or the person from whom the sample is to be taken, as the case may be, has during such period as may be specified in the regulations suffered from any such illness as may be so specified or received a transfusion of blood ;
- (e) provide that blood tests shall not be carried out except by such persons, and at such places, as may be appointed by the Secretary of State ;
- (f) prescribe the blood tests to be carried out and the manner in which they are to be carried out ;
- (g) regulate the charges that may be made for the taking and testing of blood samples and for the making of a report to a court under section 20 of this Act ;
- (h) make provision for securing that so far as practicable the blood samples to be tested for the purpose of giving effect to a direction under section 20 of this Act are tested by the same person ;
- (i) prescribe the form of the report to be made to a court under section 20 of this Act.

(2) The power to make regulations under this section shall be exercisable by statutory instrument which shall be subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament.

23.—(1) Where a court gives a direction under section 20 of this Act and any person fails to take any step required of him for the purpose of giving effect to the direction, the court may draw such inferences, if any, from that fact as appear proper in the circumstances.

(2) Where in any proceedings in which the paternity of any person falls to be determined by the court hearing the proceedings there is a presumption of law that that person is legitimate, then if—

- (a) a direction is given under section 20 of this Act in those proceedings, and
- (b) any party who is claiming any relief in the proceedings and who for the purpose of obtaining that relief is

PART III

PART III

entitled to rely on the presumption fails to take any step required of him for the purpose of giving effect to the direction,

the court may adjourn the hearing for such period as it thinks fit to enable that party to take that step, and if at the end of that period he has failed without reasonable cause to take it the court may, without prejudice to subsection (1) of this section, dismiss his claim for relief notwithstanding the absence of evidence to rebut the presumption.

(3) Where any person named in a direction under section 20 of this Act fails to consent to the taking of a blood sample from himself or from any person named in the direction of whom he has the care and control, he shall be deemed for the purposes of this section to have failed to take a step required of him for the purpose of giving effect to the direction.

Penalty for personating another, etc., for purpose of providing blood sample.

24. If for the purpose of providing a blood sample for a test required to give effect to a direction under section 20 of this Act any person personates another, or proffers a child knowing that it is not the child named in the direction, he shall be liable—

- (a) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding two years, or
- (b) on summary conviction, to a fine not exceeding £400.

Interpretation of Part III.

25. In this Part of this Act the following expressions have the meanings hereby respectively assigned to them, that is to say—

“ blood samples ” means blood taken for the purpose of blood tests ;

“ blood tests ” means blood tests carried out under this Part of this Act and includes any test made with the object of ascertaining the inheritable characteristics of blood ;

“ excluded ” means excluded subject to the occurrence of mutation.

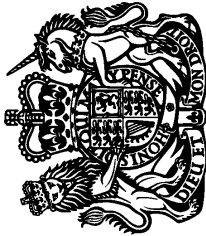
PART IV

MISCELLANEOUS AND GENERAL

Rebuttal of presumption as to legitimacy and illegitimacy.

26. Any presumption of law as to the legitimacy or illegitimacy of any person may in any civil proceedings be rebutted by evidence which shows that it is more probable than not that that person is illegitimate or legitimate, as the case may be, and it shall not be necessary to prove that fact beyond reasonable doubt in order to rebut the presumption.

Family Reform Act 1987



Family Law Reform Act 1987

1987 CHAPTER 42

An Act to reform the law relating to the consequences of birth outside marriage; to make further provision with respect to the rights and duties of parents and the determination of parentage; and for connected purposes. [15th May 1987]

BE IT ENACTED by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:—

PART I

GENERAL PRINCIPLE

1.—(1) In this Act and enactments passed and instruments made after the coming into force of this section, references (however expressed) to any relationship between two persons shall, unless the contrary intention appears, be construed without regard to whether or not the father and mother of either of them, or the father and mother of any person through whom the relationship is deduced, have or had been married to each other at any time.

(2) In this Act and enactments passed after the coming into force of this section, unless the contrary intention appears—

- (a) references to a person whose father and mother were married to each other at the time of his birth include; and
- (b) references to a person whose father and mother were not married to each other at the time of his birth do not include, references to any person to whom subsection (3) below applies, and cognate references shall be construed accordingly.

(3) This subsection applies to any person who—

- (a) is treated as legitimate by virtue of section 1 of the Legitimacy Act 1976;
- (b) is a legitimated person within the meaning of section 10 of that Act;

General principle.

1976 c.31.

PART I

1976 c.36.

- (c) is an adopted child within the meaning of Part IV of the Adoption Act 1976; or
- (d) is otherwise treated in law as legitimate.

(4) For the purpose of construing references falling within subsection (2) above, the time of a person's birth shall be taken to include any time during the period beginning with—

- (a) the insemination resulting in his birth; or
- (b) where there was no such insemination, his conception, and (in either case) ending with his birth.

PART II

RIGHTS AND DUTIES OF PARENTS ETC.

Parental rights and duties: general

Construction of enactments relating to parental rights and duties.

1948 c.29.

1969 c.36.

1971 c.3.

1973 c.29.

1975 c.72.

1980 c.5.

1986 c.50.

2.—(1) In the following enactments, namely—

- (a) section 42(1) of the National Assistance Act 1948;
- (b) section 6 of the Family Law Reform Act 1969;
- (c) the Guardianship of Minors Act 1971 (in this Act referred to as "the 1971 Act");
- (d) Part I of the Guardianship Act 1973 (in this Act referred to as "the 1973 Act");
- (e) Part II of the Children Act 1975;
- (f) the Child Care Act 1980 except Part I and sections 13, 24, 64 and 65;
- (g) section 26(3) of the Social Security Act 1986,

references (however expressed) to any relationship between two persons shall be construed in accordance with section 1 above.

(2) In subsection (7) of section 1 of the 1973 Act (equality of parental rights) for the words from "or be taken" to the end there shall be substituted the words "and nothing in subsection (1) above shall be taken as applying in relation to a child whose father and mother were not married to each other at the time of his birth".

Agreements as to exercise of parental rights and duties.

3. For subsection (2) of section 1 of the 1973 Act (agreements between parents to give up parental rights) there shall be substituted the following subsection—

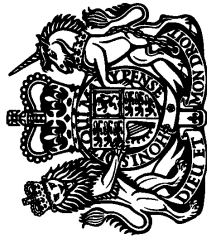
"(2) Notwithstanding anything in section 85(2) of the Children Act 1975, an agreement may be made between the father and mother of a child as to the exercise by either of them, during any period when they are not living with each other in the same household, of any of the parental rights and duties with respect to the child; but no such agreement shall be enforced by any court if the court is of opinion that it will not be for the benefit of the child to give effect to it."

Parental rights and duties where parents not married

4.—(1) Where the father and mother of a child were not married to each other at the time of his birth, the court may, on the application of the father, order that he shall have all the parental rights and duties with respect to the child.

Parental rights and duties of father.

Human Fertilisation and Embryology Act 1990



Human Fertilisation and Embryology Act 1990

1990 CHAPTER 37

An Act to make provision in connection with human embryos and any subsequent development of such embryos; to prohibit certain practices in connection with embryos and gametes; to establish a Human Fertilisation and Embryology Authority; to make provision about the persons who in certain circumstances are to be treated in law as the parents of a child; and to amend the Surrogacy Arrangements Act 1985. [1st November 1990]

BE IT ENACTED by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:—

Principal terms used

1.—(1) In this Act, except where otherwise stated—
 (a) embryo means a live human embryo where fertilisation is complete, and
 (b) references to an embryo include an egg in the process of fertilisation,

Meaning of "embryo", "gamete" and associated expressions.

and, for this purpose, fertilisation is not complete until the appearance of a two cell zygote.

(2) This Act, so far as it governs bringing about the creation of an embryo, applies only to bringing about the creation of an embryo outside the human body; and in this Act—

(a) references to embryos the creation of which was brought about *in vitro* (in their application to those where fertilisation is complete) are to those where fertilisation began outside the human body whether or not it was completed there, and

(b) references to embryos taken from a woman do not include embryos whose creation was brought about *in vitro*.

(3) This Act, so far as it governs the keeping or use of an embryo, applies only to keeping or using an embryo outside the human body.

(4) References in this Act to gametes, eggs or sperm, except where otherwise stated, are to live human gametes, eggs or sperm but references below in this Act to gametes or eggs do not include eggs in the process of fertilisation.

Other terms.

2.—(1) In this Act—
 "the Authority" means the Human Fertilisation and Embryology Authority established under section 5 of this Act,

"directions" means directions under section 23 of this Act,

"licence" means a licence under Schedule 2 to this Act and, in relation to a licence, "the person responsible" has the meaning given by section 17 of this Act, and

"treatment services" means medical, surgical or obstetric services provided to the public or a section of the public for the purpose of assisting women to carry children.

(2) References in this Act to keeping, in relation to embryos or gametes, include keeping while preserved, whether preserved by cryopreservation or in any other way; and embryos or gametes so kept are referred to in this Act as "stored" (and "store" and "storage" are to be interpreted accordingly).

(3) For the purposes of this Act, a woman is not to be treated as carrying a child until the embryo has become implanted.

Activities governed by the Act

3.—(1) No person shall—

(a) bring about the creation of an embryo, or
 (b) keep or use an embryo,
 except in pursuance of a licence.

(2) No person shall place in a woman—

(a) a live embryo other than a human embryo, or
 (b) any live gametes other than human gametes.

(3) A licence cannot authorise—

(a) keeping or using an embryo after the appearance of the primitive streak,

(b) placing an embryo in any animal,

(c) keeping or using an embryo in any circumstances in which regulations prohibit its keeping or use, or

(d) replacing a nucleus of a cell of an embryo with a nucleus taken from a cell of any person, embryo or subsequent development of an embryo.

Prohibitions in connection with embryos.

SCH. 2

- (3) Purposes may only be so specified with a view to the authorisation of projects of research which increase knowledge about the creation and development of embryos, or about disease, or enable such knowledge to be applied.
- (4) A licence under this paragraph cannot authorise altering the genetic structure of any cell while it forms part of an embryo, except in such circumstances (if any) as may be specified in or determined in pursuance of regulations.
- (5) A licence under this paragraph may authorise mixing sperm with the egg of a hamster, or other animal specified in directions, for the purpose of developing more effective techniques for determining the fertility or normality of sperm, but only where anything which forms is destroyed when the research is complete and, in any event, not later than the two cell stage.
- (6) No licence under this paragraph shall be granted unless the Authority is satisfied that any proposed use of embryos is necessary for the purposes of the research.
- (7) Subject to the provisions of this Act, a licence under this paragraph may be granted subject to such conditions as may be specified in the licence.
- (8) A licence under this paragraph may authorise the performance of any of the activities referred to in sub-paragraph (1) or (5) above in such manner as may be so specified.
- (9) A licence under this paragraph shall be granted for such period not exceeding three years as may be specified in the licence.

General

- 4.—(1) A licence under this Schedule can only authorise activities to be carried on on premises specified in the licence and under the supervision of an individual designated in the licence.
- (2) A licence cannot—
- authorise activities falling within both paragraph 1 and paragraph 3 above,
 - apply to more than one project of research,
 - authorise activities to be carried on under the supervision of more than one individual, or
 - apply to premises in different places.

Section 12 etc.

SCHEDULE 3
 CONSENTS TO USE OF GAMETES OR EMBRYOS

Consent

1. A consent under this Schedule must be given in writing and, in this Schedule, “effective consent” means a consent under this Schedule which has not been withdrawn.
- 2.—(1) A consent to the use of any embryo must specify one or more of the following purposes—
- use in providing treatment services to the person giving consent, or that person and another specified person together,
 - use in providing treatment services to persons not including the person giving consent, or
 - use for the purposes of any project of research,
- and may specify conditions subject to which the embryo may be so used.

SCH. 3

- (2) A consent to the storage of any gametes or any embryo must—
- specify the maximum period of storage (if less than the statutory storage period), and
 - state what is to be done with the gametes or embryo if the person who gave the consent dies or is unable because of incapacity to vary the terms of the consent or to revoke it,
- and may specify conditions subject to which the gametes or embryo may remain in storage.
- (3) A consent under this Schedule must provide for such other matters as the Authority may specify in directions.
- (4) A consent under this Schedule may apply—
- to the use or storage of a particular embryo, or
 - in the case of a person providing gametes, to the use or storage of any embryo whose creation may be brought about using those gametes,
- and in the paragraph (b) case the terms of the consent may be varied, or the consent may be withdrawn, in accordance with this Schedule either generally or in relation to a particular embryo or particular embryos.

Procedure for giving consent

- 3.—(1) Before a person gives consent under this Schedule—
- he must be given a suitable opportunity to receive proper counselling about the implications of taking the proposed steps, and
 - he must be provided with such relevant information as is proper.
- (2) Before a person gives consent under this Schedule he must be informed of the effect of paragraph 4 below.

Variation and withdrawal of consent

- 4.—(1) The terms of any consent under this Schedule may from time to time be varied, and the consent may be withdrawn, by notice given by the person who gave the consent to the person keeping the gametes or embryo to which the consent is relevant.
- (2) The terms of any consent to the use of any embryo cannot be varied, and such consent cannot be withdrawn, once the embryo has been used—
- in providing treatment services, or
 - for the purposes of any project of research.

Use of gametes for treatment of others

- 5.—(1) A person’s gametes must not be used for the purposes of treatment services unless there is an effective consent by that person to their being so used and they are used in accordance with the terms of the consent.
- (2) A person’s gametes must not be received for use for those purposes unless there is an effective consent by that person to their being so used.
- (3) This paragraph does not apply to the use of a person’s gametes for the purpose of that person, or that person and another together, receiving treatment services.

In vitro fertilisation and subsequent use of embryo

- 6.—(1) A person’s gametes must not be used to bring about the creation of any embryo *in vitro* unless there is an effective consent by that person to any embryo the creation of which may be brought about with the use of those gametes being used for one or more of the purposes mentioned in paragraph 2(1) above.

SCH. 3

- (2) An embryo the creation of which was brought about *in vitro* must not be received by any person unless there is an effective consent by each person whose gametes were used to bring about the creation of the embryo to the use for one or more of the purposes mentioned in paragraph 2(1) above of the embryo.
- (3) An embryo the creation of which was brought about *in vitro* must not be used for any purpose unless there is an effective consent by each person whose gametes were used to bring about the creation of the embryo to the use for that purpose of the embryo and the embryo is used in accordance with those consents.
- (4) Any consent required by this paragraph is in addition to any consent that may be required by paragraph 5 above.

Embryos obtained by lavage, etc.

- 7.—(1) An embryo taken from a woman must not be used for any purpose unless there is an effective consent by her to the use of the embryo for that purpose and it is used in accordance with the consent.
- (2) An embryo taken from a woman must not be received by any person for use for any purpose unless there is an effective consent by her to the use of the embryo for that purpose.
- (3) This paragraph does not apply to the use, for the purpose of providing a woman with treatment services, of an embryo taken from her.

Storage of gametes and embryos

- 8.—(1) A person's gametes must not be kept in storage unless there is an effective consent by that person to their storage and they are stored in accordance with the consent.
- (2) An embryo the creation of which was brought about *in vitro* must not be kept in storage unless there is an effective consent, by each person whose gametes were used to bring about the creation of the embryo, to the storage of the embryo and the embryo is stored in accordance with those consents.
- (3) An embryo taken from a woman must not be kept in storage unless there is an effective consent by her to its storage and it is stored in accordance with the consent.

Section 49.

SCHEDULE 4

MINOR AND CONSEQUENTIAL AMENDMENTS

Family Law Reform Act 1969 (c. 46.)

1. In section 25 of the Family Law Reform Act 1969 (interpretation), at the end of the definition of "excluded" there is added "to section 27 of the Family Law Reform Act 1987 and to sections 27 to 29 of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990".

1987 c. 42.

Social Security Act 1975 (c. 14.)

2. In section 25(1) of the Social Security Act 1975 (widowed mother's allowance), for the words from "or" after paragraph (b) to the end there is substituted "or
- (c) if the woman and her late husband were residing together immediately before the time of his death, the woman is pregnant as the result of being artificially inseminated before that time with the semen of some person other than her husband, or as the result of the placing in her before that time of an embryo, of an egg in the process of fertilisation, or of sperm and eggs".

Human Fertilisation and Embryology Act 2008

32 Orders under the 1990 Act

After section 45A (inserted by section 31 above) insert –

“45B Orders

- (1) The power to make an order under section 8C(1)(c) or 45A of this Act shall be exercisable by statutory instrument.
- (2) The power to make an order under section 8C(1)(c) or 45A of this Act includes power to make such transitional, incidental or supplemental provisions as the Secretary of State considers appropriate.
- (3) A statutory instrument containing an order made by the Secretary of State by virtue of section 8C(1)(c) shall be subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament.
- (4) The Secretary of State shall not make an order by virtue of section 45A unless a draft has been laid before and approved by a resolution of each House of Parliament.”

PART 2**PARENTHOOD IN CASES INVOLVING ASSISTED REPRODUCTION***Meaning of “mother”***33 Meaning of “mother”**

- (1) The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child.
- (2) Subsection (1) does not apply to any child to the extent that the child is treated by virtue of adoption as not being the woman’s child.
- (3) Subsection (1) applies whether the woman was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs.

*Application of sections 35 to 47***34 Application of sections 35 to 47**

- (1) Sections 35 to 47 apply, in the case of a child who is being or has been carried by a woman (referred to in those sections as “W”) as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs or her artificial insemination, to determine who is to be treated as the other parent of the child.
- (2) Subsection (1) has effect subject to the provisions of sections 39, 40 and 46 limiting the purposes for which a person is treated as the child’s other parent by virtue of those sections.

*Meaning of “father”***35 Woman married at time of treatment**

(1) If –

- (a) at the time of the placing in her of the embryo or of the sperm and eggs or of her artificial insemination, W was a party to a marriage, and
 - (b) the creation of the embryo carried by her was not brought about with the sperm of the other party to the marriage,
- then, subject to section 38(2) to (4), the other party to the marriage is to be treated as the father of the child unless it is shown that he did not consent to the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or to her artificial insemination (as the case may be).
- (2) This section applies whether W was in the United Kingdom or elsewhere at the time mentioned in subsection (1)(a).

36 Treatment provided to woman where agreed fatherhood conditions apply

If no man is treated by virtue of section 35 as the father of the child and no woman is treated by virtue of section 42 as a parent of the child but –

- (a) the embryo or the sperm and eggs were placed in W, or W was artificially inseminated, in the course of treatment services provided in the United Kingdom by a person to whom a licence applies,
 - (b) at the time when the embryo or the sperm and eggs were placed in W, or W was artificially inseminated, the agreed fatherhood conditions (as set out in section 37) were satisfied in relation to a man, in relation to treatment provided to W under the licence,
 - (c) the man remained alive at that time, and
 - (d) the creation of the embryo carried by W was not brought about with the man’s sperm,
- then, subject to section 38(2) to (4), the man is to be treated as the father of the child.

37 The agreed fatherhood conditions

- (1) The agreed fatherhood conditions referred to in section 36(b) are met in relation to a man (“M”) in relation to treatment provided to W under a licence if, but only if, –
 - (a) M has given the person responsible a notice stating that he consents to being treated as the father of any child resulting from treatment provided to W under the licence,
 - (b) W has given the person responsible a notice stating that she consents to M being so treated,
 - (c) neither M nor W has, since giving notice under paragraph (a) or (b), given the person responsible notice of the withdrawal of M’s or W’s consent to M being so treated,
 - (d) W has not, since the giving of the notice under paragraph (b), given the person responsible –
 - (i) a further notice under that paragraph stating that she consents to another man being treated as the father of any resulting child,
 or

- (ii) a notice under section 44(1)(b) stating that she consents to a woman being treated as a parent of any resulting child, and
 - (e) W and M are not within prohibited degrees of relationship in relation to each other.
- (2) A notice under subsection (1)(a), (b) or (c) must be in writing and must be signed by the person giving it.
- (3) A notice under subsection (1)(a), (b) or (c) by a person (“S”) who is unable to sign because of illness, injury or physical disability is to be taken to comply with the requirement of subsection (2) as to signature if it is signed at the direction of S, in the presence of S and in the presence of at least one witness who attests the signature.

38 Further provision relating to sections 35 and 36

- (1) Where a person is to be treated as the father of the child by virtue of section 35 or 36, no other person is to be treated as the father of the child.
- (2) In England and Wales and Northern Ireland, sections 35 and 36 do not affect any presumption, applying by virtue of the rules of common law, that a child is the legitimate child of the parties to a marriage.
- (3) In Scotland, sections 35 and 36 do not apply in relation to any child who, by virtue of any enactment or other rule of law, is treated as the child of the parties to a marriage.
- (4) Sections 35 and 36 do not apply to any child to the extent that the child is treated by virtue of adoption as not being the man’s child.

39 Use of sperm, or transfer of embryo, after death of man providing sperm

- (1) If –
- (a) the child has been carried by W as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs or her artificial insemination,
 - (b) the creation of the embryo carried by W was brought about by using the sperm of a man after his death, or the creation of the embryo was brought about using the sperm of a man before his death but the embryo was placed in W after his death,
 - (c) the man consented in writing (and did not withdraw the consent) –
 - (i) to the use of his sperm after his death which brought about the creation of the embryo carried by W or (as the case may be) to the placing in W after his death of the embryo which was brought about using his sperm before his death, and
 - (ii) to being treated for the purpose mentioned in subsection (3) as the father of any resulting child,
 - (d) W has elected in writing not later than the end of the period of 42 days from the day on which the child was born for the man to be treated for the purpose mentioned in subsection (3) as the father of the child, and
 - (e) no-one else is to be treated –
 - (i) as the father of the child by virtue of section 35 or 36 or by virtue of section 38(2) or (3), or
 - (ii) as a parent of the child by virtue of section 42 or 43 or by virtue of adoption,

then the man is to be treated for the purpose mentioned in subsection (3) as the father of the child.

- (2) Subsection (1) applies whether W was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or of the sperm and eggs or of her artificial insemination.
- (3) The purpose referred to in subsection (1) is the purpose of enabling the man’s particulars to be entered as the particulars of the child’s father in a relevant register of births.
- (4) In the application of this section to Scotland, for any reference to a period of 42 days there is substituted a reference to a period of 21 days.

40 Embryo transferred after death of husband etc. who did not provide sperm

- (1) If –
- (a) the child has been carried by W as a result of the placing in her of an embryo,
 - (b) the embryo was created at a time when W was a party to a marriage,
 - (c) the creation of the embryo was not brought about with the sperm of the other party to the marriage,
 - (d) the other party to the marriage died before the placing of the embryo in W,
 - (e) the other party to the marriage consented in writing (and did not withdraw the consent) –
 - (i) to the placing of the embryo in W after his death, and
 - (ii) to being treated for the purpose mentioned in subsection (4) as the father of any resulting child,
 - (f) W has elected in writing not later than the end of the period of 42 days from the day on which the child was born for the man to be treated for the purpose mentioned in subsection (4) as the father of the child, and
 - (g) no-one else is to be treated –
 - (i) as the father of the child by virtue of section 35 or 36 or by virtue of section 38(2) or (3), or
 - (ii) as a parent of the child by virtue of section 42 or 43 or by virtue of adoption,
- then the man is to be treated for the purpose mentioned in subsection (4) as the father of the child.
- (2) If –
- (a) the child has been carried by W as a result of the placing in her of an embryo,
 - (b) the embryo was not created at a time when W was a party to a marriage or a civil partnership but was created in the course of treatment services provided to W in the United Kingdom by a person to whom a licence applies,
 - (c) a man consented in writing (and did not withdraw the consent) –
 - (i) to the placing of the embryo in W after his death, and
 - (ii) to being treated for the purpose mentioned in subsection (4) as the father of any resulting child,
 - (d) the creation of the embryo was not brought about with the sperm of that man,

- (e) the man died before the placing of the embryo in W,
 - (f) immediately before the man's death, the agreed fatherhood conditions set out in section 37 were met in relation to the man in relation to treatment proposed to be provided to W in the United Kingdom by a person to whom a licence applies,
 - (g) W has elected in writing not later than the end of the period of 42 days from the day on which the child was born for the man to be treated for the purpose mentioned in subsection (4) as the father of the child, and
 - (h) no-one else is to be treated –
 - (i) as the father of the child by virtue of section 35 or 36 or by virtue of section 38(2) or (3), or
 - (ii) as a parent of the child by virtue of section 42 or 43 or by virtue of adoption,
- then the man is to be treated for the purpose mentioned in subsection (4) as the father of the child.
- (3) Subsections (1) and (2) apply whether W was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo.
 - (4) The purpose referred to in subsections (1) and (2) is the purpose of enabling the man's particulars to be entered as the particulars of the child's father in a relevant register of births.
 - (5) In the application of this section to Scotland, for any reference to a period of 42 days there is substituted a reference to a period of 21 days.

41 Persons not to be treated as father

- (1) Where the sperm of a man who had given such consent as is required by paragraph 5 of Schedule 3 to the 1990 Act (consent to use of gametes for purposes of treatment services or non-medical fertility services) was used for a purpose for which such consent was required, he is not to be treated as the father of the child.
- (2) Where the sperm of a man, or an embryo the creation of which was brought about with his sperm, was used after his death, he is not, subject to section 39, to be treated as the father of the child.
- (3) Subsection (2) applies whether W was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or of the sperm and eggs or of her artificial insemination.

Cases in which woman to be other parent

42 Woman in civil partnership at time of treatment

- (1) If at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or of her artificial insemination, W was a party to a civil partnership, then subject to section 45(2) to (4), the other party to the civil partnership is to be treated as a parent of the child unless it is shown that she did not consent to the placing in W of the embryo or the sperm and eggs or to her artificial insemination (as the case may be).
- (2) This section applies whether W was in the United Kingdom or elsewhere at the time mentioned in subsection (1).

43 Treatment provided to woman who agrees that second woman to be parent

If no man is treated by virtue of section 35 as the father of the child and no woman is treated by virtue of section 42 as a parent of the child but—

- (a) the embryo or the sperm and eggs were placed in W, or W was artificially inseminated, in the course of treatment services provided in the United Kingdom by a person to whom a licence applies,
 - (b) at the time when the embryo or the sperm and eggs were placed in W, or W was artificially inseminated, the agreed female parenthood conditions (as set out in section 44) were met in relation to another woman, in relation to treatment provided to W under that licence, and
 - (c) the other woman remained alive at that time,
- then, subject to section 45(2) to (4), the other woman is to be treated as a parent of the child.

44 The agreed female parenthood conditions

- (1) The agreed female parenthood conditions referred to in section 43(b) are met in relation to another woman ("P") in relation to treatment provided to W under a licence if, but only if,—
 - (a) P has given the person responsible a notice stating that P consents to P being treated as a parent of any child resulting from treatment provided to W under the licence,
 - (b) W has given the person responsible a notice stating that W agrees to P being so treated,
 - (c) neither W nor P has, since giving notice under paragraph (a) or (b), given the person responsible notice of the withdrawal of P's or W's consent to P being so treated,
 - (d) W has not, since the giving of the notice under paragraph (b), given the person responsible—
 - (i) a further notice under that paragraph stating that W consents to a woman other than P being treated as a parent of any resulting child, or
 - (ii) a notice under section 37(1)(b) stating that W consents to a man being treated as the father of any resulting child, and
 - (e) W and P are not within prohibited degrees of relationship in relation to each other.
- (2) A notice under subsection (1)(a), (b) or (c) must be in writing and must be signed by the person giving it.
- (3) A notice under subsection (1)(a), (b) or (c) by a person ("S") who is unable to sign because of illness, injury or physical disability is to be taken to comply with the requirement of subsection (2) as to signature if it is signed at the direction of S, in the presence of S and in the presence of at least one witness who attests the signature.

45 Further provision relating to sections 42 and 43

- (1) Where a woman is treated by virtue of section 42 or 43 as a parent of the child, no man is to be treated as the father of the child.

(2) In England and Wales and Northern Ireland, sections 42 and 43 do not affect any presumption, applying by virtue of the rules of common law, that a child is the legitimate child of the parties to a marriage.

(3) In Scotland, sections 42 and 43 do not apply in relation to any child who, by virtue of any enactment or other rule of law, is treated as the child of the parties to a marriage.

(4) Sections 42 and 43 do not apply to any child to the extent that the child is treated by virtue of adoption as not being the woman's child.

46 Embryo transferred after death of civil partner or intended female parent

(1) If –

(a) the child has been carried by W as the result of the placing in her of an embryo,

(b) the embryo was created at a time when W was a party to a civil partnership,

(c) the other party to the civil partnership died before the placing of the embryo in W,

(d) the other party to the civil partnership consented in writing (and did not withdraw the consent) –

(i) to the placing of the embryo in W after the death of the other party, and

(ii) to being treated for the purpose mentioned in subsection (4) as the parent of any resulting child,

(e) W has elected in writing not later than the end of the period of 42 days from the day on which the child was born for the other party to the civil partnership to be treated for the purpose mentioned in subsection (4) as the parent of the child, and

(f) no one else is to be treated –

(i) as the father of the child by virtue of section 35 or 36 or by virtue of section 45(2) or (3), or

(ii) as a parent of the child by virtue of section 42 or 43 or by virtue of adoption,

then the other party to the civil partnership is to be treated for the purpose mentioned in subsection (4) as a parent of the child.

(2) If –

(a) the child has been carried by W as the result of the placing in her of an embryo,

(b) the embryo was not created at a time when W was a party to a marriage or a civil partnership, but was created in the course of treatment services provided to W in the United Kingdom by a person to whom a licence applies,

(c) another woman consented in writing (and did not withdraw the consent) –

(i) to the placing of the embryo in W after the death of the other woman, and

(ii) to being treated for the purpose mentioned in subsection (4) as the parent of any resulting child,

(d) the other woman died before the placing of the embryo in W,

(e) immediately before the other woman's death, the agreed female parenthood conditions set out in section 44 were met in relation to the other woman in relation to treatment proposed to be provided to W in the United Kingdom by a person to whom a licence applies,

(f) W has elected in writing not later than the end of the period of 42 days from the day on which the child was born for the other woman to be treated for the purpose mentioned in subsection (4) as the parent of the child, and

(g) no one else is to be treated –

(i) as the father of the child by virtue of section 35 or 36 or by virtue of section 45(2) or (3), or

(ii) as a parent of the child by virtue of section 42 or 43 or by virtue of adoption,

then the other woman is to be treated for the purpose mentioned in subsection (4) as a parent of the child.

(3) Subsections (1) and (2) apply whether W was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo.

(4) The purpose referred to in subsections (1) and (2) is the purpose of enabling the deceased woman's particulars to be entered as the particulars of the child's other parent in a relevant register of births.

(5) In the application of subsections (1) and (2) to Scotland, for any reference to a period of 42 days there is substituted a reference to a period of 21 days.

47 Woman not to be other parent merely because of egg donation

A woman is not to be treated as the parent of a child whom she is not carrying and has not carried, except where she is so treated –

(a) by virtue of section 42 or 43, or

(b) by virtue of section 46 (for the purpose mentioned in subsection (4) of that section), or

(c) by virtue of adoption.

Effect of sections 33 to 47

48 Effect of sections 33 to 47

(1) Where by virtue of section 33, 35, 36, 42 or 43 a person is to be treated as the mother, father or parent of a child, that person is to be treated in law as the mother, father or parent (as the case may be) of the child for all purposes.

(2) Where by virtue of section 33, 38, 41, 45 or 47 a person is not to be treated as a parent of the child, that person is to be treated in law as not being a parent of the child for any purpose.

(3) Where section 39(1) or 40(1) or (2) applies, the deceased man –

(a) is to be treated in law as the father of the child for the purpose mentioned in section 39(3) or 40(4), but

(b) is to be treated in law as not being the father of the child for any other purpose.

(4) Where section 46(1) or (2) applies, the deceased woman –

- (a) is to be treated in law as a parent of the child for the purpose mentioned in section 46(4), but
- (b) is to be treated in law as not being a parent of the child for any other purpose.
- (5) Where any of subsections (1) to (4) has effect, references to any relationship between two people in any enactment, deed or other instrument or document (whenever passed or made) are to be read accordingly.
- (6) In relation to England and Wales and Northern Ireland, a child who –
- (a) has a parent by virtue of section 42, or
 - (b) has a parent by virtue of section 43 who is at any time during the period beginning with the time mentioned in section 43(b) and ending with the time of the child's birth a party to a civil partnership with the child's mother,
- is the legitimate child of the child's parents.
- (7) In relation to England and Wales and Northern Ireland, nothing in the provisions of section 33(1) or sections 35 to 47, read with this section –
- (a) affects the succession to any dignity or title of honour or renders any person capable of succeeding to or transmitting a right to succeed to any such dignity or title, or
 - (b) affects the devolution of any property limited (expressly or not) to devolve (as nearly as the law permits) along with any dignity or title of honour.
- (8) In relation to Scotland –
- (a) those provisions do not apply to any title, coat of arms, honour or dignity transmissible on the death of its holder or affect the succession to any such title, coat of arms or dignity or its devolution, and
 - (b) where the terms of any deed provide that any property or interest in property is to devolve along with a title, coat of arms, honour or dignity, nothing in those provisions is to prevent that property or interest from so devolving.

References to parties to marriage or civil partnership

49 Meaning of references to parties to a marriage

- (1) The references in sections 35 to 47 to the parties to a marriage at any time there referred to –
 - (a) are to the parties to a marriage subsisting at that time, unless a judicial separation was then in force, but
 - (b) include the parties to a void marriage if either or both of them reasonably believed at that time that the marriage was valid; and for the purposes of those sections it is to be presumed, unless the contrary is shown, that one of them reasonably believed at that time that the marriage was valid.
- (2) In subsection (1)(a) “judicial separation” includes a legal separation obtained in a country outside the British Islands and recognised in the United Kingdom.

50 Meaning of references to parties to a civil partnership

- (1) The references in sections 35 to 47 to the parties to a civil partnership at any time there referred to –
 - (a) are to the parties to a civil partnership subsisting at that time, unless a separation order was then in force, but
 - (b) include the parties to a void civil partnership if either or both of them reasonably believed at that time that the civil partnership was valid; and for the purposes of those sections it is to be presumed, unless the contrary is shown, that one of them reasonably believed at that time that the civil partnership was valid.
- (2) The reference in section 48(6)(b) to a civil partnership includes a reference to a void civil partnership if either or both of the parties reasonably believed at the time when they registered as civil partners of each other that the civil partnership was valid; and for this purpose it is to be presumed, unless the contrary is shown, that one of them reasonably believed at that time that the civil partnership was valid.
- (3) In subsection (1)(a), “separation order” means –
 - (a) a separation order under section 37(1)(d) or 161(1)(d) of the Civil Partnership Act 2004 (c. 33),
 - (b) a decree of separation under section 120(2) of that Act, or
 - (c) a legal separation obtained in a country outside the United Kingdom and recognised in the United Kingdom.

Further provision about registration by virtue of section 39, 40 or 46

51 Meaning of “relevant register of births”

- For the purposes of this Part a “relevant register of births”, in relation to a birth, is whichever of the following is relevant –
- (a) a register of live-births or still-births kept under the Births and Deaths Registration Act 1953 (c. 20),
 - (b) a register of births or still-births kept under the Registration of Births, Deaths and Marriages (Scotland) Act 1965 (c. 49), or
 - (c) a register of live-births or still-births kept under the Births and Deaths Registration (Northern Ireland) Order 1976 (S.I. 1976/1041 (N.I. 14)).

52 Late election by mother with consent of Registrar General

- (1) The requirement under section 39(1), 40(1) or (2) or 46(1) or (2) as to the making of an election (which requires an election to be made either on or before the day on which the child was born or within the period of 42 or, as the case may be, 21 days from that day) is nevertheless to be treated as satisfied if the required election is made after the end of that period but with the consent of the Registrar General under subsection (2).
- (2) The Registrar General may at any time consent to the making of an election after the end of the period mentioned in subsection (1) if, on an application made to him in accordance with such requirements as he may specify, he is satisfied that there is a compelling reason for giving his consent to the making of such an election.

(3) In this section “the Registrar General” means the Registrar General for England and Wales, the Registrar General of Births, Deaths and Marriages for Scotland or (as the case may be) the Registrar General for Northern Ireland.

Interpretation of references to father etc. where woman is other parent

53 Interpretation of references to father etc.

- (1) Subsections (2) and (3) have effect, subject to subsections (4) and (6), for the interpretation of any enactment, deed or any other instrument or document (whenever passed or made).
- (2) Any reference (however expressed) to the father of a child who has a parent by virtue of section 42 or 43 is to be read as a reference to the woman who is a parent of the child by virtue of that section.
- (3) Any reference (however expressed) to evidence of paternity is, in relation to a woman who is a parent by virtue of section 42 or 43, to be read as a reference to evidence of parentage.
- (4) This section does not affect the interpretation of the enactments specified in subsection (5) (which make express provision for the case where a child has a parent by virtue of section 42 or 43).
- (5) Those enactments are—
 - (a) the Legitimacy Act (Northern Ireland) 1928 (c. 5 (N.I.)),
 - (b) the Schedule to the Population (Statistics) Act 1938 (c. 12),
 - (c) the Births and Deaths Registration Act 1953 (c. 20),
 - (d) the Registration of Births, Deaths and Marriages (Special Provisions) Act 1957 (c. 58),
 - (e) Part 2 of the Registration of Births, Deaths and Marriages (Scotland) Act 1965 (c. 49),
 - (f) the Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 (c. 28),
 - (g) the Legitimacy Act 1976 (c. 31),
 - (h) the Births and Deaths Registration (Northern Ireland) Order 1976 (S.I. 1976/1041 (N.I. 14)),
 - (i) the British Nationality Act 1981 (c. 61),
 - (j) the Family Law Reform Act 1987 (c. 42),
 - (k) Parts 1 and 2 of the Children Act 1989 (c. 41),
 - (l) Part 1 of the Children (Scotland) Act 1995 (c. 36),
 - (m) section 1 of the Criminal Law (Consolidation) (Scotland) Act 1995 (c. 39), and
 - (n) Parts 2, 3 and 14 of the Children (Northern Ireland) Order 1995 (S.I. 1995/755 (N.I. 2)).
- (6) This section does not affect the interpretation of references that fall to be read in accordance with section 1(2)(a) or (b) of the Family Law Reform Act 1987 or Article 155(2)(a) or (b) of the Children (Northern Ireland) Order 1995 (references to a person whose father and mother were, or were not, married to each other at the time of the person’s birth).

Parental orders

54 Parental orders

- (1) On an application made by two people (“the applicants”), the court may make an order providing for a child to be treated in law as the child of the applicants if—
 - (a) the child has been carried by a woman who is not one of the applicants, as a result of the placing in her of an embryo or sperm and eggs or her artificial insemination,
 - (b) the gametes of at least one of the applicants were used to bring about the creation of the embryo, and
 - (c) the conditions in subsections (2) to (8) are satisfied.
- (2) The applicants must be—
 - (a) husband and wife,
 - (b) civil partners of each other, or
 - (c) two persons who are living as partners in an enduring family relationship and are not within prohibited degrees of relationship in relation to each other.
- (3) Except in a case falling within subsection (1), the applicants must apply for the order during the period of 6 months beginning with the day on which the child is born.
- (4) At the time of the application and the making of the order—
 - (a) the child’s home must be with the applicants, and
 - (b) either or both of the applicants must be domiciled in the United Kingdom or in the Channel Islands or the Isle of Man.
- (5) At the time of the making of the order both the applicants must have attained the age of 18.
- (6) The court must be satisfied that both—
 - (a) the woman who carried the child, and
 - (b) any other person who is a parent of the child but is not one of the applicants (including any man who is the father by virtue of section 35 or 36 or any woman who is a parent by virtue of section 42 or 43),
 have freely, and with full understanding of what is involved, agreed unconditionally to the making of the order.
- (7) Subsection (6) does not require the agreement of a person who cannot be found or is incapable of giving agreement; and the agreement of the woman who carried the child is ineffective for the purpose of that subsection if given by her less than six weeks after the child’s birth.
- (8) The court must be satisfied that no money or other benefit (other than for expenses reasonably incurred) has been given or received by either of the applicants for or in consideration of—
 - (a) the making of the order,
 - (b) any agreement required by subsection (6),
 - (c) the handing over of the child to the applicants, or
 - (d) the making of arrangements with a view to the making of the order, unless authorised by the court.

- (9) For the purposes of an application under this section –
- (a) in relation to England and Wales, section 92(7) to (10) of, and Part 1 of Schedule 11 to, the Children Act 1989 (c. 41) (jurisdiction of courts) apply for the purposes of this section to determine the meaning of “the court” as they apply for the purposes of that Act and proceedings on the application are to be “family proceedings” for the purposes of that Act,
 - (b) in relation to Scotland, “the court” means the Court of Session or the sheriff court of the sheriffdom within which the child is, and
 - (c) in relation to Northern Ireland, “the court” means the High Court or any county court within whose division the child is.
- (10) Subsection (1)(a) applies whether the woman was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or her artificial insemination.
- (11) An application which –
- (a) relates to a child born before the coming into force of this section, and
 - (b) is made by two persons who, throughout the period applicable under subsection (2) of section 30 of the 1990 Act, were not eligible to apply for an order under that section in relation to the child as husband and wife,
- may be made within the period of six months beginning with the day on which this section comes into force.
- 55 Parental orders: supplementary provision**
- (1) The Secretary of State may by regulations provide –
- (a) for any provision of the enactments about adoption to have effect, with such modifications (if any) as may be specified in the regulations, in relation to orders under section 54, and applications for such orders, as it has effect in relation to adoption, and applications for adoption orders, and
 - (b) for references in any enactment to adoption, an adopted child or an adoptive relationship to be read (respectively) as references to the effect of an order under section 54, a child to whom such an order applies and a relationship arising by virtue of the enactments about adoption, as applied by the regulations, and for similar expressions in connection with adoption to be read accordingly.
- (2) The regulations may include such incidental or supplemental provision as appears to the Secretary of State to be necessary or desirable in consequence of any provision made by virtue of subsection (1)(a) or (b).
- (3) In this section “the enactments about adoption” means –
- (a) the Adoption (Scotland) Act 1978 (c. 28),
 - (b) the Adoption and Children Act 2002 (c. 38),
 - (c) the Adoption and Children (Scotland) Act 2007 (asp 4), and
 - (d) the Adoption (Northern Ireland) Order 1987 (S.I. 1987/2203 (N.I. 22)).

Amendments of enactments

- 56 Amendments relating to parenthood in cases involving assisted reproduction**
- Schedule 6 contains amendments related to the provisions of this Part.

Human Reproductive Cloning Act 2001

Human Reproductive Cloning Act 2001

2001 CHAPTER 23

An Act to prohibit the placing in a woman of a human embryo which has been created otherwise than by fertilisation. [4th December 2001]

BE IT ENACTED by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:—

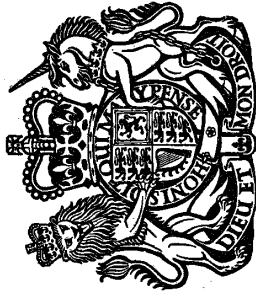
1 The offence

- (1) A person who places in a woman a human embryo which has been created otherwise than by fertilisation is guilty of an offence.
- (2) A person who is guilty of the offence is liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding 10 years or a fine or both.
- (3) No proceedings for the offence may be instituted—
 - (a) in England and Wales, except with the consent of the Director of Public Prosecutions;
 - (b) in Northern Ireland, except with the consent of the Director of Public Prosecutions for Northern Ireland.

2 Short title and extent

- (1) This Act may be cited as the Human Reproductive Cloning Act 2001.
- (2) This Act extends to Northern Ireland.
- (3) Her Majesty may by Order in Council direct that any of the provisions of this Act are to extend, with such exceptions, adaptations and modifications (if any) as may be specified in the Order, to any of the Channel Islands.

Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975



Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975

1975 CHAPTER 63

An Act to make fresh provision for empowering the court to make orders for the making out of the estate of a deceased person of provision for the spouse, former spouse, child, child of the family or dependant of that person; and for matters connected therewith.

[12th November 1975]

BE IT ENACTED by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:—

1.—(1) Where after the commencement of this Act a person dies domiciled in England and Wales and is survived by any of the following persons:—

- (a) the wife or husband of the deceased;
- (b) a former wife or former husband of the deceased who has not remarried;
- (c) a child of the deceased;
- (d) any person (not being a child of the deceased) who, in the case of any marriage to which the deceased was at any time a party, was treated by the deceased as a child of the family in relation to that marriage;

(e) any person (not being a person included in the foregoing paragraphs of this subsection) who immediately before the death of the deceased was being maintained, either wholly or partly, by the deceased;

that person may apply to the court for an order under section 2 of this Act on the ground that the disposition of the deceased's estate effected by his will or the law relating to intestacy, or the combination of his will and that law, is not such as to make reasonable financial provision for the applicant.

(2) In this Act "reasonable financial provision"—

(a) in the case of an application made by virtue of subsection (1)(a) above by the husband or wife of the deceased (except where the marriage with the deceased was the subject of a decree of judicial separation and at the date of death the decree was in force and the separation was continuing), means such financial provision as it would be reasonable in all the circumstances of the case for a husband or wife to receive, whether or not that provision is required for his or her maintenance;

(b) in the case of any other application made by virtue of subsection (1) above, means such financial provision as it would be reasonable in all the circumstances of the case for the applicant to receive for his maintenance.

(3) For the purposes of subsection (1)(e) above, a person shall be treated as being maintained by the deceased, either wholly or partly, as the case may be, if the deceased, otherwise than for full valuable consideration, was making a substantial contribution in money or money's worth towards the reasonable needs of that person.

Powers of court to make orders.

2.—(1) Subject to the provisions of this Act, where an application is made for an order under this section, the court may, if it is satisfied that the disposition of the deceased's estate effected by his will or the law relating to intestacy, or the combination of his will and that law, is not such as to make reasonable financial provision for the applicant, make any one or more of the following orders:—

- (a) an order for the making to the applicant out of the net estate of the deceased of such periodical payments and for such term as may be specified in the order;
- (b) an order for the payment to the applicant out of that estate of a lump sum of such amount as may be so specified;

- (c) an order for the transfer to the applicant of such property comprised in that estate as may be so specified;
- (d) an order for the settlement for the benefit of the applicant of such property comprised in that estate as may be so specified;
- (e) an order for the acquisition out of property comprised in that estate of such property as may be so specified and for the transfer of the property so acquired to the applicant or for the settlement thereof for his benefit;
- (f) an order varying any ante-nuptial or post-nuptial settlement (including such a settlement made by will) made on the parties to a marriage to which the deceased was one of the parties, the variation being for the benefit of the surviving party to that marriage, or any child of that marriage, or any person who was treated by the deceased as a child of the family in relation to that marriage.

(2) An order under subsection (1)(a) above providing for the making out of the net estate of the deceased of periodical payments may provide for—

- (a) payments of such amount as may be specified in the order,
 - (b) payments equal to the whole of the income of the net estate or of such portion thereof as may be so specified,
 - (c) payments equal to the whole of the income of such part of the net estate as the court may direct to be set aside or appropriated for the making out of the income thereof of payments under this section,
- or may provide for the amount of the payments or any of them to be determined in any other way the court thinks fit.

(3) Where an order under subsection (1)(a) above provides for the making of payments of an amount specified in the order, the order may direct that such part of the net estate as may be so specified shall be set aside or appropriated for the making out of the income thereof of those payments; but no larger part of the net estate shall be so set aside or appropriated than is sufficient, at the date of the order, to produce by the income thereof the amount required for the making of those payments.

(4) An order under this section may contain such consequential and supplemental provisions as the court thinks necessary or expedient for the purpose of giving effect to the order or for the purpose of securing that the order operates fairly as between

one beneficiary of the estate of the deceased and another and may, in particular, but without prejudice to the generality of this subsection—

- (a) order any person who holds any property which forms part of the net estate of the deceased to make such payment or transfer such property as may be specified in the order;
- (b) vary the disposition of the deceased's estate effected by the will or the law relating to intestacy, or by both the will and the law relating to intestacy, in such manner as the court thinks fair and reasonable having regard to the provisions of the order and all the circumstances of the case;
- (c) confer on the trustees of any property which is the subject of an order under this section such powers as appear to the court to be necessary or expedient.

Matters to which court is to have regard in exercising powers under s. 2.

3.—(1) Where an application is made for an order under section 2 of this Act, the court shall, in determining whether the disposition of the deceased's estate effected by his will or the law relating to intestacy, or the combination of his will and that law, is such as to make reasonable financial provision for the applicant and, if the court considers that reasonable financial provision has not been made, in determining whether and in what manner it shall exercise its powers under that section, have regard to the following matters, that is to say—

- (a) the financial resources and financial needs which the applicant has or is likely to have in the foreseeable future;
- (b) the financial resources and financial needs which any other applicant for an order under section 2 of this Act has or is likely to have in the foreseeable future;
- (c) the financial resources and financial needs which any beneficiary of the estate of the deceased has or is likely to have in the foreseeable future;
- (d) any obligations and responsibilities which the deceased had towards any applicant for an order under the said section 2 or towards any beneficiary of the estate of the deceased;
- (e) the size and nature of the net estate of the deceased;
- (f) any physical or mental disability of any applicant for an order under the said section 2 or any beneficiary of the estate of the deceased;
- (g) any other matter, including the conduct of the applicant or any other person, which in the circumstances of the case the court may consider relevant.

(2) Without prejudice to the generality of paragraph (g) of subsection (1) above, where an application for an order under section 2 of this Act is made by virtue of section 1(1)(a) or 1(1)(b) of this Act, the court shall, in addition to the matters specifically mentioned in paragraphs (a) to (f) of that subsection, have regard to—

- (a) the age of the applicant and the duration of the marriage;
- (b) the contribution made by the applicant to the welfare of the family of the deceased, including any contribution made by looking after the home or caring for the family;

and, in the case of an application by the wife or husband of the deceased, the court shall also, unless at the date of death a decree of judicial separation was in force and the separation was continuing, have regard to the provision which the applicant might reasonably have expected to receive if on the day on which the deceased died the marriage, instead of being terminated by death, had been terminated by a decree of divorce.

(3) Without prejudice to the generality of paragraph (g) of subsection (1) above, where an application for an order under section 2 of this Act is made by virtue of section 1(1)(c) or 1(1)(d) of this Act, the court shall, in addition to the matters specifically mentioned in paragraphs (a) to (f) of that subsection, have regard to the manner in which the applicant was being or in which he might expect to be educated or trained, and where the application is made by virtue of section 1(1)(d) the court shall also have regard—

- (a) to whether the deceased had assumed any responsibility for the applicant's maintenance and, if so, to the extent to which and the basis upon which the deceased assumed that responsibility and to the length of time for which the deceased discharged that responsibility;
- (b) to whether in assuming and discharging that responsibility the deceased did so knowing that the applicant was not his own child;
- (c) to the liability of any other person to maintain the applicant.

(4) Without prejudice to the generality of paragraph (g) of subsection (1) above, where an application for an order under section 2 of this Act is made by virtue of section 1(1)(e) of this Act, the court shall, in addition to the matters specifically mentioned in paragraphs (a) to (f) of that subsection, have

regard to the extent to which and the basis upon which the deceased assumed responsibility for the maintenance of the applicant and to the length of time for which the deceased discharged that responsibility.

(5) In considering the matters to which the court is required to have regard under this section, the court shall take into account the facts as known to the court at the date of the hearing.

(6) In considering the financial resources of any person for the purposes of this section the court shall take into account his earning capacity and in considering the financial needs of any person for the purposes of this section the court shall take into account his financial obligations and responsibilities.

Time-limit for applications.

4. An application for an order under section 2 of this Act shall not, except with the permission of the court, be made after the end of the period of six months from the date on which representation with respect to the estate of the deceased is first taken out.

Interim orders.

5.—(1) Where on an application for an order under section 2 of this Act it appears to the court—

- (a) that the applicant is in immediate need of financial assistance, but it is not yet possible to determine what order (if any) should be made under that section; and
- (b) that property forming part of the net estate of the deceased is or can be made available to meet the need of the applicant;

the court may order that, subject to such conditions or restrictions, if any, as the court may impose and to any further order of the court, there shall be paid to the applicant out of the net estate of the deceased such sum or sums and (if more than one) at such intervals as the court thinks reasonable; and the court may order that, subject to the provisions of this Act, such payments are to be made until such date as the court may specify, not being later than the date on which the court either makes an order under the said section 2 or decides not to exercise its powers under that section.

(2) Subsections (2), (3) and (4) of section 2 of this Act shall apply in relation to an order under this section as they apply in relation to an order under that section.

(3) In determining what order, if any, should be made under this section the court shall, so far as the urgency of the case admits, have regard to the same matters as those to which the court is required to have regard under section 3 of this Act.

Marriage Act 1949



CHAPTER 76.

An Act to consolidate certain enactments relating to the solemnization and registration of marriages in England with such corrections and improvements as may be authorised under the Consolidation of Enactments (Procedure) Act, 1949.

[24th November 1949.]

BE it enacted by the King's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows :—

PART I.

RESTRICTIONS ON MARRIAGE.

1.—(1) A marriage solemnized between a man and any of Marriages the persons mentioned in the first column of Part I of the within First Schedule to this Act, or between a woman and any of prohibited the persons mentioned in the second column of the said Part I, shall be void.

(2) A marriage solemnized between a man and any of the persons mentioned in the first column of Part II of the said First Schedule, or between a woman and any of the persons mentioned in the second column of the said Part II, shall not be void or voidable by reason only of affinity.

(3) A marriage which by virtue of the last foregoing subsection is not void or voidable if solemnized after the decease of any person shall be void if solemnized during the lifetime of that person.

A 3

I

SCHEDULES.

FIRST SCHEDULE.

KINDRED AND AFFINITY.

PART I.

Prohibited degrees of relationship.

Mother	Father
Daughter	Son
Father's mother	Father's father
Mother's mother	Mother's father
Son's daughter	Son's son
Daughter's daughter	Daughter's son
Sister	Brother
Wife's mother	Husband's father
Wife's daughter	Husband's son
Father's wife	Mother's husband
Son's wife	Daughter's husband
Father's father's wife	Father's mother's husband
Mother's father's wife	Mother's mother's husband
Wife's father's mother	Husband's father's father
Wife's mother's mother	Husband's mother's father
Wife's son's daughter	Husband's son's son
Wife's daughter's daughter	Husband's daughter's son
Son's son's wife	Son's daughter's husband
Daughter's son's wife	Daughter's daughter's husband
Father's sister	Father's brother
Mother's sister	Mother's brother
Brother's daughter	Brother's son
Sister's daughter	Sister's son

PART II.

Statutory exceptions from prohibited degrees of relationship.

Deceased wife's sister	Deceased sister's husband
Deceased brother's wife	Deceased husband's brother
Deceased wife's brother's daughter	Father's deceased sister's husband
Deceased wife's sister's daughter	Mother's deceased sister's husband
Father's deceased brother's wife	Deceased husband's brother's son
Mother's deceased brother's wife	Deceased husband's sister's son
Deceased wife's father's sister	Brother's deceased daughter's husband
Deceased wife's mother's sister	Sister's deceased daughter's husband
Brother's deceased son's wife	Deceased husband's father's brother
Sister's deceased son's wife	Deceased husband's mother's brother

Marriage (Same Sex Couples) Act 2013



Marriage (Same Sex Couples) Act 2013

2013 CHAPTER 30

An Act to make provision for the marriage of same sex couples in England and Wales, about gender change by married persons and civil partners, about consular functions in relation to marriage, for the marriage of armed forces personnel overseas, for permitting marriages according to the usages of belief organisations to be solemnized on the authority of certificates of a superintendent registrar, for the review of civil partnership, for the review of survivor benefits under occupational pension schemes, and for connected purposes. [17th July 2013]

BE IT ENACTED by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:—

PART 1

MARRIAGE OF SAME SEX COUPLES IN ENGLAND AND WALES

Extension of marriage

- 1 **Extension of marriage to same sex couples**
 - (1) Marriage of same sex couples is lawful.
 - (2) The marriage of a same sex couple may only be solemnized in accordance with—
 - (a) Part 3 of the Marriage Act 1949,
 - (b) Part 5 of the Marriage Act 1949,
 - (c) the Marriage (Registrar General's Licence) Act 1970, or
 - (d) an Order in Council made under Part 1 or 3 of Schedule 6.
 - (3) No Canon of the Church of England is contrary to section 3 of the Submission of the Clergy Act 1533 (which provides that no Canons shall be contrary to the

Royal Prerogative or the customs, laws or statutes of this realm) by virtue of its making provision about marriage being the union of one man with one woman.

- (4) Any duty of a member of the clergy to solemnize marriages (and any corresponding right of persons to have their marriages solemnized by members of the clergy) is not extended by this Act to marriages of same sex couples.
- (5) A “member of the clergy” is—
 - (a) a clerk in Holy Orders of the Church of England, or
 - (b) a clerk in Holy Orders of the Church in Wales.

Religious protection

2 **Marriage according to religious rites: no compulsion to solemnize etc**

- (1) A person may not be compelled by any means (including by the enforcement of a contract or a statutory or other legal requirement) to—
 - (a) undertake an opt-in activity, or
 - (b) refrain from undertaking an opt-out activity.
- (2) A person may not be compelled by any means (including by the enforcement of a contract or a statutory or other legal requirement)—
 - (a) to conduct a relevant marriage,
 - (b) to be present at, carry out, or otherwise participate in, a relevant marriage, or
 - (c) to consent to a relevant marriage being conducted,
 where the reason for the person not doing that thing is that the relevant marriage concerns a same sex couple.
- (3) In this section—

“opt-in activity” means an activity of the kind specified in an entry in the first column of the following table which falls to be undertaken for the purposes of any enactment specified in the corresponding entry in the second column;

“opt-out activity” means an activity which reverses, or otherwise modifies, the effect of an opt-in activity.

- (b) the law of any country or territory outside the United Kingdom, is not prevented from being recognised under the law of England and Wales only because it is the marriage of a same sex couple.
- (2) For the purposes of this section it is irrelevant whether the law of a particular part of the United Kingdom, or a particular country or territory outside the United Kingdom—
- (a) already provides for marriage of same sex couples at the time when this section comes into force, or
 - (b) provides for marriage of same sex couples from a later time.
- (3) Schedule 2 (extra-territorial matters) has effect.

Effect of extension of marriage

11 Effect of extension of marriage

- (1) In the law of England and Wales, marriage has the same effect in relation to same sex couples as it has in relation to opposite sex couples.
- (2) The law of England and Wales (including all England and Wales legislation whenever passed or made) has effect in accordance with subsection (1).
- (3) Schedule 3 (interpretation of legislation) has effect.
- (4) Schedule 4 (effect of extension of marriage: further provision) has effect.
- (5) For provision about limitations on the effects of subsections (1) and (2) and Schedule 3, see Part 7 of Schedule 4.
- (6) Subsections (1) and (2) and Schedule 3 do not have any effect in relation to—
- (a) Measures and Canons of the Church of England (whenever passed or made),
 - (b) subordinate legislation (whenever made) made under a Measure or Canon of the Church of England, or
 - (c) other ecclesiastical law (whether or not contained in England and Wales legislation, and, if contained in England and Wales legislation, whenever passed or made).
- (7) In Schedules 3 and 4—
- “existing England and Wales legislation” means—
- (a) in the case of England and Wales legislation that is primary legislation, legislation passed before the end of the Session in which this Act is passed (excluding this Act), or
 - (b) in the case of England and Wales legislation that is subordinate legislation, legislation made on or before the day on which this Act is passed (excluding legislation made under this Act);
- “new England and Wales legislation” means—
- (a) in the case of England and Wales legislation that is primary legislation, legislation passed after the end of the Session in which this Act is passed, or
 - (b) in the case of England and Wales legislation that is subordinate legislation, legislation made after the day on which this Act is passed.

Matrimonial Causes Act 1973

(3) Rules of court made under this section may apply, with or without modification, any rules of court made under the Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925, the County Courts Act 1959 or any other enactment and—

(a) may modify or exclude the application of any such rules or of any provision of the County Courts Act 1959;

(b) may provide for the enforcement in the High Court of orders made in a divorce county court;

and, without prejudice to the generality of the preceding provisions, may make with respect to proceedings in a divorce county court any provision regarding the Official Solicitor or any solicitor of the Supreme Court which could be made by rules of court with respect to proceedings in the High Court.

(4) The power to make rules of court by virtue of subsection (1) above shall be exercisable by statutory instrument, which shall be subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament.

(5) In this section “divorce county court” means a county court designated under section 1 of the Matrimonial Causes Act 1967 and “divorce registry” means the principal registry of the Family Division of the High Court.

51. The fees to be taken in any proceedings to which rules Fees in under section 50 above apply shall be such as the Lord Chan- matrimonial cellor with the concurrence of the Treasury may from time to time by order made by statutory instrument prescribe.

52.—(1) In this Act—

Interpretation.

“adopted” means adopted in pursuance of—

(a) an adoption order made under the Adoption Act 1958, any previous enactment relating to the adoption of children, the Adoption Act 1968 or any corresponding enactment of the Parliament of Northern Ireland; or

(b) an adoption order made in the Isle of Man or any of the Channel Islands; or

(c) subject to sections 5 and 6 of the Adoption Act 1968, an overseas adoption within the meaning of section 4 of that Act;

“child”, in relation to one or both of the parties to a marriage, includes an illegitimate or adopted child of that party or, as the case may be, of both parties;

“child of the family”, in relation to the parties to a marriage, means—

(a) a child of both of those parties; and

PART IV

1967 c. 56.

(b) any other child, not being a child who has been boarded-out with those parties by a local authority or voluntary organisation, who has been treated by both of those parties as a child of their family;

“the court” (except where the context otherwise requires) means the High Court or, where a county court has jurisdiction by virtue of the Matrimonial Causes Act 1967, a county court;

“custody”, in relation to a child, includes access to the child;

“education” includes training.

(2) In this Act—

(a) references to financial provision orders, periodical payments and secured periodical payments orders and orders for the payment of a lump sum, and references to property adjustment orders, shall be construed in accordance with section 21 above; and

(b) references to orders for maintenance pending suit and to interim orders for maintenance shall be construed respectively in accordance with section 22 and section 27(5) above.

(3) For the avoidance of doubt it is hereby declared that references in this Act to remarriage include references to a marriage which is by law void or voidable.

(4) Except where the contrary intention is indicated, references in this Act to any enactment include references to that enactment as amended, extended or applied by or under any subsequent enactment, including this Act.

Transitional provisions and savings.

53. Schedule 1 to this Act shall have effect for the purpose of—

(a) the transition to the provisions of this Act from the law in force before the commencement of this Act;

(b) the preservation for limited purposes of certain provisions superseded by provisions of this Act or by enactments repealed and replaced by this Act; and

(c) the assimilation in certain respects to orders under this Act of orders made, or deemed to have been made, under the Matrimonial Causes Act 1965.

1965 c. 72.

Consequential amendments and repeals.

54.—(1) Subject to the provisions of Schedule 1 to this Act—

(a) the enactments specified in Schedule 2 to this Act shall have effect subject to the amendments specified in that Schedule, being amendments consequential on the provisions of this Act or on enactments repealed by this Act; and

Surrogacy Arrangements Act 1985



Surrogacy Arrangements Act 1985

1985 CHAPTER 49

An Act to regulate certain activities in connection with arrangements made with a view to women carrying children as surrogate mothers. [16th July 1985]

Be it enacted by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:—

Annotations:

Commencement Information

II Act wholly in force at Royal Assent

I Meaning of “surrogate mother”, “surrogacy arrangement” and other terms. **E**

- (1) The following provisions shall have effect for the interpretation of this Act.
- (2) “Surrogate mother” means a woman who carries a child in pursuance of an arrangement—
- made before she began to carry the child, and
 - made with a view to any child carried in pursuance of it being handed over to, and [parental responsibility being met] (so far as practicable) by, another person or other persons.
- (3) An arrangement is a surrogacy arrangement if, were a woman to whom the arrangement relates to carry a child in pursuance of it, she would be a surrogate mother.
- (4) In determining whether an arrangement is made with such a view as is mentioned in subsection (2) above regard may be had to the circumstances as a whole (and, in particular, where there is a promise or understanding that any payment will or may be made to the woman or for her benefit in respect of the carrying of any child in pursuance of the arrangement, to that promise or understanding).

Changes to legislation: There are outstanding changes not yet made by the legislation.gov.uk editorial team to Surrogacy Arrangements Act 1985. Any changes that have already been made by the team appear in the content and are referenced with annotations. (See end of Document for details)

- (5) An arrangement may be regarded as made with such a view though subject to conditions relating to the handing over of any child.
- (6) A woman who carries a child is to be treated for the purposes of subsection (2)(a) above as beginning to carry it at the time of the insemination [F2] or of the placing in her of an embryo, of an egg in the process of fertilisation or of sperm and eggs, as the case may be,] that results in her carrying the child.
- (7) “Body of persons” means a body of persons corporate or unincorporate.
- (8) “Payment” means payment in money or money’s worth.
- (9) This Act applies to arrangements whether or not they are lawful **F3**

Annotations:

Extent Information

E1 This version extends to England and Wales and Northern Ireland only; a separate version has been created for Scotland only

Amendments (Textual)

- F1** Words in s. 1(2)(b) substituted (E.W.) (14.10.1991) by Children Act 1989 (c. 41, SIF 20), s. 108(5), Sch. 13 para. 56 (with Sch. 14 para. 1(1)); S.I. 1991/828, art. 3(2) and substituted (N.I.) (4.11.1996) by S.I. 1995/755 (N.I. 2), art. 185(1), Sch. 9 para. 119; S.R. 1996/297, art. 2(2)
- F2** Words substituted by Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (c. 37, SIF 83:1), s. 36(2)(a)
- F3** Words repealed by Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (c. 37, SIF 83:1), s. 36(2)(b)

I Meaning of “surrogate mother”, “surrogacy arrangement” and other terms. **S**

- (1) The following provisions shall have effect for the interpretation of this Act.
- (2) “Surrogate mother” means a woman who carries a child in pursuance of an arrangement—
- made before she began to carry the child, and
 - made with a view to any child carried in pursuance of it being handed over to, and the parental rights being exercised (so far as practicable) by, another person or other persons.
- (3) An arrangement is a surrogacy arrangement if, were a woman to whom the arrangement relates to carry a child in pursuance of it, she would be a surrogate mother.
- (4) In determining whether an arrangement is made with such a view as is mentioned in subsection (2) above regard may be had to the circumstances as a whole (and, in particular, where there is a promise or understanding that any payment will or may be made to the woman or for her benefit in respect of the carrying of any child in pursuance of the arrangement, to that promise or understanding).
- (5) An arrangement may be regarded as made with such a view though subject to conditions relating to the handing over of any child.
- (6) A woman who carries a child is to be treated for the purposes of subsection (2)(a) above as beginning to carry it at the time of the insemination [F2] or of the placing in her of an embryo, of an egg in the process of fertilisation or of sperm and eggs, as the case may be,] that results in her carrying the child.

Changes to legislation: There are outstanding changes not yet made by the legislation.gov.uk editorial team to Surrogacy Arrangements Act 1985. Any changes that have already been made by the team appear in the content and are referenced with annotations. (See end of Document for details)

- (7) “Body of persons” means a body of persons corporate or unincorporate.
- (8) “Payment” means payment in money or money’s worth.
- (9) This Act applies to arrangements whether or not they are lawful^{F8}

Annotations:

Extent Information

E2 This version extends to Scotland only; a separate version has been created for England and Wales and Northern Ireland only

Amendments (Textual)

- F7** Words substituted by Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (c. 37, SIF 83:1), s. 36(2)(a)
- F8** Words repealed by Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (c. 37, SIF 83:1), s. 36(2)(b)

[^{F4}1A Surrogacy arrangements unenforceable.

No surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it.]

Annotations:

Amendments (Textual)

- F4** S. 1A inserted by Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (c. 37, SIF 83:1), s. 36(1)

2 Negotiating surrogacy arrangements on a commercial basis, etc.

- (1) No person shall on a commercial basis do any of the following acts in the United Kingdom, that is—
 - (a) initiate or take part in any negotiations with a view to the making of a surrogacy arrangement,
 - (b) offer or agree to negotiate the making of a surrogacy arrangement, or
 - (c) compile any information with a view to its use in making, or negotiating the making of, surrogacy arrangements;and no person shall in the United Kingdom knowingly cause another to do any of those acts on a commercial basis.
- (2) A person who contravenes subsection (1) above is guilty of an offence; but it is not a contravention of that subsection—
 - (a) for a woman, with a view to becoming a surrogate mother herself, to do any act mentioned in that subsection or to cause such an act to be done, or
 - (b) for any person, with a view to a surrogate mother carrying a child for him, to do such an act or to cause such an act to be done.
- (3) For the purposes of this section, a person does an act on a commercial basis (subject to subsection (4) below) if—
 - (a) any payment is at any time received by himself or another in respect of it, or
 - (b) he does it with a view to any payment being received by himself or another in respect of making, or negotiating or facilitating the making of, any surrogacy arrangement.

Welfare Reform Act 2009

- (g) as to the revival of a disqualification order in such circumstances as may be prescribed;
- (h) for sections 39C to 39E to have effect with prescribed modifications in cases where a person against whom a disqualification order has effect is outside the United Kingdom.”

- 7 Omit section 39G (application of sections 39B and 39F to Scotland).
- 8 Omit section 40B (disqualification for holding or obtaining driving licence).
- 9 In section 52(2A)(b) (regulations and orders: affirmative resolution procedure), after “under section” insert “39CA(4), 39CB(3)(b)”.

Child Maintenance and Other Payments Act 2008 (c. 6)

- 10 In section 59(5) and (6) of the Child Maintenance and Other Payments Act 2008 (transition), after “39B,” insert “39CB,”.

SCHEDULE 6

Section 56

REGISTRATION OF BIRTHS

PART 1

AMENDMENTS OF BIRTHS AND DEATHS REGISTRATION ACT 1953

- 1 In this Schedule “the 1953 Act” means the Births and Deaths Registration Act 1953 (c. 20).

- 2 (1) Section 1 of the 1953 Act (particulars of births required to be registered) is amended as follows.

- (2) In subsection (2), for paragraph (a) substitute –

- (a) the mother of the child;
- (aa) the father of the child where –
 - (i) the child is one whose father and mother were married to each other at the time of the child’s birth, or
 - (ii) the father is a qualified informant by virtue of subsection (2)(a) of section 10 (registration of father where parents not married or of second female parent where parents not civil partners) or by virtue of regulations under subsection (6)(b) of section 2E (scientific tests);”.

- (3) For subsection (3) substitute –

- “(3) In subsection (2)(aa) –
 - (a) the first reference to the father is, in the case of a child who has a parent by virtue of section 42 or 43 of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008, to be read as a reference to the woman who is a parent by virtue of that section;

- (b) the reference in sub-paragraph (i) to the father being a qualified informant by virtue of section 10(2)(a) is, in the case of a child who has a parent by virtue of section 43 of that Act, to be read as a reference to that parent being a qualified informant by virtue of section 10(2A)(a).”

- (4) After subsection (3) insert –

“(4) In this Part, references to a child whose father and mother were, or were not, married to each other at the time of the child’s birth are to be read in accordance with section 1 of the Family Law Reform Act 1987 (which extends the cases in which a person is treated as being a person whose father and mother were married to each other at the time of the person’s birth).”

- 3 (1) Section 2 of the 1953 Act (information concerning birth to be given to registrar within 42 days) is amended as follows.

- (2) In subsection (1), after “every birth” insert “of a child whose father and mother were married to each other at the time of the child’s birth”.

- (3) In subsection (2), for “subsection (1)” substitute “subsection (1)(a) and (b)”.

- (4) In the title, for the words from “to be given” onwards substitute “of child whose parents are married”.

- 4 After section 2 of the 1953 Act insert –

“2A Information concerning birth of child whose parents are not married

- (1) In the case of every birth of a child whose father and mother were not married to each other at the time of the birth, it shall be the duty –

- (a) of the mother of the child, and
- (b) in the case of the death or inability of the mother, of each qualified informant falling within section 1(2)(b) to (e), to give to the registrar, before the expiration of a period of 42 days from the date of the birth, information of the particulars required to be registered concerning the birth, together with any other information required by section 2B(1), and in the presence of the registrar to sign the register.

- (2) The giving of information and the signing of the register by any one qualified informant shall act as a discharge of any duty under this section of every other qualified informant, but this does not affect –

- (a) any duty of the father by virtue of regulations under section 2C (confirmation of parentage information given by mother), or
- (b) any duty by virtue of regulations under section 2E (scientific tests).

- (3) This section ceases to apply if, before the end of the period mentioned in subsection (1) and before the birth has been registered, an inquest is held at which the child is found to have been still-born.

- (4) In the case of a child who has a parent by virtue of section 43 of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008, the reference in subsection (2)(a) to the father is to be read as a reference to the woman who is a parent by virtue of that section.

2B Duties of unmarried mother when acting alone

- (1) Where no request for the entry of a person's name as the father of the child is made by virtue of any of paragraphs (a) to (g) of section 10(1) (registration of father where parents are not married) or by virtue of regulations under section 2E (scientific tests), the information to be given under section 2A(1) by the mother includes such information relating to the father as may be prescribed for the purposes of this subsection by regulations made by the Minister, which may include information that is not intended to be entered on the register.
- (2) The Registrar General may by regulations authorise or require the information relating to the father to be provided in a prescribed form or manner.
- (3) Subsection (1) does not require the mother to provide information relating to the father if she makes in the presence of the registrar a declaration in the prescribed form stating that one or more of the following conditions is met.
- (4) Those conditions are—
- that by virtue of section 41 of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 the child has no father,
 - that the father has died,
 - that the mother does not know the father's identity,
 - that the mother does not know the father's whereabouts,
 - that the father lacks capacity (within the meaning of the Mental Capacity Act 2005) in relation to decisions under this Part,
 - that the mother has reason to fear for her safety or that of the child if the father is contacted in relation to the registration of the birth, and
 - any other conditions prescribed by regulations made by the Minister.
- (5) Subsection (1) does not apply—
- in the case of a still-birth,
 - if the child has died, or
 - if the mother acknowledges in accordance with regulations made by virtue of subsection (2)(b) of section 2D (declaration before registration by person claiming to be other parent) that a person who has previously given notice by virtue of subsection (2)(a) of that section is the other parent of the child.
- (6) The Minister may by regulations provide that, except in such cases as the regulations may prescribe, where the mother is required by subsection (1) to give information relating to the father—
- the mother's duty under section 2A to sign the register is to have effect as a duty to sign a declaration in such form as may be so prescribed,
 - the registrar is not to register the birth of the child until such time as may be determined in accordance with the regulations, and

- the entry in the register is to be taken for the purposes of this Act to have been signed by the person who signed the declaration.
- (7) No information relating to the father is to be entered in the register merely because it is given by the mother by virtue of subsection (1).
- (8) In the case of a child who has a parent by virtue of section 43 of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008—
- references in this section to the father are to be read as references to the woman who is a parent by virtue of that section,
 - the reference in subsection (1) to paragraphs (a) to (g) of section 10(1) is to be read as a reference to paragraphs (a) to (f) of section 10(1B), and
 - paragraphs (a) and (c) of subsection (4) do not apply.

2C Confirmation of parentage information given by mother

- (1) The Minister may by regulations provide for a procedure under which a person may be registered as the father of a child in a case where information relating to that person is given by virtue of section 2B(1) by the mother of the child and is subsequently confirmed by that person.
- (2) Regulations under this section may in particular—
- enable or require the registrar by notice to require the person in relation to whom information has been given by virtue of section 2B(1) by the mother (“the alleged father”) to state whether or not he acknowledges that he is the father of the child,
 - where the alleged father acknowledges that he is the father of the child, require the alleged father to give prescribed information to the registrar,
 - where the alleged father gives that information to the registrar, require the registrar to enter the alleged father's name in the register as the father of the child or, where the birth has already been registered, to re-register the birth so as to show the alleged father as the father, and
 - provide that in prescribed cases where the alleged father is not required by the regulations to sign the register, the entry in the register is to be taken for the purposes of this Act to have been signed by the alleged father.
- (3) In the case of a child who has a parent by virtue of section 43 of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008, references in subsection (1) or (2) to the father are to be read as references to the woman who is a parent by virtue of that section (and references to the alleged father have a corresponding meaning).
- (4) Regulations under this section may—
- require anything to be done in a prescribed form or manner or in the presence of the registrar,
 - make provision as to the time within which anything is required or authorised to be done.

(5) In this section “prescribed” means prescribed by regulations made under this section by the Minister.

2D Declaration before registration by person claiming to be other parent

(1) The Minister may by regulations provide for a procedure under which a person may be registered as the father of a child whose father and mother were not married to each other at the time of the child’s birth, on the basis of information that is—

- (a) given by that person (in the absence of the mother) before the birth is registered, and
 - (b) confirmed by the mother when she provides information of the particulars required to be registered concerning the birth.
- (2) Regulations under this section may in particular—
- (a) enable a person who believes himself to be the father of a child to make a declaration to that effect to the registrar before the birth of the child is registered,
 - (b) require the mother of the child, on giving information concerning the birth of the child or in such other circumstances as may be prescribed, to state whether or not she acknowledges that the person is the father of the child,
 - (c) where the mother acknowledges that the person is the father of the child, require the registrar to enter the person’s name in the register as the father of the child, and
 - (d) provide that in prescribed cases where the person is not required by the regulations to sign the register, the entry in the register is to be taken for the purposes of this Act to have been signed by the person.

(3) In the case of a child who has a parent by virtue of section 43 of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008, references in subsections (1) and (2) to the father (except in the reference in subsection (1) to a child whose father and mother were not married to each other at the time of the child’s birth) are to be read as references to the woman who is a parent by virtue of that section.

(4) Regulations under this section may—

- (a) require anything to be done in a prescribed form or manner or in the presence of the registrar,
- (b) make provision as to the time within which anything is required or authorised to be done.

(5) This section does not apply—

- (a) in relation to a still-birth, or
- (b) if the child has died.

(6) In this section “prescribed” means prescribed by regulations made under this section by the Minister.

2E Use of scientific tests with consent of parties

(1) The Minister may by regulations make provision enabling a report of a qualifying scientific test to be used in connection with the registration or re-registration under this Act of the birth of a child in cases where—

(a) the birth has not been registered under this Act, or

(b) the birth has been registered but no person has been registered as the father of the child (or as a parent of the child by virtue of section 42, 43 or 46(1) or (2) of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008).

(2) A qualifying scientific test is a scientific test that complies with prescribed requirements and is carried out by a person who is accredited by the Minister for the purposes of this section in accordance with the regulations.

(3) The regulations may not require any person to participate in a qualifying scientific test.

(4) The regulations may not enable or require a report of a qualifying scientific test to be used as mentioned in subsection (1) unless, before the test is carried out, the mother and the man to whom the test relates—

- (a) consent to the carrying out of the test, and
- (b) agree in the prescribed manner that if the report of the test is positive the man’s name will be entered in the register as the father of the child.

(5) For the purposes of this section, the report of a qualifying scientific test is positive if the report states that the result of the test indicates to a prescribed degree of certainty that the man concerned is the father of the child.

(6) Regulations under this section may—

- (a) enable or require the mother or the man, if the report of the qualifying scientific test is positive, to apply for the registration (or re-registration) of the birth so as to show the man as the father,
- (b) provide that where the regulations enable or require the man to apply for registration, the man is to be treated for the purposes of this Part as a qualified informant concerning the birth of the child,
- (c) impose obligations on the registrar in relation to the registration (or re-registration) of the birth,
- (d) require anything to be done in a prescribed form or manner or in the presence of the registrar,
- (e) make provision as to the time within which anything is required or authorised to be done.

(7) The regulations may not require the registrar to enter a man’s name in the register as the father of a child if it appears to the registrar that by virtue of any provision of sections 35 to 47 of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 the man is not the father of the child.

(8) This section does not apply in relation to a still-birth.

(9) In this section “prescribed” means prescribed by regulations made under this section by the Minister.”

- 5 In section 4 of the 1953 Act (registrar's power to require information concerning birth), in paragraph (a), for "three months" substitute "12 months".
- 6 In section 5 of the 1953 Act (registration of births free of charge) for "three months" substitute "12 months".
- 7 Omit section 6 of the 1953 Act (which makes special provision about registration between 3 and 12 months from the date of birth).
- 8 In section 7 of the 1953 Act (registration after twelve months from date of birth) omit subsection (3) (which excludes still-births).
- 9 In section 8 of the 1953 Act (penalty for improper registration after 3 months from date of birth) –
(a) for "the two last foregoing sections" substitute "section 7", and
(b) for "three months" (both in the section and in the title) substitute "12 months".
- 10 (1) Section 9 of the 1953 Act (giving of information to a person other than the registrar) is amended as follows.
(2) After subsection (3) insert –
“(3A) Anything that section 2B (duties of unmarried mother when acting alone) requires to be done in the presence of, or in relation to, the registrar may, in prescribed cases, be done in the presence of, or in relation to, such officer as may be prescribed.”
- (3) After subsection (5) insert –
“(6) Regulations under section 2C, 2D, 2E, 10B or 10C may enable anything that would otherwise be required or authorised to be done under the regulations in the presence of, or in relation to, the registrar to be done instead in the presence of, or in relation to, such officer as may be prescribed by the regulations.”
- 11 (1) Section 10 of the 1953 Act (registration of father where parents not married or of second female parent where parents not civil partners) is amended as follows.
(2) In subsection (1) –
(a) for the words from the beginning to "the registrar", substitute "In the case of a child whose father and mother were not married to each other at the time of the child's birth, no person shall as father of the child be required to give information concerning the birth of the child except by virtue of regulations under section 2C or 2E, and the registrar",
(b) in paragraph (b) for sub-paragraph (ii) substitute –
“(ii) a declaration in the prescribed form which is made by that person, states himself to be the father of the child, and is countersigned by a prescribed person; or”,
(c) in paragraph (c) for sub-paragraph (ii) substitute –
“(ii) a declaration in the prescribed form which is made by the mother, states that that person is the father of the child, and is countersigned by a prescribed person; or”, and

- (d) at the end of paragraph (g) insert "or
(h) in accordance with regulations made under section 2C (confirmation of parentage information given by mother), section 2D (declaration before registration by person claiming to be other parent) or section 2E (scientific tests)".
- (3) In subsection (1B) –
(a) for the words from the beginning to "that section" substitute "In the case of a child to whom section 1(3) of the Family Law Reform Act 1987 does not apply, no woman shall as parent of the child by virtue of section 43 of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 be required to give information concerning the birth of the child except by virtue of regulations under section 2C, and the registrar shall not enter the name of any woman as a parent of the child by virtue of that section",
(b) in paragraph (b) for sub-paragraph (ii) substitute –
“(ii) a declaration in the prescribed form which is made by the woman concerned, states herself to be a parent of the child by virtue of section 43 of that Act, and is countersigned by a prescribed person; or”,
(c) in paragraph (c) for sub-paragraph (ii) substitute –
“(ii) a declaration in the prescribed form which is made by the mother, states that the woman concerned is a parent of the child by virtue of section 43 of that Act, and is countersigned by a prescribed person; or”, and
(d) at the end of paragraph (f) insert "or
(g) in accordance with regulations made under section 2C (confirmation of parentage information given by mother) or section 2D (declaration before registration by person claiming to be other parent)".
- (4) After subsection (1B) insert –
“(1C) Subsections (1) and (1B) have effect subject to section 10ZA.”
- (5) In subsections (2)(b) and (2A)(b), for "section 2" substitute "section 2A".
- (6) Omit subsection (3).
- 12 (1) Section 10A of the 1953 Act (Re-registration where parents neither married nor civil partners) is amended as follows.
(2) In subsection (1) –
(a) in paragraph (b) for sub-paragraph (ii) substitute –
“(ii) a declaration in the prescribed form which is made by that person, states himself to be the father of the child, and is countersigned by a prescribed person; or”,
(b) in paragraph (c) for sub-paragraph (ii) substitute –
“(ii) a declaration in the prescribed form which is made by the mother, states that that person is

the father of the child, and is countersigned by a prescribed person; or”.

- (3) In subsection (1B) –
- (a) in paragraph (b) for sub-paragraph (ii) substitute –
- “(ii) a declaration in the prescribed form which is made by the woman concerned, states herself to be a parent of the child by virtue of section 43 of that Act, and is countersigned by a prescribed person; or”;
- (b) in paragraph (c) for sub-paragraph (ii) substitute –
- “(ii) a declaration in the prescribed form which is made by the mother, states that the woman concerned is a parent of the child by virtue of section 43 of that Act, and is countersigned by a prescribed person; or”.
- (4) In subsection (2), omit paragraph (d) (requirement for signature by superintendent registrar where re-registration takes place more than 3 months after the birth) and the word “and” immediately before it.
- 13 After section 10A of the 1953 Act insert –

“10B Re-registration after sole registration: information provided by other parent and confirmed by mother

- (1) The Minister may by regulations make provision for the re-registration of a birth to show a person as the father of a relevant child, on the basis of information given by that person after the birth is registered and confirmed by the mother.
- (2) In this section a “relevant child” means a child –
- (a) whose father and mother were not married to each other at the time of the child’s birth, and
- (b) whose birth has been registered before or after the commencement of this section without any person being registered as the father of the child (or as a parent of the child by virtue of section 42, 43 or 46(1) or (2) of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008).
- (3) Regulations under subsection (1) may –
- (a) enable a person who believes himself to be the father of a relevant child to make a declaration to that effect to the registrar,
- (b) enable or require the registrar by notice to require the mother to state whether or not she acknowledges that the person is the father of the child, and
- (c) where the mother acknowledges that the person is the father, require the registrar to re-register the birth so as to show the person as the father.
- (4) In the case of a child who has a parent by virtue of section 43 of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008, references in subsections (1) and (3) to the father are to be read as references to the woman who is a parent by virtue of that section.
- (5) Regulations under this section may –

- (a) require anything to be done in a prescribed form or manner or in the presence of the registrar,
- (b) make provision as to the time within which anything is required or authorised to be done.
- (6) Regulations under this section may not provide for any birth to be re-registered except with the authority of the Registrar General.
- (7) In this section “prescribed” means prescribed by regulations made under this section by the Minister.

10C Re-registration after sole registration: information provided by mother and confirmed by other parent

- (1) The Minister may by regulations make provision for the re-registration of a birth to show a person as the father of a relevant child, on the basis of information given by the mother after the birth is registered and confirmed by that person.
- (2) In this section a “relevant child” means a child –
- (a) whose father and mother were not married to each other at the time of the child’s birth, and
- (b) whose birth has been registered before or after the commencement of this section without any person being registered as the father of the child (or as a parent of the child by virtue of section 42, 43 or 46(1) or (2) of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008).
- (3) Regulations under subsection (1) may –
- (a) enable the mother of a relevant child to make a declaration to the registrar stating that a specified person (“the alleged father”) is the father of the child,
- (b) enable or require the registrar by notice to require the alleged father to state whether or not he acknowledges that he is the father of the child,
- (c) where the alleged father acknowledges that he is the father of the child, require the alleged father to give prescribed information to the registrar, and
- (d) where the alleged father gives that information to the registrar, require the registrar to re-register the birth so as to show the alleged father as the father.
- (4) In the case of a child who has a parent by virtue of section 43 of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008, references in subsections (1) and (3) to the father are to be read as references to the woman who is a parent by virtue of that section (and references to the alleged father have a corresponding meaning).
- (5) Regulations under this section may –
- (a) require anything to be done in a prescribed form or manner or in the presence of the registrar,
- (b) make provision as to the time within which anything is required or authorised to be done.
- (6) Regulations under this section may not provide for any birth to be re-registered except with the authority of the Registrar General.

- (7) In this section “prescribed” means prescribed by regulations made under this section by the Minister.”
- 14 In section 34 of the 1953 Act (entry in register as evidence of birth or death), in subsection (3), for paragraph (a) substitute –
- “(a) if it appears that not more than 12 months have so intervened –
- (i) the original entry was made after the commencement of paragraph 7 of Schedule 6 to the Welfare Reform Act 2009, or
- (ii) the entry purports either to be signed by the superintendent registrar as well as by the registrar or to have been made with the authority of the Registrar General.”
- 15 In section 36 of the 1953 Act (penalties for failure to give information) after paragraph (a) insert –
- “(aa) if, being required by regulations under section 2C, 2D, 2E, 10B or 10C to do anything within a particular time, he refuses or fails without reasonable excuse to do so.”
- 16 In section 39 of the 1953 Act (regulations), in paragraph (a), for “this Act” substitute “any provision of this Act other than sections 2B(1), (4) and (6), 2C, 2D, 2E, 10B and 10C”.
- 17 After section 39 of the 1953 Act insert –
- “39A Regulations made by the Minister: further provisions**
- (1) Regulations made by the Minister under the relevant provisions may –
- (a) make different provision for different cases or areas,
- (b) provide for exemptions from any of the provisions of the regulations, and
- (c) contain such incidental, supplemental and transitional provision as the Minister considers appropriate.
- (2) Before making regulations under the relevant provisions, the Minister must consult the Registrar General.
- (3) Any power of the Minister to make regulations under the relevant provisions is exercisable by statutory instrument.
- (4) A statutory instrument containing regulations made by the Minister under the relevant provisions is subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament.
- (5) In this section “the relevant provisions” means sections 2B(1), (4) and (6), 2C, 2D, 2E, 10B and 10C.”
- 18 In section 41 of the 1953 Act (interpretation), in the definition of “prescribed”, after ““prescribed””, insert “(except in sections 2B(1), (4) and (6), 2C, 2D, 2E, 10B and 10C)”.

Bibliographie

France

Lois

Circulaire n° CIV/13/06 de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation., *Bulletin officiel du Ministère de la Justice* 30 juin 2006.

Circulaire NOR JUSC1301528C 25 jan. 2013.

Code civil.

Code de la santé publique.

Code de l'action sociale et des familles.

Code de Procédure Civile.

Convention internationale des droits de l'enfant 20 nov. 1989.

Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JO* 5 mar. 2002, p. 4161.

Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, *JO* 23 jan. 2002.

Loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille, *JO* 18 juin 2003.

Loi n° 2005-744 du 4 juillet 2005, *JO* 5 juil. 2005.

Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, *JO* 21 nov. 2007, p. 18993.

Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, *JO* 6 mar. 2007.

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* 17 jan. 2009, p. 1062.

Loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013, *JO* 18 déc. 2012.

Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, *JO* 18 mai 2013.

Loi n° 70-459 sur l'autorité parentale 4 juin 1970.

Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption, *JO* 6 juil. 1996.

Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au Pacte civil de solidarité, *JO* 16 nov. 1999.

Projet de loi relatif à la bioéthique 2010.

Projet de loi relatif à l'adoption 2009.

Proposition de loi n° 4320 visant à remplacer l'autorité parentale par la *responsabilité parentale* et à en préciser l'exercice 7 fév. 2012.

Rapports officiels

AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Délibération sur la gestation pour autrui*, 21 sept. 2009.

COLOMBANI (Jean-Marie), *Rapport sur l'adoption*, mar. 2008.

COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE, *Avis 110 : Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui*, 6 mai 2010.

— *Avis 113 : La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple*, 10 fév. 2011.

CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, 2009.

DÉFENSEURE DES ENFANTS, *L'enfant au coeur des nouvelles parentalités*, 2006.

— *Rapport d'activité*, 2009.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ (Françoise), *Rapport au garde des Sceaux, Ministre de la Justice, Réenvisager le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, 1999.

DIRECTION DES ARCHIVES DE FRANCE DU MINISTÈRE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION, *Aperçu des usages d'internet par les généalogistes*, 2007, URL : <http://www.generationcyb.net/IMG/pdf/dt1272.pdf>.

FONDATION TERRA NOVA, *Accès à la parenté. Assistance médicale à la procréation et adoption, Pour une révision progressiste de la loi bioéthique*, sous la dir. de G. DELAISI DE PARSEVAL et V. DEPADT-SEBAG, fév. 2010.

LEONETTI (Jean), *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droit des tiers*, 2009.

OBSERVATOIRE NATIONAL DE L'ENFANCE EN DANGER, *Situation des pupilles de l'État*, 31 déc. 2005.

SÉNAT, *Le statut de l'enfant adultérin*, 1998.

— *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui, Rapport d'information n° 421*, 2008.

— *Mariage des personnes de même sexe et homoparentalité*, LC 229, nov. 2012.

Jurisprudence

Conseil constitutionnel

Cons. constit., 13 août 1993 ; *JCP* 1993, III, 66372.

Cons. constit., 15 nov. 2007, n° 2007-557 DC ; *D.* 2007, p. 2992, note G. CARCASSONNE ; *JCP G.* 2008, t. I, 100, note F. TERRÉ ; *JCP G.* 2008, t. I, 101, note M. VERPEAUX.

Cons. constit., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC ; *JCP G.* 2010, 1145, note A. GOUTTENOIRE et C. RADÉ ; *D.* 2011, p. 529, note N. MAZIAU ; *RTD. civ.* 2010, p. 776, obs. J. HAUSER ; *D.* 2010, p. 2744, note F. CHÉNEDÉ ; *RTD. civ.* 2011, p. 90, obs. P. DEUMIER.

Cons. constit., 30 sept. 2011, n° 2011-173 QPC.

Cons. constit., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC.

Conseil d'État

CE, *Francous*, 18 fév. 1994 ; *D.* 1994, IR, p. 78.

CE, 27 oct. 1995, n° 161788.

CE, 8 mar. 2012, n° 347240.

Cour de cassation

Assemblée plénière

Cass. Ass. Plén., *Fullenwarth*, 9 mai 1984, *Bull. civ.* p. 4 ; *GAJC*, t. II, 208-209 ; *D.* 1984, p. 525, note CHABAS ; *JCP G.* 1984, t. II, 20255, note DEJEAN DE LA BÂTIE ; *RTD. civ.* 1984, p. 508, obs. HUET.

Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991 ; *GAJ civ.* 2007, 50, p. 351, comm. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE ; *D.* 1991, II, p. 417, rapp. Y. CHARTIER, note THOUVENIN ; *JCP* 1991, II, 21752, comm. J. BERNARD, note F. TERRÉ, concl. DONTEWILLE ; *Deffrénois* 1991, 1267, obs. AUBERT ; *RTD. civ.* 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER ; *RTD. civ.* 1992, p. 489, chron. M. GOBERT ; *LPA* 23 oct. 1991, 127, p. 4, note M. GOBERT.

Cass. Ass. Plén., 13 déc. 2002, *Bull. Civ.* p. 4 ; *D.* 2003, p. 231, note P. JOURDAIN ; *JCP G.* 2003, t. II, 10010, note HERVIO-LONG ; *Gaz. Pal.* 2003, p. 1008, note CHABAS ; *Gaz. Pal.* 2003, p. 1035, note ICARD et PANSIER.

Ancienne chambre civile

Cass. civ., 16 déc. 1811 ; *S.* 1809–1811, I, 433.

Cass. civ., 22 juin 1813 ; *S.* 1813, I, 281, concl. JOUBERT.

Cass. civ., 25 mai 1948 ; *Rev. cr.* 1949, p. 89, note BATIFFOL ; *S.* 1949, t. I, p. 21, note NI-BOYET ; *JCP* 1948, II, 4532, note VASSEUR ; *GAJDIP*, no 19.

Cass. civ., 25 juil. 1949 ; *D.* 1949, p. 585, note J. CARBONNIER ; *JCP G.* 1949, t. II, 5102, note A. ROUAST.

Cass. civ., 2 avr. 1968 ; *D.* 1968, p. 705, note A. ROUAST ; *JCP G.* 1969, t. II, 15785, note MOURGEON.

1^{re} chambre civile

Cass. 1^{re} civ., 15 juil. 1963 ; *Rev. crit. DIP* 1964, p. 732.

Cass. 1^{re} civ., 30 mai 1967 ; *Rev. cr. DIP* 1967, p. 728, note BOUREL.

Cass. 1^{re} civ., *Chemouni*, 28 jan. 1958 ; *JCP* 1958, II, 10488, note LOUIS-LUCAS ; *Rev. cr. DIP* 1958, p. 110, note JAMBU-MERLIN ; *D.* 1958, p. 265, note LENOAN ; *Clunet* 1958, p. 776, note PONSARD.

Cass. 1^{re} civ., 10 juil. 1973 ; *JCP G.* 1974, t. II, 17689, note E. S. de la MARNIÈRE.

Cass. 1^{re} civ., 23 oct. 1973, *Bull. civ.* I, 19 ; *D.* 1974, p. 135, note GAURY.

Cass. 1^{re} civ., 22 avr. 1975 ; *D.* 1975.

Cass. 1^{re} civ., 9 juin 1976, *Bull. civ.* I, 211 ; *D.* 1976, p. 593, note P. RAYNAUD ; *JCP G.* 1976, t. II, 18494, note G. CORNU ; *Gaz. Pal.* 1976, t. 2, p. 708, note VIATTE ; *Deffrénois* 1976, p. 31207, note MASSIP ; *RTD. civ.* 1976, p. 340, obs. NERSON ; *RTD. civ.* 1977, p. 752, obs. NERSON et RUBELLIN-DEVICHI.

Cass. 1^{re} civ., 2 fév. 1977, *Bull. Civ. I no 63* ; *D.* 1978, p. 276, note D. HUET-WEILLER.

Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1977, *Bull. civ.* I, 305 ; *D.* 1977, IR 436, obs. D. HUET-WEILLER.

Cass. 1^{re} civ., 20 mar. 1978, *Bull. civ.* I, 114.

Cass. 1^{re} civ., *Beneddouche*, 3 jan. 1980, *Bull. civ.* I, 4.

Cass. 1^{re} civ., 17 juil. 1980, *Bull. civ.* I, 224 ; *D.* 1981, IR 298, obs. D. HUET-WEILLER.

Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 1980 ; *D.* 1981, p. 514, note J. MOULY.

Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juil. 1981 ; *D.* 1982, p. 105, note D. HUET-WEILLER.

Cass. 1^{re} civ., 17 fév. 1982, *Bull. civ.* I, 78 ; *D.* 1983, IR 331, obs. D. HUET-WEILLER.

Cass. 1^{re} civ., 27 fév. 1985, *Bull. civ.* I, 76 ; *D.* 1985, p. 265, note G. CORNU ; *JCP G.* 1985, t. II, 20460, note E. FORTIS-MONJAL et G. PAIRE ; *Deffrénois* 1985, p. 33620, note M. GRIMALDI ; *Deffrénois* 1985, p. 33535, obs. J. MASSIP.

Cass. 1^{re} civ., 5 juin 1988, *Bull. civ.* I, 217 ; *D.* 1989, p. 398, concl. L. CHARBONNIER ; *Deffrénois* 1988, p. 1294, obs. J. MASSIP.

Cass. 1^{re} civ., 19 juil. 1989 ; *JCP G.* 1990, t. II, 21443, note P. SALVAGE-GEREST ; *Deffrénois* 1989, p. 1344, obs. J. MASSIP.

Cass. 1^{re} civ., 26 juin 1990, n^o 88-19.279, *Bull. civ.* I, p. 178 ; *JCP G.* 1991, t. II, 21688, note F. VAUVILLÉ ; *D.* 1991, t. II, p. 315, note J. MASSIP ; *RTD. civ.* 1990, p. 447, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

Cass. 1^{re} civ., 16 juil. 1992, *Bull. civ.* I, 230 ; *Deffrénois* 1993, obs. J. MASSIP.

- Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1994 ; *D.* 1994, p. 581, note Y. CHARTIER ; *JCP G.* 1995, t. II, 22362, note RUBELLIN-DEVICHI ; *RTD. civ.* 1994, p. 842, obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 1995, p. 315, obs. MASSIP.
- Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1995, *Bull. civ.* I, 239 ; *RTD. civ.* 1995, p. 872, obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 1996, obs. J. MASSIP.
- Cass. 1^{re} civ., 10 oct. 1995, *Bull. Civ.* I, p. 352 ; *D.* 1996, p. 120, note R. LIBCHABER ; *D.* 1997, p. 155, note G. PIGNARRE ; *D.* 1997, Chron, p. 85, note N. MOLFESSIS.
- Cass. 1^{re} civ., 6 mar. 1996 ; *D.* 1997, p. 48, note J. MASSIP ; *D.* 1997, Somm. p. 276, obs. MORGAND ; *D.* 1996, Somm. p. 383, obs. GRANET ; *RTD. civ.* 1996, p. 374, obs. J. HAUSER.
- Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 1997, *Bull. civ.* I, 333 ; *JCP G.* 1998, t. II, 10038, note F. DREIFUSS-NETTER ; *Defrénois* 1998, p. 1026, obs. J. MASSIP ; *Dr. Fam* 1998, no 3, note P. MURAT.
- Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1998, *Bull. Civ. I no 215* ; *JCP G.* 1998, t. II, 10 157, note D. GUTMANN ; *RTD. civ.* 1998, p. 879, obs. J. HAUSER ; *LPA* 24 fév. 1999, p. 7, note M. REBOURG ; *Gaz. Pal.* 1999, t. I, p. 143, note J. SAINTE-ROSE ; *Dr. Fam* 1998, 151, note P. MURAT.
- Cass. 1^{re} civ., 28 mar. 2000, *Bull. civ.* I, 103 ; *D.* 2000, p. 731, note T. GARÉ ; *D.* 2001, p. 1427, obs. H. GAUMONT-PRAT ; *D.* 2001, p. 2868, obs. DESNOYER ; *JCP G.* 2000, t. II, 10409, note MONSALLIER-SAINT-MLEUX ; *Defrénois* 2000, p. 769, note MASSIP ; *Dr. Fam* 2000, note P. MURAT ; *RJPF* mai 2000, p. 38, note J. HAUSER ; *LPA* 27 nov. 2000, note DABURON ; *LPA* 5 sept. 2000, note NEVEJANS-BATAILLE.
- Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 2000, *Bull. civ.* I, 318 ; *D.* 2001, p. 1496, note GARÉ ; *D.* 2002, somm. p. 1879, obs. AUTEM ; *JCP* 2001, II, 10478, note CASEY ; *Defrénois* 2001, p. 604, obs. MASSIP ; *Dr. Fam* 2001, 32, note BEIGNIER ; *LPA* 13 avr. 2001, note CORNUT ; *RTD. civ.* 2001, p. 120, obs. HAUSER ; *RTD. civ.* 2001, p. 425, obs. VAREILLE.
- Cass. 1^{re} civ., 5 fév. 2002 ; *D.* 2003, p. 658, note D. BOURGAULT-COUDEVYLLE.
- Cass. 1^{re} civ., 14 jan. 2003 ; *Defrénois* 2003, 40, 37727, obs. J. MASSIP.
- Cass. 1^{re} civ., 17 sept. 2003, n° 01-13.856 ; *RJPF* jan. 2004, p. 34, obs. T. GARÉ.
- Cass. 1^{re} civ., *de Moreira c. de Bourbon-Parme*, 2^{ème} esp., 30 sept. 2003, *Bull. Civ. I*, p. 196 ; *JCP G.* 2004, t. II, 10119, note A. ZELCEVIC-DUCHAMEL.

- Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 2003 ; *D.* 2004, p. 1998, note POISSON-DROCOURT ; *Defrénois* 2004, p. 592, obs. MASSIP ; *Dr. Fam* 2004, no 17, note P. MURAT ; *RTD. civ.* 2004, p. 75, obs. J. HAUSER.
- Cass. 1^{re} civ., 6 jan. 2004, *Bull. civ. I*, 2 ; *D.* 2004, p. 362, note D. VIGNEAU ; *JCP G.* 2004, t. I, 109, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; *JCP G.* 2004, t. II, 0064, note C. LABRUSSE-RIOU ; *Defrénois* 2004, p. 594, obs. J. MASSIP ; *Dr. Fam* 2004, no 16, note D. FENOUILLET ; *RTD. civ.* 2004, p. 75, obs. J. HAUSER.
- Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005 ; *D.* 2005, p. 1909, note ÉGÉA ; *D.* 2007, p. 2192, obs. A. GOUTTENOIRE et L. BRUNET ; *AJ. Fam.* 2005, p. 274, obs. T. FOSSIER ; *RTD. civ.* 2005, p. 585, obs. J. HAUSER ; *RTD. civ.* 2005, p. 627, obs. P. THÉRY ; *RTD. civ.* 2005, p. 750, obs. P. RÉMY-CORLAY ; *Dr. Fam* 2005, Comm. 156, obs. A. GOUTTENOIRE ; *JCP G.* 2005, t. II, 10081, note F. GRANET-LAMBRECHTS et Y. STRICKLER.
- Cass. 1^{re} civ., 25 oct. 2005, n° 04-10667, *Bull. Civ. I no 385* ; *RTD. civ.* 2005, p. 98, obs. J. HAUSER.
- Cass. 1^{re} civ., 8 nov. 2005, n° 404, *Bull. civ. I* ; *D.* 2006, p. 554, note F. BOULANGER ; *Dr. Fam* 2006, no 28, note A. GOUTTENOIRE.
- Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2005, *Bull. civ. I*, 476 ; *RTD. civ.* 2006, p. 98, obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 2006, p. 1061, obs. J. MASSIP ; *Dr. Fam* fév. 2006, p. 18, note P. MURAT.
- Cass. 1^{re} civ., 3 jan. 2006 ; *Dr. Fam* 2006, no 108, obs. P. MURAT.
- Cass. 1^{re} civ., 31 jan. 2006, n° 05-12.876 ; *Defrénois* 2006, p. 1062, obs. J. MASSIP ; *RTD. civ.* 2006, p. 294, obs. J. HAUSER ; *D.* 2006, p. 1139, obs. GRANET ; *RJPF* avr. 2006, no 35, obs. T. GARÉ.
- Cass. 1^{re} civ., 24 fév. 2006, n° 04-17.090, *Bull. civ. I*, p. 101 ; *RLDC* mai 2006, p. 37, note D. BOURGAULT-COUDEVYLLE ; *D.* 2006, p. 876, Pt de vue H. FULCHIRON ; *D.* 2006, p. 897, note D. VIGNEAU ; *RJPF* avr. 2006, p. 19, obs. E. MULON ; *AJ. Fam.* 2006, p. 159, obs. F. CHÉNEDÉ ; *Defrénois* 2006, p. 1067, obs. J. MASSIP ; *Dr. Fam* avr. 2006, 89, note P. MURAT ; *RTD. civ.* 2006, p. 297, obs. J. HAUSER.
- Cass. 1^{re} civ., 7 avr. 2006 ; *D.* 2006, p. 2293, note POISSON-DROCOURT ; *Defrénois* 2006, p. 1127, obs. J. MASSIP ; *Gaz. Pal.* 2006, p. 3210, note GUITTET ; *RDSS* 2006, p. 575, note C. NEIRINCK ; *RTD. civ.* 2006, p. 273, obs. P. RÉMY-CORLAY ; *RTD. civ.* 2006, p. 292, obs. J. HAUSER.

Cass. 1^{re} civ., 23 jan. 2007, n^o 06-10.461 ; *RJPF* avr. 2007, p. 28, obs. T. GARÉ.

Cass. 1^{re} civ., 20 fév. 2007 ; *D.* 2007, p. 1047, note D. VIGNEAU ; *Defrénois* 2007, p. 791, obs. J. MASSIP ; *RTD. civ.* 2007, p. 325, obs. J. HAUSER ; *JCP G.* 2007, t. II, 10068, note C. NEIRINCK ; *Dr. Fam* 2007, 80, note P. MURAT ; *D.* 2007, p. 891, note P. CHAUVIN ; *AJ. Fam.* 2007, p. 182, note F. CHÉNÉDÉ ; *D.* 2007, p. 1467, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *RJPF* mai 2007, p. 32, note C. MÉCARY ; *RLDC* 2007, 2570, note C. LE BOURSICOT.

Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2007, *Bull. Civ. I*, 392 ; *Dr. Fam* 2008, 28, note P. MURAT ; *Defrénois* 2008, p. 1119, note J. MASSIP ; *JCP G.* 2008, t. II, 10046, note FAVIER ; *AJ. Fam.* 2008, p. 75, note F. CHÉNÉDÉ ; *D.* 2008, p. 1028, note L. MAUGER-VIELPEAU ; *D.* 2008, Pan. p. 1377, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *RTD. civ.* 2008, p. 287, obs. J. HAUSER ; *D.* 2008, Pan. p. 1794, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *RJPF* mar. 2008, 28, obs. T. GARÉ.

Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2008, *Bull. civ. I*, 157 ; *Dr. Fam* 2008, p. 29, note P. MURAT ; *RTD. civ.* 2008, p. 464, obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 2008, p. 2425, obs. J. MASSIP ; *D.* 2008, p. 1624, obs. I. GALLMEISTER ; *JCP G.* 2009, t. I. p. 102, obs. FAVIER ; *D.* 2009, p. 776, obs. GRANET.

Cass. 1^{re} civ., 3 déc. 2008 ; *D.* 2009, p. 105, note J. HAUSER.

Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 2008, n^o 07-20468, *Bull. Civ. I no 252* ; *RTD. civ.* 2009, p. 106, obs. J. HAUSER ; *Rev. cr. DIP* 2009, p. 320, note P. LAGARDE ; *JCP G.* 2009, p. 39, note L. D'AVOUT ; *JCP G.* 2009, p. 37, note A. MIRKOVIC ; *D.* 2009, p. 340, note L. BRUNET ; *Gaz. Pal.* 12 avr. 2009, p. 18, obs. J. MASSIP ; *Dr. Fam* fév. 2009, p. 27, note P. MURAT.

Cass. 1^{re} civ., 3 fév. 2010, n^o 09-65345 ; *Gaz. Pal.* 15 avr. 2010, p. 11, note M. COUDRAIS.

Cass. 1^{re} civ., 17 mar. 2010, n^o 08-14.619 ; *Daloz Actualité* 19 avr. 2010, obs. C. LE DOUARON.

Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2010 ; *LPA* 22 oct. 2010, p. 8, note C. SIFFREIN-BLANC ; *AJ. Fam.* Oct. 2010, p. 433, obs. F. CHÉNÉDÉ.

Cass. 1^{re} civ., 8 juil. 2010, n^o 09-12.623, *Bull. civ. I*, p. 703 ; *Defrénois* 2010, p. 2028, obs. J. MASSIP ; *AJ. Fam.* 2010, p. 394, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *RTD. civ.* 2010, p. 547, obs. J. HAUSER ; *Rev. crit. DIP* 2010, p. 747, note P. HAMMJE ; *AJ. Fam.* 2010, p. 387, obs. A. MIRKOVIC.

Cass. 1^{re} civ., 12 jan. 2011 ; *Daloz Actualité* 2011, obs. C. SIFFREIN-BLANC.

Cass. 1^{re} civ., 9 mar. 2011, n^o 10-10.385 ; *JCP G.* 2011, p. 1029, note F. BOULANGER ; *D.* 2011, p. 876, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *AJ. Fam.* 2011, p. 205, obs. F. CHÉNEDÉ ; *RTD. civ.* 2011, p. 338, obs. J. HAUSER ; *RLDC* 2011, 4248, 82, obs. J. GALLOIS ; *Dr. Fam* 2011, 74, obs. C. NEIRINCK.

Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2011 ; *D.* 2011, p. 1522, note BERTHIAU et BRUNET ; *RTD. civ.* 2011, p. 340, obs. J. HAUSER ; *Rev. cr. DIP* 2011, p. 722, note P. HAMMJE ; *D.* 2011, p. 1064, obs. X. LABBÉE ; *AJ. Fam.* 2011, p. 262, obs. F. CHÉNEDÉ.

Cass. 1^{re} civ., 16 juin 2011, n^o 08-20.475 ; *RTD. civ.* 2011, p. 524, obs. J. HAUSER ; *Gaz. Pal.* 17 nov. 2011, note J. MASSIP ; *RJPF* oct. 2011, p. 29, note T. GARÉ.

Cass. 1^{re} civ., 23 mai 2012, n^o 11-14104 ; *Defrénois* 2012, 20, p. 1023, note I. DAURIAC ; *JCP G.* 2012, 928, note F. SAUVAGE.

Cass. 1^{re} civ., 7 juin 2012 ; *D.* 2012, p. 1992, note D. VIGNEAU ; *AJ. Fam.* 2012, p. 397, obs. B. HAFTEL ; *RTD. civ.* 2012, p. 522, obs. J. HAUSER ; *JCP G.* 2012, 857, note F. CHÉNEDÉ ; *Rev. cr. DIP* 2013, p. 587, note L. GANNAGÉ.

Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2012, n^o 11-22.202, *inédit* ; *JCP G.* 2013, p. 38, obs. A. GOUTTENOIRE.

Cass. 1^{re} civ., 13 sept. 2013, n^o 12-30.138.

Cass. 1^{re} civ., 13 sept. 2013, n^o 12-18.315.

2^e chambre civile

Cass. 2^e civ., 22 avr. 1986 ; *D.* 1986, IR 270, obs. AUDIT.

Cass. 2^e civ., *Bertrand*, 19 fév. 1997, *Bull. Civ. II*, p. 56 ; *GAJC*, t. I, 208-209 ; *D.* 1997, p. 265, note P. JOURDAIN ; *D.* 1997, p. 279, chron. C. RADÉ ; *JCP G.* 1997, t. II, 22848, note G. VINEY ; *Gaz. Pal.* 1997, t. 1, p. 572, note F. CHABAS ; *LPA* 15 sept. 1997, p. 12, note M.-C. LEBRETON ; *RCA* 1997, p. 9, chr. F. LEDUC.

Cass. 2^e civ., *Levert*, 10 mai 2001, *Bull. Civ. II*, p. 96 ; *D.* 2001, p. 2851, note O. TOURNAFOND ; *D.* 2002, Somm. p. 1315, obs. D. MAZEAUD ; *JCP G.* 2001, t. II, 10613, note J. MOULY ; *JCP G.* 2002, t. I, 124, obs. G. VINEY ; *Defrénois* 2001, p. 1275, note E. SAVAUX ; *RTD. civ.* 2001, p. 601, obs. P. JOURDAIN.

Cass. 2^e civ., 2 mai 2007 ; *Dr. Fam* 2007, 182.

Cass. 2^e civ., 11 mar. 2010, n^o 09-65.853 ; *D.* 2010, p. 1394, note A. MIRKOVIC ; *D.* 2010, Pan, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *D.* 2010, Pan, p. 1585, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS.

Chambre des requêtes

Req., *de Montmorency-Luxembourg c. de Talleyrand-Périgord*, 30 déc. 1867 ; *DP* 1868, t. I, 49.

Req., 18 mar. 1913 ; *S.* 1916, t. 1, p. 216.

Chambre criminelle

Cass. crim., 8 mar. 1988, *Bull. crim.* 117 ; *D.* 1989, p. 528, note E. S. de la MARNIÈRE ; *JCP G.* 1989, t. II, 21162, obs. W. JEANDIDIER.

Cass. crim., 23 sept. 2010, n^o 09-84108.

Cours d'appel

CA Agen, 13 oct. 2004 ; *Dr. Fam* fév. 2005, comm. 29, note P. MURAT.

CA Agen, 1^{ère} ch. mat., 2 fév. 2012, n^o JurisData 2012-002007 ; *JCP G.* 2012, p. 556, obs. B. DULION.

- CA Angers, *M et Mme O.*, n° 10/01339, 26 jan. 2011 ; *Dalloz Actualité* 2 fév. 2011, obs. I. GALLMEISTER ; *JCP G.* 2011, no 161, p. 298, note A. GOUTTENOIRE ; *D.* 2011, p. 1053, note T. GARÉ ; *AJ. Fam.* 2011, p. 156, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *RLDC* mar. 2011, p. 45, obs. J. GALLOIS.
- CA Bourges, *de Clermont-Tonnerre*, 24 fév. 1998 ; *JCP G.* 1998, t. II, 10072, note L. RUET ; *RTD. civ.* 1998, p. 654, obs. J. HAUSER.
- CA Colmar, 20 déc. 1960 ; *D.* 1961, t. II, p. 207.
- CA Dijon, 28 jan. 1997 ; *JCP G.* 1997, t. II, 1978 ; *BICC* 1^{er} juil. 1997, no 865.
- CA Douai, 9 mai 2000 ; *D.* 2001, p. 2865, note D. BOURGAULT-COUDEVILLE.
- CA Douai, 14 sept. 2009 ; *D.* 2009, p. 2845, note A. MIRKOVIC ; *RTD. civ.* 2010, p. 97, obs. J. HAUSER.
- CA Limoges, 26 nov. 1992 ; *D.* 1994, p. 207, note BERRY.
- CA Limoges, 21 nov. 1996 ; *Dr. Fam* 1997, no 136, note P. MURAT.
- CA Lyon, 25 juil. 2007 ; *RTD. civ.* 2008, p. 99, obs. J. HAUSER.
- CA Paris, 6 avr. 1967 ; *JCP G.* 1967, t. II, 15100, concl. NEPVEU ; *D.* 1967, p. 473.
- CA Paris, *Aff. Yves Montand*, 6 nov. 1997 ; *D.* 1998, p. 118, note P. MALAURIE ; *JCP G.* 1998, t. I, 101, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; *Dr. Fam* déc. 1998, p. 4, obs. P. CATALA ; *Defrénois* 1998, art. 36753, p. 314, obs. J. MASSIP ; *Gaz. Pal.* 12 déc. 1997, p. 703, note T. GARÉ ; *RTD. civ.* 1998, p. 87, obs. J. HAUSER.
- CA Paris, 16 juin 2011, n° 10/22338.
- CA Paris, 20 oct. 2011, n° 10/11743.
- CA Paris, 20 oct. 2011, n° 11/04042.
- CA Rennes, 4 juil. 2002 ; *D.* 2002, p. 2902, note GRANET ; *Dr. Fam* 2002, 142, note P. MURAT.
- CA Riom, 27 juin 2006 ; *Gaz. Pal.* 2006, p. 3234, note C. MÉCARY ; *Dr. Fam* 2006, 204, note P. MURAT ; *RTD. civ.* 2007, p. 100, obs. J. HAUSER.
- CA Rouen, 31 mar. 1987 ; *Gaz. Pal.* 1998, Somm. p. 278.

Tribunaux de grande instance

TGI Angers, 26 avr. 2010, n° 10/00171 ; *Dalloz Actualité* 21 mai 2010, obs. C. LE DOUARON ; *LPA* 18 nov. 2010, no 230, p. 9, note J. MASSIP ; *AJ. Fam.* 2010, p. 278, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *Dr. Fam* juil. 2010, comm. 114, p. 31, obs. P. SALVAGE-GEREST ; *RTD. civ.* 2010, p. 540, obs. J. HAUSER.

TGI Angers, ord. réf., 8 oct. 2009, n° 09/00568, *JurisData n° 2009-011061* ; *JCP G.* 30 nov. 2009, p. 14, note F. BOULANGER ; *Dr. Fam* déc. 2009, p. 22, note P. MURAT ; *Gaz. Pal.* 31 déc. 2009, p. 4, note J. MASSIP ; *AJ. Fam.* 2009, p. 456, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *RTD. civ.* 2009, p. 708, obs. J. HAUSER ; *RJPF* déc. 2009, p. 25, note M.-C. LE BOURSICOT.

TGI Bayonne, 26 oct. 2011, n° 11/00950.

TGI Évry, 20 déc. 2011.

TGI Grenoble, 28 jan. 2008, n° 07-04889 ; *AJ. Fam.* 2008, p. 476, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *D.* 2009, p. 773, obs. GRANET.

TGI Lille, 22 mar. 2007 ; *RTD. civ.* 2007, p. 552, obs. J. HAUSER ; *D.* 2007, p. 1251, note X. LABBÉE.

TGI Lille, ord. JAF, 11 déc. 2007, n° 06/05918 ; *D.* 2008, p. 292.

TGI Lyon, 5 juil. 2007 ; *D.* 2007, p. 3052, note A. GOUTTENOIRE ; *RTD. civ.* 2008, p. 93, obs. J. HAUSER.

TGI Montargis, 28 mai 2009, n° n° RG : 08/00264.

TGI Paris, 2 sept. 1997 ; *LPA* 16 nov. 1998, note HÉNAFF.

TGI Paris, 28 mar. 2008, n° 07-43787 ; *AJ. Fam.* 2008, p. 249, obs. F. CHÉNÉDÉ.

TGI Paris, 14 oct. 2011, n° RG 11/35997.

TGI Rennes, 15 oct. 2009, no RG 09/00588 ; *RTD. civ.* 2010, p. 93, note J. HAUSER.

Tribunaux d'instance

TI Quimperlé, 16 oct. 1999 ; *JCP G.* 2000, t. II, 10252, note T. GARÉ ; *RTD. civ.* 2000, p. 85, obs. J. HAUSER ; *Deffrénois* 2000, p. 668, obs. J. MASSIP ; *RDSS* 2000, p. 436, obs. F. MONÉGER ; *RJPF* avr. 2000, p. 13, note PLAZY.

Ouvrages généraux

- ANCEL (Bertrand) et Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5, Dalloz, 2006.
- BATTEUR (Annick), *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ - Montchrestien, 2013.
- BÉNABENT (Alain), *Droit civil – Droit de la famille*, Domat Droit Privé, Montchrestien - Lextenso éditions, 2010.
- BOULANGER (François), *Droit civil de la famille, Aspects comparatifs et internationaux*, t. I, Economica, 1994.
- *Droit civil de la famille, Aspects comparatifs et internationaux*, t. II, Economica, 1994, Études et recherche.
- BURGUIÈRE (André) et al., *Histoire de la famille*, Armand Colin, 1989.
- CAPITANT (Henri), François TERRÉ et Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome 1.*, 12^e éd., Dalloz, 2006.
- CARBONNIER (Jean), *Droit civil, La Famille, les Incapacités*, 8^e éd., PUF, 1969.
- *Droit civil, La famille*, t. I, Quadriges, Paris : PUF, 1999.
- COLOMBET (Claude), *La famille*, 6^e éd., PUF, 1999.
- CORNU (Gérard), *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, 12^e éd., Montchrestien, 2005.
- *Droit civil, La famille*, 9^e éd., Paris : Montchrestien, 2007.
- COURBE (Patrick) et Adeline GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, 6^e éd., Sirey Universités, 2013.
- COZIAN (Maurice), Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 25^e éd., LexisNexis - Litec, 2012.
- CUNIBERTI (Gilles), *Grands systèmes de droit contemporain*, 2^e éd., LGDJ - Montchrestien, 2011.
- DAVID (René) et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10^e éd., Dalloz, 1992.

- DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon, Traité de la paternité et de la filiation*, t. V, 1866.
- FENOUILLET (Dominique), *Droit de la famille*, 2^e éd., Cours, Dalloz, 2008.
- FLOUR (Jacques Foyer) et Jean-Luc AUBERT, *Obligations*, t. I, Armand Colin, 1982.
- GAMBARO (Antonio), Rodolfo SACCO et Louis VOGEL, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs, Traité de droit comparé*, LGDJ, 2011.
- GRIMALDI (Michel), *Droit civil. Successions*, 6^e éd., Litec, 2001.
- GUTMANN (Daniel), *Droit international privé*, 5^e éd., Cours, Dalloz, 2007.
- HAUSER (Jean) et Danièle HUET-WEILLER, *Traité de droit civil. La Famille, Fondation et vie de la famille*, sous la dir. de J. GHESTIN, 2^e éd., Paris : LGDJ, 1993.
- JUBAULT (Christian), *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 2^e éd., Montchrestien - Lextenso éditions, 2010.
- LEFEBVRE-TEILLARD (Anne), *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, 1^{re} éd., Collection droit fondamental - Droit civil, PUF, 1996.
- LEGEAIS (Raymond), *Grands systèmes de droit contemporains*, 2^e éd., LexisNexis, 2008.
- LEROYER (Anne-Marie), *Droit de la famille*, PUF, 2011.
- Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, sous la dir. de A. BATTEUR, LGDJ - Lextenso éditions, 2012.
- LÉVY (Jean-Philippe) et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002.
- LOUSSOUARN (Yves), Pierre BOUREL et Pascal de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 9^e éd., Dalloz, 2007.
- MACKAAY (Ejan) et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Méthodes du Droit, Dalloz -Éditions Thémis, 2008.
- MAIDMENT (S.), *Child Custody and Divorce : The Law in Social Context*, Croom Helm, 1984.
- MALAUURIE (Philippe), *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, 2010.
- MALAUURIE (Philippe) et Laurent AYNÈS, *Les Biens*, Defrénois, 2007.
- *Les successions. Les libéralités*, 5^e éd., Defrénois, 2012.

- MALAURIE (Philippe), Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 4^e éd., Droit Civil, Defrénois - Lextenso Éditions, 2009.
- MALAURIE (Philippe) et Hugues FULCHIRON, *La Famille*, 3^e éd., Paris : Defrénois, 2011.
- MALINVAUD (Philippe) et Dominique FENOUILLET, *Droit des obligations*, 11^e éd., Manuel, LexisNexis - Litec, 2010.
- MATHIEU (Bertrand) et Dominique ROUSSEAU, *Les grandes décisions de la question prioritaire de constitutionnalité*, LGDJ - Lextenso éditions, 2013.
- MAZEAUD (Henri) et al., *La Famille, Mariage – Filiation – Autorité parentale – Divorce et séparation de corps*, sous la dir. de L. LEVENEUR, 7^e éd., t. 3, Paris : Montchrestien, 1995.
- MIRKINE-GUETZEVITCH (B.), *Les constitutions européennes*, PUF, 1951.
- NIBOYET (Marie-Laure) et Géraud de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 2^e éd., LGDJ - Lextenso éditions, 2009.
- PLANIOL et RIPERT, *Traité de droit civil*, sous la dir. de A. ROUAST, t. 2.
- RIPERT et BOULANGER, *Droit civil. Tome IV. Les successions*, LGDJ, 1959.
- SAVIGNY, *Traité de droit romain*.
- TERRÉ (François) et Dominique FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, la famille, Les incapacités*, 8^e éd., Précis Droit Privé, Dalloz, 2006.
- *Droit civil, La famille*, 8^e éd., Précis, Dalloz, 2011.
- TERRÉ (François), Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013.
- ZENATI-CHASTAING (Frédéric) et Thierry REVET, *Cours de droit civil, Successions*, PUF, 2012.

Ouvrages spéciaux

- ALLAND (Denis) et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003.
- ANCEL (Bertrand), *Cours de DEA Droit Comparé. Théorie générale du Droit Comparé*, 2004–2005.
- ATLAN (Henri), *L'utérus artificiel*, La librairie du XX^e siècle, Seuil, 2005.

- BOISSONADE, *Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique*, 1873.
- CARBONNIER (Jean), *Cours de DES. Sociologie juridique. Sociologie du droit des successions.*, 1963–1964.
- *Flexible droit*, 7^e éd., PUF, 1992.
- *Essais sur les lois*, Defrénois, 1995.
- CATALA (Pierre), *Famille et patrimoine*, PUF, 2000.
- CHABERT (C.), *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, Presses Universitaires Aix-Marseille, 2001.
- CHAPPUIS (Raymond) et Raymond THOMAS, *Rôle et statut*, Que sais-je ? 2951, PUF, 1995.
- CORNU (Gérard), *Vocabulaire Juridique*, PUF, 2005.
- DABIN (Jean), *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952.
- DAVID (René), *Le droit comparé. Droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982.
- Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^e éd., URL : <http://dictionnaires.atilf.fr/dictionnaires/ACADEMIE/>.
- FABRE-MAGNAN (Muriel), *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Fayard, 2013.
- FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1836.
- GUINCHARD (Serge) et Gabriel MONTAGNIER, *Lexique des termes juridiques*, 17^e éd., Dalloz, 2010.
- HAYEK (F. A.), *Droit, législation et liberté*, PUF, 1985.
- HÉRITIER (Françoise), *Masculin/ Féminin. La pensée de la différence.*, Odile Jacob, 1996.
- IHERING (R. von), *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. IV, A. Marescq, 1878.
- JOSSERAND (Louis), *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, rééd. Dalloz, 1939.
- KERMALVEZEN (Arthur) et Blandine de DINECHIN, *Né de spermatozoïde inconnu...*, Presses de la Renaissance, 2008.
- LASCH (C.), *La culture du narcissisme*, Climats, 2000.

- LEGENDRE (Pierre), *L'inestimable objet de la transmission*, Fayard, 1985.
- LEGRAND (Pierre), *Le droit comparé, Que sais-je ?*, PUF, 1999.
- LÉVI-STRAUSS (Claude), *Les structures élémentaires de la parenté*, 2^e éd., Mouton de Gruyter, 1967.
- LINTON (Ralph), *Le fondement culturel de la personnalité*, 1945.
- MATHIEU (Bertrand), *La bioéthique*, Connaissance du droit, Dalloz, 2009.
- MEULDERS-KLEIN (Marie-Thérèse), *La personne, la famille et le droit, 1968-1998 : Trois décennies de mutations en Occident*, Bruylant - LGDJ, 1999.
- MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, La Pléiade.
- OST (François), *Droit et intérêt. Volume 2 : Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990.
- POIRIER (Donald), *La famille*, La Common Law en poche, Bruylant, 2005.
- PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Confluences.
- POUSSON (Alain) et Jacqueline POUSSON, *L'affection et le droit*, Sciences sociales, CNRS, 1990.
- ROCHFELD (Judith), *Les grandes notions du droit privé*, Thémis, PUF, 2011.
- SEGALEN (Martine), *Sociologie de la famille*, Armand Colin, 1981.

Ouvrages collectifs

- Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel. Tome I. Études de droit privé, de droit public et de droit comparé.*, Pédone, 1975.
- Comparer les droits, résolument*, sous la dir. de P. LEGRAND, PUF, 2010.
- Dalloz Action Droit de la famille 2010/2011*, sous la dir. de P. MURAT, 4^e éd., 2010.
- Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu.*, Paris : PUF, 1994.
- Droit de la filiation et progrès scientifique*, sous la dir. de C. LABRUSSE et G. CORNU, *Economica*, 1981.

- Être parent aujourd'hui*, sous la dir. de P. JACQUES, Thèmes et commentaires. Actes, Dalloz, 2010.
- Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003.
- Famille, État et sécurité économique d'existence*, sous la dir. de M.-T. MEULDERS-KLEIN et J. EEKELAAR, t. I. "La famille", Story Scientia et Kluwer, 1988.
- Filiations : nouveaux enjeux*, sous la dir. de I. CORPART, La Documentation Française, juil. 2005.
- Jean Carbonnier 1908-2003, Écrits*, sous la dir. de R. VERDIER, PUF, 2008.
- La contractualisation de la famille*, sous la dir. de D. FENOUILLET et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, Economica, 2001.
- La famille change-t-elle ?*, sous la dir. de D. COUM, Ramonville Saint-Agne : Erès, 2006.
- La famille, la loi, l'État. De la Révolution au Code civil*, sous la dir. de I. THÉRY et C. BIET, Éditions du Centre Pompidou, 1989.
- La filiation : rupture et continuité, Actes du Colloque de Vaucresson*, Institut de l'enfance et de la famille, PUF, 1985.
- La notion juridique de couple*, sous la dir. de C. BRUNETTI-PONS, Economica, 1998.
- L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : Dalloz, PUF, Éditions du Juris-Classeur, 1999.
- Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012.
- Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Études offertes à Georges Ripert. Tome I*, LGDJ, 1950.
- Les filiations par greffe – Adoption et Procréation médicalement assistée, Actes des journées d'études*, 5–6 déc. 1996, LGDJ, 1997.
- Les notions à contenu variable en droit*, sous la dir. de C. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruxelles : Bruylant, 1984.
- Les notions juridiques*, sous la dir. de G. TUSSEAU, Economica, 2009.
- Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein. Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruylant, 1998.

L'identité génétique de la personne : entre transparence et opacité, sous la dir. de P. BLOCH et V. DEPADT-SEBAG, Dalloz, 2007.

L'ordre public à la fin du XXème siècle, Dalloz, 1996.

Mariage-conjugalité. Parenté-parentalité, sous la dir. de H. FULCHIRON, Dalloz, 2009.

Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille, Presses universitaires de Strasbourg - LGDJ, 1994.

Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida, Dalloz, 1991.

Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Defossez - Liber Amicorum, Montchrestien - Lextenso éditions, 2012.

Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser, LexisNexis - Dalloz, 2012.

Mélanges offerts à André Colomer, Paris : Litec, 1993.

Obligation alimentaire et solidarités familiales. Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales, sous la dir. de L.-H. CHOQUET et I. SAYN, Droit et société, LGDJ, 2000.

Réflexions sur le pluralisme familial, sous la dir. de O. ROY, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2011.

Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert, Paris : Economica, 2004.

Travaux de l'Association Henri Capitant, Aspects de l'évolution récente du droit de la famille, t. XXXIX, Economica, 1988.

Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation, sous la dir. de L. KHAÏAT, Érés, 1995.

Thèses

ANCEL (Bertrand), *Les conflits de qualification à l'épreuve de la donation entre époux*, sous la dir. de H. BATIFFOL, 1977, Dalloz.

BENALCAZAR (Sébastien de), *Pacs, mariage et filiation : étude de la politique familiale*, 2007, Defrénois.

BERGEAUD (Aurélie), *Le droit à la preuve*, sous la dir. de J.-C. SAINT-PAU, 2010, LGDJ.

- BERLIOZ (Pierre), *La notion de bien*, 2007, LGDJ.
- BODEN (Didier), *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, sous la dir. de H. MUIR-WATT, Paris I, 2002.
- BOYSSON (Benoît de), *Mariage et conjugalité. Essai sur la singularité matrimoniale*, sous la dir. de H. FULCHIRON, Lyon III, 2012, LGDJ.
- COLOMBET (Claude), *Essai sur l'évolution de la présomption de paternité légitime*, Paris, 1961.
- DAVID (René), *La protection des minorités dans les sociétés par action*, 1928, Sirey.
- DELFOSSÉ-CICILE (Marie-Laure), *Le lien parental*, sous la dir. de F. TERRÉ, Paris II, 2001.
- DUARD-BERTON (Christine), *L'ordre public dans le droit de la famille*, sous la dir. de G. CHAMPENOIS, Paris II, 2004.
- ÉGÉA (Vincent), *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, sous la dir. de A. LEBORGNE, Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III), 2010, Defrénois, Lextenso Éditions.
- GAILLARD (Emmanuel), *Le pouvoir en droit privé*, 1981, Economica.
- GAREIL (Laurence), *L'exercice de l'autorité parentale*, sous la dir. de L. LEVENEUR, Paris II, 2004, LGDJ.
- GÉBLER (M. J.), *Le droit français de la filiation et la vérité*, 1970, LGDJ.
- GOLDMAN (Bartold), *La détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées*, Lyon, 1946.
- GRIMALDI (Cyril), *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, Paris II, 2007, Defrénois.
- GUTMANN (Daniel), *Le sentiment d'identité, Étude de droit des personnes et de la famille*, sous la dir. de F. TERRÉ, Paris II, 2000, LGDJ.
- HAUSER (Jean), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (Contribution à la théorie générale de l'acte juridique)*, sous la dir. de P. RAYNAUD, 1969.
- HIRSOUX (Éric), *La volonté individuelle dans l'établissement du lien de filiation*, Paris, 1988.
- HUNTER-HENIN (Myriam), *Pour une redéfinition du statut personnel*, sous la dir. de H. MUIR-WATT, Paris I, 2004, PUAM.

- JARROSSON (Charles), *La notion d'arbitrage*, 1987, LGDJ.
- JEANTET, *Le droit à la réserve en nature*, Paris, 1939.
- LAGARDE (Xavier), *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, sous la dir. de J. GHESTIN, Paris I, 1994, LGDJ.
- LAUTOUR (Jacques), *La possession d'état*, Paris II, 1973.
- LEVENEUR (Laurent), *Situations de fait et droit privé*, 1990, LGDJ.
- LOISEAU (Grégoire), *Le nom, objet d'un contrat*, sous la dir. de J. GHESTIN, 1997, LGDJ.
- MALAUURIE (Philippe), *L'ordre public et le contrat*, sous la dir. de P.-E. ESMEIN, Paris, 1953.
- MAUGUIN HELGESON (Murielle), *L'élaboration parlementaire de la loi. Étude comparative (Allemagne, France, Royaume-Uni)*, sous la dir. de G. CARCASSONNE, 2006, Dalloz.
- MENJUCQ (J.), *L'attribution du nom par filiation*, Université Paris II, 1975.
- PELLÉ (Sébastien), *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, 2007, Dalloz.
- RIALS (Stéphane), *Le juge administratif français et la technique du standard*, 1980, LGDJ.
- ROMAN (Emmanuelle), *Le lien de filiation non biologique*, Toulon, 2000.
- SAUVÉ-LESTIENNE (Laure), *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, sous la dir. de G. CHAMPENOIS, Paris II, 2013, LGDJ.
- SERVEL (J.-P.), *La notion d'intérêt de l'enfant, Essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales*, Aix-en-Provence, 1978.
- SIFFREIN-BLANC (Caroline), *La parenté en droit civil français, Étude critique*, sous la dir. de E. PUTMAN, 2009, PUAM.
- VIAL (Géraldine), *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, sous la dir. de P. MURAT, 2008, Dalloz.

Articles

ALLAER (Claude), « L'enfant oublié », *JCP G.* 1975, 2735.

AMEISEN (Jean-Claude), « Conférence sur la parentalité » in *Quel avenir pour l'embryon humain ? Journées annuelles d'éthique du Comité consultatif national d'éthique (CCNE) - Universcience*, 28 jan. 2011.

ANATRELLA (Tony), Antoine BEAUQUIER et Christophe EOCHE-DUVAL, « Adoption et "homoparentalité" : l'éclairage des droits de l'Homme », *Dr. Fam.* Sept. 2003, p. 8-9.

ANCEL (Bertrand), « L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée. » in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 1.

ANDORNO (Roberto), « Les droits nationaux face à la procréation médicalement assistée : primauté de la technique ou primauté de la personne ? », *RIDC* 1994, 1, p. 141.

ATIAS (Christian), « Les paradoxes du réalisme biologique en matière de filiation », *JCP G.* 1984, I, 3165.

ATLAN (Henri), « L'utérus artificiel, un pas de plus vers la séparation totale entre sexualité et procréation », *Libération* 2 avr. 2005.

AZOUX-BACRIE (Laurence), « Du consentement à la procréation médicalement assistée et de son retrait : une approche contestable, (A propos de l'arrêt Evans c. Royaume Uni du 10 avril 2007) » in *Le droit de la famille à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. de F. KRENC et M. PUÉCHAVY, Nemesis Bruylant, 2008.

BACH (E. Louis), « Étude sur l'application de la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation à l'établissement du lien de filiation des enfants adultérins nés avant son entrée en vigueur », *D.* 1976, I, chron. p. 95.

BAKOUICHE (David), « Le transfert d'embryons *post mortem* » in *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, Paris : Economica, 2004, p. 153.

BAS (Céline), « Les séquelles de la suppression de la procédure judiciaire de changement de nom », *RLDC* avr. 2007, p. 38.

BATIFFOL (Henri), « Existence et spécificité du droit de la famille », *Arch. philo. dr* 1975, p. 7.

BATTEUR (Annick), « L'interdit de l'inceste, Principe fondateur du droit de la famille », *RTD. civ.* 2000, p. 759.

- « Recherche sur les fondements de la filiation depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *LPA* 19 juin 2007, 122, p. 6.
- BATTEUR (Annick) et al., « A propos du projet de mariage pour tous : le maintien dans le Code civil du double sens du mot "parent" est un impératif juridique ! », *Dr. Fam.* Jan. 2013, p. 12.
- BÉNABENT (Alain), « L'ordre public en droit de la famille » in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, 1996, p. 27.
- BERNIGAUD (Sylvie), « Les diverses filiations et les reconnaissances mensongères », *LPA* 1995, 53.
- BIDAUD-GARON (Christine), « La preuve de la filiation d'un étranger et la loi du 27 novembre 2007 », *Dr. Fam.* Fév. 2008, p. 19.
- BINET (Jean-René), « Circulaire Taubira. Ne pas se plaindre des conséquences dont on hérite les causes », *JCP G.* 2013, p. 289.
- BOTTIAU (Annie), « Empreintes génétiques et droit de la filiation », *D.* 1989, I, chron. p. 271.
- BOUDOUARD (Laurence) et Florence BELLIVIER, « Des droits pour les bâtards, l'enfant naturel dans les débats révolutionnaires » in *La famille, la loi, l'État. De la Révolution au Code civil*, sous la dir. de I. THÉRY et C. BIET, Éditions du Centre Pompidou, 1989, p. 123.
- BOULANGER (François), « Réflexions sur la requête en adoption de couples de concubins (étude prospective) », *Dr. Fam.* Sept. 2008, p. 15.
- BOULANGER (Pierre), « Applicabilité directe de la Convention de New York et intérêt supérieur de l'enfant », note sous Cass. 1^{re} civ., 8 et 22 nov. 2005, *D.* 2006, II, p. 554 sq.
- « L'accouchement sous X et l'affaiblissement du principe du secret de la naissance », *JCP G.* 2009, 49, p. 14.
- BOURGAULT-COUDEYVILLE (Dorothee), « Délégation d'autorité parentale et homoparentalité », *RLDC* mai 2006.
- BOUVIER (Françoise), « A la recherche de la paternité, Évolution de la présomption de paternité et de la possession d'état », *RTD. civ.* 1990, chron. p. 394.
- BRENNER (Claude), « Le nouveau visage de la réserve héréditaire » in *La réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*. Sous la dir. de A. LEBORGNE, PUAM, 2008, p. 33.

- BRETON (André), « L'enfant incestueux » in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel. Tome I. Études de droit privé de droit public et de droit comparé*. Pédone, 1975, p. 309.
- « La recherche de la paternité naturelle après le décès du père prétendu » in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université de Toulouse, 1976, p. 121.
- BRUNETTI-PONS (C.), « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », *RLDC* 2011, p. 4405.
- CARBONNIER (Jean), « Note sous Paris 30 avr. 1959 », *D.* 1960, Jur, p. 673.
- « Préface » in *Le droit non civil de la famille*, t. 10, Publications de la Faculté de Droit et Sciences sociales de Poitiers - PUF, 1983, p. VII.
- « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille » in *Les notions à contenu variable en droit*, sous la dir. de C. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruxelles : Bruylant, 1984, p. 99.
- « Rapport de synthèse, Première journée des travaux » in *Actes du Colloque "Génétique, Procréation et droit"*, Actes Sud, 1985, p. 79.
- « Exorde » in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, 1996, p. 1.
- « Le droit de la famille, état d'urgence », *JCP G.* 1998, I, p. 184.
- CATALA (Pierre), « Prospectives et perspectives en droit successoral », *JCP N.* 2007, p. 1206.
- CHAMPENOIS (Gérard), « La loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 a-t-elle supprimé la présomption *Pater is est quem nuptiae demonstrant* ? », *JCP G.* 1975, I, 2686.
- « La paternité » in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*. Dalloz, 2004, p. 359.
- CHAMPENOIS (Marie-Pierre) et Gérard CHAMPENOIS, « La preuve judiciaire de la maternité : quelques aspects de son évolution depuis la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommages à François Terré*. Paris : Dalloz, PUF et Éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 485.
- CHAPUS (René), « De la valeur des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.* 1966, I, chron. p. 119.

- CHENDEB (Rabih), « La convention de mère porteuse, (Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes) », *Defrénois* 15 fév. 2008, 3, p. 291.
- CHÉNEDÉ (François), « Délégation volontaire et partielle d'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel : la Cour de cassation donne son aval ! », *AJ Fam.* 2006, p. 159.
- « Les grands-parents face à l'accouchement sous X : l'épilogue de l'affaire d'Angers. Observations sous CA Angers 26 janv. 2011 », *AJ Fam.* 2011, p. 156.
- COLIN (Ambroise), « De la protection de la descendance légitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD. civ.* 1902, p. 257.
- CORNU (Gérard), « La filiation », *Arch. philo. dr.* 1975, XX, p. 29.
- « La famille unilinéaire » in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz - Sirey, 1985, p. 137.
- CORPART (Isabelle), « Le rôle de la volonté dans l'établissement de liens non filiaux avec un enfant » in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruxelles : Bruylant, 2000.
- COUDRAIS (Maud), « Statut du beau-parent et obligation naturelle. Note sous Cass. civ. 1ère, 3 fév. 2010, pourvoi n° 09-65345 », *Gaz. Pal.* 15 avr. 2010, 105, p. 11.
- DAVID (René), « La place du droit canonique dans les études de droit comparé » in *Le droit comparé. Droits d'hier, droits de demain*, sous la dir. de R. DAVID, Economica, 1982, p. 174.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ (Françoise), « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD. civ.* 1995, p. 249.
- « À propos du pluralisme des couples et des familles », *LPA* 28 avr. 1999, p. 29.
- « Le père Ubu au royaume de la filiation » in *Drôle(s) de droit(s). Mélanges en l'honneur de Élie Alfandari*, Dalloz, 1999, p. 75.
- « Le lien parental », *LPA* 1^{er} juil. 2004, 131, p. 70.
- « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification ! », *RLDC* 2009, 3338, 58.
- « Grands-parents et petits-enfants face à l'établissement des liens de filiation », *RLDC* avr. 2010.

- DELAISI DE PARSEVAL (Geneviève) et Valérie DEPADT-SEBAG, « Variations sur la maternité de substitution », *Le Figaro* 19 juil. 2005, p. 11.
- DELEBECQUE (Philippe), « Standards in civil law systems », *RRJ - Cahiers de méthodologie juridique* 1988, 4, p. 872.
- DEMAY DE GOUSTINE (P.), « Procréation médicalement assistée et pouvoir médical », *RDSS* 1996, p. 1.
- DEPADT-SEBAG (Valérie), « La reconnaissance juridique des tiers beaux-parents : entre adoption simple et délégation-partage », *D.* 2011, p. 2494.
- DIONISI-PEYRUSSE (Amélie), « La sécurisation de la filiation paternelle par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 », *D.* 2006, chron. p. 612.
- DONNIER (M.), « L'intérêt de l'enfant », *D.* 1959, Chron, p. 180.
- DOURIS (Marie), « Entre vérité biologique et vérité parentale : quelle logique faut-il adopter en droit de la filiation ? » in *Jean Carbonnier. L'homme et l'oeuvre*, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2011, p. 455.
- DRAGO (Roland), « Droit comparé » in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, Lamy-PUF, 2003.
- DREIFUSS-NETTER (Frédérique), « L'accouchement sous X » in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille*, 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, p. 1.
- « Adoption ou assistance médicale à la procréation : quelles familles ? », *D.* 1998, I. p. 100.
- DUPONT-BOUCHAT (Marie-Sylvie), « L'intérêt de l'enfant. Approche historique » in *Droit et intérêt. Volume 3 : Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, sous la dir. de P. GÉRARD, F. OST et M. van de KERCHOVE, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 23.
- EDEL (Vincent), « L'intérêt supérieur de l'enfant : une nouvelle maxime d'interprétation des droits de l'enfant », *R.R.J.* 2009, 2, p. 579.
- EUDIER (Frédérique), « L'adoption simple », *AJ Fam.* 2008, p. 452.

-
- « Organisation des relations et fixation de la résidence : la Cour de cassation précise le statut des tiers à l'égard de l'enfant », *RJPF* mai 2009, p. 21.
- FAVIER (Yann), « La preuve de la filiation : le droit et la vérité des filiations », *Recherches familiales* 2010, 7, p. 17.
- FENOUILLET (Dominique), « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : Dalloz, PUF, Éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 509.
- « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *Dr. Fam.* Nov. 2003, chron. 29, p. 4.
- « De la vertu familiale naturelle du mariage » in *Le discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Paris : Litec, 2004, p. 127.
- « La contractualisation de la famille ? » in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, Systèmes, Paris : LGDJ, 2004, p. 103.
- « La parentalité en question : la parenté éprouvée », *Petites affiches* 24 mar. 2010, p. 7.
- FEUILLET-LE MINTIER (Brigitte), « Le droit des couples stériles à l'obtention d'un enfant, droits de l'homme, réalités médicales et pratiques administratives » in *Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée*. LGDJ, 1997.
- FLAUSS-DIEM (Jacqueline), « Filiation et preuve scientifique en droit anglais ou de quelques abîmes de perplexité pour le juriste français », *LPA* 1996, p. 509.
- « Maternité de substitution et transfert de parenté en Angleterre », *RIDC* 1996, 4, p. 855.
- FONGARO (Éric), « Tests ADN : traitement différent de situations différentes ou discrimination ? », *Dr. Fam.* Jan. 2008, p. 13.
- FORTUNET (Françoise), « Le rétablissement du principe de l'adoption : une entrée par effraction ? » in *La famille, la loi, l'État. De la Révolution au Code civil*, sous la dir. de I. THÉRY et C. BIET, Éd. du Centre Georges Pompidou, 1989, p. 196.
- FOSSIER (Thierry), « (Petits) dits et (gros) non-dits : filiation nouvelle et autorité parentale », *Dr. Fam.* Jan. 2006, Et. 10, p. 32.
- FOURNIÉ (Anne-Marie), « De l'abandon à l'adoption plénière. Le contentieux de l'abandon », *JCP G.* 1974, I, p. 2640.

- FOYER (Jacques), « La notion de filiation en droit » in *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation*, sous la dir. de L. KHAÏAT, Érès, 1995, p. 21.
- « Du nom patronymique au nom de famille. Progrès ou régression » in *Mélanges offerts à André Decocq. Une certaine idée du droit*, Litec, 2004.
- FRANK (Rainer), « La signification différente attachée à la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille », *RIDC* 1993, 3, p. 626.
- « L'examen biologique sous contrainte dans le cadre de l'établissement de la filiation en droit allemand », *RIDC* 1995, 4, p. 905.
- FRÉMEAUX (Sandrine), « Les notions indéterminées du droit de la famille », *R.R.J.* 1998, 3, p. 865.
- FULCHIRON (Hugues), « Autorité parentale et familles recomposées » in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille*, Presses Universitaires de Strasbourg, LGDJ, 1994, p. 141.
- « Existe-t-il un modèle familial européen ? », *Deffrénois* 2005, p. 1461.
- « Du couple homosexuel à la famille monosexuée ?, Réflexions sur l'«homoparentalité» », *AJ Fam.* 2006, p. 392.
- « Parenté, parentalité, homoparentalité, (à propos de l'arrêt de la 1^{re} chambre civile du 24 février 2006) », *D.* 2006, p. 876.
- « De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXI^e siècle » in *Le monde du droit, écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, sous la dir. de ECONOMICA, 2008, p. 394.
- « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? » in *Mariage-conjugalité. Parenté-parentalité*, sous la dir. de H. FULCHIRON, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, p. IX.
- « La reconnaissance de la famille homosexuelle, étude d'impact », *D.* 2013, p. 100.
- « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? », *JCP G.* 2013, p. 1123.
- GALLOUX (J.-C.), « L'empreinte génétique : la preuve parfaite ? », *JCP G.* 1991, I, 3497.
- GARÉ (Thierry), « La pluralité de pères n'est pas contraire à l'ordre public... », *RJPF* 2006, p. 25.

-
- « L'ordonnance portant réforme de la filiation », *JCP G.* 2006, I, 144.
- « Une volumineuse circulaire complète l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *RJPF* déc. 2006, p. 18.
- « Réforme de la filiation, À propos de la loi du 16 janvier 2009 », *JCP G.* 2009, n° 6, p. 59.
- « L'accouchement sous X et les grands-parents », *D.* 2011, p. 1053.
- GAUDEMET-TALLON, « De quelques paradoxes en matière de droit de la famille », *RTD. civ.* 1981, p. 719.
- GAUMONT-PRAT (Hélène), « Le droit à la vérité est-il un droit à la connaissance de ses origines ? », *Dr. Fam.* 1999, p. 6.
- « Le principe de l'anonymat dans l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois de bioéthique », *Dr. Fam.* Jan. 2001, chron. 2, p. 11.
- « La réforme du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État et l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 février 2003 », *Dr. Fam.* Mai 2003, chron. 14, p. 4.
- GENINET (Béatrice), « L'identification entre la filiation à établir et la vérité biologique », *LPA* 11 avr. 2001, 72, p. 4 sq.
- GHESTIN (Jacques), « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français » in *Les notions à contenu variable en droit*, sous la dir. de C. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruylant, 1984, p. 77.
- GOBERT (Michelle), « Réflexions avant une indispensable réforme du droit de la filiation », *JCP G.* 1968, I, 2207.
- « Le nom ou la redécouverte du masque », *JCP G.* 1980, I, p. 2966.
- « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD. civ.* 1992, p. 525.
- « L'attribution du nom : égalité ou liberté », *LPA* 23 mai 2001, p. 4.
- GOUTTENOIRE (Adeline), « La compatibilité avec la Convention EDH de l'accouchement sous X », *JCP G.* 2003, II, 10049, p. 561.
- « Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005 », *Dr. Fam.* 2006, chron. 6, p. 20.

- GOUTTENOIRE (Adeline), « Touche pas à ma filiation !, Note sous TGI Lyon, 5 juil. 2007 », *D.* 2007, p. 3052.
- « La victoire à la Pyrrhus des grands-parents biologiques », *JCP G.* 2011, p. 298.
- « Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'intérêt supérieur de l'enfant » in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Defossez - Liber Amicorum*, Montchrestien - Lextenso éditions, 2012, p. 147.
- GOUTTENOIRE (Adeline) et Frédéric SUDRE, « L'imprévisible réponse de la Cour européenne des droits de l'homme à la question de l'adoption par un parent homosexuel : l'arrêt Fretté c/ France du 26 février 2002 », *JCP G.* 8 mai 2002, II, 19, p. 10074.
- « La France est condamnée pour discrimination fondée sur l'homosexualité de la requérante », *JCP G.* 2008, II, p. 10071.
- GRANDSIRE (Odile), « L'arbre généalogique : une espèce menacée ? » in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille*, Presses Universitaires de Strasbourg - LGDJ, 1994, p. 199.
- GRANET-LAMBRECHTS (Frédérique), « Le tryptique de l'article 322, alinéa 2 du Code civil », *JCP G.* 1985, I, 3219.
- « L'enfant conçu par procréation médicalement assistée et les projets de lois sur la bioéthique » in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille*, Presses Universitaires de Strasbourg, LGDJ, 1994, p. 219.
- « Offre de preuve et précarité de la filiation, (à l'heure des paradoxes) », *LPA* 1995, 53, p. 90.
- « L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des droits de l'homme dans les États membres de la Commission internationale de l'état civil », *RTD. eur.* 1997, p. 653.
- « Quelles réformes en droit de la filiation ? », *Dr. Fam.* 1999, chron. 215, p. 10.
- « Convergences et divergences des droits européens de la famille », *Dr. Fam.* 2000, chron. 15, p. 6.
- « Convention de mère porteuse et filiation, Note sous CA Rennes, 4 juillet 2002 », *D.* 2002, p. 2902.

-
- « Illégalité de l'adoption d'un enfant par le demi-frère de sa mère », *D.* 2004, II, somm. p. 1419.
- « La légitimité de l'enfant » in *Le discours et le Code. Portalis, 2 siècles après le Code Napoléon.* Litec, 2004, p. 197.
- « La filiation maternelle demain : entre mise en conformité à la Convention européenne des droits de l'homme et originalité persistante de la législation française » in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Paris : Litec - Dalloz, 2006, p. 149.
- « La présomption de paternité », *Dr. Fam.* 1^{er} jan. 2006, 1, p. 11.
- « Maternités de substitution, filiation et état civil », *Dr. Fam.* 2007, Études n° 34, p. 7.
- « Ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation : les modifications », *AJ Fam.* 2009, p. 76.
- GRAWITZ (Madeleine), « De l'utilisation en droit de notions sociologiques », *A.S.* 1966, 17, p. 415.
- GRIDEL (Jean-Pierre), « Vérité biologique et droit positif de la filiation », *D.* 1993, chron. p. 191.
- GRIMALDI (Michel), « Patronyme et famille : l'attribution du nom », *Defrénois* 1987, I, p. 1425.
- GROSLIÈRE (Josette), « Le désaveu et le contentieux de la présomption de légitimité », *D.* 1976, I, chron. p. 195.
- « La possession d'état, pivot du droit de la filiation ou le danger d'une vérité sociologique », *D.* 1991, I, chron. p. 149.
- GUÉVEL (Didier), « La famille incestueuse », *Gaz. Pal.* 16 oct. 2004, p. 2.
- « Taire les origines : la filiation incestueuse » in *L'identité génétique de la personne : entre transparence et opacité*, sous la dir. de P. BLOCH et V. DEPADT-SEBAG, Dalloz, 2007, p. 73.
- GUIHO (Pierre), « La conception française de l'ordre public international en matière de filiation » in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 145.
- GUTMANN (Daniel), « Changement de nom d'un mineur consécutif à l'annulation de la reconnaissance d'enfant naturel. Note sous Cass. 1^{ère} civ, 16 juin 1998. », *JCP G.* 1998, II, 10 157, p. 1753.

- HAMMJE (Petra), « De l'exequatur d'un jugement étranger d'adoption par la compagne homosexuelle de la mère biologique », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 747.
- HAUSER (J.) et Philippe DELMAS-SAINT-HILAIRE, « Liberté, Égalité, Familles », *LPA* 2004, 92.
- HAUSER (Jean), « L'adoption à tout faire », *D.* 1987, I, chron. p. 205.
- « Vers un droit commun familial », *D.* 1991, chron. p. 56.
- « Vers une théorie générale du droit familial ? », *D.* 1991, p. 56.
- « Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du XX^e siècle » in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille*, Presses Universitaires de Strasbourg, LGDJ, 1994, p. 235.
- « Préliminaire : le droit à la filiation », *RTD. civ.* 1994, p. 840.
- « L'enfant souvenir », *RTD. civ.* 1995, p. 873.
- « Un nouveau né : l'enfant conventionnel », *D.* 1996, chron. p. 182.
- « Le droit de la famille et l'utilitarisme. » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*. Paris : Dalloz, PUF, Éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 441.
- « L'établissement et l'entretien des enfants majeurs : une famille à titre onéreux ? », *De-frénois* 1999, p. 1217.
- « Une paternité par représentation », *RTD. civ.* 2000, p. 85.
- « Illégalité des conventions de gestation pour autrui et impossibilité d'une adoption », *RTD. civ.* 2001, chron. p. 347.
- « La nature juridique de la reconnaissance : les enfants rétroactifs et le changement de régime matrimonial, Note sous Civ, 1^{re}, 12 déc. 2000 », *RTD. civ.* 2001, p. 120.
- « Les montages et la filiation (suite) : l'autorité parentale, un jeu d'enfant ! », *RTD. civ.* 2002, chron. p. 85.
- « Maternité de substitution », *RTD. civ.* 2002, chron. p. 85.
- « Préliminaire : une mère quand elle veut, la maternité purement potestative », *RTD. civ.* 2003, chron. p. 276.
- « Une pilule difficile à avaler : comment la conception entre dans le champ conceptuel et la contraception dans le champ contractuel, et vice versa ! », *RTD. civ.* 2003, chron. p. 279.

-
- « La filiation au subjonctif ? », *Dr. Fam.* 2004, chron. 68.
- « Rétroactivité de l'établissement (ou de l'anéantissement) d'une filiation naturelle : un droit ?, Note sous Civ. 1^{re}, 12 mai 2004 », *RTD. civ.* 2004, chron. p. 494.
- « Des filiations à la filiation », *RJPF* 2005, 9, p. 6.
- « Détournements d'adoption et adoption intra-familiales : intentions pures et impures », *RTD. civ.* 2005, chron. p. 114.
- « Détournements de délégation : à quoi bon légiférer ? », *RTD. civ.* 2006, p. 297.
- « Est-on à la veille du grand soir de la paternité en mariage ? », *RTD. civ.* 2006, chron. p. 293.
- « La réforme de la filiation et les principes fondamentaux », *Dr. Fam.* Jan. 2006, p. 6.
- « L'intérêt supérieur de l'enfant et le fait accompli : une filiation quand je veux et avec qui je veux, par n'importe quel moyen », *RTD. civ.* 2008, 3, p. 93.
- « La constatation d'une filiation est déclarative donc rétroactive, Note sous Civ. 1^{re}, 3 déc. 2008 », *RTD. civ.* 2009, p. 105.
- « Procréation post mortem : un nouveau droit à..., le droit à l'éternité ?, Note sous TGI Rennes 15 octobre 2009 », *RTD. civ.* 2010, p. 93.
- « La famille dans l'île d'utopie. Livre 2 du Code civil intitulé "Des familles" » in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Defossez - Liber Amicorum*, Montchrestien - Lextenso éditions, 2012, p. 161.
- « L'adoption est-elle devenue le *factotum* de la filiation ? », *JCP G.* 2012, p. 2392.
- « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe. le paradoxe de la tortue d'Achille », *JCP G.* 2012, p. 2000.
- HENRY (J.-H.), « Le changement juridique dans le monde arabe », *Droit et Société* 1990, 15.
- HÉRITIER (Françoise), « De l'engendrement à la filiation. Approche anthropologique », *Topiques* 1989, 44, p. 173.
- HUET-WEILLER (Danièle), « Requiem pour une présomption moribonde, La contestation directe de la paternité légitime sur le fondement de l'article 322, al. 2 C. civ. », *D.* 1985, I, chron. p. 123.
- JAULT (Fabienne), « La notion de responsabilité parentale », *Dr. et pat.* Juin 2005, p. 58.

- JEANDIDIER (Wilfrid), « L'établissement de la filiation naturelle par la possession d'état, Les deux aspects d'un arrêt dissident », *D.* 1981, I, chron. p. 41.
- JOURDAIN-FORTIER (C.), « Les "enfants de la nature" au XXI^e siècle : la possession d'état à l'épreuve de l'expertise biologique », *Dr. Fam.* 2003, chron. p. 23.
- KAHN (Axel), « La loi bioéthique - L'anonymat du don de gamètes et la recherche sur l'embryon », *D.* 2011, p. 2192.
- KAYSER (Pierre), « Les limites morales et juridiques à la procréation artificielle », *D.* 1987, p. 189.
- KERNALEGUEN (Francis), « Le droit à l'établissement et au maintien du lien de filiation dans l'espace européen » in *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, sous la dir. de D. GADBIN et F. KERNALEGUEN, Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 101.
- KESSLER (Guillaume), « La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *Dr. Fam.* 2005, Étude 16, n° 7, p. 11.
- KHAÏAT (Lucette), « La filiation entre normes et affects » in *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation*, sous la dir. de L. KHAÏAT, Érès, 1995, p. 11.
- LABBÉE (Xavier), « L'enfant de la mère porteuse et la filiation interdite, Note sous TGI Lille 22 mars 2007 », *D.* 2007, p. 1251.
- « L'enfant du couple de lesbiennes », *D.* 2007, 41, p. 2882.
- LABRUSSE-RIOU (Catherine), « Sécurité d'existence et solidarité familiale en droit privé : étude comparative du droit des pays européens continentaux », *RIDC* 1986, 3, p. 829.
- « Rapport français » in *"La vérité et le droit". Travaux de l'Association Henri Capitant. Tome XXXVIII*, Economica, 1987, p. 103.
- « La filiation en mal d'institution », *Esprit* déc. 1996, p. 94.
- « Présentation générale » in *Jean Carbonnier 1908-2003, Écrits*, PUF, 2008, p. 43.
- LAGARDE (Paul), « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 691.
- LAIRG (Lord Irvine de), « Le législateur, la liberté et le droit : le système britannique et le système français », *D.* 2003, p. 2103.

- LAMARCHE (Marie), « Intérêt supérieur de l'enfant : de l'admission des effets d'une convention de mère porteuse à la destruction du droit français de la filiation ? », *Dr. Fam.* 2007, Alerte 87, 11, p. 3.
- LARRIBAU-TERNEYRE (Virginie), « Le mythe du sang en droit de la filiation », *LPA* 16 mar. 1994, p. 15.
- LE BOURSICOT (Marie-Christine), « Du secret absolu au secret relatif », *AJ Fam.* 2003, p. 86.
- « Une nouvelle loi pour réformer l'adoption », *RJPF* oct. 2005, p. 6.
- « L'abrogation de la fin de non-recevoir à la recherche de maternité résultant du secret de l'accouchement », *RJPF* avr. 2009, 4, p. 8.
- « Une ordonnance de référé autorise l'établissement du lien génétique en dehors d'une action relative à la filiation (ou à fins de subsides) », *RJPF* déc. 2009, p. 25.
- « De la difficulté de concevoir un lien génétique dépourvu d'effet juridique sur la filiation », *RJPF* juin 2010, 6, p. 24.
- « Quand le délaissement parental devient un abandon d'enfant », *RLDC* mar. 2010, 69, p. 35.
- LEBORGNE (Anne), « Le ministère public partie principale à un contentieux de la filiation : réflexion sur la montée d'un ordre public de direction ? » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis - Dalloz, 2012, p. 311.
- LÉCUYER (Hervé), « Rapport introductif » in *La notion juridique de couple*, sous la dir. de C. BRUNETTI-PONS, Études juridiques, Economica, 1998, p. 1 1.
- LEFEBVRE-TEILLARD (Anne), « L'enfant naturel dans l'Ancien droit français », *Rev. Société Jean Bodin* 1976, t. 36, p. 251.
- « *Pater is est quem nuptiae demonstrant* : Jalons pour une histoire de la présomption de paternité », *Rev. Hist. droit* sept. 1991, 69, p. 331.
- LEFEBVRE-TEILLARD (Anne), F. DEMOULIN et F. ROUMY, « De la théologie au droit : naissance médiévale du concept de filiation » in *Festschrift P. Landau*, 2000, p. 421.
- LEGENBRE (Pierre), « Revisiter les fonctions du droit civil », *RTD. civ.* 1990, p. 639.
- LEGRAND (Pierre), « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants » in *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2010.

LEMOULAND (Jean-Jacques), « Le pluralisme en droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.* 1997, chron. p. 133.

— « Le tourisme procréatif », *LPA* 28 mar. 2001, 62, p. 24.

— « Quel apport du droit comparé au droit français des personnes et de la famille ? » *in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis - Dalloz, 2012, p. 329.

LEPROVAUX (Jérôme), « La consolidation de la filiation par la possession d'état dans l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *RJPF* avr. 2006, p. 6.

— « Ratification et un peu plus... de l'ordonnance portant réforme de la filiation », *RJPF* mar. 2009, p. 8.

LEQUETTE (Yves), « Observations sur le "nominalisme législatif" en matière de filiation » *in Études offertes à Geneviève Viney*, Paris : LGDJ Lextenso, 2008, p. 647.

— « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille » *in Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois - LexisNexis, 2012, p. 523.

LEREBOURG-PIGEONNIÈRE (P.), « La Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français » *in Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, p. 255.

LEROYER (Anne-Marie), « Autorité parentale et contrat » *in La contractualisation de la famille*, sous la dir. de D. FENOUILLET et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, Economica, 2001, p. 153.

— « Réforme de la filiation », *RTD. civ.* 2005, p. 836.

— « Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-79 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation », *RTD. civ.* 2009, p. 375.

— « La loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », *D.* 2013, p. 1697.

LIBCHABER (Rémy), « L'adoption par les homosexuels et le principe d'égalité : une nouvelle rhétorique dans le débat public », *RTD. civ.* 2002, p. 611 sq.

LOISEAU (Grégoire), « Nom de famille et contrat » *in La contractualisation de la famille*, sous la dir. de D. FENOUILLET et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, Economica, 2001, p. 173.

— « Les temps modernes de l'égalitarisme », *D.* 2012, p. 2252.

- MALAURIE (Philippe), « Rapport de synthèse » *in L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, 1996, p. 105.
- MALLET-BRICOUT (Blandine), « Droit d'accès aux origines personnelles : l'embarras de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2003, chron. p. 1240.
- MARGUÉNAUD (Jean-Pierre), « Action en recherche de paternité naturelle, tests ADN et droit au respect de la vie privée », *RTD. civ.* 2002, chron. p. 866.
- « Le droit des homosexuels de pouvoir adopter trouve sa limite caricaturale dans l'intérêt des enfants, Note sous CEDH, 3ème section, Fretté c/ France », *RTD. civ.* Fév. 2002, p. 389.
- « Quand la Cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'accouchement sous X », *RTD. civ.* Avr. 2003, p. 375.
- MARNIÈRE (E. S. de la), « Hérité et filiation juridique », *D.* 1988, I, chron. p. 1.
- MARTIN-LASSEZ (Josée), « L'intérêt supérieur de l'enfant et la famille », *Dr. Fam.* Jan. 2007, p. 25.
- MASSIP (Jacques), « La contestation de la filiation légitime depuis la loi du 3 janvier 1972 », *D.* 1977, I, chron. p. 238.
- « Possession d'état, nom et état civil », *Dr. Fam.* 2000, Chron. 19.
- « La création d'un lien de filiation, but et condition de l'adoption - Note sous CA Versailles, 4 nov. 1999 », *LPA* 25 mai 2001, 104, p. 19.
- « Le nouveau droit de la filiation », *Deffrénois* 15 jan. 2006, p. 6.
- « Précisions sur les problèmes posés par la reconnaissance de l'enfant d'une femme mariée », *Deffrénois* 2006, 24, p. 1883.
- « Les grands-parents peuvent-ils, après un accouchement secret, former un recours contre l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'État ? Note sous TGI Angers, 26 avr. 2010. », *LPA* 18 nov. 2010, p. 9.
- MASSIP (Jacques), G. MORIN et J.-L. AUBERT, « La réforme de la filiation, Commentaire de la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 », *Deffrénois* 1973.
- MATHEY (Nicolas), « Circulaire Taubira. Entre illusions et contradictions », *JCP G.* 2013, p. 292.

- MATOCQ (Olivier), « Le rapport d'expertise biologique dans le droit de la filiation deviendrait-il le passage obligé ? », *Dr. Fam.* 2006, Études n° 7, p. 23.
- MAUGER-VIELPEAU (Laurence), « La volonté et la filiation au regard du droit nouveau, (A propos de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation) », *LPA* 27 juin 2007, 28, p. 3.
- « Adoption sur Pacs ne vaut ! », *D.* 2008, p. 1028.
- MAUGER-VIELPEAU (Laurence) et Gilles RAOUL-CORMEIL, « Variations sur les sources du droit de la filiation », *Dr. Fam.* Oct. 2007, Études n° 31, p. 13.
- MAYMON-GOUTALLOY (Mireille), « De la conformité du droit des personnes et de la famille aux instruments internationaux protecteurs des droits de l'homme », *D.* 1985, I, chron. p. 211.
- MÉCARY (Caroline), « Le Conseil constitutionnel manquerait-il de courage ? », *AJ Fam.* 2010, p. 489.
- « Délégation partage de l'autorité parentale : évolution de la jurisprudence », *AJ Fam.* Déc. 2011, p. 604.
- MELLOTÉE (Christian), « L'adoption simple modifiant le patronyme de l'adopté produit les mêmes effets sur les enfants de celui-ci », *JCP G.* 2008, II, 10191.
- MESTROT (Michèle), « La famille en chantier » in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, p. 191.
- MEULDERS-KLEIN (Marie-Thérèse), « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », *RTD. civ.* 1988, p. 645.
- « Réflexions sur les destinées de la possession d'état d'enfant » in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille*, Presses Universitaires de Strasbourg - LGDJ, 1994, p. 319.
- « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public » in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris : PUF, 1994, p. 317.
- « Fondements nouveaux du concept de filiation » in *La personne, la famille et le droit. 1968-1998 : Trois décennies de mutations en Occident*, Bruylant - LGDJ, 1999, p. 153.
- MILLET (Florence), « L'homoparentalité : essai d'une approche juridique », *Defrénois* 2005, 9, p. 743.

-
- « La paternité : chronique d'une mort annoncée », *D.* 2013, p. 782.
- MIRABAIL (Solange), « Les obstacles juridiques à la recherche de la vérité biologique en matière de filiation, discordances et anachronismes », *D.* 2000, p. 146.
- MIRKOVIC (Aude), « À propos de la maternité pour autrui », *Dr. Fam.* Juin 2008, Études n° 15, p. 9.
- « Le transfert d'embryon post mortem : comment sortir de l'impasse ? », *Dr. Fam.* Juin 2009, Études 23, p. 9.
- « Mères porteuses : analyse de droit de la famille », *JCP G.* 2009, II, p. 10020.
- « Congé de paternité : instauration d'un congé d'accueil de l'enfant », *D.* 2012, p. 2600.
- MONÉGER (Françoise), « Pauvres pères » in *Drôle(s) de droit(s). Mélanges en l'honneur de Élie Alfandari*, Dalloz, 1999, p. 417.
- MULON (Élodie), « Une délégation partielle d'autorité est possible au sein d'un couple homosexuel », *RJPF* avr. 2006, p. 19.
- MURAT (Pierre), « Procréation assistée et droits de l'enfant », *RDSS* 1991, p. 394.
- « L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement : jusqu'où aller ? », *Dr. Fam.* 1998, chron. 14, p. 4.
- « Prévisions sur les conséquences de l'octroi à l'enfant de l'action en rétablissement de la présomption de paternité, Note sous Cass. 1^{re} civ. 3 juin 1998 », *Dr. Fam.* 1998, comm. 132, 10, p. 11.
- « Vers les familles homosexuelles par adoption ? », *Dr. Fam.* 2000, chron. 8, p. 4.
- « De la réforme du droit de la filiation et de quelques autres projets », *Dr. Fam.* Juin 2001, comm. 55, p. 14.
- « Rattachement familial de l'enfant et contrat » in *La contractualisation de la famille*, sous la dir. de D. FENOUILLET et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, Economica, 2001, p. 133.
- « Couple, filiation, parenté » in *Des concubinages. Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichy*, Litec, 2002, p. 53.
- « La portée de l'expertise biologique de droit », *Dr. Fam.* Juin 2004, p. 25.
- « La filiation simplifiée », *Dr. Fam.* 2005, 72, p. 4.

- MURAT (Pierre), « L'absence de reconnaissance volontaire est-elle un préjudice réparable ? », *Dr. Fam.* Déc. 2005, p. 20.
- « Indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant naturel : la Cour de cassation prend de vitesse l'ordonnance ! », *Dr. Fam.* Mai 2006, comm. 107, p. 46.
- « Le partage de l'autorité parentale dans le couple homosexuel devant la Cour de cassation », *Dr. Fam.* Avr. 2006, comm. 89.
- « Les enjeux d'un droit de la filiation », *Informations sociales* mar. 2006, 131, p. 6.
- « Refus d'expertise biologique et existence d'une possession d'état : petite mise au point de la Cour de cassation, Note sous Cass. 1^{re} civ. 28 mai 2008 », *Dr. Fam.* Juil. 2008, p. 29.
- « L'expertise biologique au secours des grands-parents réclamant leur petite-fille après l'accouchement anonyme de la mère », *Dr. Fam.* 2009, 152, p. 22.
- « L'état des devoirs légaux des parents envers leur enfant » in *Être parent aujourd'hui*, sous la dir. de P. JACQUES, Thèmes et commentaires. Actes, Dalloz, 2010, p. 49.
- « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis - Dalloz, 2012.
- NAU (Jean-Yves), « L'utérus artificiel ou la dernière frontière humaine », *Le Monde* 11 mar. 2005.
- NEIRINCK (Claire), « L'accouchement anonyme : le fait et le droit », *JCP G.* 1996, I, 3922, p. 149.
- « La maternité », *Dr. Fam.* 2006, chron. 2, p. 9.
- NERSON (Roger), « Les progrès scientifiques et l'évolution du droit familial » in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Études offertes à Georges Ripert. Tome I*, LGDJ, 1950, p. 403.
- NICOLAS-MAGUIN (Marie-France), « Premières réflexions sur le pluralisme familial » in *Réflexions sur le pluralisme familial*, sous la dir. de O. ROY, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2011, p. 15.
- NICOLAU (Gilda), « L'autorité parentale à l'épreuve » in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, p. 141.
- NOËL (Janine), « Les "vrais" parents », *LPA* 3 mai 1995, p. 53.

- PARAIN-VIAL (J.), « Notes sur l'épistémologie des concepts juridiques », *Arch. philo. dr.* 1959, p. 131.
- PATUREAU (Yves), « Le désintérêt de l'enfant déclaré judiciairement abandonné », *D.* 1978, I. Chron, p. 167.
- PÉLISSIER (Anne), « La réception de l'homoparentalité en droit européen », *AJ Fam.* 2006, p. 406 sq.
- PELLÉ (Sébastien), « La "reconnaissance" du père marié, A propos d'une difficulté d'interprétation de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *RLDC* jan. 2007, 34, p. 70.
- PERRIN (Ségolène), « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Dr. Fam.* Juin 2010, Étude n° 16, p. 29.
- PFERSMANN (Otto), « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC* 2001, 2, p. 275.
- PHILIPPE (Catherine), « Pour une réforme d'ensemble du droit de la filiation », *LPA* 4 jan. 1991, p. 6.
- « Volonté, responsabilité, filiation », *D.* 1991, I, chron. p. 47.
- « Un droit de la famille résolument tourné vers la diversité », *Dr. Fam.* 2007, p. 21.
- PRATTE (Marie) et Elisabeth FORTIS-MONJAL, « Présomption de paternité et vérité biologique en droit français et québécois », *D.* 1988, I, chron. p. 31.
- QUINTANE (Guy), « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit » in *Les notions juridiques*, sous la dir. de G. TUSSEAU, Economica, 2009, p. 5.
- RAYMOND (Guy), « Volonté individuelle et filiation par le sang », *RTD. civ.* 1982, p. 538.
- RAYNAUD (Pierre), « La réforme de l'adoption », *D.* 1967, Chron. p. 77.
- « L'acte de naissance de l'enfant naturel » in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université de Toulouse, 1976, p. 903.
- « L'inégalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement : où va la jurisprudence ? », *D.* 1980, I, chron. p. 1.

- RAYNAUD (Pierre), « Le rôle de la volonté individuelle dans l'établissement du lien de filiation : état du droit positif français » in *Droit de la filiation et progrès scientifique*, sous la dir. de C. LABRUSSE et G. CORNU, Economica, 1981, p. 87.
- « Le démantèlement de la présomption de paternité légitime, (à propos de deux arrêts de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation du 27 février 1985) », *D.* 1985, I, chron. p. 205.
- « L'enfant peut-il être objet de droit ? », *D.* 1988, I, chron. p. 109.
- REBOURG (Muriel), « Les prolongements de l'obligation alimentaire : obligation d'entretien et obligation naturelle » in *Obligation alimentaire et solidarités familiales. Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales*, sous la dir. de L.-H. CHOQUET et I. SAYN, t. 31, Droit et société, LGDJ, 2000, p. 41.
- REMOND-GENILLOU (Martine), « La possession d'état d'enfant, (A propos de la loi du 3 janvier 1972) », *RTD. civ.* 1975, p. 459.
- RENCHON (J.-L.), « Les conjugalités en droit belge » in *Du PACS aux nouvelles conjugalités*, sous la dir. de J. FLAUSS-DIEM et G. FAURÉ, PUF, 2005, p. 85.
- RIVERO (Jean), « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.* 1951, p. 99.
- ROSADO (Marie-Philomène), « L'intérêt supérieur de l'enfant depuis le revirement de jurisprudence sur l'applicabilité directe de la Convention de New-York », *RLDC* nov. 2006, 32, p. 35.
- ROUAST (André), « Les tendances individualistes de la jurisprudence en matière de filiation légitime », *RTD. civ.* 1940–1941, p. 223.
- « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD. civ.* 1944, p. 1.
- ROUGER (Philippe), « Filiation et empreintes génétiques », *AJ Fam.* 2003, p. 171.
- ROUMY (Franck), « Le lien parental : aspects historiques » in *La contractualisation du droit de la famille*, sous la dir. de D. FENOUILLET et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, Economica, 2001, p. 39.
- ROY (Odile), « Le modèle français : évolutions et résistances face au pluralisme familial » in *Réflexions sur le pluralisme familial*, sous la dir. de O. ROY, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2011, p. 23.
- RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline), « La déclaration judiciaire d'abandon de l'article 350 du code civil », *RTD. civ.* 1980, p. 101.

-
- « La gestation pour le compte d'autrui », *D.* 1985, I, chron. p. 147.
- « Droits de la mère et droits de l'enfant : réflexions sur les formes de l'abandon », *RTD. civ.* 1991, p. 695.
- « Réflexions sur la réforme attendue du droit de la filiation. » *in Mélanges offerts à André Colomer*, Paris : Litec, 1993, p. 397.
- « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP G.* 1994, I, p. 3739.
- « L'adoption et l'intérêt supérieur de l'enfant », *JCP G.* 1999, I, p. 160.
- SAINTE-ROSE (Jerry), « Vers une reconnaissance de l'homoparentalité », *AJ Fam.* 2006, p. 395.
- SALVAGE-GEREST (Pascale), « Génèse d'une quatrième réforme, ou l'introuvable article 350 alinéa 1 du Code civil », *AJ Fam.* 2005, p. 350.
- « La reconnaissance d'enfant, ou de quelques surprises réservées par l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *Dr. Fam.* 2006, chron. p. 4.
- « Le rapport de l'ONED sur la situation des pupilles de l'État », *Dr. Fam.* Juin 2007, 24, p. 13.
- « Adoption : le rapport de la "mission Colombani" », *Dr. Fam.* Mai 2008, Études n° 13, p. 7.
- SAMUEL (Geoffrey), « La notion d'intérêt en droit anglais » *in Droit et intérêt. Volume 3 : Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, sous la dir. de P. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 405.
- SAVATIER (R.), « Le contrôle de la puissance paternelle », *D.* 1947, chron, p. 21.
- « Une institution civile en euphorie : l'adoption devant le Parlement français. », *D.* 1949, chron. p. 117.
- SÉRIAUX (Alain), « L'égalité des filiations depuis la loi du 3 janvier 1972 » *in Mélanges offerts à André Colomer*. Paris : Litec, 1993, p. 431.
- « L'engagement unilatéral en droit positif français actuel » *in L'utilitarisme et le droit des obligations, Actes du colloque organisé par le Centre de recherche européen de droit des obligations de l'Université Paris XII et le Centre René-Demogue pour la recherche interdisciplinaire et comparative en droit des contrats de l'Université de Lille II*, 9 jan. 1998, sous la dir. de C. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, 1999, p. 7.

- SICARD (Didier), « Préface : Modernité ou soumission du droit ? » in *L'identité génétique de la personne. Entre transparence et opacité*, sous la dir. de P. BLOCH et V. DEPADT-SEBAG, Dalloz, 2007, p. 1.
- SOSSON (Jehanne), « L'obligation alimentaire, miroir des conceptions de la famille ? » in *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein. Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruylant, 1998, p. 575.
- « Analyse comparée des liens juridiques fondant la solidarité alimentaire légale dans les pays occidentaux » in *Obligation alimentaire et solidarités familiales. Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales*, sous la dir. de L.-H. CHOQUET et I. SAYN, Droit et société, LGDJ, 2000, p. 61.
- STOUFFLET (J.), « L'abandon d'enfants », *RTD. civ.* 1959, p. 627.
- SUTTON (Geneviève), « L'office du juge dans le contentieux de la filiation : vingt années de jurisprudence » in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille*, Presses Universitaires de Strasbourg, LGDJ, 1994, p. 459.
- TERRÉ (François), « A propos de l'autorité parentale », *Arch. philo. dr* 1975, XX, p. 45.
- « Rapport introductif » in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, 1996, p. 3.
- THÉRY (Irène), « La filiation doit évoluer », *Le Monde* 10 fév. 2013, p. 17.
- THÉRY (René), « Véritable père et paternité vraie », *D.* 1979, I, p. 2927.
- THOUVENIN (D.), « Les filiations ne sont ni vraies ni fausses mais dépendent du choix des parents », *LPA* 3 mai 1995, 50, p. 93.
- 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.* 2005, Études n° 11, p. 6.
- TRILLAT (Brigitte), « L'accouchement anonyme : de l'opprobre à la consécration » in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille*, Presses Universitaires de Strasbourg, LGDJ, 1994, p. 513.
- VAN GYSEL (A. Ch.), « L'intérêt de l'enfant, principe général de droit », *Revue générale de droit civil belge* 1988, 2, p. 186.
- VÉRON (Michel), « Volonté du "père" et reconnaissance d'enfant », *RTD. civ.* 1967, p. 521.
- VIAL (Géraldine), « Réforme de la filiation : les surprises du projet de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *Dr. Fam.* Fév. 2008, Études n° 5, p. 8.

— « La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 », *Dr. Fam.* Avr. 2009, Études n° 18, p. 9.

— « Les frontières de l'ordre public et de la fraude à la loi », *AJ Fam.* 2012, p. 34.

VIDAL (José), « La place de la vérité biologique dans le droit de la filiation » in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université de Toulouse, 1978, p. 1113.

— « Observations sur le rôle et la notion de possession d'état dans le droit de la filiation » in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 887.

VIGNEAU (Daniel), « Aujourd'hui le rôle, demain le titre ? », *D.* 2006, p. 897.

— « Hier le rôle, le titre : pas encore ! », *D.* 2007, p. 1047 sq.

Angleterre

Lois

Les textes de loi mentionnés ci-dessous sont tous disponibles à l'adresse suivante : <http://www.legislation.gov.uk/>. Quelques extraits pertinents sont reproduits en annexe de cet ouvrage, page 482.

Adoption Act (c. 36) 1976.

Adoption and Children Act (c. 38) 2002.

Adoption and Children Act – Explanatory notes 2002.

Births and Deaths Registration Act 1953.

Child Maintenance and Other Payments Act 2008.

Child Support Act 1991.

Child Support, Pensions and Social Security Act 2000.

Children Act (c. 41) 1989.

Civil Partnership Act (c. 33) 2004.

Congenital Disabilities (Civil Liability) 1976.

Domestic Proceedings and Magistrates' Court Act 1978.

Education Act 1996.

Family Law Reform Act (c. 46) 1969.

Family Reform Act 1987.

Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004.

Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act 2003 (c. 24) 2003.

Human Fertilisation and Embryology (Disclosure of Information) Act 1992.

Human Reproductive Cloning Act 2001.

Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975.

Legitimacy Act 1976.

Marriage Act 1949.

Marriage (Same Sex Couple) Act 2013.

Matrimonial Causes Act 1973.

Parental Orders (Human Fertilisation and Embryology) Regulations 1994.

Parental Responsibility Agreement (Amendment) Regulations, *SI* 1994, p. 3157.

Registration of Births and Deaths Regulation 1987.

Registration of Births, Deaths, Marriages, etc., England and Wales. The Registration of Births and Deaths (Amendment) (England and Wales) Regulations 2009 n° 2165 5 août 2009.

Surrogacy Arrangements Act 1985.

The Adoption Agencies Regulations 2005.

Welfare Reform Act (c. 24) 2009.

Welfare Reform Act (c. 24) - Explanatory Notes 2009.

Wills Act 1837.

Rapports officiels

DEPARTMENT FOR EDUCATION AND SKILLS, *Adoption Guidance*, 2006.

— *Preparing and assessing prospective adopters*, 2006.

DEPARTMENT OF HEALTH, *Surrogacy : Review for Health Ministers of current arrangements for payments and regulation, Report of the Review Team*, par M. BRAZIER, A. CAMPBELL et S. GOLOMBOK, 1998.

— *Adoption National Minimum Standards*, 2003.

— *Draft Practice Guidance to Support the National Adoption Standards For England*, 2003.

DEPARTMENT OF HEALTH AND SOCIAL SECURITY, *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, sous la dir. de D. M. WARNOCK, 1984.

HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY, *Tomorrow's children : A consultation on guidance to licensed fertility clinics on taking in account the welfare of children to be born of assisted conception treatment*, jan. 2005.

— *Code of Practice*, 2010.

LAW COM, *Family Law Review of Child Law : Guardianship and Custody*, 172, 1988.

THE HOUSE OF COMMONS – SCIENCE AND TECHNOLOGY COMMITTEE, *Human Reproductive Technologies and the Law, Fifth report of session 2004-05*, 14 mar. 2005.

THE SECRETARY OF STATE FOR WORK AND PENSIONS, *Joint birth registration : recording responsibility*, 2008.

Case-law

Le format des références jurisprudentielles anglaises est détaillé en annexe, page 481. Conformément à la pratique anglaise, les décisions sont classées alphabétiquement par nom d'affaire.

A v A (Family : Unborn Child) [1974] Fam 6 (HL).

A v B (Damages : Paternity) [2007] 2 FLR 1051 (QBD).

A v C [1985] FLR 445 (FD).

Amphill Peerage Case [1977] AC 547 (HL).

- Andrews v Salt* (1873) 8 Ch App 622.
- B v B (Residence Order : Reasons for Decisions)* [1997] 2 FLR 602.
- B v P (Adoption by Unmarried Father)* [2000] 2 FLR 717 (FD).
- Banbury Peerage Case* [1811] 1 Sim & St 153 (HL).
- Briody v St Helen's and Knowsley Area Health Authority* [2001] CA 1010, [2001] 2 FLR 2001.
- C v C and C (legitimacy : photographic evidence)* [1972] 3 All ER 577 (FD).
- Carron v Carron* [1984] FLR 805 (CA).
- Chilton v Chilton* [1952] P 196 (DC).
- CW v NT* [2011] EWHC (Fam) 33.
- D v D (Child of the family)* (1981) 2 FLR 93 (CA).
- Dawson v Weartmouth* [1999] 1 FLR 1167.
- Egerton v Brownlow* [1853] Cas. 1 (HL).
- Elliot v Lord Joicey* (1935) AC 209 (HL).
- Espinosa v Bourke* [1999] 1 FLR 747.
- Ettenfield v Ettenfield* [1940] 96 (CA).
- G v A (Children : Surname)* [1995] 2 FCR 233.
- Gardner v Gardner* (1877) 2 App Cas 723 (HL).
- Garland v Morris* [2007] EWHC 2.
- Gillick v West Norfolk A.H.A* [1986] 1 AC 112 (HL).
- H v H (Residence Order : Leave to Remove from the Jurisdiction)* [1995] 1 FLR 529.
- H v J's Personal Representatives, Blue Cross, RSPB and RSPCA* [2010] 1 FLR 1613.
- Hawkins v Attorney-General* [1966] 1 All ER 392 (PDA).
- Hetherington v Hetherington* (1887) 12 PD 112.
- Hodgkiss v Hodgkiss and Another* [1984] FLR 563 (CA).
- Holmes-Moorhouse v Richmond-Upon-Thames London Borough Council* [2009] UKHL 7, [2009] 1 FLR 904.

J v C [1970] AC 669 (HL).

J v C (Void Marriage : Status of Children) [2006] EWHC (Fam) 2837.

J v J (A minor : Property Transfer) [1993] 2 FLR 56 (FD).

Jelley v Iliffe [1981] Fam 128 (CA).

Knowles v Knowles [1962] P 161.

Leeds Teaching Hospital NHS Trust v A [2003] EWHC (Fam) 259, (2003) 1 FLR 1091.

M v M (Child of the Family) [1981] 2 FLR 39 (CA).

May v May [1986] 1 FLR 325.

Preston-Jones v Preston-Jones [1951] AC 391 (HL).

R (on the application of Rose and another) v Secretary of State for Health and another [2002] EWHC (Admin) 1593, [2006] 1 FLR 175.

R v E and F (Female parents : known father) [2010] EWHC (Fam) 417, [2010] 2 FLR 383.

R v H (Assault of Child : Reasonable Chastisement) [2001] EWCA Crim 1024, [2001] 2 FLR 431.

R v Hopley (1860) 2 F&F 202.

R v Woods (1921) 85 JP 272.

Re A (A Minor) (Paternity : Refusal of Blood Test) [1994] 2 FLR 463 (CA).

Re Adoption Application (Payment for Adoption) Fam 81 (FD).

Re Agar-Ellis (1883) 24 Ch D 317.

Re B (A Child) [2009] UKSC 5.

Re B (A Child) (Parentage : Knowledge of Proceedings) [2004] 1 FCR 473 (CA).

Re B (A Minor) (Adoption Order : Nationality) [1999] 2 AC 136 (HL).

Re B (A Minor) (Wardship : Sterilisation) [1988] 1 AC 199 (HL).

Re B (Adoption By One Natural Parent To Exclusion of Other) [2001] 1 FLR 589 (CA).

Re B (Adoption By One Natural Parent To Exclusion of Other) [2001] UKHL 70, [2002] 1 WLR 258.

- Re B (Adoption : Jurisdiction To Set Aside)* [1995] Fam 239 (CA).
- Re B (Wardship : Abortion)* [1991] 2 FLR 426 (FD).
- Re Baby M 537* [1988] (SC of USA).
- Re C and another (minors)* [1992] 2 All ER 86 (CA).
- Re C and V (Contact and Parental Responsibility)* [1998] 1 FLR 392 (CA).
- Re C ; Application by Mr an Mrs X under S 30 of the HFEA 1990* [2002] EWHC (Fam) 157, [2002] 1 FLR 909.
- Re C (Minors) (Parental Rights)* [1992] 2 All ER 86 (CA).
- Re Collins* [1990] Fam 56.
- Re D (Contact and Parental Responsibility : Lesbian Mothers and Known Father)* [2006] EWHC (Fam) 2.
- Re D (Paternity)* [2006] EWHC (Fam) 3545, [2007] 2 FLR 26.
- Re E (Parental Responsibility : Blood Tests)* [1995] 1 FLR 392 (CA).
- Re E (Residence : Imposition of Conditions)* [1997] 2 FLR 638 (CA).
- Re F (A Minor) (Blood Tests : Parental Rights)* [1993] Fam 314 (CA).
- Re F (Children)(DNA Evidence)* [2007] EWHC (Fam) 3235, [2008] 1 FLR 348.
- Re Fynn* (1848) 2 De G & SM 457.
- Re G (Children)* [2006] UKHL 43, [2006] 2 FLR 629.
- Re G (Children) (Residence : Same-Sex Partner)* [2006] EWCA Civ. 372, [2006] 2 FLR 614.
- Re G (Children) (Residence : Same-Sex Partner)* [2006] UKHL 43.
- Re H (A Minor) (Blood Tests : Parental Rights)* [1996] 4 All ER 28 (EWCA).
- Re H and A (Paternity : Blood Tests)* [2002] EWCA Civ. 383, [2002] 1 FLR 1145.
- Re H (Children) (Residence Order)* [2007] 2 FCR 621.
- Re H (Minors) (Local Authority : Parental Rights) (No 3)* [1991] Fam 151 (CA).
- Re H (Minors : Parental Responsibility)* [1991] Fam.
- Re H (Parental Responsibility)* [1998] 1 FLR 855 (CA).

Re H (Parental Responsibility : Maintenance) [1996] 1 FLR 867 (CA).

Re Hancock (Deceased) [1998] 2 FLR 346 (CA).

Re Heath [1945] Ch 417 (UKHL).

Re J (Children) (Residence : Expert Evidence) [2001] 2 FCR 44.

Re J (Parental Responsibility) [1999] 1 FLR 784 (FD).

Re J (Paternity : Welfare of Child) [2006] EWHC (Fam) 2837, [2007] 1 FLR 1064.

Re J S (A Minor) Fam 22 (CA).

Re J (Specific Issue Orders : Muslim Upbringing and Circumcision) [1999] 2 FLR 678 (FD).

Re K (Specific Issue Order) [1999] 2 FLR 280 (FD).

Re KD (A Minor) (Ward : Termination of Access) [1988] 2 FLR 139.

Re L (Identity of Birth Father) [2008] EWCA Civ 1388, [2009] 1 FLR 1152.

Re L (Paternity Testing) [2009] EWCA Civ 1239, [2010] 2 FLR 188.

Re M (handicapped child : parental responsibility) [2001] 3 FCR 454.

Re O ; Re J (children) (blood tests : constraint) [2000] 2 All ER 29 (FD).

Re P [2008] (UKHL).

Re P (Minors) (Wardship : Surrogacy) [1987] 2 FLR 421 (FD).

Re P (Parental Responsibility) [1998] 2 FLR 96 (CA).

Re Pearce (Deceased) [1998] 2 FLR 705.

Re R (A Minor) (Blood Tests : Constraint) [1998] Fam 66.

Re R (A Minor) (Blood Transfusion) [1993] 2 FLR 757 (FD).

Re R (A Minor) (Wardship : Medical Treatment) [1992] Fam 11 (CA).

Re S (A Child) (Contact) [2004] 1 FCR 439.

Re S (A Child) (Identification : Restrictions on Publication) [2005] 1 AC 593 (UKHL).

Re S (A Minor) (Parental Responsibility) [1995] 2 FLR 648 (CA).

Re T (A minor) (Parental Responsibility : Contact) [1993] 2 FLR 450 (CA).

- Re T (Paternity : Ordering Blood Tests)* [2001] 1 FLR 1190 (EWCA).
- Re Watson* (1999) FLR 878.
- Re X (A Child) (Injunctions Restraining Publication)* [2001] 1 FCR 541.
- Re Z (A Minor) (Identification : Restrictions on Publication)* [1997] Fam 1 (CA).
- Regina v Human Fertilisation and Embryology Authority* (1999) Fam 151 (CA).
- Ruttinger v Temple* (1863) 4 B&S 491.
- S v S, W v Official Solicitor (or W)* [1972] AC 24 (HL).
- Secretary of State for Work and Pensions v Jones* [2003] EWHC (Fam) 2163, [2004] 1 FLR 282.
- Serio v Serio* (1983) 4 FLR 756 (CA).
- Snow v Snow* [1971] 3 All ER 858 (CA).
- Southwood LBC v B* [1993] 2 FLR 559.
- Teeling v Teeling* [1984] FLR 808 (CA).
- Tremain's Case* [1719] 1 Strange 167.
- W. (R. J.) v W. (S. J.)* [1972] Fam 152 (Devon Assizes).
- W v Official Solicitor* [1970] 3 All ER 107 (HL).
- W v W (Child of the Family)* [1984] FLR 796 (CA).
- Ward v Laverty* [1925] AC 101 (HL).
- Wilson v Wilson otherwise Jennings* [1942] 129 LJ 226 (HL).

Ouvrages généraux

- BAKER (J. H.), *An introduction to English legal history*, 4^e éd., Butterworths, 2002, p. 125–133, 195–220, 479–499.
- BECKER (Gary S.), *A treatise on the Family*, Harvard University Press, 1981.
- Blackstone's Statutes on Family Law 2011-2012*, sous la dir. de M. OLDHAM, 20^e éd., Oxford University Press.

- BLOOMFIELD (Robert) et Helen BROOKS, *A practical guide to family proceedings*, 10^e éd., Family Law, 2004, p. 115.
- CHOUDHRY (Shazia) et Jonathan HERRING, *European Human Rights and Family Law*, Hart Publishing, 2010.
- CRETNEY (Stephen), *Family Law in the Twentieth Century - A History*, Oxford University Press, 2005.
- DAVID (René), *Introduction au droit privé de l'Angleterre*, 1948.
- Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws*, sous la dir. de L. C. of MAPESBURY, 15^e éd., Sweet et Maxwell - Thomson Reuters, 2012.
- DIDUCK (Alison), *Law's Families*, Butterworths, 2003.
- DIDUCK (Alison) et Felicity KAGANAS, *Family Law, Gender and the State*, 3^e éd., Hart Publishing, 2012.
- GILMORE (Stephen) et Lisa GLENNON, *Hayes and Williams' Family Law*, 3^e éd., Oxford University Press, 2012.
- GRAVESON (R. H.), *The Conflict of Laws*, 2^e éd., Sweet et Maxwell, 1952.
- GUTTERIDGE (Harold Cook), *Comparative Law : an Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, 2^e éd., Cambridge University Press, 1949.
- HALE (Brenda) et al., *The Family, Law and Society, Cases and Materials*, Butterworths - LexisNexis, 2006.
- HALL (John Chalice), *Sources of Family Law*, Cambridge University Press, 1966.
- HARRIS-SHORT (Sonia) et Joanna MILES, *Family Law. Text, cases and materials*, 2^e éd., Oxford University Press, 2011.
- HERRING (Jonathan), *Family Law*, 4^e éd., Pearson Longman - LexisNexis, 2009.
- *Family Law*, 5^e éd., Pearson Longman, 2011.
- LÉVY-ULLMANN (Henri), *Le système juridique de l'Angleterre*, Les introuvables, Paris : Éditions Panthéon-Assas, 1999.
- LOWE (Nigel V.) et Gillian DOUGLAS, *Bromley's family law*, 10^e éd., Oxford : Oxford University Press, 2007.
- MAIDMENT (S.), *Child Custody and Divorce : The Law in Social Context*, Croom Helm, 1984.

MAINE (H. J. S.), *Ancient Law*, 1861.

MASSON (Judith), Rebecca BAILEY-HARIS et Rebecca PROBERT, *Cretney Principles of Family Law*, 8^e éd., Thomson Sweet & Maxwell, 2008.

PROBERT (Rebecca), *Cretney's Family Law*, 5^e éd., Sweet & Maxwell's Textbooks Series, Thomson Sweet & Maxwell, 2003.

ZWEIGERT (K.) et H. KÖTZ, *An Introduction of Comparative Law*, 3^e éd., Oxford University Press, 1998.

Ouvrages spéciaux

BEALE (Joseph), *Treaties on the Conflict of Law or Private International Law*, Cambridge University Press, 1916.

BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England.*, 1765.

COMMISSION INTERNATIONALE DE L'ÉTAT CIVIL, *Guide pratique international de l'état civil - Royaume-Uni*, 2008.

GRAVESON (Ronald Harry), *Status in the Common Law*, University of London, Athlone Press, 1953.

LAW (Jonathan) et Elizabeth A. MARTIN, *Oxford Dictionary of Law*, 7^e éd., Oxford University Press, 2009.

LLOYD (Dennis), *Public Policy. A Comparative Study in English and French Law*, University of London, Athlone Press, 1953.

MACLEAN (M.) et J. EEKELAAR, *The Parental Obligation : a study of parenthood across households*, Hart Publishing, 1997.

MOYLAN (HHJ), *What Have Human Rights Done for Family Justice ?*, Resolution, 2010.

Oxford Standard for the Citation of Legal Authorities, 4^e éd., Faculty of Law, University of Oxford, URL : www.law.ox.ac.uk/oscola.

PARKER (R.), *Adoption Now*, London : DoH, 1999.

TULLOCK (Gordon), *The logic of the Law*, New York : Basic Books, 1971.

VONK (Machteld), *Children and their parents, A comparative study of the legal position of children with regard to their intentional and biological parents in English and Dutch law*, Intersentia, 2007.

Ouvrages collectifs

Freedom and Responsibility in Reproductive Choice, sous la dir. de J. SPENCER et A. du BOIS-PEDAIN, Oxford : Hart Publishing, 2006.

Model Family Code, From a global perspective, sous la dir. de I. SCHWENZER et M. DIMSEY, Intersentia, 2006.

Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage, sous la dir. de I. SCHWENZER, Antwerpen – Oxford : Intersentia, 2007.

The Oxford Handbook of Comparative Law, sous la dir. de M. REIMAN et R. ZIMMERMAN, Oxford University Press, 2008.

What is a parent ? , A Socio-Legal Analysis, sous la dir. de A. BAINHAM, S. DAY SCLATER et M. RICHARDS, Oxford : Hart Publishing, 1999.

Thèses

CRAFFE (Mauricette), *La puissance paternelle en droit anglais*, sous la dir. de R. DAVID, 1971, LGDJ.

Articles

BAINHAM (Andrew), « Parentage, Parenthood and Parental Responsibility : Subtle, Elusive Yet Important Distinctions » in *What is a Parent ? A Socio-Legal Analysis*, sous la dir. de A. BAINHAM, S. DAY SCLATER et M. RICHARDS, Oxford : Hart Publishing, 1999, p. 25.

— « Can we protect children and protect their rights ? », *Fam Law* 2002, 32, p. 279.

— « Unintentional parenthood : The case of the reluctant mother », *Cambridge Law Journal* 2002, 61, p. 288.

— « What is the point of birth registration ? », *CFLQ* 2008, 20, 4, p. 449.

- BARTON (Chris), « Joint Birth Registration : "Recording Responsibility" Responsibly ? », *Fam Law* août 2008, p. 789.
- BELL (John), « Le droit comparé au Royaume-Uni » in *L'avenir du droit comparé, un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, 2000, p. 283.
- BOOTH (Penny) et Julia BOND, « Who is my parent - and what does it mean anyway ? », *Fam Law* juil. 2006, p. 578.
- BOOTH (Penny) et Cathy KENNEDY, « The "traditional family" and the law », *Fam Law* juin 2005, p. 482.
- BRADNEY (A.), « The Family in Family Law », *Fam Law* 1979, p. 244.
- BRIDGE (Stuart), « Assisted Reproduction and the Legal Definition of Parentage » in *What is a Parent ? A Socio-Legal Analysis*, sous la dir. de A. BAINHAM, S. DAY SCLATER et M. RICHARDS, Oxford : Hart Publishing, 1999, p. 73.
- BRIDGEMAN (J.), « Children with exceptionnal needs : Welfare, rights and caring responsibilities » in *Rights, Gender and Family Law*, sous la dir. de J. WALLBANK, S. CHOUDHRY et J. HERRING, Routledge, 2010.
- CALLUS (Thérèse), « First "Designer Babies", Now A La Carte Parents », *Fam Law* 2008, 38, p. 143.
- « La filiation en droit anglais », *Recherches familiales* 2010, p. 59.
- « Pluralisme familial et parentalité : le principe d'égalité et le juge anglais » in *Réflexions sur le pluralisme familial*, sous la dir. de O. ROY, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2011, p. 53.
- CAMPBELL (Angela), « The Rights of the Minor : As Person, As Child, As Juvenile, As Future Adult », *IJLPF* 1992, 6, p. 1.
- « Conceiving Parents Through Law », *IJLPF* 2007, 21, p. 242.
- CHOUDHRY (Shazia) et Helen FENWICK, « Taking the rights of parents and children seriously : Confronting the welfare principle under the Human Rights Act », *Oxford Journal of Legal Studies* 2005, 25, p. 453.
- COLLINS (Rosemary) et Alison MACLEOD, « Denials of paternity : the impact of DNA tests on Court proceedings », *JSWFL* 1991, 13, p. 209.

- COOK (Rachel), « Donating Parenthood : Perspectives on Parenthood from Surrogacy and Gamete Donation » in *What is a Parent ? A Socio-Legal Analysis*, sous la dir. de A. BAINHAM, S. DAY SCLATER et M. RICHARDS, Oxford : Hart Publishing, 1999, p. 121.
- CRETNEY (Stephen), « The family and the law - status or contract ? », *CFLQ* 2003, 15, 4, p. 403.
- CULLEN (Deborah), « Challenges of the New Adoption Law », *Fam Law* déc. 2005, p. 958.
- DANNEMANN (Gerhard), « Comparative Law : Study of Similarities or Differences ? » in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, sous la dir. de M. REIMANN et R. ZIMMERMANN, Oxford University Press, 2008.
- DAVIS (Lynn), « Adoption and Children Act 2002 - Some Concerns », *Fam Law* avr. 2005, p. 294.
- DIDUCK (Alison), « "If only we can find the appropriate terms to use the issue will be solved" : Law, identity and parenthood », *CFLQ* 2007, 19, 4, p. 458.
- DOUGLAS (Gillian) et Nigel LOWE, « Becoming a parent in English Law », *LQR* juil. 1992, 108, p. 414.
- DOUGLAS (Gillian) et al., « Inheritance and the family : public attitudes », *Fam Law* déc. 2010, p. 1308.
- EEKELAAR (John), « What are parental rights ? », *LQR* avr. 1973, 89, p. 210.
- « The Emergence of Children's Rights », *Oxford Journal of Legal Studies* 1986, 6, p. 161.
- « Parental responsibility : State of Nature or Nature of the State », *JSWFL* 1991, 13, p. 37.
- « The Importance of Thinking That Children Have Rights » in *Children, Rights and the Law*, sous la dir. de P. ALSTON, S. PARKER et J. SEYMOUR, Clarendon Press, 1992.
- « Families and Children » in *Individual Rights and the Law in Britain*, sous la dir. de C. MCCRUDDEN et D. CHAMBERS, Oxford University Press, 1994.
- « Parental responsibility : a new legal status ? », *LQR* 1996, p. 233.
- « Do parents have a duty to consult ? », *LQR* juil. 1998, 114, p. 337.
- « Beyond the Welfare Principle », *CLFQ* 2002, 14, p. 237.
- EEKELAAR (John) et Mavis MACLEAN, « The Evolution of Private Law Maintenance Obligations : the Common Law » in *Famille, État et sécurité économique d'existence*, sous la dir.

- de M.-T. MEULDERS-KLEIN et J. EEKELAAR, t. I. "La famille", Story Scientia et Kluwer, 1988, p. 137.
- EVERETT (Kim) et Lucy YEATMAN, « Are some parents more natural than others ? », *CFLQ* 2010, 22, 3, p. 290.
- FEDERLE (K. H.), « Rights Flow Downhill », *International Journal of Children's Rights* 1994, 2, p. 343.
- FORD (Mary) et Derek MORGAN, « *Leeds Teaching Hospitals NHS Trust v A* - Adressing a misconception », *CFLQ* 2003, 15, 2, p. 199.
- FORTIN (Jane), « Re F : "The Gooseberry Bush Approach" », *MLR* 1994, 57, p. 296.
- « The HRA's impact on litigation involving children and their families », *CFLQ* 1999, 11, p. 237.
- « Children's rights and the Impact of Two International Conventions : The UNCRC and the ECHR » in *Delight and Dole*, sous la dir. de T. LJ et C. COWTON, Jordans, 2002.
- « Accomodating Children's Rights in a Post Human Rights Act Era », *MLR* 2006, 69, p. 299.
- FREEMAN (M. D. A.), « Taking Children's Rights More Seriously » in *Children, Rights and the Law*, sous la dir. de P. ALSTON, S. PARKER et J. SEYMOUR, Clarendon Press, 1992, p. 52.
- GILBERT (Alex), « Gay Parenting Options in the 21st Century », *Fam Law* sept. 2010, p. 998.
- GILMORE (Stephen), « Parental responsibility and the unmarried father - a new dimension to the debate », *CFLQ* 2003, 15, 1, p. 21.
- HARRIS (Peter G.) et Robert H. GEORGE, « Parental responsibility and shared residence orders : parliamentary intentions and judicial interpretations », *CFLQ* 2010, 22, 2, p. 151.
- HARRIS-SHORT (S.), « Family Law and the Human Rights Act 1998 : judicial restraint or revolution ? », *CFLQ* 2005, 17, p. 239.
- HAYES (Mary), « The use of blood tests in the pursuit of truth », *LQR* jan. 1971, 87, p. 86.
- HAYES (Peter), « Giving due consideration to ethnicity in adoption placements - a principled approach », *CFLQ* 2003, 15, 3, p. 255.

- HERRING (Jonathan), « The Human Rights Act and the welfare principle in family law – conflicting or complementary ? », *CFLQ* 1999, 11, p. 223.
- « The Welfare Principle and the Rights of Parents » in *What is a Parent ? A Socio-Legal Analysis*, sous la dir. de A. BAINHAM, S. DAY SCLATER et M. RICHARDS, Oxford : Hart Publishing, 1999, p. 89.
- HERRING (Jonathan) et Rachel TAYLOR, « Relocating Relocation », *CFLQ* 2006, 18, p. 517.
- HORSEY (Kirsty), « Challenging presumptions : legal parenthood and surrogacy arrangements », *CFLQ* 2010, 22, 4, p. 449.
- JACKSON (Emily), « Conception and the irrelevance of the welfare principle », *MLR* 2002, 65, p. 176.
- JOHNSON (Simon), « How many parents does a child need ? », *Fam Law* mar. 2012, p. 313.
- KAHN-FREUD (O.), « The Teaching of Family Law, The Content of the Undergraduate Course : (1) General », *The Journal of The Society of Public Teachers of Law* 1966, p. 202.
- LANDAUER (Donald von), « Family Law in France », *Fam Law* 1975, p. 199.
- LEVIN (Jennifer), « Reforming the illegitimacy laws », *Fam Law* 1978, p. 35.
- LIND (Craig), « *Re R (Paternity of IVF Baby)* - Unmarried paternity under the Human Fertilisation and Embryology Act 1990 », *CFLQ* 2003, 15, 3, p. 327.
- LOWE (Nigel), « L'établissement de la paternité en droit anglais » in *Colloque de la Commission internationale de l'État Civil (CIEC)*, 1999, URL : <http://www.ciec1.org/CadrEtudeColloque.htm>.
- MACCORMICK (Neil), « Children's Rights : A Test Case for Theories of Rights » in *Legal Right and Social Democracy*, sous la dir. de N. MACCORMICK, Clarendon Press, 1982.
- MAHMOOD (Safda), « Adoption and Children Act 2002 : Where are we so far ? », *Fam Law* juin 2004, p. 449.
- MASSON (Judith), « Parenting by Being ; Parenting by Doing - In Search of Principles for Founding Families » in *Freedom and Responsibility in Reproductive Choice*, sous la dir. de J. SPENCER et A. du BOIS-PEDAIN, Oxford : Hart Publishing, 2006, p. 131.
- MUNBY (The Honourable Mr Justice), « The Family Justice System », *Fam Law* août 2004, p. 574.

- OLIVER (Dawn), « Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre ? », *RIDC* 2001, 2, p. 327.
- PARIZER-KRIEF (Karène), « Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne », *RIDC* 2011, III, p. 645.
- PICKFORD (Ros), « Unmarried fathers and the Law » in *What is a Parent? A Socio-Legal Analysis*, sous la dir. de A. BAINHAM, S. DAY SCLATER et M. RICHARDS, Oxford : Hart Publishing, 1999, p. 143.
- PROBERT (Rebecca), « Families, assisted reproduction and the law », *CFLQ* 2004, 16, 3, p. 273.
- « "Family Law" - a modern concept ? », *Fam Law* déc. 2004, p. 901.
- RICHARDS (Martin), « Genes, Genealogies and Paternity : Making Babies in the Twenty-first Century » in *Freedom and Responsibility in Reproductive Choice*, sous la dir. de J. SPENCER et A. du BOIS-PEDAIN, Oxford : Hart Publishing, 2006, p. 53.
- ROCHE (Jeremy), « The Children Act 1989 : Once a parent Always a parent ? », *JSWFL* 1991, 13, p. 345.
- SAMUELS (Alec), « Abolish Illegitimacy », *Fam Law* 1979, p. 131.
- STEINBOCK (Bonnie), « Defining Parenthood » in *Freedom and Responsibility in Reproductive Choice*, sous la dir. de J. SPENCER et A. du BOIS-PEDAIN, Oxford : Hart Publishing, 2006, p. 107.
- STONE (Olive), « University Teaching of Family Law », *The Journal of the Society of Public Teachers of Law* 1959–1960, p. 130.
- SUTHERLAND (Elaine E.), « "Man not included" - single women, female couples and procreative freedom in the UK », *CFLQ* 2003, 15, 2, p. 155.
- WARMAN (Andrea), « Adoption and Looked-after Children : International Children », *Fam Law* sept. 2004, p. 161.
- WHITESMITH (Lucy) et Daniel COOMBES, « Natural born children : the House of Lords and the blood tiers », *Fam Law* nov. 2006, p. 953.
- WOODCRAFT (Elizabeth), « *Re G* : a missed opportunity », *Fam Law* jan. 2007, p. 53.

Conseil de l'Europe

Lois

Conseil de l'Europe - Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée)
27 nov. 2008.

Recommandation n° R (84) 4 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe 28 fév. 1984.

Jurisprudence

Les arrêts sont classés alphabétiquement par nom d'affaire.

CEDH, 22 fév. 1994 ; *D.* 1995, p. 5, note J.-P. MARGUÉNAUD.

CEDH, *B c. Royaume-Uni*, 13 sept. 2005, n° 36536/02.

CEDH, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, 25 fév. 1982.

CEDH, *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, 25 mar. 1993.

CEDH, gr. ch., *E.B c. France*, 22 jan. 2008, Req. no 43546 ; *D.* 2008, AJ, p. 351, obs. ROYER ;
D. 2008, p. 2038, note HENNION-JACQUET ; *Gaz. Pal.* 25 juil. 2008, p. 10, obs. TAHRI ;
RJPF fév. 2008, p. 22, note C. VALORY ; *LPA* 7 fév. 2008, p. 9, note CHALTIEL ; *RTD.*
civ. 2008, p. 249, obs. MARGUÉNAUD ; *RLDC* mai 2008, p. 41, note L. BOURSICOT.

CEDH sect. IV, *Evans c. Royaume-Uni*, 7 mar. 2006, n° 6339/05 ; *RDC* 2007, p. 1321, obs.
F. BELLIVIER et C. NOIVILLE ; *D.* 2007, p. 1108, obs. GALLOUX et GAUMONT-PRAT.

CEDH gr. ch., *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avr. 2007, n° 6339/05 ; *JCP G.* 2007, t. II, 10097,
note MATHIEU ; *RDSS* 2007, p. 810, obs. D. ROMAN ; *RDC* 2007, p. 1321, note F. BEL-
LIVIER et C. NOIVILLE ; *RTD. civ.* 2007, p. 295, obs. MARGUÉNAUD ; *RTD. civ.* 2007,
p. 545, obs. HAUSER.

CEDH, *Fretté c. France*, 26 fév. 2002, n° 36515/97 ; *D.* 2002, p. 2024, obs. GRANET ; *D.* 2002,
p. 2569, obs. COURTIN ; *JCP G.* 2002, t. II, 10074, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ;
RJPF avr. 2002, p. 20, obs. L. LE BOURSICOT ; *Dr. Fam* 2002, p. 8, note DEBET ; *Dr. et*
patr. Juin 2002, p. 107, obs. LOISEAU ; *AJDA* 2002, p. 401, note POIROT-MAZÈRES ; *LPA*
10 juil. 2002, p. 10, note VASSEUR-LAMBRY et CARIUS ; *RTD. civ.* 2002, p. 281, obs.
HAUSER ; *RTD. civ.* 2002, p. 389, obs. MARGUÉNAUD.

CEDH sect. IV, *Gas et Dubois c. France*, 31 août 2010, n° 25951/07 ; *AJ. Fam.* 2010, p. 433, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *RTD. civ.* 2011, obs. J. HAUSER.

CEDH sect V, *Gas et Dubois c. France*, 15 mar. 2012, n° 25951/07 ; *D.* 2012, p. 1241, note DIONISI-PEYRUSSE ; *AJ. Fam.* 2012, p. 220, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *JCP G.* 2012, 589, p. 961, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE.

CEDH, *Gnahoré c. France*, 19 sept. 2000, n° 40031/98.

CEDH, *Inze c. Autriche*, 28 oct. 1987, Série 1, 126, § 38, p. 17.

CEDH sect. III, *Jäggi c. Suisse*, 13 juil. 2006, n° 58757/00 ; *RTD. civ.* 2006, p. 727, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTD. civ.* 2007, p. 100, obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 2008, p. 573, obs. J. MASSIP ; *Dr. Fam* mai 2008, p. 13, obs. A. GOUTTENOIRE.

CEDH, *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, 18 juil. 1994, Série A, 291-B, § 24, p. 32–33.

CEDH, *Kearns c. France*, 10 jan. 2008 ; *D.* 2008, p. 415, obs. P. GUIOMARD ; *AJ. Fam.* 2008, p. 78, obs. F. CHÉNEDÉ ; *Dr. Fam* 2008, étude 14, note A. GOUTTENOIRE.

CEDH, *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, n° 290.

CEDH, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 déc. 1976, n° 23, Série A ; *GA CEDH*, no 48.

CEDH, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 oct. 1994, n° 297-C.

CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, Série A, 31 ; *GA CEDH* 1976, 42 ; *Fam Law* 1979, p. 228, obs. S. MAIDMENT ; *JTDE* 1979, 513, obs. F. RIGAUX.

CEDH, *Mazurek c. France*, 1^{er} fév. 2000 ; *D.* 2000, p. 332, note T. GARÉ ; *JCP G.* 2000, t. II, 10286, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *RTD. civ.* 2000, p. 311, obs. J. HAUSER ; *GA CEDH* 2000, 52 ; *GAJ civ.* 2000, t. 1, 99 ; *JCP G.* 2000, t. I, 278, note R. LE GUIDEDEC ; *RTD. civ.* 2000, p. 429, obs. MARGUÉNAUD ; *Defrénois* 2000, p. 654, obs. J. MASSIP ; *RTD. civ.* 2000, p. 601, obs. PATARIN ; *Dr. et patr.* 2000, note P. STOFFEL-MUNCK.

CEDH sect. I, *Mikulic c. Croatie*, 7 fév. 2002, n° 53176/99 ; *JCP G.* 2002, t. I, 157, obs. F. SUDRE ; *Europe* mai 2002, p. 30, obs. N. DEFFAINS.

CEDH sect. I, *Mizzi c. Malte*, 12 jan. 2006, n° 26111/02.

CEDH Ass. Plén., *Nielsen c Danemark*, 28 nov. 1988, n° 10929/84.

CEDH, *Odièvre c. France*, 13 fév. 2003 ; *D.* 2003, p. 1240, note B. MALLEY-BRICOUT ; *JCP G.* 2003, t. II, 10049, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *RTD. civ.* 2003, p. 276, obs. J. HAUSER ; *RTD. civ.* 2003, p. 375, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *Dr. Fam* 2003, 58, note P. MURAT.

CEDH sect. V, *Pascaud c. France*, 16 juin 2011, n° 19535/08 ; *RTD. civ.* 2011, p. 526, obs. J. HAUSER.

CEDH, *Paulik c. Slovaquie*, 10 oct. 2006, n° 10699/05 ; *RLDC* mai 2007, p. 41, note F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ.

CEDH, *Rasmussen c.*, 28 nov. 1984, n° 8777/79.

CEDH, *Rozanski c. Pologne*, 18 mai 2006, n° 55339/00.

CEDH, *SH et al. c. Autriche*, 1^{er} avr. 2010 ; *RTD. civ.* 2010, p. 291, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

CEDH, *Shofman c. Russie*, 24 nov. 2005, n° 74826/01.

CEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avr. 1978, n° 5856/72.

CEDH, *X., Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avr. 1997 ; *JCP G.* 1998, t. I, 107, obs. F. SUDRE.

Ouvrages généraux

RENUCCI (Jean-François), *Droit Européen des Droits de l'Homme*, 3^e éd., Paris : LGDJ, 2002.

Ouvrages collectifs

Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Actes du colloque des 22 et 23 mars 2002, sous la dir. de F. SUDRE, Université Montpellier I, Nemesis Bruylant, 2002.

Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, sous la dir. de F. SUDRE et al., PUF, 2011.

Thèses

DEBET (Anne), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, 2002, Dalloz.

Articles

DEKEUWER-DÉFOSSEZ (Françoise), « Les empreintes génétiques devant la CEDH : avis de coup de vent sur l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *RLDC* mai 2007, p. 41.

GOUTTENOIRE (Adeline), « La compatibilité avec la Convention EDH de l'accouchement sous X », *JCP G.* 2003, II, 10049, p. 561.

GOUTTENOIRE (Adeline) et Frédéric SUDRE, « L'imprévisible réponse de la Cour européenne des droits de l'homme à la question de l'adoption par un parent homosexuel : l'arrêt Fretté c/ France du 26 février 2002 », *JCP G.* 8 mai 2002, II, 19, p. 10074.

GRANET-LAMBRECHTS (Frédérique), « La filiation maternelle demain : entre mise en conformité à la Convention européenne des droits de l'homme et originalité persistante de la législation française » in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Paris : Litec - Dalloz, 2006, p. 149.

MALLET-BRICOUT (Blandine), « Droit d'accès aux origines personnelles : l'embaras de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2003, chron. p. 1240.

MARGUÉNAUD (Jean-Pierre), « Quand la Cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'accouchement sous X », *RTD. civ.* Avr. 2003, p. 375.

MURAT (Pierre), « Filiation et vie familiale » in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis Bruylant, 2002, p. 161.

Union Européenne

Lois

Règlement CE n° 2201-2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, *JOCE* 23 déc. 2003 27 nov. 2003, t. L 308, p. 1.

Règlement CE 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, *JOCE* 10 janv. 2009 18 déc. 2008, t. L 7, p. 1.

Règlement UE n° 650/2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, *JOCE* 27 juil. 2012 4 juil. 2012, t. L 201, p. 107.

Jurisprudence

CJCE, 2 avr. 2009, n° C-525/07.

Ouvrages généraux

MCGLYNN (Clare), *Families and the European Union, Law, Politics and Pluralism*, Cambridge University Press, 2006, Law in Context.

Ouvrages collectifs

Common Core and Better Law in European Family Law, sous la dir. de K. BOELE-WOELKI, Intersentia, 2005.

Convergence and Divergence of Family Law in Europe, sous la dir. de M. ANTOKOLSKAIA, Intersentia, 2007.

European Challenges in Contemporary Family Law, sous la dir. de K. BOELE-WOELKI et T. SVERDRUP, Intersentia, 2008.

European Family Law in Action, Volume III : Parental Responsibilities, sous la dir. de K. BOELE-WOELKI, B. BRAAT et I. CURRY-SUMNER, Intersentia, 2005.

Harmonisation of Family Law in Europe : a historical perspective, A tale of two millennia, sous la dir. de M. ANTOKOLSKAIA, Antwerpen – Oxford : Intersentia, 2006.

Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen, Journées nationales d'études de la CEDECE (Commission pour l'Etude des Communautés Européennes), Rennes, 22 et 23 mai 2003, sous la dir. de D. GADBIN et F. KERNALEGUEN, Bruxelles : Bruylant, 2004.

Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, sous la dir. de K. BOELE-WOELKI, Intersentia, 2003.

Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities, sous la dir. de K. BOELE-WOELKI et al., Intersentia, 2007.

Thèses

GRATALOUP (Sylvain), *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, sous la dir. de H. FULCHIRON, 1998, LGDJ.

Articles

BOELE-WOELKI (Katharina), « Building on convergence and coping with divergence in the CEFL principles of European family law » in *Convergence and divergence of family law in Europe*, sous la dir. de M. ANTOKOLSKAIA, Intersentia, 2007, p. 253.

FORDER (Caroline) et Kees SAARLOOS, « The establishment of parenthood : a story of successful convergence ? » in *Convergence and divergence of family law in Europe*, sous la dir. de M. ANTOKOLSKAIA, Intersentia, 2007, p. 169.

FULCHIRON (Hugues), « Existe-t-il un modèle familial européen ? », *Defrénois* 2005, p. 1461.

GAFFNEY-RHYS (Ruth), « The EU's Definition of the Family », *Fam Law* août 2006, p. 690.

Index

Les entrées référencées renvoient à des numéros de verset.

A

Accouchement sous X, 174, 182
Adoption, 246, 271, 276, 300, 301, 305
 Conditions d'âge, 319
 Consentement, 256
 Déclaration d'abandon, 260, 262, 266
 Détournement, 512
 Homosexuels, 307, 510, 512, 514, 515, 518
 Individuelle, 310, 315, 317
 Intrafamiliale, 523
 Open adoption, 259
 Plénière, 302
 Simple, 303, 512, 514, 515, 518
Autorité parentale, *voir aussi* Parental responsibility, 573, 581, 585, 610, 613
 Beau-parent, 649
 Délégation, 512, 514, 515, 655
 Délégation-partage, 652, 654, 655
 Couple homosexuel, 657, 660, 666
 Education, 595
 Intérêt de l'enfant, 475
 Protection de l'enfant, 584
 Responsabilité parentale (distinction), 575

B

Beau-parent
 Adoption, 311
 Autorité parentale, 649
 Homosexuels, 650
 Obligation alimentaire, 773, 776
Best interest of the child, *voir aussi* Intérêt de l'enfant, *voir* Child's welfare

C

Child of the family, 387, 410, 411, 757, 759
 Duty to maintain, 772, 773
Child's welfare, 351, 444, 633, 677
 Adoption, 322
 Checklist, 478
 Droit de l'enfant (distinction), 466
 Filiation, 483
 Fondement de la filiation, 485
 Paramountcy principle, 451
 Procréation médicalement assistée, 287
Clonage, 344, 370
Common Law, 20, 22
Conséquentialisme, 566

D

Déclaration de parenté, 201, *voir aussi* Reconnaissance

- Engagement, 237
Dévolution successorale, *voir* Successions
Dation de nom, *voir* Nom de famille
Duty to maintain, *voir aussi* Obligation alimentaire, 757, 760, 772, *voir aussi* Obligation alimentaire, 773
- E**
Ectogénèse, 376
Éducation, 595
Droit de correction, 603
Religieuse, 600
Engagement unilatéral de volonté, *voir* Déclaration de parenté, *voir* Reconnaissance
Épigénétique, 193
- F**
Filiation, 7
Homosexuels
Ordre public, 509
Parenté (distinction), 11
Parentalité (distinction), 11
Parenthood, 24
Pluridisciplinarité, 2
Filiation biologique, *voir* Réalité génétique
- G**
Généalogie, 708
Gestation pour autrui, 174, 175, 179, *voir aussi* Surrogacy maternity, 345, 360
Contrariété à l'ordre public, 538, 540
- H**
Homoparentalité, 650, 665
- I**
Inceste, 174, 185, 521
- Adoption intrafamiliale, 523
Civil Partnership, 187
Fondements, 522
Intérêt de l'enfant, 523
Incidents of status, *voir* Statut
Intérêt de l'enfant, 125, 438, 444, 484
Adoption, 265, 322
Autorité parentale, 471, 475
Droits de l'enfant (distinction), 464
Filiation, 471, 483, 491
Inceste, 523
Intestacy, *voir aussi* Succession
- L**
Liberté testamentaire, *voir aussi* Succession
Reasonable financial provision, 806
- N**
Nom de famille, 713, 715, 720
Dation de nom, 711, 719
Notion, 13
Concept (distinction), 14
- O**
Obligation alimentaire, 739, 747
Beau-parent, 773, 776
Child of the family, 773
Exécution réciproque, 763
Naturelle, 776
Open adoption, *voir* Adoption
Ordre public, *voir aussi* Public policy, 501
Effet atténué, 544
Exception, 536
International, 501, 534
Interne, 501, 506
- P**
Parenté, 11

- Parentage, 26
- Parental responsibility, *voir aussi* Autorité parentale, 570, 572, 573, 585, 611
- Agreement, 627
- Homosexuels, 674
- Order, 630, 633
- Père, 631
- Second female parent, 632
- Parentalité, 11, 684
- Filiation (conflit), 689
- Notion, 685
- Parenthood, 24, 26
- Parenting by being, 27
- Parenting by doing, 27
- Possession d'état, 387, *voir aussi* Child's of the family, 393, 397, 404
- Indices, 394
- Présomption d'homoparenté, 292
- Présomption de paternité, 52, 53, 55, 64
- Fondements, 58
- Rétablissement, 404
- Prescription, 152, 155
- Preuve, 80
- Génétique, 80, 83
- Possession d'état, 397
- Procréation médicalement assistée, 174, 175, 176, 246, 254, 271, 279, 289
- Contestation de la filiation, 297
- Don d'embryon, 254
- Homosexuels, 281, 283
- Maternité, 291
- Post mortem, 326, 327, 337
- Révocation, 296
- Public policy, *voir aussi* Ordre public, 530, 551
- International, 534, 551
- Surrogacy Maternity, 530
- R**
- Réalité génétique, 46, 102, 107
- Limites, 108
- Réserve héréditaire, 789, *voir* Succession
- Réserve successorale
- Conjoint survivant, 797
- Rôle, 29, 30, 562, 566, 610, 659, 672
- Attribution
- Automatique, 613
- Conditionnée, 614
- Mari de la mère, 615
- Père non marié, 618
- Second female parent, 622
- Autonomie, 31
- Beau-parent, 665
- Définition juridique, 32
- Dissociation du statut, 564, 625, 626, 639
- Reconnaissance, *voir aussi* Déclaration de paternité, 205
- Engagement, 237
- Formalisme, 216
- Responsabilité civile des parents, 590, 593
- Responsabilité parentale, *voir aussi* Autorité parentale, *voir aussi* Parental responsibility, 576, *voir aussi* Autorité parentale, *voir aussi* Parental responsibility
- Autorité parentale (distinction), 575
- S**
- Second female parent, 622, 632, 682
- Solidarité familiale, 739, 795
- Statut, 29, 30, 562, 566, 610
- Incidents of status, 574

Status, 29, 574

Subsides (Action à fins de), 765

Successions, 783

Conjoint survivant, 797

Intestacy, 814

Liberté testamentaire, 783, 802

Réserve héréditaire, 783

Surrogacy maternity, 179, *voir aussi* Gestation pour autrui, 345, 346

Adoption order, 353

Child's welfare, 351

Exécution forcée, 355

Indemnisation, 357

Parental order, 350

Public policy, 530

T

Titre de noblesse, 723, 725

U

Utérus artificiel, *voir* Ectogénèse

Utilitarisme, 566

V

Vécu familial, 386, 389

Child of the family, 387, 410

Possession d'état, 387

Rôle, 410

Statut, 392

Vérité génétique, *voir* Réalité génétique

Volonté, 197, 201, 245

Adoption, 250, 256, 260, 271, 276, 300

Procréation médicalement assistée, 250, 271, 279, 289

Table des matières

Avertissement	iii
Remerciements	v
Sommaire	vii
Glossaire	viii
Introduction	1
Section I La filiation en tant que notion juridique comme objet de la recherche	4
§ 1. LA FILIATION, UNE NOTION ÉVOLUTIVE	5
§ 2. LA NOTION, UN EFFORT D'ABSTRACTION	10
Section II Le droit comparé comme méthode de recherche	15
§ 1. LA RECHERCHE D'UN ÉQUIVALENT DE LA NOTION DE FILIATION EN DROIT ANGLAIS	20
§ 2. L'OBSERVATION D'UNE DISSOCIATION ENTRE LE STATUT ET LE RÔLE, COM- MUNE AUX DEUX SYSTÈMES JURIDIQUES	24

Partie I Les fondements d'un statut	33
Titre I Des fondements complémentaires et concurrents	37
Chapitre 1 La réalité génétique, fondement initial	43
Section I D'une présomption à un fondement privilégié	46
§ 1. LA PRÉSOMPTION DE PATERNITÉ, UN LIEN GÉNÉTIQUE VRAISEMBLABLE	46
A. <i>La recherche de la légitimité, finalité de la présomption de paternité</i>	47
1. Le droit canonique, à l'origine de la règle <i>Pater est quem nuptiae demonstrant</i>	47
2. Une présomption aux fondements divers	48
B. <i>Une présomption à l'avenir incertain</i>	50
1. Une présomption réservée à la filiation en mariage, motif de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme ?	50
2. Une altération possible ?	54
a. L'extension aux autres couples : une perte de sens	54
b. Vers une possible disparition ?	56
§ 2. LA PREUVE GÉNÉTIQUE, GARANTIE D'UNE FILIATION CERTAINE	58
A. <i>Une preuve infaillible, une filiation certaine</i>	59
1. L'expertise génétique, reine des preuves	60
a. Une primauté sur les autres preuves	60
b. L'exemple particulier du droit français des étrangers	61
2. Le « droit à » l'expertise génétique	63
a. En droit français	63
b. En droit anglais	65
B. <i>Un fondement confirmé par la « scientification » de la filiation</i>	67
Section II La réalité génétique, un fondement non exclusif	69
§ 1. UNE RÉALITÉ LIMITÉE	70
A. <i>Des limites directes</i>	70
1. L'exigence d'une décision judiciaire, une garantie d'équilibre entre les inté- rêts en présence.	70
a. Une décision judiciaire préalable à l'expertise génétique	71
i. Un préalable requis en droit français	71
ii. Un préalable restreint aux situations conflictuelles en droit anglais	72
b. Les moyens d'appréciation du juge	74

i.	Un motif légitime de ne pas procéder à l'expertise en droit français	74
ii.	L'intérêt de l'enfant, motif principal en droit anglais	76
2.	L'exigence du consentement à l'expertise	78
a.	Le recueil du consentement de l'intéressé à l'expertise sur son propre corps	79
b.	La possibilité d'un refus, corollaire de l'exigence du consentement	84
i.	Un principe commun	84
ii.	Des effets distincts	85
c.	La possibilité de passer outre le refus de se soumettre à l'expertise, une spécificité anglaise	87
B.	<i>Des limites indirectes</i>	89
1.	La prescription de l'action en droit français	89
a.	La protection de la famille établie, l'objectif poursuivi par la prescription	89
b.	La protection de la famille établie, l'objectif atteint par la restriction des délais de prescription	91
i.	Des délais très brefs sous le régime de la loi de 1972	91
ii.	Des délais remis en cause par la jurisprudence	92
iii.	Des délais uniformisés lors de la réforme de 2005	94
2.	L'absence de prescription en droit anglais	99
§ 2.	UNE RÉALITÉ NIÉE	100
A.	<i>À l'égard du fournisseur de gamètes</i>	101
1.	Dans le cadre de la procréation médicalement assistée avec tiers donneur	101
2.	Dans le cadre de la <i>surrogacy maternity</i>	103
B.	<i>À l'égard de la mère ayant accouché sous X, une particularité française</i>	104
C.	<i>À l'égard du parent incestueux</i>	108
Chapitre 2	La volonté, fondement amplifié	115
Section I	Une volonté révélatrice de l'engagement parental	117
§ 1.	DES ACTES DIFFÉRENTS	118
A.	<i>Un acte aux formes distinctes</i>	118
1.	La reconnaissance, un acte spécifique	118
2.	La déclaration auprès du <i>registrar</i> , un acte suffisant	121
B.	<i>Un acte aux formalismes distincts</i>	124
1.	La reconnaissance, un acte formel	124
2.	La déclaration, un acte soumis à l'intervention de l'autre parent.	125
a.	La déclaration paternelle soumise à la validation maternelle.	126

b.	Une obligation d'information à la charge de la mère, garantie de l'établissement de la paternité hors mariage	127
§ 2.	DES FONCTIONS IDENTIQUES	131
A.	<i>La révélation d'un lien préexistant</i>	131
B.	<i>La révélation d'un engagement parental</i>	136
1.	La qualification de l'acte, reflet de l'engagement familial	137
2.	L'irrévocabilité de l'acte, force de l'engagement	141
Section II	Une volonté constructrice du lien	143
§ 1.	LA CONSTRUCTION PAR L'ÉQUILIBRE DES VOLONTÉS	144
A.	<i>Une volonté de retrait des parents d'origine</i>	144
1.	L'exigence d'une volonté expresse, exigence commune aux deux systèmes	145
a.	Une volonté de retrait exprimée à l'égard de l'enfant à naître	145
b.	Une volonté de retrait exprimée à l'égard d'un enfant déjà né	146
2.	Une volonté tacite, particularité du droit français	150
a.	L'exigence d'un abandon et d'une volonté d'abandon	150
b.	La remise en question de la volonté tacite de retrait	154
B.	<i>Une volonté d'insertion familiale des parents d'intention</i>	159
1.	Une même volonté de filiation	160
2.	Des régimes distincts	163
a.	La procréation médicalement assistée, filiation volontaire d'un enfant en projet	163
i.	L'indifférence de la forme conjugale du couple parental	164
α .	L'exigence persistante d'un couple hétérosexuel en droit français	164
β .	L'indifférence de l'orientation sexuelle du couple en droit anglais	165
ii.	Un contrôle médical de la volonté parentale	166
iii.	La volonté de conception, prémice de la filiation	170
α .	Une filiation fictive	171
β .	Une filiation « sécurisée »	174
b.	L'adoption, filiation volontaire d'un enfant déjà né	179
i.	Une volonté puissante	179
ii.	Une volonté d'imitation	182
α .	La famille fondée sur le mariage, le modèle longtemps imité	183
β .	L'adoption individuelle, brèche ouverte dans l'imitation	185
γ .	Les conditions d'âge, persistance du modèle	192

iii. Le juge, acteur du contrôle de la volonté adoptive	193
§ 2. LA CONSTRUCTION PAR L'EXCÈS DE VOLONTÉ	195
A. <i>La filiation au-delà de la mort</i>	196
1. L'interdiction de la procréation médicalement assistée <i>post mortem</i> en droit français	196
a. Une interdiction de principe	196
b. Une autorisation en germe	196
2. L'autorisation de la procréation médicalement assistée <i>post mortem</i> en Angleterre	201
a. La possibilité d'une insémination ou de l'implantation d'embryons <i>post mortem</i> en cas d'utilisation des gamètes du mari ou du concubin de la mère	202
b. La seule implantation d'embryon <i>post mortem</i> en cas de recours à un tiers donneur	202
B. <i>La filiation au delà du corps</i>	204
1. La gestation pour autrui, délocalisation de la filiation	204
a. <i>La surrogacy maternity</i> , une pratique autorisée en droit anglais	204
i. Une technique d'assistance médicale à la procréation	205
ii. <i>Parental et Adoption orders</i> , moyens de rattachement de l'enfant à sa famille génétique ou d'intention	207
iii. Un régime favorable à la <i>surrogate mother</i>	210
α . L'impossible exécution forcée des <i>surrogacy arrangements</i>	210
β . <i>La surrogacy maternity</i> , un acte désintéressé mais indemnisable	212
b. La gestation pour autrui, une pratique interdite en droit français	213
i. Une interdiction en vigueur	213
ii. Une autorisation régulièrement projetée	215
2. Le clonage et autres techniques procréatives d'avenir	218
a. L'interdiction de principe du clonage	218
b. L'utérus artificiel ou la désincarnation de la filiation	220
Chapitre 3 Le vécu familial, fondement en devenir	225
Section I Le vécu familial, source d'un statut parental en droit français	228
§ 1. LA POSSESSION D'ÉTAT, UNE APPARENCE DE FILIATION	228
§ 2. LA POSSESSION D'ÉTAT, UNE FILIATION DE FAIT CONSACRÉE JURIDIQUEMENT	230
A. <i>Un mode autonome d'établissement de la filiation</i>	231

B.	<i>Un mode de consolidation du titre</i>	233
1.	Un outil de rétablissement de la présomption de paternité	233
2.	Un outil de sécurisation de la filiation établie	234
Section II Le vécu familial, source d'un rôle parental en droit anglais		235
§ 1.	LE <i>child of the family</i> , UN ÉTAT DE FAIT AU DOMAINE RESTREINT	236
A.	<i>Des parents de fait au sein d'un couple juridiquement engagé</i>	236
1.	Une famille	236
a.	Un couple marié ou engagé dans un <i>civil partnership</i>	237
b.	Un enfant déjà né	237
2.	Une vie familiale partagée	238
B.	<i>Les conséquences de l'état de child of the family</i>	239
1.	L'absence de conséquences sur la filiation et sur la <i>parental responsibility</i>	239
2.	Le bénéfice des effets patrimoniaux de la filiation	239
§ 2.	L'ABSENCE D'INSTITUTIONNALISATION DU VÉCU FAMILIAL EN DROIT ANGLAIS	240
Titre II Des variables d'ajustement des fondements de la filiation		245
Chapitre 1 L'intérêt de l'enfant, outil favorable à la reconnaissance du rôle		249
Section I L'intérêt de l'enfant, une notion aux contours flous		251
§ 1.	UNE TERMINOLOGIE SEMBLABLE, UNE APPROCHE DISTINCTE	251
A.	<i>Intérêt supérieur de l'enfant et child's welfare, des équivalents notionnels ?</i>	252
B.	<i>La particularité du caractère primordial du child's welfare</i>	256
1.	Le <i>Paramountcy principle</i>	256
2.	L'atténuation du principe par la mise en balance des intérêts en présence	258
a.	Les différentes positions doctrinales	258
b.	L'entrée en vigueur du <i>Human Rights Act 1998</i> , source de nouvelles interrogations	260
§ 2.	LA DÉLICATE DISTINCTION ENTRE DROITS SUBJECTIFS DE L'ENFANT ET INTÉRÊT DE L'ENFANT	263
Section II De l'autorité parentale à la filiation : le glissement de l'emploi de la notion d'intérêt de l'enfant		268
§ 1.	UNE NOTION CONÇUE POUR LE RÉGIME DE LA FILIATION	270

A.	<i>Le rôle, domaine d'application de l'intérêt de l'enfant</i>	270
B.	<i>La checklist, l'outil d'appréciation du child's welfare</i>	273
§ 2.	L'UTILISATION RENOUELÉE DU CRITÈRE DE L'INTÉRÊT DE L'ENFANT	275
A.	<i>Un emploi en adéquation avec le pragmatisme du droit anglais</i>	277
B.	<i>Un emploi plus délicat à coordonner avec l'anticipation du droit français</i>	282
Chapitre 2	L'ordre public, un outil de protection du statut	287
Section I	L'ordre public interne	291
§ 1.	LE REFUS D'UNE FILIATION BILINÉAIRE HOMOSEXUELLE	295
§ 2.	LE REFUS D'UNE FILIATION BILINÉAIRE RÉVÉLATRICE DE L'INCESTE	303
§ 3.	L'INTERDICTION DE LA RÉMUNÉRATION DE LA CONVENTION DE GESTATION POUR AUTRUI EN DROIT ANGLAIS	312
Section II	L'ordre public international	314
§ 1.	UN RECOURS PERSISTANT À L'ORDRE PUBLIC EN DROIT FRANÇAIS	317
A.	<i>L'interdiction de principe de l'établissement de la filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui</i>	317
1.	La gestation pour autrui, contraire au principe d'indisponibilité du corps humain	318
2.	La reconnaissance du lien de filiation ou l'effet atténué de l'ordre public	321
B.	<i>Une tolérance pour l'établissement du statut par la prise en compte de ses effets</i>	324
§ 2.	UN RECOURS À LA MARGE AU <i>public policy</i> EN DROIT ANGLAIS	325

Partie II La consécration d'un rôle	333
Titre I L'autorité parentale, manifestation de l'autonomie du rôle .	341
Chapitre 1 L'autorité parentale et la <i>parental responsibility</i>, l'effectivité du lien de filiation	345
Section I La fonction parentale, cœur de la notion de filiation	350
§ 1. UNE FONCTION DE PROTECTION	353
A. <i>La protection de la santé de l'enfant</i>	353
B. <i>La protection de l'enfant des conséquences de ses actes dommageables : la responsabilité civile délictuelle des parents</i>	355
1. Une spécificité du droit français	355
2. Un mode de protection inexistant en droit anglais	356
§ 2. UNE FONCTION D'ÉDUCATION	357
A. <i>Un droit et un devoir parental d'éducation</i>	358
B. <i>Une éducation religieuse, liberté des parents</i>	359
C. <i>Le droit de correction, corollaire de la fonction d'éducation</i>	360
Section II La fonction parentale, un effet de la filiation	361
§ 1. LE RÔLE, CONSÉQUENCE DE L'ÉTABLISSEMENT DU STATUT	362
A. <i>L'attribution du rôle parental au père, conditionnée à sa situation conjugale</i> . .	363
1. L'attribution automatique pour le mari de la mère, conséquence de la présomption de paternité	363
2. L'attribution liée à la reconnaissance ou à la déclaration de paternité	364
B. <i>L'attribution du rôle parental au second female parent, une spécificité du droit anglais</i>	364
§ 2. LE RÔLE, DISSOCIÉ DE L'ÉTABLISSEMENT DU STATUT	366
A. <i>L'autonomisation du rôle par rapport au statut en droit anglais</i>	366
1. <i>Le parental responsibility agreement</i>	366
2. <i>Le parental responsibility order</i>	368
B. <i>La dissociation conjoncturelle du rôle par rapport au statut en droit français</i> .	372
Chapitre 2 La fonction parentale, un succédané de la filiation ? . . .	377
Section I La conquête du statut par l'exercice du rôle	378

§ 1. LA DÉLÉGATION-PARTAGE DE L'AUTORITÉ PARENTALE, OUTIL DE LA CONQUÊTE DU STATUT PARENTAL EN DROIT FRANÇAIS	379
A. <i>Le mécanisme de la délégation-partage</i>	380
B. <i>L'attribution de l'autorité parentale par la jurisprudence : des conditions floues</i>	382
1. L'arrêt de la 1 ^{re} chambre civile de la Cour de cassation du 24 février 2006 : l'ouverture de la délégation-partage au non-parent homosexuel	382
2. L'arrêt de la 1 ^{re} chambre civile de la Cour de cassation du 8 juillet 2010 : le rappel des conditions de la délégation-partage au non-parent homosexuel . . .	384
3. La résistance des juges du fond : le prononcé facilité de la délégation-partage	387
§ 2. L'APPRÉCIATION DU RÔLE PARENTAL EFFECTIF, OUTIL DE LA CONQUÊTE DU STATUT PARENTAL EN DROIT ANGLAIS	390
Section II La notion de « parentalité », renouveau de la notion de filiation ?	395
§ 1. LA PRISE EN COMPTE AUTONOME DU RÔLE PARENTAL	395
§ 2. FILIATION ET PARENTALITÉ, DEUX NOTIONS EN CONCURRENCE ?	397
Titre II Une extension restreinte des autres effets du statut au profit du rôle	405
Chapitre 1 Une propension à l'extension des effets personnels	409
Section I La transmission du nom de famille et de ses attributs	410
§ 1. LE NOM DE FAMILLE, OBJET DE LA PRÉÉMINENCE DU STATUT EN DROIT FRAN- ÇAIS ET DE CELLE DU RÔLE EN DROIT ANGLAIS	411
A. <i>L'attribution du nom de famille, un effet du statut en droit français</i>	411
1. Nom et filiation, deux notions intrinsèquement liées	411
2. L'usage du nom, une prise en compte du rôle parental	416
a. Le nom, un indice du rôle et du statut	416
b. La dation de nom du beau-parent à l'enfant, une consécration révolue du rôle parental	417
B. <i>L'attribution du nom de famille, un effet du rôle en droit anglais</i>	418
§ 2. LE TITRE DE NOBLESSE, OBJET D'UNE RÉSISTANCE DU STATUT	421
Section II Le bénéfice du congé de paternité et d'accueil de l'enfant	423

Chapitre 2 Une relative résistance à l’extension des effets patrimoniaux	429
Section I L’obligation alimentaire, possible contrepartie du rôle	430
§ 1. UNE OBLIGATION ANCRÉE DANS LE STATUT, GARANTIE DE SON EXÉCUTION .	431
A. <i>Le lien de filiation, une garantie d’exécution spontanée de l’obligation alimentaire</i>	432
1. Une obligation initialement liée au statut matrimonial des parents	433
2. Une obligation désormais liée au seul statut parental	434
B. <i>Le lien de filiation, une garantie d’exécution forcée de l’obligation alimentaire</i> .	436
§ 2. LES CONSÉQUENCES ALIMENTAIRES DU RÔLE PARENTAL, COMPLÉMENT DE L’OBLIGATION STATUTAIRE	442
A. <i>L’effet alimentaire du rôle parental réservé au child of the family</i>	442
B. <i>L’obligation naturelle, moyen de droit français pour accorder un effet alimentaire au rôle parental</i>	445
Section II La dévolution successorale, structurellement rattachée au statut	450
§ 1. LA FILIATION, FONDEMENT DE LA RÉSERVE SUCCESSORALE EN DROIT FRANÇAIS	453
A. <i>Sécurité et conservation du patrimoine au sein de la famille statutaire, objectifs initiaux de la réserve successorale</i>	453
B. <i>La prise en compte de l’affection, cause de l’affaiblissement de la réserve successorale</i>	458
§ 2. LA FILIATION, FONDEMENT D’UN PRIVILÈGE SUCCESSORAL À DÉFAUT DE VOLONTÉ TESTAMENTAIRE EN DROIT ANGLAIS	462
A. <i>Le principe de la liberté testamentaire, outil d’indifférenciation du statut et du rôle</i>	462
1. Une liberté de gratifier et de déshériter	463
2. <i>La reasonable financial provision, correctif de la liberté testamentaire</i>	463
B. <i>A défaut de testament, le retour au statut comme structure de la dévolution successorale</i>	467
Conclusion générale	477
Annexes	481
Méthodologie des références jurisprudentielles anglaises	481

RÉFÉRENCES INCLUANT UNE NEUTRAL CITATION	481
RÉFÉRENCES SANS NEUTRAL CITATION	482
Extraits de textes de loi anglais	482
ADOPTION ACT (C. 36) 1976	483
ADOPTION AND CHILDREN ACT 2002	485
BIRTHS AND DEATHS REGISTRATION ACT 1953	492
CHILD SUPPORT ACT 1991	498
CHILDREN ACT 1989	501
CIVIL PARTNERSHIP ACT (C. 33) 2004	509
FAMILY LAW REFORM ACT (C. 46) 1969	512
FAMILY REFORM ACT 1987	515
HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY ACT 1990	517
HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY ACT 2008	521
HUMAN REPRODUCTIVE CLONING ACT 2001	529
INHERITANCE (PROVISION FOR FAMILY AND DEPENDANTS) ACT 1975	531
MARRIAGE ACT 1949	535
MARRIAGE (SAME SEX COUPLES) ACT 2013	537
MATRIMONIAL CAUSES ACT 1973	540
SURROGACY ARRANGEMENTS ACT 1985	542
WELFARE REFORM ACT 2009	545
Bibliographie	553
France	553
LOIS	553
RAPPORTS OFFICIELS	554
JURISPRUDENCE	555
<i>Conseil constitutionnel</i>	555
<i>Conseil d'État</i>	555

<i>Cour de cassation</i>	556
Assemblée plénière	556
Ancienne chambre civile	556
1 ^{re} chambre civile	556
2 ^e chambre civile	562
Chambre des requêtes	562
Chambre criminelle	562
<i>Cours d'appel</i>	562
<i>Tribunaux de grande instance</i>	564
<i>Tribunaux d'instance</i>	564
OUVRAGES GÉNÉRAUX	565
OUVRAGES SPÉCIAUX	567
OUVRAGES COLLECTIFS	569
THÈSES	571
ARTICLES	574
Angleterre	598
LOIS	598
RAPPORTS OFFICIELS	600
CASE-LAW	600
OUVRAGES GÉNÉRAUX	605
OUVRAGES SPÉCIAUX	607
OUVRAGES COLLECTIFS	608
THÈSES	608
ARTICLES	608
Conseil de l'Europe	614
LOIS	614
JURISPRUDENCE	614
OUVRAGES GÉNÉRAUX	616
OUVRAGES COLLECTIFS	616

THÈSES	617
ARTICLES	617
Union Européenne	618
LOIS	618
JURISPRUDENCE	618
OUVRAGES GÉNÉRAUX	618
OUVRAGES COLLECTIFS	618
THÈSES	619
ARTICLES	619
Index	621
Table des matières	625
RÉSUMÉ	638
ABSTRACT	638

Résumé

La notion de filiation renvoie au lien familial entre un parent et un enfant, lien qui ancre l'individu dans une lignée généalogique et permet de l'identifier par rapport aux membres de sa famille. Notion universelle, il a semblé pertinent d'examiner comment deux systèmes juridiques distincts, tels que ceux de droit civil et de *common law*, l'appréhendaient. Évoquant intuitivement un lien génétique entre le parent et l'enfant, la notion de filiation pourrait se réduire à cette dimension purement physique. Pourtant, le droit tient compte du fait qu'elle recouvre d'autres réalités, sociales et affectives, révélant ainsi une notion plus complexe. Ces dernières années, une tension est née entre la réalité génétique, devenue accessible grâce aux progrès de la science, et la volonté, employée pour fonder toutes les fictions juridiques telles que l'adoption, la procréation médicalement assistée et la gestation pour autrui. Le droit s'efforce de trouver un équilibre entre ces fondements de la filiation grâce à la nouvelle « boussole » qu'est l'intérêt de l'enfant ainsi que grâce au cadre éprouvé de l'ordre public. L'étude comparée des droits français et anglais a permis également d'observer une dissociation croissante entre la notion et son régime, le régime pouvant être attribué indépendamment de l'existence juridique du lien. Cette dissociation en a révélé une autre, aux contours plus précis encore, entre le statut, c'est-à-dire le lien de droit initial auquel est attaché le régime, et le rôle, c'est-à-dire le comportement de fait qui se verra attribuer tout ou partie du régime de la filiation. C'est ensuite autour de l'exercice effectif de ce rôle que se réagrège une grande partie des effets de la filiation, interrogeant par conséquent la notion sur sa capacité à rendre compte des évolutions du droit de la famille.

Abstract

The notion of *filiation* refers to the family relationship between a parent and a child, which place each one in a family lineage and identify him from the members of his family. Because of its universality, it seemed appropriate to examine how two different legal systems, such as those of civil law and common law, understood it. Referring intuitively to a genetic link between parent and child, the notion of *filiation* could be, at first sight, reduced to a physical aspect. However, the law recognizes that it covers other realities like social and emotional ones. Thus, it reveals a more complex concept. In recent years, a tension appeared between genetic reality, which became available thanks to advances in science, and will, used to base all legal fictions such as adoption, assisted reproduction and surrogacy. The law seeks to check and balance these foundations with the child's welfare and public policy. The comparative study of French and English law also revealed a growing dissociation between the notion and its effects. Indeed, the effects can be assigned independently of the legal existence of the link. This dissociation has revealed a more precise one between the status, that is to say the initial link which is attached the effects, and the role, that is to say, the behavior which will receive all or part of the effects of filiation. Then, the effective exercise of this role can re-aggregate the effects of filiation. Thus, it is questioning the notion on its ability to account for changes in the family law.

RESUMÉ

La notion de filiation renvoie au lien familial entre un parent et un enfant, lien qui ancre l'individu dans une lignée généalogique et permet de l'identifier par rapport aux membres de sa famille. Notion universelle, il a semblé pertinent d'examiner comment deux systèmes juridiques distincts, tels que ceux de droit civil et de *common law*, l'appréhendaient. Évoquant intuitivement un lien génétique entre le parent et l'enfant, la notion de filiation pourrait se réduire à cette dimension purement physique. Pourtant, le droit tient compte du fait qu'elle recouvre d'autres réalités, sociales et affectives, révélant ainsi une notion plus complexe. Entre la réalité génétique, devenue accessible grâce aux progrès de la science, et la volonté, employée pour fonder toutes les fictions juridiques telles que l'adoption, la procréation médicalement assistée et la gestation pour autrui, une tension est née. Le droit s'efforce de trouver un équilibre entre ces fondements grâce à la nouvelle « boussole » qu'est l'intérêt de l'enfant ainsi que grâce au cadre éprouvé de l'ordre public.

L'étude comparée des droits français et anglais a permis également d'observer une dissociation croissante entre la notion et son régime, le régime pouvant être attribué indépendamment de l'existence juridique du lien. Cette dissociation en a révélé une autre, aux contours plus précis encore, entre le statut, c'est-à-dire le lien de droit initial auquel est attaché le régime, et le rôle, c'est-à-dire le comportement de fait qui se verra attribuer tout ou partie du régime de la filiation. C'est ensuite autour de l'exercice effectif de ce rôle que se réagère une grande partie des effets de la filiation, interrogeant par conséquent la notion sur sa capacité à rendre compte des évolutions du droit de la famille.

Mots clés : notion, filiation, parenté, paternité, maternité, adoption, procréation médicalement assistée (PMA), gestation pour autrui (GPA), possession d'état, autorité parentale, parentalité, homoparentalité, intérêt de l'enfant, ordre public, obligation alimentaire, successions, statut, droit comparé.

ABSTRACT

The notion of “filiation” refers to the family relationship between a parent and a child, which place each one in a family lineage and identify him from the members of his family. Because of its universality, it seemed appropriate to examine how two different legal systems, such as those of civil law and common law, understood it. Referring intuitively to a genetic link between parent and child, the notion of “filiation” could be, at first sight, reduced to a physical aspect. However, the law recognizes that it covers other realities like social and emotional ones. Thus, it reveals a more complex concept. In recent years, a tension appeared between genetic reality, which became available thanks to advances in science, and will, used to base all legal fictions such as adoption, assisted reproduction and surrogacy. The law seeks to check and balance these foundations with the child's welfare and public policy.

The comparative study of French and English law also revealed a growing dissociation between the notion and its effects. Indeed, the effects can be assigned independently of the legal existence of the link. This dissociation has revealed a more precise one between the status, that is to say the initial link which is attached the effects, and the role, that is to say, the behavior which will receive all or part of the effects of filiation. Then, the effective exercise of this role can re-aggregate the effects of filiation. Thus, it is questioning the notion on its ability to account for changes in the family law .

Keywords : parentage, parenthood, parental responsibility, paternity, maternity, seconde female parent, adoption, assisted reproduction, surrogacy maternity, child of the family, child's welfare, public policy, duty to maintain, status, incidents of status, comparative law.