

AVERTISSEMENT

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

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

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

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

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

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

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

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



THÈSE



En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse Capitole

École doctorale : **Droit et Science Politique**

Présentée et soutenue par

Léa JUZAN
Le 9 décembre 2019
L'enfant refusé

Discipline : Droit

Spécialité : Droit privé et sciences criminelles

Unité de recherche : IDP - Institut de Droit Privé

Directeur de thèse : Mme Sophie PARICARD

JURY

Rapporteurs Mme Astrid MARAIS Université Paris 8
Mme Adeline GOUTTENOIRE Université de Bordeaux

Examineurs M. Vincent EGEA Aix-Marseille Université
M. Marc NICOD Université Toulouse Capitole

**Directeur(s)
de thèse** Mme Sophie PARICARD Université Toulouse Capitole

*« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les
opinions particulières de l'auteur. »*

À mon grand-père, Jacques.

REMERCIEMENTS

Pour ces cinq années de recherche, émaillées de doutes comme de grands moments de satisfaction intellectuelle, je tiens tout particulièrement à remercier Madame le Professeur Sophie Paricard pour sa direction sans faille. Ses conseils attentifs, ses relectures patientes et scrupuleuses, les discussions régulières que nous avons eues, m'ont permis de pousser toujours plus loin la réflexion et de retrouver du plaisir et de la motivation dans le travail lorsque la lassitude pointait.

Je remercie ensuite tous ceux avec qui j'ai partagé ce long chemin qu'est la thèse qu'ils soient déjà arrivés au bout du leur ou qu'ils y cheminent encore. Mes pensées les plus sincères vont tout particulièrement à Clémence, Marine et Nicolas qui ont si bien su m'épauler ces dernières années.

Mes plus chaleureux remerciements vont également à Julie L., dont l'expérience de juge des enfants a nourri mon travail.

Je remercie enfin tous ceux dont l'aide m'a été si précieuse ces derniers mois pour mettre un point final à cette page : ma mère, mon grand-père, Thibault, Véronique, Coline, Camille, Marc et Julie D.

TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

| | |
|--------------------|--|
| §, §§ : | paragraphe(s) |
| <i>AJDA</i> : | Actualité juridique Droit administratif |
| <i>AJ fam.</i> : | Actualité juridique Famille |
| al. : | alinéa(s) |
| AMP : | assistance médicale à la procréation |
| Art. : | article |
| ASE : | Aide sociale à l'enfant |
| c. : | contre |
| C. civ. : | Code civil |
| C. com. : | Code du commerce |
| C. consom. : | Code de la consommation |
| C. pén.. : | Code pénal |
| C. pr. civ. : | Code de procédure civile |
| C. pr. exéc. : | Code des procédures civiles d'exécution |
| CA : | Cour d'appel |
| CASF : | Code de l'action sociale et des familles |
| Cass. Ass. plén. : | Assemblée plénière de la Cour de cassation. |
| CCNE : | Comité consultatif national d'éthique |
| CE : | Conseil d'État |
| CEDH : | Cour européenne des droits de l'homme |
| cf. : | <i>confer</i> |
| chron. : | chronique |
| CIDE : | Convention internationale sur les droits de l'enfant |
| circ. min. : | circulaire ministérielle |
| Civ. : | chambre civile de la Cour de cassation |
| CNAOP : | Conseil national d'accès aux origines personnelles |
| CNRS : | Centre national de la recherche scientifique |
| coll. : | collection |
| comm. : | commentaire |
| Comm. : | chambre commerciale de la Cour de cassation |
| concl. : | conclusion |
| <i>contra</i> : | en sens contraire |
| CPDPN : | Centres pluridisciplinaires de diagnostic prénatal |
| CSP : | Code de la santé publique |
| CSS : | Code de la sécurité sociale |
| <i>D.</i> : | Recueil Dalloz |
| <i>Defrénois</i> : | Répertoire du notariat Defrénois |
| dir. : | direction |
| doctr. : | doctrine |
| DPI : | diagnostic préimplantatoire |
| DPN : | diagnostic prénatal |

| | |
|--------------------|---|
| <i>Dr. Fam.</i> : | Revue droit de la famille |
| éd. : | édition(s) |
| fasc. : | fascicule |
| FIV : | fécondation <i>in vitro</i> |
| <i>Gaz. Pal.</i> : | Gazette du Palais |
| GPA : | gestation pour autrui |
| HLA : | antigènes des leucocytes humains |
| IAD : | insémination artificielle avec tiers donneur |
| IMG : | interruption médicale de grossesse |
| <i>Ibid.</i> : | au même endroit |
| <i>in</i> : | dans |
| <i>inf. soc.</i> : | Revue informations sociales |
| <i>infra</i> : | ci-dessous |
| INSEE : | Institut national de la statistique et des études économiques |
| IVG : | interruption volontaire de grossesse |
| <i>J.- Cl.</i> : | Juris-Classeur (encyclopédies) |
| JAF : | juge aux affaires familiales |
| <i>JCP G</i> : | La Semaine juridique, Édition générale |
| <i>JCP N</i> : | La Semaine juridique, Notariale et immobilière |
| JDSAM : | Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie |
| JE : | juge des enfants |
| <i>JO</i> : | Journal officiel |
| LGDJ : | Librairie générale de droit et de jurisprudence |
| <i>LPA</i> : | Les Petites affiches |
| M. : | monsieur |
| Mme : | madame |
| <i>LPA</i> : | Les Petites affiches |
| n ^o : | numéro (s) |
| OAA : | organismes autorisés pour l'adoption |
| obs : | observations |
| <i>op. cit.</i> : | dans l'ouvrage précité |
| p., pp. : | page(s) |
| PACS : | pacte civil de solidarité |
| préc. : | précité |
| PU : | presses universitaires |
| PUAM : | Presses universitaires d'Aix Marseille |
| PUF : | Presses universitaires de France |
| QPC : | question prioritaire de constitutionnalité |
| <i>RDSS</i> : | Revue de droit sanitaire et social |
| <i>RIDC.</i> : | Revue internationale de droit comparé |
| <i>RFDA</i> : | <i>Revue française de droit administrative</i> |
| <i>RJPF</i> : | Revue juridique personnes & famille |
| <i>RRJ.</i> : | Revue de la recherche juridique, droit prospectif |
| <i>RTD civ.</i> : | Revue trimestrielle de droit civil |
| <i>RTDF.</i> : | Revue trimestrielle de droit familial |
| s. : | suivant(e)s |
| somm. : | sommaires |
| <i>supra</i> : | ci-dessus |
| ss. : | sous |
| t. : | tome |

| | |
|------------------|-----------------------------|
| TGI : | Tribunal de grande instance |
| V. : | voir |
| V ^o : | <i>verbo</i> (mot) |
| vol. : | volume |

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

PARTIE 1 LE REFUS DU STATUT DE PARENT

Titre 1 – L’effet important de l’absence de lien affectif sur la filiation refusée *ab initio*

Chapitre 1 – La naissance refusée

Chapitre 2 – Le non-établissement de la filiation

Titre 2 – L’effet atténué de l’absence de lien affectif sur la filiation établie

Chapitre 1 – La rupture de la filiation reposant sur l’engendrement

Chapitre 2 – La rupture de la filiation adoptive

PARTIE 2 LE REFUS DE LA FONCTION PARENTALE

Titre 1 – L’effet restreint de l’absence de lien affectif dans les aspects objectifs de la fonction parentale

Chapitre 1 – Le refus de la prise en charge financière

Chapitre 2 – Le refus de la transmission

Titre 2 – L’effet inégal de l’absence de lien affectif dans les aspects subjectifs de la fonction parentale

Chapitre 1 – L’exercice unilatéral de l’autorité parentale

Chapitre 2 – L’absence d’exercice de l’autorité parentale

CONCLUSION GÉNÉRALE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Le choix de traiter de l'enfant refusé à une époque où le désir d'enfant est si puissant qu'il se retrouve au cœur de l'actualité législative peut surprendre. En effet, le projet de loi relatif à la bioéthique, actuellement en discussion, se propose d'accéder aux revendications des femmes seules et des couples de femmes de bénéficier de l'assistance médicale à la procréation¹. Pourtant, l'appréhension de l'enfant comme un objet de désir est très récente.

2. À l'inverse, le refus d'enfant irrigue depuis toujours l'histoire, la mythologie aussi bien que la littérature. De Moïse, au mythe de Romulus et Remus, en passant par Zeus ou encore Œdipe, l'enfant abandonné a toujours existé. Les contes, eux-mêmes, regorgent d'enfants abandonnés par leurs parents. Pour n'en citer que deux, le Petit Poucet de Charles Perrault, et Hansel et Gretel des frères Grimm, sont perdus dans la forêt par leurs parents.

L'absence de contrôle des naissances, la forte mortalité infantile et les contingences économiques faisaient du désir d'enfant un phénomène rare, l'enfant étant en général considéré, au mieux comme une responsabilité, voire comme une charge pour les parents, et plus spécifiquement pour le père. Le refus de l'enfant était donc fréquent et, s'il a toutefois pu faire l'objet d'un encadrement au fil des époques, cela se justifiait, non pour des raisons liées à l'affect ou la valeur intrinsèque reconnue à l'enfant en tant qu'individu, mais à cause de la responsabilité des parents dans la naissance de l'enfant et des devoirs qui en résultaient². En effet, l'enfant n'était pas considéré comme un individu à part entière ayant des besoins spécifiques et ne présentait que peu d'intérêt tant qu'il était incapable de constituer une force de travail, une source de revenus, ou encore un moyen de perpétuer la lignée. Cela a longtemps justifié le caractère contraignant et absolu du pouvoir paternel, aussi bien en ce qui concerne la filiation que les prérogatives qui y étaient attachées.

3. Ainsi, l'homme a longtemps conservé la mainmise sur l'établissement de la filiation aussi bien que sur la prise en charge de l'enfant. Le droit romain le plus ancien soumettait même l'entrée de l'enfant dans la famille à la seule volonté du *pater familias* qui devait pour cela le soulever dans ses bras. À l'inverse, s'il le refusait, l'enfant était exposé, ce

¹ Projet de loi relatif à la bioéthique n° 2187 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juillet 2019.

²E. BADINTER, *L'amour en plus. Histoire de l'amour maternel. XVIIe-XXe siècle*, coll. Littérature & Documents, Le Livre de Poche, 2001, p. 31 et s.

qui impliquait la privation d'aliments et la mort à brève échéance¹. Mais, même lorsque le père acceptait l'enfant cela ne signifiait pas pour autant que celui-ci était placé sous sa protection. En effet, l'enfant était alors placé *in potestate*, c'est-à-dire sous la puissance paternelle, laquelle n'était pas conçue comme une protection mais comme un pouvoir aux mains du *pater familias*².

4. À partir du droit romain classique l'adage « *pater is est quem nuptiae demonstrant* » fait son apparition et instaure une présomption de paternité à l'égard du mari de l'accouchée³. En se mariant, l'homme acceptait donc d'endosser la responsabilité des enfants qui naîtraient de son épouse, ce qui limitait la possibilité de refuser l'enfant légitime. En revanche, l'établissement de la filiation paternelle naturelle a longtemps été totalement exclu en tant que tel⁴. Toute vocation successorale était par conséquent écartée. La recherche de paternité pouvait, tout au plus, contraindre le géniteur à verser des aliments à la mère qui pouvait en sus obtenir des dommages et intérêts si elle prouvait qu'elle avait été séduite⁵.

Mais, dès lors que la filiation était établie, le rôle du père devenait prépondérant, puisqu'il était seul investi de la puissance paternelle. Bien que la mère soit celle qui prenait quotidiennement soin de l'enfant, son rôle était restreint à la sphère privée, puisque seul le père se voyait juridiquement reconnaître des prérogatives sur l'enfant. En vertu de sa puissance paternelle, il disposait, en effet, d'un droit absolu de le juger et de le punir. L'expression de son refus était donc peu limitée, puisque son pouvoir a pu aller jusqu'à lui donner un droit de vie et de mort sur l'enfant. En dépit du message délivré par Jésus Christ, selon lequel la puissance paternelle n'était pas établie dans l'intérêt du père mais dans celui de l'enfant, la puissance paternelle ne s'adoucit que progressivement au cours du Moyen-Âge et de façon très variable selon les zones géographiques. Ainsi, au XIIIe siècle, dans le sud de la France, le père peut encore tuer son enfant. De plus, dès le XIVe siècle, et jusqu'au XVIIIe siècle, la puissance paternelle connaît un regain sous l'influence combinée du droit romain et des théories patriarcales développées pour justifier l'absolutisme politique⁶.

¹ V. P. PETOT, *Histoire du droit privé français. La famille*, Loysel, Paris, 1992, p. 120 ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, coll. Droit fondamental, Presses universitaires de France, Paris, 1996, p. 235.

² A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 237.

³ V. P. PETOT, *Histoire du droit privé français. La famille*, op. cit., p. 121.

⁴ V. P. PETOT, *Histoire du droit privé français. La famille*, op. cit. : l'établissement de la filiation de l'enfant naturel est exclu aussi bien à l'époque franque (p. 205), qu'au Moyen-Âge (p. 336), qu'au cours de l'ancien régime (p. 471). ; J. CARBONNIER, *Droit civil I. La famille*, coll. Thémis droit, Quadrige / PUF, 1989, p. 1062, n° 492.

⁵ V. F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, coll. Précis, Dalloz, 9^e éd., 2018, p. 579, n° 625. ; P. OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, *Histoire du droit privé français de l'an mil au Code civil*, coll. L'évolution de l'humanité, Albin Michel, 1985, p. 262.

⁶ V. E. BADINTER, *L'amour en plus. Histoire de l'amour maternel. XVIIe-XXe siècle*, op. cit., pp. 31-33.

5. La filiation, aussi bien que les prérogatives qui lui sont attachées, est donc déconnectée de l'affect. S'il est, malgré tout, parfois possible de le deviner dans les écrits de certains auteurs, c'est essentiellement pour justifier l'importance conférée à la puissance paternelle en invoquant la bonté naturelle du père vis-à-vis de ses enfants¹.

Le bien-être des enfants apparaît indifférent et ces derniers ne sont absolument pas perçus comme une source potentielle de bonheur, mais davantage comme une gêne. Cela ressort clairement de l'usage, qui a longtemps prévalu, que les parents soient rarement en contact avec leurs enfants. En effet, si jusqu'à la fin du XVI^e siècle, la mise en nourrice de l'enfant semble être restée le fait de l'aristocratie, au XVII^e siècle cette pratique se répand dans la bourgeoisie et, au XVIII^e siècle, elle se généralise dans toutes les couches de la société urbaine². Une fois sevré, l'enfant réintègre le domicile familial. S'il est de basse extraction il sera mis au travail, tandis que l'enfant des classes aisées est confié, selon son sexe, aux soins d'une gouvernante ou d'un précepteur jusqu'à ses huit à dix ans, âge auquel il est envoyé en pension³. Tout ce qui a trait à la prise en charge quotidienne de l'enfant, à son éducation, est donc délégué à des tiers. Le rôle des parents, et plus spécifiquement du père, demeure uniquement conçu comme un pouvoir de contrôle et de sanction. En opposition totale avec la conception actuelle, si l'affect transparait, c'est donc essentiellement dans son aspect négatif. Il ne s'agit pas, pour autant, de nier l'existence de l'amour qui, de tout temps, a dû être présent dans certains foyers. Il est en revanche certain qu'il était absent des valeurs familiales et sociales dans la période qui précède le milieu du XVIII^e siècle⁴. « *Au lieu de la tendresse, c'est la crainte qui domine au cœur de toutes les relations familiales* »⁵.

6. La seconde moitié du XVIII^e siècle va marquer une évolution des pensées avec une valorisation importante du rôle maternel dans le développement des enfants. Face à la très importante mortalité infantile qui sévissait à cette époque⁶, de nombreux auteurs exhortent les mères à s'occuper elles-mêmes leurs enfants et à les allaiter⁷. L'instinct et l'amour maternels

¹ V. *Ibid.*, pp. 41-43.

² V. *Ibid.*, pp. 67-73.

³ *Ibid.*, pp. 119 et s.

⁴ *Ibid.*, p. 52.

⁵ *Ibid.*, p. 53.

⁶ F. LEBRUN, « 25 ans d'études démographiques sur la France d'Ancien Régime. Bilans et perspectives », *Historiens et géographes* octobre 1976, p. 79 : la mortalité des enfants de moins d'un an est supérieure à 25 % ; J.-P. BARDET, « Enfants abandonnés et enfants assistés à Rouen dans la seconde moitié du XVIII^e siècle », *in Hommage à Marcel Reinhard. Sur la population française au XVIII^e et au XIX^e siècle*, Société de démographie historique, 1973, pp. 19-49.

⁷ En 1762, est publié pour la première fois un ouvrage de Rousseau qui fait référence en la matière : J.-J. ROUSSEAU, *Émile ou de l'éducation*, Paris, GF Flammarion éd., 2009.

sont alors élevés en véritables mythes, toujours très vivaces deux cents ans plus tard¹. Le bien-être de l'enfant et son bon développement, commencent à faire partie des préoccupations.

Mais, cette importance nouvelle donnée au sentiment reste centrée sur la mère, la puissance paternelle restant orientée sur la sanction. Pour autant, la rigueur de la puissance paternelle est atténuée de façon importante par la législation révolutionnaire, puisque le père n'a plus droit de vie ou de mort sur l'enfant et que ses abus peuvent être tempérés par l'intervention de la mère, ou même de la puissance étatique. Tout d'abord, la puissance paternelle est circonscrite aux enfants mineurs, le décret du 28 août 1792 étendant ainsi à tout le territoire la solution retenue par le droit coutumier. Ensuite, le décret du 9 fructidor de l'an II interdit au père d'exhérer son enfant. Toutefois, bien que la puissance paternelle soit atténuée, elle demeure un pouvoir de sanction. En effet, bien que le décret des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire prévoie la nécessité d'obtenir l'homologation du tribunal de famille et du président du tribunal du district, la détention forcée de l'enfant peut toujours être demandée par le père en vertu de son droit de correction paternelle².

7. La puissance paternelle est maintenue lors de la création du Code civil. Si elle est, dans une certaine mesure, nuancée par la possibilité de l'écarter ou de la remplacer lorsque ses abus portent atteinte à la sécurité de l'enfant, elle est, à d'autres égards, renforcée. En effet, le Code civil accorde aux parents un droit de jouissance sur les biens de l'enfant. Il maintient également le contrôle de l'homme sur l'établissement de sa filiation en l'autorisant à reconnaître volontairement l'enfant, tout en reprenant la prohibition de l'action en recherche de paternité naturelle en dehors de l'hypothèse de l'enlèvement de la mère pendant la période de conception³. La jurisprudence retient, par ailleurs, une définition très stricte de l'enlèvement en refusant d'y faire entrer le rapt, la séduction ou même le viol. Les cas dans lesquels le père naturel pouvait se voir imposer l'établissement de sa filiation ou les obligations qui y sont attachées étaient donc extrêmement restreints, laissant ainsi une assez large place à l'expression du refus paternel. Toutefois, la rigueur du Code civil est nuancée par la possibilité pour la mère d'obtenir des sommes nécessaires pour élever l'enfant en l'imposant au père prétendu s'il en avait pris l'engagement ou avait commencé volontairement à lui verser des sommes d'argent à cet effet. En outre, la mère avait la possibilité d'agir sur le fondement de l'ancien article 1382

¹E. BADINTER, *L'amour en plus. Histoire de l'amour maternel. XVIIe-XXe siècle*, op. cit., p. 149.

²F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, op. cit., p. 990, n° 937.

³P. OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, *Histoire du droit privé français de l'an mil au Code civil*, op. cit., p. 262.

du Code civil si elle réussissait à prouver qu'elle avait été victime d'une séduction dolosive caractérisée par une promesse de mariage ou un abus d'autorité¹.

La loi du 16 novembre 1912 met fin à la prohibition de l'action en recherche de paternité. Toutefois, il faut attendre celle du 8 janvier 1993² pour que cette action mette réellement fin à la mainmise de l'homme sur l'établissement de sa filiation. En effet, auparavant, la mère devait justifier d'un cas d'ouverture et renverser les fins de non-recevoir que pouvait lui opposer le prétendu père. Cela permettait, en réalité, à de nombreux hommes d'empêcher l'établissement judiciaire de leur filiation. L'action n'était ouverte qu'en cas d'enlèvement ou de viol durant la période de conception, de séduction par des manœuvres dolosives, d'abus de pouvoir, de promesse de mariage ou de fiançailles, de lettres ou écrits émanant du père prétendu et propres à établir sa paternité de manière non équivoque, de concubinage ou, enfin, de participation à l'entretien, à l'éducation ou à l'établissement de l'enfant en qualité de père. Alors même que la mère pouvait justifier de l'un de ces cas d'ouverture, son action pouvait encore être déclarée irrecevable si le père lui opposait une fin de non-recevoir en établissant sa non-paternité par un examen des sangs, en prouvant qu'il ne pouvait être le père par l'effet de l'éloignement ou de son impuissance ou, encore, en invoquant l'inconduite notoire de la mère ou les relations qu'elle aurait eues avec un autre individu identifié³. Ce n'est que la loi du 8 janvier 1993, en supprimant la liste des cas d'ouverture et des fins de non-recevoir, qui permet enfin de neutraliser la possibilité de refuser la filiation paternelle à condition d'apporter la preuve, par tous moyens, de la paternité⁴.

8. Le XXe siècle marque également un tournant au regard des obligations parentales. L'atténuation progressive de la rigueur de la puissance paternelle aboutit finalement à sa suppression par la loi du 4 juin 1970⁵ qui lui substitue l'autorité parentale⁶. Cette modification marque tout d'abord la fin de la perception du rôle parental et, tout particulièrement, de celui du père, comme un pouvoir essentiellement de sanction. Désormais

¹F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille, op. cit.*, p. 580, n° 625. ; J. CARBONNIER, *Droit civil I. La famille, op. cit.*, p. 1062, n° 492.

²Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales. NOR : JUSX9100195L.

³J. CARBONNIER, *Droit civil I. La famille, op. cit.*, p. 1063, n° 492. ; F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille, op. cit.*, pp. 582 et s., n° 627 et 628.

⁴J. CARBONNIER, *Droit civil I. La famille, op. cit.*, p. 1064 et s. ; F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille, op. cit.*, pp. 587 et s.

⁵Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale.

⁶V. F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille, op. cit.*, p. 990, n° 938. ; F. TERRÉ, « À propos de l'autorité parentale », in *Archives de philosophie du droit. Réformes du droit de la famille*, Sirey, 1975, p. 45.

conscient des spécificités de l'enfant et de ses besoins particuliers, le législateur fait du pouvoir des parents sur leur enfant un pouvoir de protection destiné à pallier la vulnérabilité liée à son jeune âge et qui fait de lui « *une créature physiquement et psychiquement faible, périssable et corruptible* »¹.

De plus, la substitution de la puissance paternelle par l'autorité parentale marque la fin de la prédominance du père dans les fonctions parentales juridiquement reconnues. En effet, si le rôle de la mère dans la prise en charge de l'enfant était déjà valorisé par la littérature depuis deux siècles, seule la fonction du père trouvait une traduction juridique, puisqu'il était seul détenteur de la puissance paternelle. Cette évolution législative marque donc la reconnaissance du rôle de la mère dans la protection et l'éducation de l'enfant. Toutefois, cette égalité n'est, dans un premier temps, consacrée que dans le domaine personnel. Jusqu'à la loi du 23 décembre 1985², le père, jugé plus apte, restait seul investi de l'administration et de la jouissance des biens de l'enfant légitime. Toutefois, dans les faits, la place du père dans l'éducation de l'enfant se réduisait bien souvent à un rôle de sanction et à un rôle économique³. Entre l'exaltation du rôle de la mère et l'affaiblissement de la puissance paternelle, la place de « *ce père absent, silencieux, dépouillé de toutes ses anciennes prérogatives* »⁴ se réduisait alors principalement à un rôle économique.

9. La fin du XXe siècle marque un nouveau tournant car la valorisation du sentiment est étendue au père. L'image de ce dernier a beaucoup évolué au cours des dernières décennies. Il n'est plus uniquement attendu de lui qu'il sanctionne et pourvoit aux besoins de la famille. Les pères s'investissent désormais davantage auprès des enfants, dès leur plus jeune âge, tant dans les aspects, éducatifs et ludiques qu'affectifs. Cela s'explique par l'évolution des mentalités, mais également par la libération économique de la femme⁵. Le rôle de chacun des parents auprès de l'enfant a grandement perdu de son caractère genré⁶.

Cette évolution a également été traduite sur le plan juridique. En effet, après avoir étendu l'exercice commun de l'autorité parentale aux parents légitimes divorcés, puis à certains

¹J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996, p. 232.

²Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs.

³Des psychanalystes soulignent à cet égard l'absence du père dans l'éducation de l'enfant et son impact sur la construction de ce dernier, notamment sur les fillettes. V. C. OLIVIER, *Les enfants de Jocaste. L'empreinte de la mère*, coll. Femme, Denoël, 1980, pp. 53 et s.

⁴E. BADINTER, *L'amour en plus. Histoire de l'amour maternel. XVIIe-XXe siècle*, op. cit., p. 300

⁵*Ibid.*, p. 302.

⁶Pour une étude sur la notion de père et l'évolution sociale et psychanalytique de son rôle V. F. HURSTEL, « La fonction paternelle, questions de théorie ou : des lois à la loi », in *Le père. Métaphore paternelle et fonctions du père : l'Interdit, la Filiation, la Transmission*, coll. L'espace analytique, Denoël, 1989, pp. 235-262.

parents naturels unis par une vie commune ou ayant exprimé un accord en ce sens¹, à l'occasion de la loi du 4 mars 2002, le législateur a fait de l'exercice commun de l'autorité parentale le principe, dès lors que l'enfant dispose d'une double filiation, peu importe que les parents soient mariés et qu'ils vivent ou non sous le même toit.

10. Au départ absent des considérations intéressant les relations parent-enfant, le sentiment a donc, dans un premier temps, été exalté dans le rapport mère-enfant, avant de s'étendre plus récemment au père, si bien que le lien affectif est désormais totalement indissociable du rapport parent-enfant. Cette évolution est confortée et renforcée par diverses évolutions sociétales qui ont conduit à placer l'enfant au centre des considérations et à lui donner une place très importante dans la quête du bonheur² qui caractérise aujourd'hui notre société³. Tout d'abord, les progrès réalisés en matière de contraception ont permis de contrôler les naissances. Dans la très grande majorité des cas, l'enfant est donc désiré.

Ce contrôle des naissances a, en outre, permis aux femmes de ne plus être soumises aux aléas des grossesses non désirées et d'avoir une maîtrise plus importante de leur vie. Elles ont ainsi pu s'investir davantage dans la sphère professionnelle, et leurs occupations sont désormais globalement moins centrées sur la seule famille. L'avancement de l'âge moyen du premier enfant en constitue une parfaite illustration puisqu'en trente ans il est passé de 28 à 30,7 ans⁴.

Bien que ce ne soit pas la seule explication⁵, l'avancement de l'âge du premier enfant n'est pas sans conséquence sur la fertilité des couples. À partir de trente ans, la fertilité de la femme commence à baisser⁶. Les problèmes de procréation rencontrés par les couples sont, par conséquent, de plus en plus fréquents. Bien loin de l'enfant dont la venue n'est pas réellement maîtrisée, perçu comme une charge pour la famille, les couples attendent aujourd'hui le plus

¹F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille, op. cit.*, p. 1037 et s., n° 962.

² Le lien entre le droit de la famille et le bonheur est notamment souligné par le Professeur Du Pontavice dans son ouvrage sur l'autonomie du droit de la famille dans lequel il consacre une partie au « droit au bonheur » V. E. DU PONTAVICE, *L'autonomie du droit de la famille*, coll. Université de Paris-sud, Éditions techniques et économiques, 1974, pp. 8-169 ; Dans ce sens V. J. CARBONNIER, « À chacun sa famille, à chacun son droit », *in Essais sur les lois*, coll. Anthologie du droit, LGDJ, Lextenso, 2^e éd., 1995, p. 93 : « (...) on lui prête un projet positif : le bonheur des individus. La famille est moins une institution qui vaudrait par elle-même qu'un instrument offert à chacun pour l'épanouissement de sa personnalité ».

³ V. J.-J. LEMOULAND, « Art. 2 - Un droit « pédocentrique » », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz.

⁴ Insee, Fécondité, Bilan démographique 2018, chiffres pour les années 1988 et 2018.

⁵ Sur son site, l'INSERM souligne le rôle important joué par la baisse de qualité du sperme dans la baisse de la fertilité des couples. Cette baisse de qualité pourrait notamment s'expliquer par des facteurs environnementaux. Site : <https://www.inserm.fr/information-en-sante/dossiers-information/assistance-medicale-procreation-amp>.

⁶ Une femme cherchant à avoir un enfant à trente ans a 75 % de chances d'y parvenir en douze mois, 66 % de chances si elle commence à 35 ans et 44 % de chances si elle commence à 40 ans. Source : Ined, « La baisse de la fertilité avec l'âge ». Site : <https://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/memos-demo/focus/baisse-fertilite-age/>

souvent le moment qui leur semble le plus judicieux pour procréer. L'enfant est donc, dans la grande majorité des cas, souhaité.

Il est tant attendu que, lorsque sa venue tarde, les couples ont souvent recours à l'assistance médicale à la procréation. Dès 9 à 12 mois de tentatives infructueuses, ils peuvent se voir proposer une insémination artificielle. Après plusieurs échecs, une fécondation *in vitro* pourra être envisagée¹. La venue de l'enfant est alors d'autant plus attendue, voire fantasmée, qu'elle s'accompagne d'un parcours long et éprouvant tant sur le plan émotionnel que physique.

La procréation est tant perçue comme une source de réalisation et d'accomplissement personnel que les personnes qui ne peuvent bénéficier de l'assistance médicale à la procréation revendiquent un assouplissement et un élargissement des critères d'accès à ces techniques. Les souhaits d'élargissement des conditions d'accès à l'aide médicale sont variés : extension de l'âge permettant de bénéficier de l'AMP, autorisation de l'insémination *post mortem*, ouverture aux couples de femmes et aux femmes seules, légalisation de la gestation pour autrui... L'accès à la procréation est devenu un enjeu de société, aussi bien politique que médiatique, qui donne lieu à de très vifs débats où certains condamnent ce qu'ils jugent comme la revendication d'un droit à l'enfant². Les conditions d'accès à la procréation médicalement assistée semblent même être sur le point d'être élargies dans la mesure où le projet de loi relatif à la bioéthique prévoit l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules³.

11. Désormais, l'accès à la procréation fait donc l'objet de désirs puissants. L'arrivée de l'enfant est perçue comme une source de bonheur, d'accomplissement et d'épanouissement personnel. Ce constat est renforcé par le fait qu'elle constitue pour beaucoup le début de la famille telle qu'elle est aujourd'hui conçue, c'est-à-dire un groupe plus restreint que par le passé, marqué par l'autonomie de ses membres⁴. Ce recentrage de la famille autour

¹ Source : <https://www.inserm.fr/information-en-sante/dossiers-information/assistance-medicale-procreation-amp>

² Pour ne citer que quelques exemples parmi la littérature très dense qui existe sur ce point : P. RAYNAUD, « L'enfant peut-il être objet de droit ? », *D.* 1988, chron. 109 ; A. LAMBOLEY, « L'enfant à tout prix. Le permis et l'interdit. », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, pp. 313-333 ; N. HAOULIA, « Un enfant nommé désir : réflexions sur les enjeux et risques de l'affirmation d'un droit à l'enfant », *LPA* 11 octobre 2013, n° 204, p. 7 ; N. BETTIO, « Le « Droit à l'enfant » nouveau droit de l'Homme ? », *RDP* 1^{er} mars 2010, n° 2, p. 473 ; I. BERROLEFÈVRE, « Adoption et filiation. Droit à l'enfant, droits de l'enfant ? », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de J.-P. Costa*, Dalloz, 2011, pp. 25-37.

Plus généralement, sur le développement des « droits à... » V. D. COHEN, « Le droit à... », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage de François Terré*, coll. Études Mélanges, Dalloz, 1999, pp. 393-400 ; M. PICHARD, *Le droit à*, coll. Recherches juridiques, Economica, 2006.

³ Projet de loi n° 2187 relatif à la bioéthique enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juillet 2019.

⁴ V. J. CARBONNIER, « À chacun sa famille, à chacun son droit », *op. cit.*, p. 92 : « (...) nous voyons apparaître la nouvelle image de la famille – une image où deux traits sont en relief : le rétrécissement du groupe et l'autonomie de ses membres ».

de l'enfant s'explique par le fait que, parallèlement à la place grandissante faite à l'amour dans la relation parent-enfant, la fragilisation du lien unissant les couples est venue renforcer la symbolique attachée au lien de filiation.

Pendant longtemps, à l'inverse, la famille était centrée autour du mariage et la filiation, « *gloire cachée du mariage civil* »¹, n'occupait qu'une place de second plan. Toutefois, la multiplication des divorces² et l'assouplissement de ses causes ont entraîné une fragilisation du lien conjugal. Parallèlement, les couples vivant hors mariage se sont multipliés³ et une nouvelle forme d'union, aux conditions de rupture beaucoup plus souples, a été créée avec l'avènement du contrat de PACS. Tandis que le PACS « se matrimonialise », le mariage « se partenarise »⁴. Le lien unissant les membres du couple n'apparaît plus, par conséquent, aussi sécurisant que par le passé.

En réaction, la famille s'est alors recentrée autour de l'enfant, devenu le « *dernier repère fixe (...) substitut des illusions familiales perdues* »⁵. Le lien de filiation y a gagné en valeur symbolique. « *Dans un monde où tout change, où l'on peut tout perdre, où l'on ne sait pas de quoi seront faits les lendemains, elle (la filiation) est désormais le point d'appui majeur du besoin humain de sécurité* »⁶. L'enfant ayant pris une place centrale dans la conception de la famille, sa venue au monde devient une étape d'autant plus fondamentale dans la poursuite du bonheur.

12. L'appréhension de l'enfant et de la place qu'il occupe au sein de la famille a donc été transfigurée au cours des derniers siècles. Pendant longtemps considéré avec

¹R. LIBCHABER, « La notion de mariage civil », in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 332.

² V. Les « tableaux de l'économie française », INSEE, éd. 2018 (URL : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3303338?sommaire=3353488>): Le taux de divorce est passé de 1,5 à 1,9 pour 1000 habitants entre 1980 et 2015.

³ V. G. BUISSON et A. LAPINTE, « Le couple dans tous ses états », *Insee Première* 14 février 2013, n° 1435 (URL : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1281436>).

⁴ V. H. FULCHIRON, « De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XX^e siècle », in *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 399 ; Y. LEQUETTE, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, LGDJ, Lextenso, 2012, p. 535.

⁵J. COMMAILLE, « Analyse introductive : L'avenir de la famille et la place de l'enfant », in *Enfance et violences*, sous la dir. de J. RUBELLIN-DEVICHI et M. AUDRIEUX, coll. PUL, 1992, p. 15.

⁶I. THÉRY, Couple, filiation, et parenté aujourd'hui - Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, 1998, p. 31 ; Dans ce sens V. également : C. NEIRINCK et M. GROSS, Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ? Question de droit et de société, coll. Doc' en poche. Place au débat, La documentation française, 2014, p. 19 : « De tous les liens de droit, celui de la filiation est le plus essentiel, le plus symbolique et le seul pérenne » ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 292 ; G. NEYRAND, « Incertitudes et paradoxes de la famille contemporaine », in *Personnes et familles - Hommage à Jacqueline Pousson-Petit*, Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2016, p. 39.

indifférence, ou même comme une gêne et une charge, il est aujourd'hui perçu comme un objet de désir qui constitue le cœur de la conception contemporaine de la famille. Le désir d'enfant, si longtemps absent ou du moins tout à fait anecdotique, a même pris une place centrale dans les revendications politiques. Ces évolutions conduisent à donner une place de premier ordre au lien affectif unissant l'enfant à ses parents. Le sentiment fait en réalité son apparition avant même la naissance de l'enfant, celui-ci pouvant être investi émotionnellement avant qu'il ne soit conçu. Le versant positif du sentiment occupe donc désormais une place primordiale dans la conception des rapports familiaux.

Toutefois, le sentiment présente également un versant négatif. En effet, si l'enfant peut être aimé, il peut également, encore aujourd'hui, être rejeté. Tout d'abord, en dépit d'une maîtrise de plus en plus importante des naissances, il existe toujours des grossesses non désirées. En outre, le fait qu'une grossesse soit désirée par l'un des géniteurs ne signifie pas qu'elle le sera par l'autre. Bien qu'il soit impossible de donner des chiffres précis, ces dernières années, les médias se sont fait l'écho de la fréquence de la situation où la paternité est imposée à l'homme alors qu'il ne l'a pas souhaitée. Ces « *pères malgré eux* »¹ expriment alors leur refus de l'enfant qu'ils n'ont pas désiré en ne le reconnaissant pas. Bien que l'établissement de la filiation puisse leur être judiciairement imposé, cela n'est pas sans conséquence sur la relation que ces hommes entretiendront par la suite avec leur enfant. Ils pourront notamment se montrer réticents à remplir leurs obligations parentales. De plus, le fait que l'enfant ait été désiré ne signifie pas pour autant que le lien affectif perdurera tout au long de la vie des parents. En effet, la fragilisation du lien conjugal et les recompositions familiales fréquentes peuvent entraîner un délitement important du lien affectif unissant le parent à son enfant. À la suite de la séparation des parents, celui chez lequel l'enfant ne réside pas peut, pour diverses raisons, ne pas exercer le temps d'accueil dont il pourrait en principe bénéficier avec l'enfant². Or, dans la très grande majorité des cas, la résidence de l'enfant de parents séparés est fixée chez sa mère. Le phénomène du délitement du lien affectif touche donc principalement le père³. Même

¹ Cette expression est empruntée à un documentaire diffusé sur France 2 dans l'émission « envoyé spécial » le 28 juillet 2016. URL : https://www.francetvinfo.fr/replay-magazine/france-2/envoye-special/video-envoye-special-peres-malgre-eux_1563888.html

Une avocate a même consacré un ouvrage à la question : V. M. PLARD, *Paternités imposées*, Les liens qui libèrent, 2013.

² La défenseure des enfants a, en 2008, soulevé l'existence de ce phénomène de « démission » parentale. V. D. VERSINI, *La Défenseure des enfants - Rapport thématique 2008 : « Enfants au cœur des séparations parentales conflictuelles »*, Défenseur des enfants, 2008, p. 95.

³C. BONNET, B. GARBINTI et A. SOLAZ, « Les conditions de vie des enfants après le divorce », *Insee Première* février 2015, n° 1536 : En 2015, 76% des enfants de parents séparés sont déclarés à la charge exclusive de leur mère.

lorsque des contacts sont maintenus, l'enfant semble créer un lien plus fragile avec ce dernier lorsqu'il ne réside pas avec lui. En effet, les chiffres mettent en évidence une grande disparité dans la fréquence des contacts que les enfants devenus majeurs entretiennent avec leurs parents, selon que ces derniers sont séparés ou non. Lorsque les parents ne sont pas séparés, la proportion des enfants majeurs n'entretenant pas de contacts avec leurs parents est minimale, tandis que, lorsqu'ils sont séparés, elle augmente considérablement à compter des 18 ans de l'enfant : jusqu'à la majorité, 10 % des enfants mineurs ne voient jamais leur père ; ce chiffre passe à 19 % à 18 ans ; à 32 % à 30 ans¹. Cette augmentation conséquente au cours du temps de la proportion d'enfants de parents séparés ne voyant pas leur père, permet de mettre en évidence la fragilité du lien créé pendant la minorité de l'enfant, y compris lorsque le père a exercé son droit de visite et d'hébergement au cours de la minorité de l'enfant. Ainsi, l'absence de contacts et le délitement du lien affectif qui en résulte peuvent rendre le père récalcitrant à remplir ses obligations parentales.

La récente valorisation du sentiment affectif dans les relations parent-enfant n'a donc pas mis fin aux situations de refus. Au contraire, il est possible de penser que la montée de l'individualisme, l'allongement de la durée de vie, la fragilisation du lien de couple et la fréquence des recompositions familiales ont pu entraîner une fragilisation des relations parent-enfant dans certains contextes. L'importance particulière donnée à l'enfant peut même se révéler génératrice de refus. Dès lors qu'avant même sa conception l'enfant est désiré et attendu, il devient source de fantasmes. L'enfant réel peut alors venir se heurter aux projections dont il avait fait l'objet. « *Le désir d'un enfant étant toujours désir d'un enfant idéal est impossible à satisfaire et l'arrivée de l'enfant réel ne le comble au mieux qu'un moment* »². La confrontation de la réalité au fantasme peut notamment se révéler particulièrement brutale et destructrice en matière d'adoption, lorsqu'à l'enfant attendu pendant des années vient se confronter un enfant réel, porteur d'une histoire douloureuse autour de laquelle parvenir à construire une histoire commune ne sera pas toujours possible³. Le très important investissement affectif initial des adoptants pourra alors laisser place à un lien juridique dépourvu d'affect, devenu le stigmate d'une relation inexistante, source de souffrances et de déception.

¹A. RÉGNIER-LOILLIER, « Quand la séparation des parents s'accompagne d'une rupture du lien entre le père et l'enfant », *Population et Sociétés. Bulletin mensuel d'information de l'INED* mai 2013, n° 500.

²A. HOLLEAUX, « Enfants désirés, enfants demandés. Désirs d'enfant », *Inf. soc.* juillet 1991, n° 12, p. 7

³V. P. LÉVY-SOUSSAN, *Destins de l'adoption*, Fayard, 2014.

13. Dès lors qu'il est mis en évidence que la conception de la relation parent-enfant est aujourd'hui indissociable du sentiment, et qu'elle est même irriguée par l'affect, il peut apparaître surprenant que cet aspect émotionnel de la relation parent-enfant demeure totalement absent des textes. En réalité, l'affect y est bien présent, mais de façon sous-jacente.

La montée croissante de l'individualisme¹, et la mutation d'un libéralisme traditionnel, qui « *dresse le portrait d'hommes et de femmes assimilés à des personnes juridiques titulaires de droits ou à des agents moraux capables de choix rationnels* »², à un libéralisme romantique, qui « *se propose d'entrevoir en chaque personne son unicité, sa dimension esthétique et émotionnelle* »³, ont laissé une part de plus en plus importante à la volonté des individus en tant que « *sujets de droit* », ainsi qu'à la recherche du bonheur et de l'épanouissement⁴. Cette évolution sociétale se répercute de façon particulièrement importante sur la conception de la famille et, par conséquent, sur les règles juridiques qui la régissent, puisqu'elle touche aux aspects les plus intimes de la vie des individus⁵.

Dès lors que la famille n'est plus considérée comme une institution qui vaudrait par elle-même, mais comme « *un instrument offert à chacun pour l'épanouissement de sa personnalité* »⁶, la volonté est amenée à jouer un rôle central. Le Doyen Cornu le souligne, « *la loi parle à la raison. Il faut au sujet de droit l'intelligence et la volonté : on ne lui prête pas de cœur* »⁷. Le droit de la famille fait donc une place relativement importante à la volonté, aussi bien en matière de filiation⁸ que dans les prérogatives qui en découlent. Dans ce sens, l'établissement judiciaire de la filiation n'a vocation à jouer qu'un rôle subsidiaire. La voie la

¹ Sur l'influence croissante de l'individualisme sur le droit V. : P. MURAT, « Individualisme, libéralisme, légistique », in *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, sous la dir. de H. FULCHIRON, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, pp. 237-243 ; M. GOMAR et C. NEIRINCK, « Pourquoi du droit dans la famille ? », in *La famille que je veux, quand je veux ? Évolution du droit de la famille*, Érès, 2003, p. 19 : « *le culte de la singularité a remplacé le culte de la communauté familiale (...)* ». ; M. RHEINSTEIN, « La famille. Son évolution et son droit », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Pedone, Paris, 1975, p. 199 et s. ; V. ÉGÉA, « L'impératif en droit de la famille », *RRJ* 1^{er} mars 2004, n° 2, p. 709 : « *Les valeurs qui découlent de la liberté individuelle deviennent cardinales. Par conséquent l'individu occupe une place centrale, et supplante la collectivité* ». ; Ph. MALAURIE, *Cours de droit civil. La famille*, coll. Ph. Malaurie, L. Aynès, Cujas 1992-1993, 3^e éd., 1992, p. 29.

²N. L. ROSENBLUM, *Another Liberalism. Romanticism and the reconstruction of Liberal Thought*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) and London (England), 1987, p. 59.

³D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Étude du droit des personnes et de la famille*, LGDJ, Paris, 2000, pp. 302, n° 367.

⁴S. PARICARD-PIOUX, *La convenance personnelle*, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, Paris, 2003, pp.9-10, n° 8.

⁵V. V. ÉGÉA, « L'impératif en droit de la famille », préc., p. 708 : « *Ce qui semble constituer la spécificité du droit de la famille est une part d'affection. Le droit de la famille touche à l'amour* ».

⁶J. CARBONNIER, « À chacun sa famille, à chacun son droit », *op. cit.*, p. 185.

⁷G. CORNU, « Du sentiment en droit civil », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 72.

⁸Pour une thèse dédiée à ce sujet V. E. HIRSOUX, *La volonté individuelle en matière de filiation*, Lille III, 1988.

plus classique d'établissement de la filiation est volontaire¹ ou du fait de la loi. Le parent peut établir sa filiation au moyen d'une reconnaissance tout au long de la vie de l'enfant. Même lorsque la filiation est établie par l'effet de la loi, la volonté occupe une place de choix, puisqu'en se mariant l'époux accepte de se soumettre au jeu de la présomption de paternité². En outre, la volonté du parent de maintenir des liens avec son enfant est protégée quelle que soit la situation familiale. Le législateur protège ce droit parental, notamment en prévoyant l'obligation pour chacun des parents de respecter les liens de l'enfant avec l'autre parent³ ou en prévoyant que l'exclusion du droit de visite ne peut intervenir que pour des motifs graves⁴. Dans le même sens, même en cas de séparation, le législateur préserve le droit du parent à rester impliqué dans la vie de l'enfant et dans les décisions le concernant, dans la mesure où la séparation n'a pas d'incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale⁵. Sont également prévues de très nombreuses règles permettant au parent, s'il le souhaite, de privilégier son enfant lors de la transmission de son patrimoine, celui-ci bénéficiant notamment de droits de mutation et d'un abattement particulièrement privilégiés⁶.

14. Or, la prise en compte par le législateur de la volonté des parents dans l'encadrement des relations familiales n'est pas étrangère au sentiment. La place laissée à l'expression de la volonté du sujet par le droit, aussi bien que les règles supplétives, traduisent implicitement la prise en compte du sentiment affectif puisqu'il lui offre une possibilité de s'exprimer au travers des choix faits par le sujet de droit. La volonté constitue le bras armé du cœur, puisque c'est à travers elle que le lien affectif ou son absence peuvent s'exprimer et trouver une traduction juridique.

Si le lien affectif n'est jamais évoqué par les textes et n'intervient que de manière implicite dans les règles encadrant les relations familiales, il n'en demeure pas moins qu'il les irrigue avec force. Dans les années 1960, Savatier lui consacrait d'ailleurs un ouvrage intitulé *Le droit, l'amour et la liberté*, dans lequel il soulignait que le tort du Code civil était de

¹ V. G. RAYMOND, « Volonté individuelle et filiation par le sang », *RTD Civ.* 1982, p. 538 : « Il apparaît nettement dans le droit français, que l'existence du lien de filiation tant paternelle que maternelle est sous la dépendance directe de la volonté du père et de la mère par le sang : le père et la mère biologique peuvent refuser de devenir les parents juridiques, et ceci, sans qu'aucune sanction puisse intervenir à leur rencontre ».

² Une thèse a d'ailleurs été consacrée au rôle accordé à la volonté dans l'établissement de la filiation et dans sa consolidation. V. V. KOLINGAR, *L'étendue de la fiction dans le lien de filiation*, Paris II, 2007.

³ Art. 373-2, al. 2, C. civ.

⁴ Art. 373-2-1, al. 2, C. civ.

⁵ Art. 373-2, al. 1, C. civ.

⁶ Art. 779 CGI

méconnaître que la cause du mariage soit la tendresse¹. Qu'il permette l'expression de la volonté ou s'y substitue quand elle ne s'exprime pas, le cadre légal entourant les relations familiales apparaît irrigué par l'aspect positif du sentiment, à savoir l'amour.

En effet, le lien affectif apparaît avec force, de façon sous-jacente, par la possibilité offerte au parent d'exprimer sa volonté d'investir émotionnellement l'enfant en créant un lien juridique. Ainsi, le fait que la filiation puisse être volontairement établie sans que soit jamais vérifiée la conformité du lien de filiation ainsi créé à la réalité biologique, témoigne du fait que l'affection fait présumer la conformité du lien juridique à la réalité biologique. De même, le fait que le parent exerce les prérogatives parentales découlant du lien de filiation traduit son lien affectif.

La prise en compte du lien affectif se retrouve également dans les règles supplétives, applicables à défaut d'expression de volonté de la part des parents. Les règles de la dévolution *ab intestat*, en faisant de l'enfant l'héritier le plus proche en ordre et en degré, témoignent de la proximité affective présumée entre le *de cuius* et ses descendants². Le lien juridique fait alors présumer l'affection. Dans le même ordre d'idée, faire du parent le protecteur de l'enfant en lui attribuant l'autorité parentale repose sur l'affection supposée du parent pour sa progéniture. Ainsi, « *la loi se règle sur des amours présumés* »³.

L'omniprésence de l'affect dans l'appréhension juridique des relations familiales commence même à apparaître de façon explicite. Ainsi, la jurisprudence a récemment fait droit à des demandes de changement de nom faites par des enfants pour des motifs d'ordre affectif⁴.

Bien que la législation ne se réfère jamais au lien affectif de façon explicite, il irradie donc de plus en plus l'encadrement des relations familiales que ce soit de façon implicite, par la place laissée à l'expression de la volonté du sujet de droit ou les prévisions des règles supplétives, ou de façon explicite, par la prise en compte de motifs d'ordre affectif par la jurisprudence.

¹R. SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, coll. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2^e éd., 1963, p. 24.

²Art. 734 et 744 C. civ.

³G. CORNU, « Du sentiment en droit civil », *op. cit.*, p. 72

⁴CE, 12 décembre 2012, n° 357865 ; *RTD civ.* 2013, p. 344, obs. Hauser ; *LPA*, 5 août 2014, p. 10, obs. Dekeuwer-Défossez ; CE, 8 mars 2012, n° 342126 ; *RTD civ.* 2012, p. 504, obs. Hauser ; CE, 31 janvier 2014, n° 362444 ; *JurisData* n° 2014-001622 ; *Dr. Fam.* 2014, Focus 10, obs. Lamarche ; *D.* 2014, p. 1175, obs. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2014, p. 332, obs. Hauser, *LPA* 5 août 2014, p. 10, obs. Dekeuwer-Défossez ; *CAA Paris*, 21 mars 2019, n° 18PA01787 ; *RJPF*, n° 5, mai 2019, comm. Corpart.

15. Dès lors que le sentiment dans son aspect positif est de plus en plus fréquemment traduit juridiquement, il est possible de se demander si sa dimension négative fait l'objet du même traitement.

En effet, puisque le désir est de plus en plus pris en compte par le droit, en est-il de même du refus ? Ces deux aspects de la volonté, l'un positif, l'autre négatif, sont indissociables. Tant que le désir n'avait pas de prise sur le droit, que les règles de droit s'imposaient sans que ne soit jamais interrogé le désir du parent, il n'était pas surprenant que son opposé, le refus, ne soit pas davantage interrogé. Si le refus de l'enfant a toujours existé, il n'était qu'un état de fait qui n'a jamais fait l'objet d'une étude globale. Selon les époques, le rôle joué par chacun des parents, ou encore la conception dominante de l'enfant, le droit lui a fait produire des effets juridiques divers en permettant le refus de l'enfant par le parent ou, au contraire, en le sanctionnant ou en imposant à ce dernier le respect de certaines obligations à l'égard de l'enfant. Tant que volonté et lien affectif étaient indifférents, les limites juridiques au refus du parent se justifiaient par la responsabilité et les devoirs du parent vis-à-vis de son enfant. Or, la situation est aujourd'hui toute autre.

L'avènement de l'appréhension de l'enfant comme objet de désir, et la prise en compte de ce désir par le droit interrogent le refus sous un nouveau jour. Puisque le poids donné au désir est toujours plus important, le droit laisse-t-il s'exprimer l'aspect négatif de la volonté de façon similaire ? Autrement dit, quelle place le droit laisse-t-il au refus de l'enfant ?

Répondre à une telle question suppose de s'interroger sur la place laissée à la volonté des parents par les règles régissant les relations parent-enfant. Mais, à l'inverse des hypothèses où la liberté laissée à la volonté permet la procréation, la création d'un lien juridique, l'exercice de prérogatives, ou encore la transmission du patrimoine, la question est ici de savoir si la volonté exprimant l'absence de lien affectif ou, du moins, le délitement de celui-ci, peut pareillement s'exprimer. En effet, étudier la place laissée par le législateur à l'expression du refus conduit conséquemment à interroger celle du lien affectif en droit de la filiation et dans les règles régissant les effets de cette dernière.

16. Cette question apparaît particulièrement intéressante au vu du paradoxe qu'il est possible d'observer dans la société occidentale, entre la tendance croissante à la prise en compte de l'aspect positif de la volonté et le recul de son aspect négatif. En effet, les pays dans lesquels la légalisation de la GPA et de l'AMP permet à des personnes qui ne le pouvaient pas auparavant d'accéder à la procréation sont de plus en plus nombreux ; les conditions d'accès de

l'AMP sont de plus en plus largement étendues¹. À l'inverse, si le 13 décembre 2018 le parlement irlandais – jusque-là l'un des pays européens ayant la législation la plus restrictive sur l'avortement – a voté un élargissement du droit à l'avortement, ces dernières années la tendance est plutôt inverse. Si l'IVG n'est totalement interdite qu'à Malte, plusieurs gouvernements d'États européens ont tenté, avec plus ou moins de succès, de durcir leur législation relative à l'interruption de grossesse. Au Portugal une loi de 2007 a mis à la charge des femmes tous les frais liés à l'interruption de grossesse. En décembre 2013, le gouvernement espagnol a fait une proposition de loi qui a été approuvée en Conseil des ministres et qui prévoyait de restreindre le droit à l'avortement de façon similaire à la législation polonaise, laquelle ne l'autorise qu'en cas de viol, d'inceste, de danger pour la mère ou de malformation irréversible du fœtus. Si ce projet a été abandonné, une loi interdisant aux mineures d'avorter sans consentement parental a été adoptée en 2015. En 2016, en Pologne, où la législation est déjà extrêmement restrictive, le gouvernement a vainement tenté d'interdire complètement l'IVG, avant de revenir sur son autorisation en cas de malformation².

Cet exemple met clairement en lumière l'appréhension différente qui peut être faite de la volonté selon qu'elle exprime un désir ou un refus et la stigmatisation importante dont peut faire l'objet le refus de l'enfant. L'évolution de la conception de ce dernier comme source de désir et de félicité peut conduire à renforcer le caractère choquant d'un rejet. Il est alors particulièrement intéressant d'étudier la façon dont le législateur français traite du refus parental.

17. Cette question apparaît d'autant plus pertinente que le sentiment appréhendé dans son aspect négatif joue un rôle de plus en plus important dans l'autre volet du droit de la

¹ La GPA demeure interdite dans quinze pays européens. Elle n'est, en revanche pas interdite en Belgique, à Chypre, en Grèce, en Irlande, à Malte, aux Pays-Bas, en Pologne, au Portugal, en Roumanie, en Slovaquie et au Royaume-Uni.

L'AMP est autorisée dans de nombreux pays européens. Mais un certain nombre en réservent l'accès aux couples hétérosexuels. C'est le cas de la France (bien que cela puisse prochainement être amené à évoluer avec le projet de loi relatif à la bioéthique), de l'Italie, de la Pologne, de la Roumanie, de la République tchèque, de la Lituanie, de la Slovaquie et de la Slovénie. L'Autriche a une législation plus souple et autorise l'accès de l'AMP aux couples de femmes. D'autres États, bien qu'ils en interdisent l'accès aux couples de femmes, en autorisent l'accès aux femmes seules. C'est le cas de l'Estonie, de la Lettonie, de la Hongrie, de la Slovénie, de la Bulgarie, de la Grèce et de Chypre. Enfin, certains États en autorisent l'accès aux couples de femmes aussi bien qu'aux femmes seules. C'est le cas du Portugal, de l'Espagne, des Pays-Bas, de la Belgique, du Royaume-Uni, de l'Irlande, du Danemark, de la Suède et de la Finlande.

Source : « *PMA, quels droits en Europe ?* », Site : touteurope.eu ; URL : <https://www.touteurope.eu/actualite/pma-quels-droits-en-europe.html>

² Source : « *Le droit à l'avortement dans l'UE* », Site : touteurope.eu ; URL : <https://www.touteurope.eu/actualite/le-droit-a-l-avortement-dans-l-ue.html>

famille. En effet, les règles régissant les relations de couple accordent une place croissante à l'expression de la volonté de rompre le lien juridique unissant les membres du couple.

Tout d'abord les conditions du divorce ont été progressivement assouplies jusqu'à ce qu'il soit possible de divorcer par consentement mutuel.

Puis, à la fin des années 1990¹, le législateur a créé une forme légale d'union produisant des effets de droit assez proches de ceux du mariage et pouvant être rompue sans recourir à la voie judiciaire. Le pacte civil de solidarité peut, en effet, être rompu par simple déclaration conjointe adressée aux autorités compétentes ou par décision unilatérale signifiée par voie d'huissier².

Bien que cela ne soit possible que si les époux s'accordent sur le principe du divorce et sur ses conséquences, la rupture extrajudiciaire a, plus récemment, été étendue au mariage, le divorce pouvant désormais intervenir par un simple acte sous signature privée contresigné par l'avocat de chacun des époux³. Les volontés de chacun des membres du couple, à condition qu'elles soient concordantes, suffisent donc désormais à rompre leur union.

Le refus unilatéral du lien conjugal a également gagné en puissance avec la loi de réforme pour la justice du 23 mars 2019. Ce texte prévoit la réduction à un an du délai de séparation requis pour constituer la cessation de la vie commune permettant le prononcé d'un divorce pour altération définitive du lien conjugal⁴.

En matière de couple, même s'il n'en a pas toujours été ainsi, il est donc aujourd'hui communément admis que le délitement du lien affectif puisse justifier la volonté de l'un au moins des membres du couple de mettre un terme à la relation. Le droit permet très largement la traduction juridique de cette volonté qu'elle soit commune ou unilatérale, laissant ainsi aux membres du couple une grande liberté dans la traduction juridique du délitement du lien affectif. Se pose donc la question de savoir si ce phénomène s'étend à l'ensemble du droit de la famille, jusqu'à irradier le lien parent-enfant, ou s'il reste circonscrit aux relations conjugales.

18. Comme en matière de relation de couple, la relation parent-enfant est susceptible d'aléas, de se détériorer au fil du temps, jusqu'à parfois aboutir à la cessation complète de tout contact entre le parent et l'enfant. Le parent peut alors chercher à se dérober à ses obligations à l'égard de l'enfant. La fréquence de l'inexécution de l'obligation d'entretien en est un exemple

¹ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

² Art. 515-5 C. civ.

³ Art. 229-1 et s. C. civ.

⁴ Art. 22 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice modifiant l'article 238 du Code civil. NOR : JUST1806695L.

frappant. Il est même possible qu'il souhaite rompre le lien de filiation l'unissant à l'enfant. À la différence de la relation de couple qui suppose initialement une volonté commune de s'unir, le parent peut même refuser l'enfant dès l'origine, le refus d'investir émotionnellement l'enfant pouvant intervenir dès la naissance. Le parent peut alors souhaiter traduire juridiquement son refus en n'établissant pas sa filiation à l'égard de l'enfant. Les évocations les plus frappantes sont probablement celles de la femme qui accouche sous le secret ou qui recourt à une interruption volontaire de grossesse.

Refus de l'enfant et lien affectif apparaissent donc indissociables. Traiter de l'enfant refusé à l'aune de la conception contemporaine faisant le plus souvent de ce dernier un objet de désir et d'accomplissement, conduit donc principalement à interroger la place laissée au refus de l'enfant par le droit, mais cela conduit aussi nécessairement à interroger la place du lien affectif dans les règles régissant les rapports entre le parent et l'enfant.

19. Parler de « l'enfant » et non d'« un enfant » n'est pas indifférent. Tandis que l'article indéfini « un » permet d'extraire d'un ensemble formé de plusieurs êtres ou objets un élément unique en désignant n'importe quel élément de l'ensemble¹, l'article défini « l' » permet de se référer à un objet déjà identifié². Ainsi, traiter de « l'enfant refusé » implique de parler d'un enfant désigné en particulier.

Le refus d'avoir « un » enfant en général est, par conséquent, exclu du champ de cette étude. Les questions relatives à la contraception et à la stérilisation contraceptive ne seront donc pas traitées ici car ces deux modes de choix *a priori*³ supposent que la fécondation n'ait pas eu lieu. C'est le fait même d'avoir « un » enfant qui est refusé, aucun enfant n'ayant encore été conçu. Le refus est non ciblé : « *on ne veut donner aucune vie quelle que soit sa qualité* »⁴. Seul le refus d'un enfant désigné sera traité dans l'analyse subséquente.

20. L'enfant revêt deux définitions en droit. Ce mot désigne à la fois le mineur⁵ et le descendant au premier degré sans considération d'âge⁶. Il y a donc « *l'enfant d'âge* »⁷, dont

¹D. DENIS et A. SANCIER-CHATEAU, *Grammaire du français*, coll. Librairie générale française, Le Livre de Poche, 1994, p. 51.

²*Ibid.*, p. 54

³Pour la distinction entre choix *a priori* et choix *a posteriori* V. J. HAUSER, « Le choix de ne pas donner la vie : un droit de ne pas donner la vie ? », in *Être parent aujourd'hui*, coll. thèmes et commentaires, Dalloz, 2010, pp. 9-25.

⁴*Ibid.*, p. 18.

⁵ Art. 388, al. 1, C. civ. : « *Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis.* »

⁶ V° « enfant » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF.

⁷J. HAUSER, « Des petits hommes et des petits d'hommes », in *L'enfant et les conventions internationales*, sous la dir. de J. RUBELLIN-DEVICHI et R. FRANK, PUL, 1996, p. 477.

la vulnérabilité naturelle passagère l'empêche de sauvegarder lui-même efficacement ses intérêts, et « *l'enfant de filiation* »¹, qui se définit dans sa lignée « *par le rapport de parenté qui le relie à ses père et mère* »² tout au long de sa vie. L'enfant est donc défini juridiquement soit par sa minorité soit par le lien juridique qui l'unit à ses parents. La notion d'enfant semble donc impliquer la personnalité juridique.

Toutefois, si la notion de « mineur » est très marquée juridiquement, puisqu'elle désigne nécessairement un être humain de moins de dix-huit ans ayant la personnalité juridique, le terme « enfant » fait l'objet d'un usage plus courant et peut même s'utiliser pour désigner un embryon. Il est commun de dire d'une femme enceinte qu'elle porte un enfant³. Pour dénoncer les terribles conséquences de l'interdiction de l'avortement pour les femmes qui cherchaient malgré tout à mettre un terme à leur grossesse, Simone de Beauvoir écrit que « *c'est souvent en tuant la mère qu'on supprime l'enfant* »⁴. Le CCNE et quelques textes font également usage de la notion d'enfant ou de personne pour désigner l'être humain au commencement de la vie⁵, conçu mais non encore né. En effet, l'embryon est régulièrement désigné comme un enfant « *non encore né* »⁶, « *à naître* »⁷, « *en gestation* »⁸, « *une personne humaine potentielle* »⁹ ou encore « *un être humain en devenir* »¹⁰ ou une « *personne en puissance* »¹¹. De même, la définition de l'enfant donnée par la Convention internationale des droits de l'enfant ne tranche pas formellement la question de l'enfant conçu et non encore né puisque l'article 1^{er} dispose que « *l'enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt, en vertu de la législation qui lui est applicable* »¹². Ainsi, bien que la France ait, au moment de la ratification de ce traité, procédé à une déclaration interprétative de l'article 6 relative au droit à la vie, précisant que ce texte n'était pas incompatible avec

¹ *Ibid.*

² F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, op. cit., p. 347, n° 395.

³ V. M. PLARD, *Paternités imposées*, op. cit., p. 34 : « (...) la femme qui porte l'enfant en sa chair est décisionnaire unique ».

⁴ S. DE BEAUVOIR, *Le deuxième sexe II*, coll. Folio/Essais, Gallimard, 1949, p. 334.

⁵ V° « embryon » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit.

⁶ Avis CCNE n° 107 du 15 oct. 2009 sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals, p. 11.

⁷ Art. R. 1125.21 CSP ;

⁸ Avis CCNE n° 107 du 15 oct. 2009 sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals, préc., p. 13 ; *Ibid.*, p. 25.

⁹ Avis CCNE n° 1 du 22 mai 1984 sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques.

¹⁰ Avis CCNE n° 8 du 15 décembre 1986 relatif aux recherches et utilisation des embryons humains in vitro à des fins médicales et scientifiques.

¹¹ N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 205.

¹² Art. 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989. Sur cette définition V. A. GOUTTENOIRE, « Article 1er : définition de l'enfant », *Dr. Fam.* 2009, n° 11, p. 16.

l'interruption volontaire de grossesse, cette définition peut tout à fait englober l'embryon en ce qu'il s'agit bien d'« *un être humain âgé de moins de dix-huit ans* ».

De plus, le développement des techniques de procréation médicalement assistée a fait naître de nouvelles problématiques autour de l'embryon, celui-ci pouvant désormais exister en dehors de l'utérus maternel. Ainsi, retenir une conception stricte de l'enfant aurait eu pour conséquence d'exclure l'embryon de cette étude alors que le traitement dont son refus fait l'objet par le droit soulève de très nombreuses questions. Fait-il l'objet d'une protection particulière ? Qui décide de son devenir si le projet parental prend fin avant qu'il ne soit transféré dans l'utérus maternel ?

Partant, bien qu'il soit certain que l'embryon n'a pas la personnalité juridique, sa qualification floue¹ et le développement récent des techniques d'assistance médicale à la procréation, rendent particulièrement intéressante l'étude du positionnement du législateur face à la possibilité d'empêcher sa venue au monde. Il est donc apparu primordial de l'intégrer dans cette étude.

Une définition large de l'enfant sera donc retenue, comprenant le mineur, que sa filiation soit établie ou non, ainsi que « l'enfant de filiation » quel que soit son âge, aussi bien que l'enfant conçu mais non encore né.

21. Dire de l'enfant qu'il est refusé signifie que celui-ci fait l'objet d'un refus de la part de ses parents. Encore faut-il déterminer quels comportements des parents peuvent être analysés comme constituant un refus de l'enfant. Le refus peut se définir comme « *le fait de refuser ce qui semble s'imposer à quelqu'un, qui le contraint d'une manière ou de l'autre* »². Cette définition semble particulièrement bien adaptée à l'hypothèse du parent puisqu'il est habituellement considéré qu'une obligation de prendre soin de l'enfant pèse sur lui en raison de la responsabilité qu'il a dans la venue au monde de ce dernier. « *L'obligation de prendre soin de ses enfants transcende toute idée de réciprocité comme dans la sphère sociale ; l'origine de cette responsabilité sans réciprocité provient du fait que nous sommes les auteurs de leur existence et que nous devons répondre du droit qui appartient désormais à une telle existence* »³. Le refus de l'enfant par le parent s'exprime alors par son rejet des obligations qui s'imposent en principe à lui en raison de sa qualité de parent. Or, le simple fait d'avoir participé

¹ Le statut de l'embryon a même pu être qualifié de « *question interdite* ». V. A. MIRKOVIC, « Statut de l'embryon, la question interdite ! », *JCP G* 25 janvier 2010, n° 4, p. 99.

² V° « Refus », sens 1, b) *in dictionnaire en ligne du CNRS* (<http://stella.atil.fr>).

³ « Volonté individuelle et sujet de droit dans la philosophie juridique de Burlamaqui », *in De la volonté individuelle*, sous la dir. de J.-P. COUJOU, PU Toulouse, 2010, p. 19.

à l'engendrement d'un enfant ne suffit pas pour avoir des obligations à son égard. Les droits et les devoirs du parent naissent du lien juridique qui l'unit à l'enfant. Dans sa forme la plus totale, le refus consiste donc à rejeter le lien de filiation puisque l'absence de ce lien permet en principe de se soustraire à toute obligation à l'égard de l'enfant. Mais, alors même que le parent est uni à l'enfant par un lien juridique de filiation, il peut également refuser l'enfant en rejetant tout ou partie des obligations qui découlent de ce lien. Le refus peut donc se définir comme une manifestation de non-vouloir qui peut prendre deux formes : celle d'une non-acceptation ou celle d'une non-exécution¹.

Il est d'abord possible de ne pas accepter le statut de parent dans sa globalité en rejetant le lien de filiation. Cela peut se traduire par une opposition à la venue au monde de l'embryon car, si ce dernier ne devient jamais un enfant au sens classique du terme, l'acquisition par quelque personne que ce soit du statut de parent est par définition exclue. Le refus du statut peut également prendre la forme d'un non-établissement de sa filiation à l'égard de l'enfant ou, enfin, d'une rupture d'un lien de filiation établi.

Il est également possible, alors même que le lien de filiation est établi, que le parent n'exécute pas tout ou partie des obligations attachées à son statut. Ces obligations ont varié au fil du temps et ont longtemps dépendu de la nature de la filiation. La plus constante, parce que vitale, est le droit aux aliments, mais la plus importante juridiquement, bien qu'elle n'ait pas toujours bénéficié à tous les enfants, est l'obligation de transmettre son patrimoine, « *puisqu'elle marque l'intégration complète de l'individu dans la famille* »². Dans le même ordre d'idées, la transmission du nom permet d'intégrer de façon symbolique l'enfant dans sa famille. Toutefois, l'obligation des parents à l'égard de l'enfant va désormais bien au-delà de la réponse aux besoins vitaux de l'enfant et de son rôle de transmission. La montée de l'individualisme a conduit l'obligation parentale découlant de la filiation à transcender la seule intégration de l'enfant dans sa famille et, plus globalement, dans la cité³. Tout d'abord l'obligation de prise en charge financière de l'enfant dépasse aujourd'hui le simple versement d'aliments. Ensuite, le bien-être de l'enfant et son bon développement étant aujourd'hui au cœur des considérations, le rôle principal du parent est donc de protéger l'enfant, de l'éduquer

¹ V° « refus », sens 1, in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit.

² A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p. 232 et s.

³ V. *Ibid.*, p. 232 : « *Famille, Cité, la filiation a essentiellement pour but de rattacher l'individu à l'une et à l'autre, de l'insérer dans un ordre généalogique et politique* ».

et d'assurer son bon développement¹. Les prérogatives d'autorité parentale qui lui sont confiées en sa qualité de parent doivent impérativement être exercées en ce sens. Dès lors, les obligations découlant du statut de parent sont étendues, puisqu'elles comprennent la prise en charge de la personne de l'enfant, sa prise en charge financière et la transmission du nom aussi bien que du patrimoine. C'est donc une véritable fonction parentale qui découle du statut de parent². Le refus de cette fonction se traduit alors par la non-transmission de son nom ou de son patrimoine à l'enfant, ou encore par la non-prise en charge de la personne de l'enfant, de ses biens ou enfin par sa non-prise en charge financière.

22. Le refus de l'enfant pouvant prendre la forme d'une non-acceptation du statut de parent ou d'une non-exécution de la fonction qui y est attachée, il marque un certain désintérêt ou détachement vis-à-vis de l'enfant. Les comportements parentaux inadaptés à ses besoins, tels que les maltraitances physiques ou psychologiques, doivent par conséquent être exclus de la définition du refus. En effet, bien que de tels comportements révèlent un exercice inadapté de l'autorité parentale, le parent ne cherche pas pour autant à se soustraire à l'obligation de prise en charge découlant de son statut. Il ne s'agit donc ni d'une non-acceptation, ni d'une non-exécution, mais d'une mauvaise exécution.

23. Compte tenu de la sensibilité du sujet, il apparaît enfin nécessaire de préciser que qualifier de refus de l'enfant la situation où une personne n'accepte pas le statut de parent ou ses effets est dénué de toute forme de jugement. Le détachement du parent à l'égard de l'enfant et son désinvestissement dans la vie de ce dernier peuvent s'expliquer par de très nombreuses raisons pouvant tenir aussi bien à la détresse du parent, qu'au contexte familial, socio-économique, ou même au comportement de l'autre parent ou de l'enfant. Il ne s'agit en aucun cas de porter un regard critique sur le comportement du parent ou sur les raisons l'y ayant amené. L'objet de cette étude est uniquement de s'interroger sur l'appréhension par le

¹ Art. 371-1 C. civ. : « *L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.*

Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. L'autorité parentale s'exerce sans violences physiques ou psychologiques.

Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité. »

² V° « fonction », II, 1 in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit. : « *ensemble des pouvoirs et devoirs appartenant, à qualité, à l'organe d'un groupement* ». Certes, le parent n'a rien de commun avec l'organe d'un groupement sociétaire. Toutefois, l'analogie est intéressante puisque le parent, en cette qualité, dispose d'un ensemble de pouvoirs et de devoirs. Dans ce sens V. C. NEIRINCK, « *Fonction parentale* », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz.

législateur de la situation où un parent, qu'il soit ou non désigné comme tel par le droit, choisit de ne pas, ou de ne plus, s'impliquer dans la vie de l'enfant.

24. Toute personne n'acceptant pas le statut de parent ou n'exécutant pas la fonction parentale qui y est attachée ne refuse pas pour autant l'enfant. De plus, se contenter d'affirmer que le rejet du statut de parent ou de la fonction qui y est attachée ne constitue un refus que lorsqu'il émane des père et mère ne saurait être suffisant, car, juridiquement, les père et mère sont les personnes désignées comme telle par le droit¹. En effet, la parenté se définit comme « *le lien qui existe soit entre deux personnes dont l'une descend de l'autre, soit entre personnes qui descendent d'un auteur commun et auquel la loi attache des effets de droit (...)* »². La parenté désignant le lien juridique qui unit les membres d'une famille³, elle ne peut permettre de déterminer que les personnes qui refusent l'enfant lorsque ce refus s'exprime postérieurement à l'établissement de la filiation. Ainsi, seules les personnes liées à l'enfant par un lien de filiation peuvent être considérées comme refusant l'enfant en n'accomplissant pas la fonction parentale attachée au statut de parent. Certes, cela n'empêche pas que la fonction parentale puisse être remplie par des tiers, mais les parents désignés juridiquement sont les seuls qui, en ne remplissant pas cette fonction, refusent l'enfant. De même, dès lors que le lien de filiation est établi, les personnes liées juridiquement à l'enfant acquièrent le statut de parents. Le fait de rompre ce lien traduit donc un refus du statut résultant de cette filiation.

Cela ne résout pas, en revanche, la question de savoir qui refuse l'enfant en n'établissant pas sa filiation à son égard. Il faut pour cela se détacher de la seule désignation juridique des père et mère pour déterminer les personnes devant en principe être désignées comme telles par le droit. La question du refus conduira donc à réinterroger le fondement de la filiation afin de dégager le critère du refus.

25. Cette étude s'attachera donc à interroger la place laissée par le droit au refus de l'enfant. À cette fin, sera analysée la prise en compte par les règles encadrant la relation parent-enfant, de l'aspect négatif de la volonté d'un parent. Cette relation se structure à la fois autour des règles encadrant le lien juridique unissant parent et enfant et autour de celles encadrant les effets attachés à ce lien. Répondre à cette question implique donc de se demander si les règles

¹ Sur le questionnement autour de la notion de parent V. par ex. : Ph. JACQUES, « Rapport introductif », in *Être parent aujourd'hui*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2010, pp. 1-6 ; H. FULCHIRON, « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », in *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, sous la dir. de H. FULCHIRON, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, p. XIV.

² V° « parenté » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit.

³ Dans ce sens V. également : V. BONNET, *Droit de la famille*, coll. Paradigme, 4^e éd., 2014, p. 8.

relatives au lien de filiation, et celles relatives à ses effets, permettent l'expression du refus parental.

Une réponse positive supposerait que le droit laisse le parent traduire juridiquement l'absence de lien affectif par l'expression de son refus. L'absence de lien affectif produirait alors des effets juridiques en permettant au parent d'échapper au statut parental ou aux obligations découlant de la fonction résultant de ce statut. À l'inverse, une réponse négative exclurait la possibilité pour le parent de traduire juridiquement l'absence de lien affectif par son refus de l'enfant. Le lien de filiation et les obligations qui en découlent pourraient alors lui être imposés, indifféremment de la qualité du lien affectif.

Dans la mesure où le refus parental peut prendre la forme d'une non-acceptation du statut de parent ou d'une non-exécution de la fonction qui en découle, cela conduira également à interroger les rapports qu'entretient l'absence de lien affectif avec le lien de filiation et les effets attachés à ce dernier.

26. Il s'agira donc de s'interroger sur la place laissée à la volonté traduisant un refus du statut de parent (Partie 1) et à celle traduisant un refus de la fonction parentale découlant de ce statut (Partie 2).

PARTIE I - LE REFUS DU STATUT DE PARENT

27. Le refus de l'enfant peut tout d'abord s'exprimer par le refus du statut de parent qui se traduit par un refus du lien juridique, appelé lien de filiation, unissant parent et enfant. Il s'agit de l'expression la plus complète du refus, puisque c'est de ce lien que découlent toutes les prérogatives attachées à la fonction parentale.

La forme de ce refus varie selon le moment auquel il intervient. Le parent peut d'abord refuser d'investir émotionnellement l'enfant avant même que ce dernier ne soit né, le refus s'exprime alors par l'opposition à la venue au monde de l'enfant. Une fois l'enfant né, le refus d'investissement affectif se traduira par le non-établissement de la filiation à son égard. Le refus peut également intervenir alors même que la filiation de l'enfant est établie, soit que le parent n'ait jamais investi émotionnellement l'enfant, soit que leurs relations se soient délitées au point que tout lien affectif les ayant un jour uni ait disparu. Le refus prend alors la forme d'une rupture du lien de filiation.

Or, selon le moment auquel le refus s'exprime, la prise en compte par le législateur du lien affectif varie. En effet, s'il laisse la volonté des parents s'exprimer de façon assez libre lors des prémices du développement de l'enfant, il apparaît que plus le refus intervient tardivement, moins le législateur permet son expression, en encadrant strictement la possibilité de refuser la filiation.

Ces formes de refus peuvent être distinguées selon qu'il intervient antérieurement ou postérieurement à l'établissement de la filiation. Seront donc successivement étudiés le refus de la filiation *ab initio* (Titre 1) et la rupture de la filiation (Titre 2).

TITRE I – L'EFFET IMPORTANT DE L'ABSENCE DE LIEN AFFECTIF SUR LA FILIATION REFUSEE AB INITIO

28. Le refus de la filiation dès l'origine intervient avant même qu'elle ne soit établie. Elle se traduit donc par le non-établissement du lien de filiation. Si, à l'évocation du non-établissement de la filiation de l'enfant, vient immédiatement à l'esprit la situation de l'enfant né dont les parents refusent d'établir la filiation, il est également intéressant d'évoquer ceux dont la filiation ne s'établit pas faute pour eux d'avoir vu le jour. Lorsque le refus s'opère avant la naissance de l'enfant, il se traduit par l'absence de naissance de ce dernier. Or, si l'enfant ne naît pas, sa filiation ne pourra être établie. Il pourrait être objecté qu'un enfant peut tout à fait venir au monde alors même que les personnes l'ayant engendré ont toujours su ne pas vouloir lui être reliées, soit que les délais aient empêché la réalisation d'une interruption de grossesse, soit que, par conviction personnelle, la femme ait souhaité donner la vie à l'enfant tout en sachant qu'elle ne jouerait jamais envers lui son rôle de mère. Toutefois, dans ce cas, bien que le refus soit latent, il ne s'exprime de façon effective qu'à la naissance de l'enfant par le non-établissement de la filiation. En effet, tout au long de la grossesse, les personnes ayant engendré l'enfant ont toute latitude pour changer d'avis et finalement accepter leur statut de parent, ce qui se traduit par l'établissement de leur filiation lors de sa venue au monde.

Lorsque le refus intervient avant la naissance de l'enfant, la volonté des personnes ayant engendré l'embryon de ne pas l'investir émotionnellement s'exprime par la cessation de leur projet parental. Or, la prise en compte de la cessation du projet parental des membres du couple se révèle inégale selon que l'embryon est *in vitro* ou *in utero*. En effet, si la cessation du projet parental de chacun des membres du couple suffit pour empêcher la venue au monde de l'enfant *in vitro*, seul le refus de la femme portant l'enfant permet d'empêcher sa naissance (chapitre 1).

Cette prévalence du lien affectif maternel perdure après la naissance de l'enfant. Tout d'abord, le refus de la filiation maternelle ne peut que très difficilement être entravé, contrairement au refus de la filiation paternelle qui demeure soumis à la volonté de l'enfant et, durant sa minorité, à celle de sa mère. Ensuite, le refus de la filiation maternelle représente un obstacle au développement du lien affectif de l'ensemble de la famille biologique de l'enfant (chapitre 2).

Chapitre I - La naissance refusée

29. L'enfant peut être refusé de façon très précoce, avant même sa naissance, alors qu'il n'est encore qu'un embryon. Il s'agit alors d'un refus de lui donner la vie. Un refus parental avant même la naissance de l'enfant implique, *a fortiori*, un refus du statut de parent puisque, si la naissance n'a pas lieu, la filiation ne sera jamais établie.

L'enfant au stade d'embryon peut se retrouver dans deux cas de figure : il peut être implanté dans l'utérus de la femme ou ne pas l'être. Le second cas vise nécessairement une situation d'assistance médicale à la procréation¹. La distinction entre l'embryon implanté et l'embryon *in vitro* est centrale, puisque l'appréhension par le droit de son refus en dépend.

En effet, lorsque l'embryon fécondé se trouve hors utérus, le refus apparaît absolu, notamment parce qu'il suffit que l'un quelconque des membres du couple s'oppose à la continuation de la procédure d'AMP pour interrompre celle-ci et, par conséquent, empêcher la venue au monde de l'enfant (section 1). À l'inverse, le refus de l'embryon *in utero* est limité car il ne produit d'effets que s'il émane de la femme qui le porte (section 2).

Section 1 – Le refus absolu de l'embryon *in vitro* par la cessation du projet parental

30. L'embryon *in vitro* suppose nécessairement une assistance médicale à la procréation, car la conservation de l'embryon en dehors de l'utérus maternel suppose de recourir à des techniques scientifiques². La création de tels embryons apparaissait, jusqu'à il y a encore peu de temps³, comme inhérente à la procédure d'AMP, puisque la loi prévoit la possibilité, si les membres du couple y consentent, de féconder un nombre d'ovocytes rendant

¹ Art. 2141-3, al. 1, CSP.

² V. art. 2141-3, al. 1, CSP : « *Un embryon ne peut être conçu in vitro que dans le cadre et selon les objectifs d'une assistance médicale à la procréation (...)* ».

³ La conservation d'ovules non fécondés étant désormais possible, il est envisageable que dans un avenir proche ces gamètes ne soient plus fécondés de façon systématique afin de limiter le nombre d'embryons fécondés non implantés.

nécessaire la congélation de certains embryons¹. L'ouverture d'une telle possibilité s'explique par le fait que la procédure d'AMP peut s'avérer extrêmement longue et contraignante, voire douloureuse, pour la femme qui s'y prête². En effet, dans un premier temps, afin de favoriser la création d'ovocytes, il est en général procédé à des stimulations ovariennes au moyen d'injections d'hormones pendant plusieurs jours. Puis, les ovocytes sont prélevés à l'aide d'une longue aiguille sous anesthésie locale ou générale³. Ces ovocytes sont ensuite fécondés *in vitro*, c'est-à-dire à l'extérieur du corps de la femme. Le prélèvement de plusieurs ovocytes à la fois permet donc d'éviter les stimulations ovariennes et les ponctions à répétition. Si ces ovocytes sont fécondés, mais non implantés immédiatement, ils sont conservés par congélation pour éventuellement être implantés postérieurement.

31. Or, en dépit de la volonté clairement affirmée du législateur de limiter la création d'embryons *in vitro*⁴, la façon dont celui-ci appréhende la volonté des parents semble favoriser la création d'embryons surnuméraires⁵, c'est-à-dire des d'embryons « *dont la transplantation au bénéfice du couple ne peut plus être envisagée* »⁶. Il en va ainsi de la limitation qu'il opère

¹ Art. L. 2141-3, al. 2, CSP : « *Compte tenu de l'état des techniques médicales, les membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que soit tentée la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant rendre nécessaire la conservation d'embryons, dans l'intention de réaliser ultérieurement leur projet parental. Dans ce cas, ce nombre est limité à ce qui est strictement nécessaire à la réussite de l'assistance médicale à la procréation, compte tenu du procédé mis en œuvre. Une information détaillée est remise aux membres du couple sur les possibilités de devenir de leurs embryons conservés qui ne feraient plus l'objet d'un projet parental* ». Cet article pourrait, à l'avenir être modifié, ainsi que le prévoit le Projet de loi relatif à la bioéthique enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 24 juillet 2009 en son article 1^{er} en ce que l'AMP serait désormais ouverte aux femmes seules.

² Il n'est d'ailleurs pas avéré que l'AMP soit exempte de risques pour la santé des femmes, alors même que la pathologie à l'origine de la stérilité du couple ne les concerne pas toujours. Sur ce thème V. H. GAUMONT-PRAT, « L'évolution de l'assistance médicale à la procréation, liberté ou dépendance », in *La liberté de la personne sur son corps*, sous la dir. de P. MUZNY, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2010, pp. 65-76.

³ Sur les techniques d'AMP, V. le dossier d'information du site de l'INSERM.

⁴ Dans ce sens V. notamment : art. L. 2141-1 al. 5 CSP qui précise que l'AMP « *privilégie les pratiques et procédés qui permettent de limiter le nombre des embryons conservés* » ; art. L. 2141-3 du CSP qui limite le nombre d'ovocytes fécondés à ce qui est strictement nécessaire à la réussite de l'AMP et interdit aux couples dont les embryons ont été conservés de bénéficier d'une nouvelle tentative de fécondation *in vitro* avant le transfert des embryons existants.

⁵ V. E. DHONTE-ISNARD, *L'embryon surnuméraire*, L'Harmattan, Paris, 2004.

Ce terme se retrouve dès 1986 dans l'avis n° 8 du 15 décembre 1986 du CCNE. Concernant les textes législatifs, si ce terme n'est plus aujourd'hui employé au sein du Code de la santé publique, dans la mesure où la réécriture de l'art. L. 2151-5 lors de la loi n°2013-715 du 6 août 2013 l'en a supprimé, la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en faisait usage en ses articles 41 et 42. Il se retrouve également dans de nombreux écrits doctrinaux. V. par ex. : J. RUBELLIN-DEVICHI, « Les procréations assistées : état des questions », *RTD Civ.* 1987, p. 475 ; P. KAYSER, « Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle », *D.* 9 juillet 1987, n° 27, p. 192.

⁶ Avis CCNE n° 8 du 15 décembre 1986 relatif aux recherches et utilisation des embryons humains *in vitro* à des fins médicales et scientifiques.

sur le désir parental, puisqu'elle peut conduire à la cessation forcée du projet parental¹, mais également de l'absence de limites apportées au refus exprimé par la cessation du projet parental².

La première hypothèse sera exclue de cette étude, car si la limitation du désir parental par le législateur peut avoir pour conséquence de créer des embryons surnuméraires³, ces derniers ne sont pas à proprement parler refusés, puisque la cessation du projet parental ne dépend pas des parents et peut même leur être imposée. Cette étude se concentrera donc sur la seconde hypothèse, à savoir l'absence de limites apportées au refus des parents, puisque dans ce cas, les embryons sont écartés du projet parental en raison de la volonté des membres du couple et peuvent, par conséquent, être considérés comme refusés.

32. Cette absence de limites posées par le législateur au refus de l'un ou l'autre des parents se traduit par l'interruption immédiate du projet parental dès lors que l'un des parents cesse d'y consentir. Cela laisse une place extrêmement importante à l'expression du lien affectif. En effet, qu'est-ce que le projet parental, sinon la marque de l'investissement émotionnel de l'embryon⁴ ? C'est ce projet qui est à l'origine même de sa création. Sans la demande d'AMP du couple, l'embryon n'aurait jamais été créé. Bien que l'embryon soit encore loin de l'enfant projeté et tant voulu par le couple, il est d'ores et déjà porteur d'espoir de descendance, de transmission. Le projet parental est donc synonyme d'une charge affective et émotionnelle importante. Cela ressort d'ailleurs nettement des freins psychologiques faisant obstacle au développement de l'accueil d'embryons, lequel est « *fortement connoté d'un sentiment d'abandon* »⁵. Ainsi que le souligne Mme le professeur Sophie Paricard, « *il est très difficile pour chacun des couples concernés, donneurs et receveurs, de dépasser les*

¹ Cette notion de projet parental est au centre de l'AMP et se retrouve à plusieurs reprises dans le Code de la santé publique : art. L. 2141-3 CSP ; art. L. 2141-4 CSP ; art. L. 2141-9 CSP. Elle a même pu être qualifiée de « *clef de voûte du système* » in F. BELLIVIER, « La possibilité d'être parent en dépit de la nature et l'impossibilité d'être parent à raison du droit », in *Être parent aujourd'hui*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2010, p. 42.

² Sur l'incohérence de la législation relative à l'AMP V. A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne : Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

³ C'est, par exemple, le cas lorsqu'en cours de procédure d'AMP, l'un au moins des membres du couple serait considéré comme ayant dépassé l'« *âge de procréer* », ou encore en cas de décès de l'un des membres du couple puisque les conditions du recours à l'AMP fixées par le législateur ne sont alors plus remplies (art. L. 2141-2 CSP). Notons que l'article 1^{er} du projet de loi n°2187 relatif à la bioéthique prévoit la suppression de la référence à « l'âge de procréer » actuellement prévue à l'article L. 2141-2 CSP. Le projet de loi prévoit que cet article disposerait dorénavant que « *les conditions d'âge requises pour bénéficier d'une assistance médicale à la procréation sont fixées par décret en Conseil d'État pris après avis de l'Agence de la biomédecine* ».

⁴ Dans ce sens V. C. SUREAU, « Être prénatal et choix de société », in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 1304 : « (...) l'embryon humain, une fois constitué à la suite d'un recours à quelque technique que ce soit, n'a de valeur propre que dans la mesure où il s'intègre dans un schéma volontariste de procréation, volontiers désigné par le terme de « *projet parental* » ».

⁵ CCNE, avis n° 90 : « Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation », 24 novembre 2005, p. 15.

représentations dont l'embryon est investi. Celui-ci a en effet porté le désir d'enfant d'un couple et donner cet embryon est aussi difficile que l'accueillir »¹.

Le lien affectif est tout-puissant ici, puisque le désinvestissement émotionnel de l'un quelconque des membres du couple demandeur anéantit le projet de procréation dans son ensemble, faisant ainsi des embryons non implantés des embryons surnuméraires. Il l'est d'autant plus que le législateur ne protège nullement le devenir de ces embryons surnuméraires. Loin de favoriser leur implantation dans le corps d'une femme afin de permettre leur naissance, l'étude des textes permet de mettre en évidence que l'option favorisée est leur destruction.

Ainsi, l'efficacité totale du refus de chacun des parents (§1) s'accompagne de conséquences destructrices pour les embryons (§2).

§1 - Un refus à l'efficacité totale

33. La création d'embryons surnuméraires est fréquente, puisque le taux moyen d'implantation est seulement de 14 %². Mais, ces « *laissés-pour-compte de la fécondation in vitro* »³ ne le deviennent pas tous dans les mêmes conditions. En effet, le recours à l'AMP peut avoir différents buts et, selon le but poursuivi, les circonstances entourant la création d'embryons surnuméraires seront variables.

L'AMP a en principe « *pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité* »⁴. Il est toutefois nécessaire de noter que l'article 1^{er} du projet de loi n° 2187 relatif à la bioéthique prévoit la suppression de la référence au critère d'infertilité⁵.

Lorsque l'AMP a pour but de donner un enfant à un couple qui ne parvient pas à le concevoir sans aide médicale ou d'éviter la transmission à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité, la fécondation *in vitro* apparaît suffisante pour la réalisation de l'objectif recherché. En effet, cette technique permet à la fois une fécondation qui n'aurait pas

¹S. PARICARD, « L'embryon in vitro », in *La bioéthique en débat : le début de la vie*, sous la dir. de A. MARAIS, B. BOYER-BÉVIÈRE et D. DIBIE, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, p. 61. Dans ce sens V. également : Agence de la biomédecine, Rapport médical et scientifique 2017, URL : <https://www.agence-biomedecine.fr/annexes/bilan2017/donnees/procreation/01-amp/synthese.htm>

² Chiffre communiqué par R. Léandri dans le cadre du colloque du 27 novembre 2015, « Regards croisés sur l'embryon, 40 ans après la loi Veil » (Université Toulouse 1 Capitole, dir. S. Paricard), cité in *Ibid.*, p. 52.

³F. TERRÉ, *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, Flammarion, 1987.

⁴ Art. L. 2141-2, al. 1, CSP

⁵ Ce projet de loi prévoit que le premier alinéa de l'article L. 241-2 du Code civil dispose que « *Tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée a accès à l'assistance médicale à la procréation après une évaluation médicale et psychologique selon les modalités prévues à l'article L. 2141-10* ».

forcément eu lieu sans aide médicale et une fécondation sans rapports sexuels non protégés qui pourrait entraîner la transmission d'une maladie d'un membre du couple à l'autre.

En revanche, lorsque l'AMP a pour but d'éviter la transmission d'une maladie à l'enfant, un autre procédé est nécessaire : le diagnostic préimplantatoire (DPI). Ce dernier n'est « *autorisé qu'à titre exceptionnel* »¹ et dans des conditions strictes précisées par l'article L. 2131-4 du Code de la santé publique. Mais, par dérogation à l'alinéa 6 de cet article qui précise que « *le diagnostic ne peut avoir d'autre objet que de rechercher cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter* », l'article L. 2131-4-1 du même Code ouvre la possibilité de recourir au DPI dans le but de faire naître un enfant qui pourra permettre de sauver son aîné dans des conditions très restrictives². Dans ces deux dernières hypothèses, c'est la nécessité du DPI qui justifie le recours à l'AMP. Pour pouvoir effectuer un tri au sein des embryons afin d'écartier ceux malades ou ceux qui ne permettraient pas de sauver un premier enfant malade, le DPI est nécessaire. Dans ces hypothèses, le recours à l'AMP a pour objectif d'exclure certains embryons du projet parental, dès l'origine, grâce au DPI.

De plus, même en dehors de ces hypothèses particulières, la continuation du projet parental n'est pas favorisée dans la mesure où le refus de l'un quelconque des membres du couple suffit à caractériser sa cessation, quel que soit le rôle joué par chacun dans le processus procréatif. L'implication du corps de chacun dans la réalisation du projet parental est, par conséquent, complètement niée au profit de la fiction d'une égalité entre les membres du couple demandeurs à l'AMP.

Certes, qu'il s'agisse de l'AMP classique ou de celle utilisant le DPI, le législateur pose des limites à leurs accès, les couples ne pouvant y avoir recours que dans des conditions strictes. Cependant, une fois ces conditions remplies et la procédure engagée, le couple demandeur n'a aucune obligation d'implanter les embryons créés et le législateur a même mis à leur disposition un outil permettant d'effectuer une sélection parmi les embryons. Ainsi, l'absence de protection du projet parental initial par le législateur s'exprime tant par la possibilité de créer des embryons exclus dès l'origine du projet parental grâce au recours au DPI (A) que par la consécration de la fiction de l'égalité des membres du couple, puisque cette dernière conduit à favoriser la cessation du projet parental (B).

¹ Art. L. 2131-4, al. 2, CSP

² Cette dernière possibilité déroge, par conséquent, à l'objet que doit normalement poursuivre l'AMP et qui est fixé à l'article L. 2141-2 CSP.

A - Le DPI créateur d'embryons exclus dès l'origine du projet parental

34. Le diagnostic préimplantatoire ne se retrouve pas dans toutes les procédures d'AMP. En effet, dans la plupart des cas, l'AMP a pour objectif de remédier à l'infertilité des couples grâce au recours à l'insémination artificielle, avec ou sans fécondation *in vitro*, et avec ou sans recours à un tiers donneur. Le DPI n'a donc pas lieu d'être dans ce cas, du moins en l'état actuel des choses¹, le « criblage génétique »² étant proscrit. Cependant, l'AMP peut être utilisée pour différentes raisons qui rendent nécessaire le recours au DPI. Ce sera le cas lorsque le recours à l'AMP vise à mettre au monde un enfant exempt d'une maladie grave ou susceptible de sauver un premier enfant souffrant d'une grave affection. En réalité, dans ces cas, le recours à l'AMP est justifié par le recours au DPI. Autrement dit, c'est parce que le but poursuivi implique le recours au DPI que l'AMP est utilisée.

Si le DPI n'est autorisé que dans des circonstances très strictes, il n'en demeure pas moins que son objectif est d'opérer une sélection parmi les embryons *in vitro* afin de déterminer ceux conformes au but poursuivi. De cette sélection pourra résulter le refus de l'embryon malade (1) ou de celui ne permettant pas de sauver un premier enfant malade (2) en raison de leur non-conformité au projet parental.

1 - Le refus de l'embryon malade

35. Le DPI peut en principe être réalisé lorsque « le couple, du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic »³. Cela correspond à l'un des objectifs de l'AMP prévu par l'article L. 2141-4 du Code de la santé publique, à savoir, éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité.

¹ Il n'est pas inenvisageable que le législateur fasse évoluer la législation dans le sens d'un DPI systématique. Il pourrait, en effet, être proposé à tous les couples dont les embryons sont conçus *in vitro* afin de s'assurer, avant toute implantation, que ces derniers sont exempts de certaines maladies graves. Il pourrait être avancé que cela va dans le sens de la logique qui prévaut en matière de dépistage prénatal, ce dernier étant proposé à toute femme enceinte dans le but « d'évaluer le risque que l'embryon ou le fœtus présente une affection susceptible de modifier le déroulement ou le suivi de la grossesse ». Toutefois, un tel raisonnement est discutable dans la mesure où le DPI est davantage assimilable au DPN qui, quant à lui, n'est possible qu'en cas de risque avéré révélé à l'occasion du dépistage prénatal (art. L. 2131-1 CSP. Sur le dépistage et le diagnostic prénatal cf. *infra* §101). Il semble donc que l'analogie entre le stade prénatal et le stade préimplantatoire devrait conduire au maintien de la législation actuelle.

² Le criblage génétique est une technique qui permet d'identifier les gènes impliqués dans un phénotype donné. C'est elle qui va permettre, dans le cadre du DPI, d'isoler les embryons sains et HLA compatibles des autres. À ce propos, V. : J. GUIGUI, « Révision des lois de bioéthique : le DPI-HLA en question », *Dr. adm.* 2010, n° 1, étude 1.

³ Art. L. 2131-4, al. 3, CSP

Par ailleurs, le recours au DPI est limité puisque ce diagnostic « *ne peut être effectué que lorsqu'a été préalablement et précisément identifiée, chez l'un des parents ou l'un de ses ascendants immédiats dans le cas d'une maladie gravement invalidante, à révélation tardive et mettant prématurément en jeu le pronostic vital, l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie* »¹. L'idée est donc, grâce au prélèvement réalisé sur l'embryon *in vitro*, de déceler s'il est exempt ou non de cette maladie. Les embryons porteurs n'ont alors *a priori* pas vocation à être implantés dans l'utérus, à moins que les membres du couple ne décident malgré tout de procéder à leur implantation. À défaut, les embryons malades se retrouvent alors exclus du projet parental.

36. La question des embryons ayant fait l'objet d'un DPI peut paraître encore plus dérangeante que celle des embryons surnuméraires « classiques » dans la mesure où, lorsque le recours à l'AMP s'explique par le souhait de recourir à un diagnostic préimplantatoire, l'objectif de l'AMP est d'exclure les embryons malades, qui sont alors écartés du projet parental. Ces embryons n'ont pas vocation à être émotionnellement investis par le couple demandeur, ce dernier recourant justement à l'AMP afin de les écarter. Des embryons sont donc créés alors même qu'ils seront exclus dès l'origine du projet parental. Il existe en effet « *un hiatus croissant entre les possibilités de diagnostic, qui se multiplient au fur et à mesure de la localisation des gènes responsables d'une maladie génétique, et les possibilités de thérapeutique* »². Certains ont ainsi pu parler de « *sélection biologique de l'espèce humaine* »³ ou « *d'eugénisme préimplantatoire* »⁴. Pourtant, il est difficile de porter un jugement sur ces parents porteurs d'une maladie grave qui souhaitent donner la vie à un enfant en bonne santé et lui éviter des souffrances non négligeables, voire une mort certaine, alors même qu'ils ont parfois déjà un enfant souffrant de cette maladie ou qu'ils ont eu recours à une interruption médicale de grossesse (IMG) en raison de la contamination d'un précédent embryon.

37. La question est extrêmement difficile à appréhender dans la mesure où il n'existe pas de liste indiquant les maladies pour lesquelles une demande de DPI est recevable. La seule

¹*Ibid.*

²F. SERUSCLAT, *Les sciences de la vie et les droits de l'homme : Bouleversement sans contrôle ou législation à la française*, Economica, 1992 ; I. FLORENTIN, « Le diagnostic préimplantatoire et le contrôle de la qualité des enfants à naître », in *Le Droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire*, sous la dir. de C. LABRUSSE-RIOU, LGDJ, Paris, 1998, pp. 109-146.

³F. GRANET, « 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 : liber amicorum*, PUS, LGDJ, 1994, p. 226.

⁴R. ANDORNO, « Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée : primauté technique ou primauté de la personne », *RIDC*, 1^{er} janvier 1994, n° 1, pp. 141-152.

condition posée par les textes est qu'un médecin exerçant dans un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal (CPDPN) « *atteste que le couple, du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic* »¹. Le sens donné à la notion de « particulière gravité » est précisé à l'alinéa suivant : « *le diagnostic ne peut être effectué que lorsqu'a été préalablement et précisément identifiée, chez l'un des parents ou l'un de ses ascendants immédiats dans le cas d'une maladie gravement invalidante, à révélation tardive et mettant prématurément en jeu le pronostic vital, l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie* »². Ainsi, n'importe qui ne peut pas avoir recours au DPI, puisqu'il doit nécessairement s'agir d'une maladie génétique héréditaire et, qui plus est, d'une particulière gravité, puisqu'elle doit être gravement invalidante, à révélation tardive et mettre en jeu le pronostic vital de façon prématurée. Aucune liste recensant les maladies susceptibles de permettre le recours au DPI n'existant, la gravité est laissée à l'appréciation d'un médecin d'un CPDPN qui apprécie au cas par cas si le recours à un diagnostic préimplantatoire est adéquat. En pratique, l'attestation de gravité et d'incurabilité est rendue à la suite d'une délibération collégiale sur la base des données médicales. À titre complémentaire, sont également prises en compte la souffrance attendue de l'enfant à naître ainsi que « *la perception personnelle de la gravité* » de la maladie par les membres du couple et « *la souffrance que cette perception engendre chez eux* »³.

38. Les avis divergent sur le point de savoir jusqu'où devrait aller le DPI. En effet, actuellement, la lettre de l'article L. 2131-4 du Code de la santé publique conduit à ne faire porter le DPI que sur une maladie précisément identifiée particulièrement susceptible de se retrouver chez l'embryon au vu de l'histoire médicale de sa famille. L'un des aspects de la problématique soulevée par le DPI réside dans le fait qu'il ne sert pas qu'à détecter une maladie ou un handicap dont l'embryon serait porteur de façon certaine. Il peut aussi être utilisé pour détecter des prédispositions à certaines maladies très graves. Ainsi, l'Agence de la biomédecine a autorisé en 2008⁴ le recours au DPI pour détecter les risques de développer les formes héréditaires de cancer les plus graves. Or, le fait que l'embryon ait des prédispositions à une maladie d'une particulière gravité ne permet pas de certifier qu'il l'aurait effectivement

¹ Art. L. 2131-4, al. 3, CSP

² Art. L. 2131-4, al. 4, CSP

³ Avis CCNE n° 107 du 15 oct. 2009 sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals, p. 17.

⁴ Délibération n° 2008-CO-12 au cours de laquelle a été adopté l'*avis en faveur des propositions du rapport rédigé à la demande de l'Agence de la Biomédecine et de l'Institut National du Cancer, « DPN, IMG, DPI et formes héréditaires de cancer », 2008.*

développée¹. Le DPI conduit donc à l'exclusion du projet parental des embryons dont il n'est pas certain qu'ils auraient effectivement développé la maladie recherchée.

Il s'agit également de savoir s'il n'y aurait pas « *un risque que ce dépistage s'applique à des caractéristiques de moins en moins graves et donne lieu à des pratiques eugénistes* »². Ce questionnement ne peut que renvoyer à l'avis n° 107³ dans lequel le CCNE, en 2009, s'était déclaré favorable à la levée de l'interdiction du dépistage de la trisomie 21 à l'occasion d'un DPI. L'idée qui sous-tend cette proposition est que lors du DPI effectué pour une maladie déterminée, il est aisé de vérifier si l'embryon est également exempt de la trisomie 21. Si, à première vue, cela peut sembler anodin, adjoindre le dépistage de la trisomie 21 à celui de la maladie ciblée par le DPI revient sur la logique qui le régit actuellement. En effet, comme le craignaient certains membres du Comité national d'éthique, qui ne partageaient pas le point de vue majoritaire prévalent au sein du Comité, cela pourrait conduire à étendre ce dépistage à d'autres malformations, mais également à renvoyer une image négative de cette maladie en influant sur la vision que la société en a. Il serait ainsi à craindre que trier les embryons *in vitro* ne conduise à mettre en place « *des standards de normalité qui, en fonction des progrès de la connaissance du génome humain, seront de plus en plus élevés* »⁴.

Une autre forme très particulière de DPI, aussi appelé « *DPI à visée thérapeutique* »⁵, ou encore DPI de « *l'enfant médicament* », conduit à écarter encore davantage d'embryons du projet parental.

2 - Le refus de l'embryon ne permettant pas de sauver un premier enfant malade

39. Le « double DPI »⁶, également connu sous le nom de « bébé médicament »⁷, autorisé depuis 2004⁸, permet la conception d'un enfant par AMP avec recours au DPI afin de soigner un premier enfant né et atteint d'une maladie génétique grâce à une greffe de cellules

¹ *La révision des lois de bioéthique. Étude du Conseil d'État*, La documentation française, 2009, pp. 38-39.

² « *Diagnostics anténatals : jusqu'où aller ?* », in *Bulletin d'information de l'ordre national des médecins*, numéro spécial nov.-déc. 2010, p. 18.

³ Avis CCNE n° 107 du 15 oct. 2009 sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals, préc.

⁴ I. FLORENTIN, « *Le diagnostic préimplantatoire et le contrôle de la qualité des enfants à naître* », *op. cit.*, p. 141

⁵ Avis CCNE n° 107 du 15 oct. 2009 sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals, préc.

⁶ V. par ex. : A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « *Le bébé du double espoir* », *D.* 2011, p. 132 ; X. BIOY, « *Le processus de révision des lois « bioéthique »* », *Constitutions* 2010, p. 132.

⁷ V. par ex. : A.-L. BLOUET PATIN, « *Diagnostic préimplantatoire et conditions de recours au « bébé médicament »* », *Lexbase Hebdo - Ed. Privée Générale*, 11 janvier 2007, n° 243 ; D. VIGNEAU, « *Les dispositions de la loi « bioéthique » du 7 juillet 2011 relatives à l'embryon et au fœtus humain* », *D.* 2011, p. 2224 ; S. HENNETTE-VAUCHEZ, « *La loi n°2004-800 du 6 août 2004 : vers la fin de l'« exception bioéthique » ?* », *RDSS* 2005, p. 185.

⁸ Art. L. 2131-4-1 CSP

hématopoïétiques obtenues à partir du sang du cordon ombilical. Cela suppose donc que le DPI révèle non seulement que l'embryon est exempt de la maladie génétique concernée ou, tout du moins, qu'il en est porteur sain¹, mais encore qu'il est compatible HLA² avec le premier né atteint de la maladie.

40. Outre le problème éthique qu'il soulève³, le diagnostic préimplantatoire a ainsi pour conséquence d'opérer une sélection entre les embryons permettant de sauver le premier enfant et ceux ne le permettant pas, ce qui implique *a priori* d'écartier les seconds du projet parental, ces derniers devenant alors des embryons surnuméraires. Or, comme cela a été expliqué précédemment, seuls les embryons exempts de la maladie et HLA compatibles avec l'enfant malade pourront permettre de sauver ce dernier. Ainsi, des embryons sains non affectés par la maladie pourront être exclus du projet parental parce qu'ils ne sont pas HLA compatibles avec l'enfant malade. Se pose alors la question de leur devenir, notamment de ceux qui sont sains.

41. L'ampleur de cette problématique est toutefois à relativiser dans la mesure où le recours à l'AMP afin de tenter de concevoir un enfant susceptible de sauver son aîné n'a vocation à s'appliquer que dans des cas rares⁴, puisque la maladie touchant le premier enfant doit être génétique, entraîner « *la mort dans les premières années de la vie* » et être « *reconnue comme incurable au moment du diagnostic* »⁵. Cela exclut donc un certain nombre de cas dans lesquels une greffe de cellules hématopoïétiques pourrait sauver le premier enfant. C'est notamment le cas lorsque la maladie n'est pas génétique ou apparaît au cours de l'enfance de ce dernier et non dès sa naissance. À titre d'exemple, la leucémie est une maladie qui peut être soignée au moyen de cellules hématopoïétiques. Toutefois, les enfants peuvent être touchés par cette maladie tout au long de l'enfance et le risque de décès peut donc se révéler bien après les premières années de la vie. La conception d'un « bébé médicament » sera alors exclue dans cette hypothèse, faute de remplir les conditions fixées à l'article L. 2131-4-1 du Code la santé

¹J. GUIGUI, « Révision des lois de bioéthique : le DPI-HLA en question », préc.

² Le sigle HLA est issu de l'anglais « Human Leucocyte Antigens ». Il est également possible de parler d'histocompatibilité. Ces termes désignent « *la compatibilité entre les antigènes tissulaires de deux individus de la même espèce, dont l'absence provoque le rejet des greffes* » (Définition du terme histocompatibilité, *Nouveau petit robert*, 1995).

³ Dans ce sens, le CCNE a souligné que cette pratique dite du « bébé médicament » peut faire redouter une instrumentalisation de l'enfant ainsi conçu et des conséquences psychologiques importantes, notamment en cas d'échec de la greffe (Avis CCNE n° 107 du 15 oct. 2009 sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals, p. 22).

⁴ Après une demande en 2013, aucune demande de double DPI n'a été faite en 2014 et 2015. (V. Agence de la biomédecine, *Rapport d'activité annuel, AMP*, 2015).

⁵ Art. L. 2131-4-1 CSP

publique, alors même qu'elle aurait pu permettre de sauver un premier enfant atteint d'une leucémie.

42. De plus, le rôle du double DPI dans la création d'embryons surnuméraires est également à nuancer en pratique dans la mesure où la lettre des textes vide le double DPI d'une partie de son intérêt. En effet, l'article L. 2131-4-1 du Code de la santé publique précise que l'autorisation de recourir au double DPI délivrée par l'Agence de la biomédecine « *est subordonnée au respect des dispositions prévues au dernier alinéa de l'article L. 2141-3* ». Or, ce dernier dispose que « *un couple dont les embryons ont été conservés ne peut bénéficier d'une nouvelle tentative de fécondation in vitro avant le transfert de ceux-ci sauf si un problème de qualité affecte ces embryons* ». Deux interprétations sont ici possibles. Premièrement, la non-compatibilité HLA constitue « un problème de qualité » au sens de l'article L. 2141-3. Dans ce cas, l'absence d'embryons compatibles permettra aux membres du couple de bénéficier d'une nouvelle tentative de fécondation *in vitro*. Deuxièmement, l'incompatibilité HLA n'est pas un problème de qualité au sens de cet article, seul le fait que l'embryon soit affecté par la maladie peut constituer un tel problème. Si cette seconde interprétation prévaut, tant qu'il demeure des embryons sains non implantés, il est impossible pour le couple de procéder à de nouvelles fécondations *in vitro*. Or, c'est cette seconde interprétation qui est retenue en pratique, comme le souligne le professeur Frydman¹ dans une interview réalisée en 2007. Le couple se retrouve alors dans une impasse, puisque, sauf à procéder à l'implantation de tous les embryons exempts de la maladie, ils ne pourront pas tenter une nouvelle fécondation *in vitro* dans le but d'obtenir des embryons HLA compatibles avec leur enfant malade.

Si cette solution peut sembler louable en ce qu'elle limite la création d'embryons exclus dès l'origine du projet parental, elle est critiquable dans la mesure où elle prive le double DPI de tout intérêt si des embryons compatibles ne sont pas obtenus dès la première tentative de fécondation *in vitro*. Elle semble donc marquer une certaine ambivalence du législateur qui, tout en autorisant le DPI à visée thérapeutique, le prive quasiment d'effets pour éviter la multiplication d'embryons surnuméraires. Cette ambivalence n'est en réalité qu'une illustration de l'écartèlement du législateur, tiraillé entre la volonté de donner à des couples en souffrance l'accès à des techniques qui pourraient permettre de les apaiser² et celle de créer le moins

¹« Nous nous appuyons sur un guide de bonnes pratiques selon lequel on ne doit pas faire de nouvelle stimulation ovarienne si l'on a des embryons sains (mais non compatibles) disponible » : propos rapportés in J. GUIGUI, « Révision des lois de bioéthique : le DPI-HLA en question », préc.

² Il peut s'agir de leur permettre de mettre au monde un enfant non malade, qui pourrait même éventuellement permettre d'en sauver un autre, ou tout simplement de leur donner une chance d'avoir un enfant alors que la nature semblait le leur refuser.

d'embryons surnuméraires possible alors même que leur création est inhérente aux techniques utilisées. En effet, si la réduction des embryons non implantés est envisageable en raison de l'amélioration des techniques de conservation des ovocytes non fécondés, l'ouverture du recours au DPI rend absolument impossible leur suppression totale. Cela découle du but même du recours au diagnostic préimplantatoire, qui d'effectuer un tri entre les embryons remplissant les critères recherchés¹ – lesquels ont vocation à être implantés et investis émotionnellement – et ceux qui ne les remplissent pas et qui sont par conséquent exclus du projet parental.

À défaut d'une étude approfondie des textes relatifs à la question, la position du législateur pourrait *a priori* sembler claire tant les termes choisis sont parlants. En effet, l'article L. 2141-3 précité évoque le « *problème de qualité* » qui peut affecter certains embryons. Or, le terme de « qualité » est habituellement usité pour qualifier des marchandises et se retrouve par conséquent dans le Code du commerce² et dans le Code de la consommation³. Le choix de ce mot relativement aux embryons n'est donc pas anodin. Il met l'accent sur la potentialité de l'embryon humain : si l'embryon est « *une personne humaine potentielle* »⁴, cela signifie bien qu'il n'en est que potentiellement une, et par conséquent qu'il n'en est pas actuellement une. C'est d'ailleurs ce qui rend possible le recours à l'AMP dans le seul but d'effectuer un tri entre les embryons et d'en exclure certains dès l'origine du projet parental.

C'est également ce qui permet la consécration de la fiction de l'égalité des membres du couple, alors même que cela conduit à favoriser la cessation du projet parental.

B - La consécration de la fiction de l'égalité des membres du couple favorisant la cessation du projet parental : la corporalité ignorée

43. En matière de procréation médicalement assistée, la volonté est reine ; ce que la nature semble vouloir refuser au couple, la science peut potentiellement⁵ le leur donner. La

¹ Les embryons remplissant ces critères doivent nécessairement être exempts de la maladie grave redoutée et à ce critère peut également s'ajouter celui d'une histocompatibilité avec un premier enfant malade.

² Par ex., l'art. L. 420-4 C. com. évoque la « *qualité de production* » ; le terme de « qualité » se retrouve également à l'art. R. 527-2 C. com. relatif aux produits agricoles ou d'origine agricole.

³ Le terme de « qualité » se retrouve par ex. dans : art. L. 412-1 C. consom. relatif aux marchandises, art. L. 224-3 C. consom. relatif à la fourniture d'énergie et aux services, art. L. 431-1 C. consom. relatif à un produit.

⁴ Avis CCNE n° 1 du 22 mai 1984 sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques.

⁵ Il faut noter que la réussite d'une procédure de procréation médicalement assistée est loin d'être systématique. L'agence nationale de la biomédecine estime à environ 20 % le taux de réussite d'une FIV classique au niveau national. URL : <https://www.agence-biomedecine.fr/Evaluations>

volonté est donc, ici plus encore qu'ailleurs, créatrice : « *c'est un pouvoir de vouloir, une ouverture faite, dans la procréation, à la volonté individuelle* »¹.

Le consentement des membres du couple est nécessaire à toutes les étapes de la procédure. Ainsi, ils doivent consentir préalablement au transfert d'embryon ou à l'insémination² ; leur consentement écrit est encore exigé pour que soit tentée « *la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant rendre nécessaire la conservation d'embryons, dans l'intention de réaliser ultérieurement leur projet parental* »³. Le couple doit, par ailleurs, être consulté tous les ans pour savoir s'il maintient son projet parental⁴ et, si la réponse est négative, doit décider ce qu'il adviendra des embryons⁵. Ainsi, l'investissement émotionnel des embryons par les deux membres du couple tout au long de la procédure est primordial. Si l'un d'eux cesse de consentir à la procédure d'assistance médicale à la procréation, celle-ci s'en retrouve paralysée. Pourtant, le rôle joué par chacun dans le processus procréatif peut grandement varier et sera bien plus lourd d'implication pour le corps de la femme.

Les membres du couple demandeur à la procédure d'AMP sont, par ailleurs, les seuls à pouvoir influencer sur la continuation ou le terme de la procédure, ce qui montre bien que leur volonté est centrale ici. C'est leur volonté, et elle seule, qui permet de commencer la procédure ainsi que d'y mettre un terme. Même si des tiers peuvent être amenés à jouer un rôle majeur de par le don de leurs gamètes, une fois ce don effectué, ils ne pourront plus jouer aucun rôle dans la procédure. La corporalité est donc complètement ignorée en matière d'AMP.

Ainsi, la négation du rôle effectivement joué par chacun des membres du couple dans le processus d'AMP permet de prendre uniquement en compte leurs volontés et d'exclure celle d'un éventuel donneur (1). Mais elle permet surtout de donner la même force au refus de chacun des membres du couple en conférant une efficacité totale au refus quel que soit celui dont il émane (2).

1 - La non-prise en compte de la volonté du donneur de gamètes

44. Dans le cadre d'une AMP sans intervention de tiers donneurs, quand l'embryon est le fruit des gamètes de l'homme et de la femme qui ont consenti à l'AMP, la question ne se pose pas. En revanche, lorsqu'un don de gamètes a été nécessaire, il est possible de s'interroger

¹G. CORNU, « L'embryon humain », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 8.

² Art. L. 2141-2 CSP

³ Art. L. 2141-3 CSP

⁴ Art. L. 2141-4 CSP

⁵*Ibid.*

sur la part que prendra cette tierce personne à la procédure, son rôle étant non négligeable, puisque sans elle, l'AMP ne pourrait pas avoir lieu. La réponse est claire : elle ne prendra absolument aucune part à la suite des évènements.

Cette solution découle de l'article L. 1244-7 du Code de la santé publique qui pose le principe de l'anonymat¹ du don de gamètes, en son alinéa 1 pour les donneurs de sperme et en son alinéa 2 pour les donneuses d'ovocytes. Il en résulte que le donneur ignore l'identité des receveurs et *vice versa*. Une fois le don effectué, le rôle du donneur prend fin. Il ne peut donc en aucun cas prendre part aux décisions qui seront prises par la suite par le couple de receveurs.

45. Ainsi, en cas d'un don de sperme, il s'opère un double effacement de l'implication corporelle dans la procédure : d'une part, avec l'éviction du donneur de sperme et, d'autre part, avec le traitement égalitaire des deux membres du couple alors même que l'engagement corporel de la femme est nécessairement supérieur, puisqu'en cas de don de sperme seul le corps de la femme qui portera l'enfant est impliqué dans le processus procréatif². Dans cette première hypothèse, le refus de l'homme conduira à la cessation du projet parental, alors même que son corps n'a en rien été impliqué dans le processus d'AMP et que, à l'implication extrêmement importante du corps de la femme dans le processus, s'ajoute le fait qu'elle est le seul membre du couple lié génétiquement à l'enfant³.

46. En cas de don d'ovocytes, le poids de la volonté de l'homme se comprend plus aisément, car il est le seul des deux membres du couple à être génétiquement lié à l'enfant. De plus, sauf à supposer que le refus est intervenu alors que les traitements hormonaux précédant l'implantation avaient déjà débuté, le corps de la femme n'a pas encore été impliqué dans le processus. En revanche, l'exclusion totale de la prise en compte de la volonté de la donneuse d'ovocytes concernant le devenir des embryons peut surprendre davantage que celle du donneur

¹ Cet anonymat pose d'ailleurs question en termes d'accès aux origines dans la mesure où actuellement, en France, rien n'est prévu pour permettre aux enfants nés grâce au don d'un tiers donneur d'avoir accès à la moindre information concernant ce géniteur anonyme alors même que l'identité des donneurs est connue des CECOS et que cette problématique de l'accès aux origines justifie pour certains une éventuelle remise en cause de l'accouchement sous X. Sur cette dernière question cf. *infra* § 152.

² Il faut noter que, dans le cadre de la prochaine réforme de la loi de bioéthique, si l'AMP est effectivement ouverte aux couples de femmes, l'engagement corporel des deux membres du couple pourrait être équivalent si la réforme autorise le prélèvement des ovules de l'une et l'implantation dans l'utérus de l'autre. Le corps des deux femmes serait alors engagé de manière conséquente, chacune devant subir une intervention et un traitement hormonal.

À l'inverse, si seul le corps de l'une est impliqué, le raisonnement est le même que celui applicable au couple hétérosexuel (Projet de loi relatif à la bioéthique, n° 2187, 24 juillet 2019).

³ De même, cela ne serait plus vrai si, dans un couple de femmes, les ovules de l'une sont utilisés et que l'autre porte l'enfant. Celle qui porte l'enfant ne serait alors pas celle qui lui est génétiquement liée. La prise en compte égalitaire de la volonté de chacune serait, dans une telle hypothèse, confortée par leur implication respective dans la conception de l'enfant.

de sperme, puisque les implications pour la femme donneuse sont bien différentes de celles pour l'homme. En effet, la stimulation ovarienne nécessaire au prélèvement des ovocytes et le prélèvement lui-même impliquent des interventions médicales très lourdes pour le corps de la femme, tant par les douleurs qu'elles peuvent occasionner que par les risques qu'elles engendrent¹. En témoigne, d'ailleurs, l'information particulière dont celle-ci doit bénéficier².

47. En dépit de ces implications très inégales, le droit ne distingue aucunement selon que l'AMP a nécessité ou non le recours à une IAD³ : dans tous les cas, la volonté de chacun des membres du couple a le même poids. Si l'un d'eux cesse d'investir l'embryon, le projet parental dans son ensemble cesse et l'embryon devient surnuméraire. La réalité du rôle joué par chacun est totalement éludée. L'idée selon laquelle « *sur le plan des modifications survenues dans l'état d'esprit des individus, il est incontestable que les découvertes scientifiques et techniques ont accentué leur goût du réel et leur volonté du concret* »⁴ semble bien loin, tant les règles de l'AMP sont dissociées du rôle concrètement joué par chacun des membres du couple dans le processus procréatif.

48. Cette solution se justifie toutefois si l'on accepte d'appréhender le fondement de la filiation « *en termes de causalité dans une logique de responsabilité* »⁵. Une thèse récente ayant pour sujet « Le fondement de la filiation. Étude sur la cohérence du Titre VII du Livre premier du Code civil » invite à considérer que le fondement de la filiation serait l'engendrement, et à détacher cette notion de la seule biologie en considérant le rôle des différents intervenants dans la venue au monde de l'enfant en termes de responsabilité. Ainsi, en matière d'AMP, le couple demandeur est responsable de la venue au monde de l'enfant et,

¹ V. par ex. : D. LE BRETON, « Entre libération et aliénation : ambivalences de la biomédecine », in *Corps de la femme et biomédecine*, sous la dir. de B. FEUILLET-LIGER et A. AOUJI-MRAD, Bruylant, 2013, p. 330 : « *La stimulation ovarienne est une démarche pénible avec des effets secondaires sensibles (prise de poids, nausée, douleurs abdominales, diarrhées, grossesse extra-utérine, césarienne, etc.). Elle suscite parfois des accidents graves et prépare le terrain à certaines formes de cancers, à des complications circulatoires, elle peut induire des ménopauses précoces* ».

² Art. L. 1244-7, al. 2, CSP : « *La donneuse d'ovocytes doit être particulièrement informée des conditions de la stimulation ovarienne et du prélèvement ovocytaire, des risques et des contraintes liés à cette technique, lors des entretiens avec l'équipe médicale pluridisciplinaire* ».

³ Cette fiction se retrouve d'ailleurs dès les débuts de la pratique de l'AMP, avant même que la première loi de bioéthique n'en pose clairement les règles. En effet, la lecture des différents manuels de droit s'intéressant à la question met en évidence l'absence totale de prise en compte de ces différentes hypothèses et traite par ailleurs la question uniquement sous l'angle de la filiation. V. : J. CARBONNIER, *Droit civil I. La famille*, coll. Thémis droit, Quadrige / PUF, 1989, p. 360 et s. ; Ph. MALAURIE, *Cours de droit civil. La famille*, coll. Ph. Malaurie, L. Aynès, Cujas 1992-1993, 3^e éd., 1992, p. 251 et s., n° 457 et s.

⁴M.-J. GEBLER, *Le droit français de la filiation et la vérité*, LGDJ, Paris, 1970, p. 6.

⁵V. DESCHAMPS, *Le fondement de la filiation. De la biologie à l'engendrement, étude sur la cohérence du titre VII du Livre premier du Code civil*, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Lextenso, 2019, p. 757, n° 1126.

donc, de son engendrement, en ce que sa procréation résulte de la demande d'AMP effectuée par les membres du couple¹. Faire de l'engendrement le fondement de la filiation permet d'écarter la critique selon laquelle les règles prévues reposeraient sur le « mythe de l'engendrement »² En effet, l'engendrement compris ainsi ne constitue plus un mythe mais bien une réalité, puisque chacun des membres du couple demandeur à l'AMP est responsable de la venue au monde de l'enfant, indépendamment de leurs contributions génétiques respectives. Cela permet de justifier un traitement égalitaire et, d'autre part, d'occulter totalement les donneurs, quelle que soit l'importance de leur implication effective, en ne faisant pas la distinction entre homme et femme.

Que l'on adhère à cette manière d'appréhender l'engendrement et que l'on accepte de le considérer comme le fondement de la filiation ou non, parce qu'elle permet la cessation du projet parental quel que soit celui qui exprime son refus, la consécration de l'égalité entre les membres du couple peut être questionnée. En effet, elle ne permet pas seulement d'ignorer l'implication biologique de chacun, elle a également pour conséquence de gommer les différences de niveau d'implication corporelle dans la procédure d'AMP, puisque le refus de n'importe lequel des membres du couple entraîne la cessation du projet parental dans son ensemble.

2 - Le refus de l'un des membres du couple suffisant pour caractériser la cessation du projet parental

49. La volonté des membres du couple est primordiale en matière d'assistance médicale à la procréation. Or, si cette volonté peut être créatrice, elle peut aussi s'avérer destructrice. Ce sera le cas si les membres du couple décident³, en cours de procédure d'assistance médicale à la procréation, avant toute implantation ou à la suite d'une ou plusieurs naissances, qu'ils ne veulent plus y recourir. Le désinvestissement des embryons non implantés met alors fin au projet parental car, en plus d'être donné, le consentement doit persister. Il 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*

¹ *Ibid.*, pp. 399, n° 605 : « *Que l'assistance soit ou non réalisée grâce aux gamètes d'un tiers donneur, l'engendrement de l'enfant réside dans le consentement de ses parents* ».

² V. D. FENOUILLET, « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté », in *Archives de philosophie du droit. La Famille en mutation*, Dalloz éd., 2014, p. 37.

³ Notons que cette considération sera également valable pour la femme seule recourant à l'AMP si le projet de loi n°2187 relatif à la bioéthique enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juillet 2019 aboutit effectivement à l'ouverture de l'AMP aux femmes seules tel que le prévoit son article 1^{er}.

médicalement assistée ». ¹ C'est également le cas lorsque l'un des membres du couple révoque son consentement par écrit auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'AMP². « *Un défaut de continuité dans l'engagement entraîne des difficultés presque insurmontables dans la réalisation du désir de maternité* »³. Cela montre bien que le désinvestissement des embryons par l'un des membres du couple suffit à exclure la poursuite du processus procréatif. Le projet parental est compris comme le projet d'un couple, ce qui implique que, dans l'hypothèse où le consentement de l'un des membres disparaît, le projet parental prend fin, faisant ainsi des embryons non implantés des embryons surnuméraires.

Cette solution égalitaire peut paraître critiquable dans la mesure où le corps de chacun des membres du couple peut avoir été impliqué de façon très inégale dans le processus d'AMP au moment où le refus de l'un d'eux intervient. Toutefois, la fiction du « couple demandeur » consacrée par le législateur permet de gommer la corporalité (a). Mais, l'ouverture de l'AMP aux femmes seules, qui constitue l'une des propositions du projet de loi relatif à la bioéthique, aurait pour conséquence de rendre intenable le maintien de cette fiction (b).

a) L'inégale implication corporelle rendue invisible par la fiction du « couple demandeur »

50. Tout, dans la législation sur l'AMP, tend à gommer le fait que les deux membres du couple sont rarement impliqués de la même façon dans la procédure, puisqu'ils ne sont jamais distingués et sont traités avec la plus parfaite égalité. Ainsi, n'importe lequel des deux peut interrompre la procédure d'AMP par la simple expression de la cessation de son projet parental. Pourtant, « *le rôle différent que jouent l'homme et la femme dans la procréation et le fait que le sperme ou l'ovule ne réagissent pas de manière identique aux techniques de procréation sont, qu'on le veuille ou non, source d'inégalité* »⁴. En effet, le corps de la femme sera presque systématiquement mis davantage à contribution que celui de l'homme dans la procédure d'AMP. Le corps de l'homme peut même n'avoir jamais été impliqué dans le processus procréatif. La possibilité pour l'homme d'interrompre la procédure d'AMP à tout moment peut donc parfois paraître choquante.

¹ Art. 311-20 al. 3 C. civ.

² *Ibid.*

³ N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, Anthemis, Limal, 9 avril 2013, p. 298.

⁴ C. NEIRINCK, « Le couple et l'assistance médicale à la procréation », *LPA* 13 août 1999, n° 161, p. 3.

51. Certains États retiennent des solutions prenant davantage en compte l'implication différenciée de chacun dans le processus procréatif. À l'inverse de la France, des Pays-Bas, de l'Allemagne, du Danemark, de la Grèce, de la Suisse ou encore du Royaume-Uni, qui retiennent que chacun des membres du couple peut retirer son consentement tant que l'embryon n'a pas été implanté dans l'utérus de la femme¹, certains États prennent en compte l'implication particulière de la femme en matière de procréation médicalement assistée. Ainsi, en Hongrie, la loi autorise la femme à poursuivre les traitements en dépit du divorce ou du décès de son époux. Dans d'autres pays – Autriche, Estonie, Italie – la révocation du consentement est limitée dans le temps : une fois la fécondation intervenue, la femme devient seule décisionnaire². La loi espagnole relative aux procréations médicalement assistées ou la loi anglaise *Human Fertilisation and Embryology Act* permettent même à la femme seule l'accès à l'AMP avec tiers donneur³. Ces solutions sont davantage en adéquation avec le rôle concret joué par chacun des membres du couple, puisqu'elles traitent différemment des personnes placées dans des situations différentes du seul fait de leur sexe. De plus, elles permettent la continuation du projet parental et, donc, l'implantation de l'embryon si la femme maintient son consentement.

52. Mais ce n'est pas le choix qui a été fait par le législateur français, celui-ci ayant basé toutes les règles de l'AMP sur le couple. Cette notion est, en effet, omniprésente en matière d'AMP. Elle ne peut se concevoir sans lui, tout le dispositif français étant tourné vers le couple : vers le couple receveur mais également, en 1994⁴, vers le couple donneur⁵. Bien que la référence au couple donneur soit finalement devenue anecdotique – la loi permettant aujourd'hui le don par des célibataires⁶ – la référence au couple receveur reste, elle, omniprésente dans les textes. Du fait de cette appréhension du couple en tant qu'entité indépendante, toute distinction entre l'implication de l'un ou l'autre des membres du couple est gommée. Ce choix opéré par le

¹ V. R. ANDORNO, « Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée », préc.

² G. MARRAUD DES GROTTES, « Droit d'être mère versus droit de ne pas être père », *RLDC*, 1^{er} mai 2007, n° 38, pp. 50-52.

³ V. C. NEIRINCK, « Le couple et l'assistance médicale à la procréation », préc.

⁴ Loi n°94-654 du 29 juillet 1994.

⁵ Art. L. 673-2 CSP abrogé par l'ordonnance 2000-548 2000-06-15 du 22 juin 2000 : « *Le donneur doit faire partie d'un couple ayant procréé. Le consentement du donneur et celui de l'autre membre du couple sont recueillis par écrit* ».

⁶ Art. L. 1244-2, al. 1, CSP : « *Le donneur doit avoir procréé. Le consentement des donneurs et, s'ils font partie d'un couple, celui de l'autre membre du couple sont recueillis par écrit et peuvent être révoqués à tout moment jusqu'à l'utilisation des gamètes* ».

législateur repose donc sur un double mythe : « *le mythe du couple* »¹ et « *le mythe de l'égalité* »².

Le mythe du couple – compris en tant qu'entité permettant de gommer ses composantes et le rôle joué par chacune d'elles – et le mythe de l'égalité permettent à un homme dont le corps n'a à aucun moment été engagé dans le processus procréatif et qui n'a donc aucun lien biologique avec l'embryon d'entraîner la destruction de ce dernier. La consécration de cette égalité fictive peut sembler bien injuste dans la mesure où, « *dans les groupements restreints (...), la part de l'un (l'homme) diminue forcément celle de l'autre (la femme)* »³. Cette fiction entraîne donc la négation complète du rôle joué par le corps de chacun dans le processus procréatif. De plus, une telle solution favorise la cessation du projet parental en ce que chacun des membres du couple – indépendamment de son implication personnelle dans le processus – peut l'interrompre à tout moment tant que l'implantation de l'embryon n'a pas eu lieu.

53. En réalité, cette égalité fictionnelle s'avère confortable, car elle permet d'ignorer la multitude de situations que peut recouvrir l'AMP et d'empêcher la contestation de sa paternité par l'homme ayant consenti à l'AMP. Elle est également confortable, parce qu'elle évite de s'interroger sur des questions épineuses qui se posent nécessairement si le choix est fait de donner à la volonté de chacun un poids proportionnel à son engagement corporel dans le processus procréatif. Elle est même nécessaire si le législateur veut éviter que ne soient remis en question les fondements même du recours à l'AMP en France, lesquels reposent sur un projet parental émanant d'un couple, afin d'éviter que la technique médicale ne soit mise au service de la naissance d'un enfant dans une famille unilinéaire. Or, il est clair que jusqu'à présent, le législateur a cherché à éviter la prolifération de telles familles. Cette idée est, en effet, confirmée par l'interdiction pour une femme seule de recourir à une AMP⁴ ou encore par l'impossibilité pour la veuve de continuer la procédure d'AMP une fois son époux décédé⁵. Or, cela est incompatible avec le fait de laisser à la femme la possibilité de continuer seule le projet parental dans certaines circonstances.

54. Pourtant, l'absence de protection du projet parental initial par la législation actuelle interroge d'autant plus que l'embryon surnuméraire est presque inexorablement

¹F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ.* 1995, p. 249.

²C. NEIRINCK, « Le couple et l'assistance médicale à la procréation », préc.

³Ph. JESTAZ, « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in *L'avenir du droit - Mélanges en hommage de François Terré*, coll. Études Mélanges, Dalloz, 1999, p. 418.

⁴ Art. L. 2141-2 CSP

⁵ Art. L. 2141-4, II, CSP

condamné à être détruit, ce qui a pu faire écrire à un auteur : « *La destruction plutôt que la famille monoparentale !* »¹. C'est en réalité de l'intérêt de l'embryon – bien qu'il ne soit pas nommé – dont il est question ici. L'intérêt de celui-ci serait donc d'être détruit plutôt que de venir au monde dans une famille unilinéaire². Cela semble pour le moins paradoxal ! Ainsi que le relevait Mme le Professeur Dekeuwer-Défossez, « *le doute sur la pertinence de la justification par l'intérêt de l'enfant s'insinue quand on prend conscience que, sur ce fondement, (...) on met fin à une vie commencée en décongelant les embryons* »³. La recherche de la famille supposée idéale voit ici l'une de ses limites.

55. Mais cette conception de l'AMP semble devoir être rapidement amenée à évoluer, puisque le projet de réforme de la loi de bioéthique prévoit d'ouvrir son accès aux femmes seules. Or, comme démontré précédemment, la fiction de l'égalité découle directement du mythe du couple. Ainsi, si l'accès de l'AMP aux femmes seules venait à être autorisé, ce qui va dans le sens des récents avis rendus par le CCNE⁴ et qui n'a pas été exclu par le rapport rendu par le Conseil d'État en 2018⁵, la fiction de l'égalité s'avérerait de plus en plus difficile à maintenir. Il pourrait, en effet, être malaisé d'admettre l'interruption d'une procédure d'AMP en raison de la révocation du consentement de l'homme si la fécondation de l'ovocyte a été opérée au moyen du don de sperme, alors que la continuation de la procédure lancée en raison de la demande d'une femme seule ne sera soumise qu'à la volonté de cette dernière.

b) La remise en cause prochaine de la fiction du « couple demandeur » par l'ouverture de l'AMP aux femmes seules ?

56. S'il apparaît critiquable qu'une fois l'embryon créé, l'implication du corps de chacun des membres du couple est totalement indifférente pour décider de la cessation du processus procréatif, cette solution deviendrait à notre sens tout simplement intenable en cas

¹A. TERRASSON DE FOUGÈRES, « Le devenir des embryons conçus in vitro après dissolution du couple parental. Note sous Civ. 1re, 9 janvier 1996 », *RDSS* 1996, p. 623.

² Sur cette notion V. par ex. : G. CORNU, « La famille unilinéaire », in *L'art du droit en quête de sagesse*, coll. PUF, 1998, pp. 99-118. Sur la distinction entre les termes de « famille unilinéaire » et de « famille monoparentale » V. M. PIERRE, « Qu'est-ce que la famille ? », in *La famille que je veux, quand je veux ? Évolution du droit de la famille*, sous la dir. de C. NEIRINCK, Érès, 2003, p. 24.

³F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », préc.

⁴ Avis du CCNE n° 126 du 15 juin 2017 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation. ; avis du CCNE n° 129 du 18 septembre 2018, « Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019 ».

⁵CONSEIL D'ETAT, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, juillet 2018, p. 15 ; L. MARION, C. MALVERTI, V. VILLETTE et C. ROUX, « Bioéthique : le Conseil d'Etat livre son diagnostic avant révision », *AJDA* 2019, p. 30. Sur le rapport du Conseil d'Etat et l'avis du CCNE V. J. MORANGE, « La procréation médicalement assistée et la cohérence du droit », *RFDA* 2019, p. 111.

d'ouverture de l'AMP aux femmes seules. Pourtant, bien que le projet de réforme relatif à la bioéthique remette en question le monopole du couple en matière d'accès à l'AMP, en ouvrant l'accès aux femmes seules, il maintient la solution actuellement applicable qui conduit à exclure la possibilité pour la femme de continuer le processus procréatif en tant que femme seule, si elle est la seule des membres du couple à être impliquée biologiquement¹. Le maintien d'une telle solution apparaît extrêmement critiquable car elle conduit à appliquer des solutions différentes à des femmes se trouvant pourtant, en pratique, exactement dans la même situation, selon que la demande d'AMP a initialement été faite par un couple ou par une femme seule. À l'inverse, en cas de cessation du projet parental de l'un des membres du couple, l'ouverture de l'AMP aux femmes seules impose, selon nous, de prendre en compte l'implication biologique de chacun des membres du couple en distinguant trois situations.

57. La première est² celle de l'AMP réalisée au moyen d'un don de sperme. Le corps de l'homme n'a alors joué aucun rôle dans le processus procréatif. Son implication se résume à une « *intentio génératrice purement volontaire et abstraite* »³. Il est même possible que la femme s'engage dans ce lourd parcours – avec les risques qu'il entraîne pour sa santé et sa fertilité – alors même que la stérilité du couple trouve sa source dans la stérilité de son compagnon. Le risque que représente le prélèvement d'ovocytes pour la femme est d'ailleurs souligné de façon indirecte par le législateur à l'article L. 1244-7 alinéa 2 du Code de la santé publique qui met en garde la donneuse d'ovocytes sur « *les risques et les contraintes* » de ces techniques. Son compagnon peut néanmoins interrompre la procédure à tout moment et ainsi empêcher le transfert de l'embryon dans le corps de la femme. À l'inverse, il est possible de penser que l'implication déjà très importante du corps de la femme dans le processus d'AMP, à laquelle s'ajoute l'implication de son seul patrimoine génétique, justifierait que la seule volonté de la femme dont les ovocytes ont été prélevés puisse mettre un terme au processus procréatif. En effet, elle se trouve en pratique dans la même situation que la femme seule ayant recours à l'AMP. Toutefois, dans la mesure où la demande d'AMP a originairement été faite par le couple, il est nécessaire d'envisager les conséquences que la continuation de la procédure aurait pour l'autre membre du couple. Si la femme dont les ovocytes ont été prélevés décide de

¹ Art. 16 du Projet de loi n° 2187 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juillet 2019.

² Rappelons que si l'embryon a été conçu dans le cadre d'une FIV, la femme a subi des stimulations ovariennes ainsi que le prélèvement de ses ovocytes.

³A. SÉRIAUX, « La procréation artificielle sans artifices : illicéité et responsabilités », *D.*, 7 juillet 1988, n° 26, p. 201.

procéder au transfert des embryons en dépit de la rétractation de son conjoint¹, celle-ci devrait être considérée comme recourant à l'AMP en tant que femme seule. Ainsi, l'établissement de la filiation ne pourrait être imposé à l'autre membre du couple. Notons qu'un raisonnement identique pourra être appliqué aux couples de femmes. Seule la volonté de la femme dont les ovocytes ont été prélevés pourrait décider de mettre fin au processus procréatif.

58. La deuxième hypothèse est celle du don d'ovocytes. Le transfert n'ayant pas encore eu lieu, le corps de la femme n'a pas encore été impliqué dans le processus procréatif. Seuls les gamètes de l'homme ont été utilisés. Son corps est alors davantage engagé. Toutefois, le transfert de l'embryon ne peut être imposé à la femme. La conservation de l'embryon ne présenterait donc aucun intérêt puisque l'homme ne peut recourir seul à l'AMP. Comme en l'état actuel du droit, les deux membres du couple pourraient alors mettre fin au processus procréatif. Cette hypothèse semble *a priori* exclure les couples de femmes et les femmes seules, à moins que le législateur, ainsi que le prévoit le projet de loi relatif à la bioéthique², ne revienne sur l'interdiction du double don de gamètes prévue à l'article L. 2141-9 du Code de la santé publique.

59. Enfin, la troisième hypothèse est celle où les gamètes des deux membres du couple sont utilisés. Elle ne peut donc intéresser que le couple demandeur hétérosexuel. C'est l'hypothèse la plus problématique, car l'embryon est alors porteur du patrimoine génétique des deux membres du couple. Ici, encore l'engagement du corps de la femme est supérieur à celui de l'homme, puisque le prélèvement des gamètes est, dans la très grande majorité des cas, effectué de façon manuelle, sans aucune intervention médicale. Toutefois, il semble impossible de faire prévaloir la volonté de la femme sur celle de l'homme.

En effet, dans l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni*³, la quatrième section, puis la Grande Chambre ont estimé que l'interruption du processus procréatif en raison de l'opposition d'un homme au transfert de l'embryon dans le corps de son ex-compagne ne violait pas la Convention européenne des droits de l'homme. Dans cette affaire particulièrement dramatique, une ressortissante britannique atteinte d'un cancer et son ancien conjoint avaient fait

¹ L'article 4 du Projet de loi n° 2187 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juillet 2019 prévoit que le consentement donné dans la déclaration anticipée ne devient irrévocable qu'à compter de l'insémination ou du transfert de l'embryon.

² L'article 1^{er} du projet de loi n° 2187 relatif à la bioéthique enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juillet 2019 prévoit la suppression de l'interdiction du double don de gamètes car il modifie l'article L. 2141-9 du Code civil.

³ CEDH, 4^e sect., *Evans c. Royaume-Uni*, 7 mars 2006, et Grande Chambre, 10 avril 2007, n° 6339/05 ; RTD civ., 2007, p. 295, comm. Marguénaud.

cryoconserver¹ des embryons créés à partir de leurs gamètes, avant que madame ne subisse une ablation des ovaires. Or, après leur séparation, son ex-conjoint s'était opposé au transfert des embryons. Cette dernière souhaitait qu'il soit ordonné à son ancien compagnon de renouveler son consentement, faute de quoi elle perdrait toute chance d'avoir un enfant avec lequel elle serait génétiquement reliée. Elle soutenait que cette situation violait l'article 2 relatif au droit à la vie ainsi que les articles 8 et 14 de la Convention respectivement relatifs au droit à la vie privée et à l'interdiction de la discrimination. Toutefois, la Cour européenne conclut à l'absence de violation de la convention, notamment en raison de l'implication des gamètes de l'homme dans la création des embryons. C'est « *parce que son corps est principalement en cause mais non exclusivement, [que] la femme n'est pas seule à décider* »².

Lorsque l'embryon est porteur du patrimoine génétique de chacun des membres du couple, l'impossibilité de trouver une solution plus satisfaisante doit donc permettre aux deux membres du couple de mettre fin au processus procréatif, en dépit de l'implication inégale du corps de chacun.

60. Une grande partie de ces problématiques serait résolue par la disparition des embryons surnuméraires en dehors des hypothèses de DPI³. La conservation des ovocytes étant désormais possible grâce au procédé de vitrification, développé à la fin des années 1990 et légalisé en France par la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique⁴, il est envisageable que l'embryon ne soit créé que quelques jours avant l'implantation, ce qui permettrait de réduire les chances que l'un des membres du couple ne révoque son consentement entre le moment où l'ovocyte est fécondé et celui où l'embryon est implanté. Si le consentement est révoqué avant la fécondation, chacun pourra, par exemple, décider de faire détruire ses gamètes ou d'en maintenir la conservation jusqu'à un projet ultérieur sans que ne se pose l'épineuse question éthique du devenir des embryons. Il est donc souhaitable que la fécondation *in vitro* ne soit réalisée que quelques jours avant le transfert afin de limiter la conservation des embryons.

¹G. CORNU, « L'embryon humain », *op. cit.*

²V. F. KERNALEGUEN, « Le corps de la femme et la biomédecine en droit français : la fin de la servitude ? », in *Corps de la femme et biomédecine*, sous la dir. de B. FEUILLET-LIGER et A. AOUJI-MRAD, Bruylant, 2013, p. 101 ; D. VIGNEAU, « Mourir avant de naître. Diversité du droit ou contradiction ? », in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 1380.

³ C'est d'ailleurs ce qu'appelait de ses vœux le Professeur Kayserin P. KAYSER, « Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle », préc., p. 192 : « *Il ne doit pas y avoir d'embryons dits surnuméraires car aucune destinée possible de ces embryons n'est compatible avec leur nature* ».

⁴ Art. L. 2141-1, al. 4, CSP. Sur cette réforme V. A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « La révision de la loi relative à la bioéthique », *D.* 2011, p. 2217 ; D. VIGNEAU, « Les dispositions de la loi « bioéthique » du 7 juillet 2011 relatives à l'embryon et au fœtus humain », préc.

61. Actuellement, le désinvestissement de l'un des membres du couple dans le processus procréatif suffit à y mettre fin. De plus, le législateur met à la disposition du couple une procédure de DPI qui, bien qu'elle soit très strictement encadrée, permet à ses membres d'exclure dès l'origine certains embryons de leur projet parental. Le refus parental est donc tout-puissant lorsqu'il s'agit d'embryons *in vitro*. La puissance de ce refus est d'autant plus importante que la cessation du projet parental de l'un des membres du couple se révèle avoir des conséquences destructrices pour l'embryon.

§2 - Un refus aux conséquences destructrices

62. La cessation du projet parental n'exclut pas en elle-même la naissance de l'embryon surnuméraire. En effet, contrairement à l'embryon en gestation¹, dont le refus entraîne nécessairement la cessation de la vie, l'embryon non encore implanté est conservé par congélation. Il se trouve donc dans un état intermédiaire qui permet de choisir ce que la cessation du projet parental aura comme conséquence sur son devenir. L'article L. 2141-4 du Code de la santé publique prévoit qu'il peut être mis fin à leur conservation², qu'ils peuvent être utilisés à des fins médicales en faisant « *l'objet d'une recherche* »³ ou « *dans une préparation de thérapie cellulaire à des fins exclusivement thérapeutiques* »⁴, ou, enfin, qu'ils peuvent être « *accueillis par un autre couple* »⁵.

Il serait possible de penser que le législateur entend privilégier le recueil de l'embryon, puisqu'il s'agit de la seule option lui permettant de voir le jour⁶. Certaines évolutions laissent d'ailleurs penser qu'il entend favoriser l'accueil de l'embryon au sein d'un nouveau projet parental. En effet, en 1994, le délai de conservation des embryons a été reporté à cinq ans⁷ afin de tenter « *d'organiser, dans ce laps de temps, un « sauvetage » de certains embryons en les*

¹ cf. *infra* §§83 et s.

² Art. L. 2141-4, II, troisièmement.

³ Art. L. 2141-4, II, deuxièmement.

⁴ Art. L. 2141-4, II, deuxièmement.

⁵ Art. L. 2141-4, II, premièrement.

⁶ Il est toutefois possible de considérer que l'intérêt de l'embryon n'est pas nécessairement de venir au monde. Dans ce sens V. par ex. M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », *RTD Civ.* 1988, p. 668 : « *il serait absurde de prétendre qu'un enfant a toujours intérêt à être conçu ou à naître, alors que l'on affirme si couramment l'inverse en matière d'avortement dans des circonstances rigoureusement parallèles* ». Il pourrait même être avancé, bien que cette idée, soit pour le moins paradoxale, que les embryons surnuméraires doivent être détruits au nom du respect dû à ces personnes potentielles. Mme le professeur Rubellin-Devichi s'interroge sur ce raisonnement in J. RUBELLIN-DEVICHI, « Les procréations assistées : état des questions », préc., p. 471 et s.

⁷ V. Art. L. 152-3, al. 3, CSP : « *Les deux membres du couple sont consultés chaque année pendant cinq ans sur le point de savoir s'ils maintiennent leur demande parentale* ».

*faisant « accueillir » par un autre couple »¹. Cette possibilité a été maintenue à l'occasion des réformes successives et a même été étendue dans le temps. En effet, si le législateur de 1994 entendait rendre obligatoire la destruction des embryons conservés au-delà du délai de 5 ans à compter de leur congélation², aujourd'hui cette destruction n'est plus automatique, même passé ce délai, en cas d'accord des membres du couple sur la continuation du projet parental³. Cela signifie qu'il n'y a plus de délai maximal de conservation des embryons surnuméraires, ce qui leur laisse *a priori* plus de chances de voir substituer un nouveau projet à celui des demandeurs initiaux à l'AMP en faisant l'objet d'un don à un autre couple.*

Pourtant, l'analyse des règles applicables en la matière met en évidence que l'accueil de l'embryon par un autre couple n'est pas la solution privilégiée par le législateur (A). Il apparaît que ces embryons n'ont en réalité que très peu de chances de réaliser leur potentialité de devenir des enfants⁴, les choix législatifs opérés favorisant, de façon surprenante, la destruction des embryons sans projet parental (B).

A - L'insertion dans un nouveau projet parental : une option non favorisée

63. L'accueil des embryons surnuméraires reste relativement marginal. En 2016, 154 transferts ont été réalisés chez 138 couples receveurs. Ces nombres restent toutefois très inférieurs à celui des embryons conservés et disponibles en théorie pour l'accueil, puisque la même année, 204 couples ont proposé que leurs embryons soient accueillis, ce qui représente potentiellement 2030 embryons conservés⁵.

Cette situation s'explique par le fait que, bien qu'il s'agisse de l'option la plus protectrice de l'embryon, le recueil par un autre couple n'est pas encouragé par le législateur. Cela ressort d'une part des conditions strictes auxquelles cette option est soumise (1) et d'autre part du fait qu'elle n'est réservée qu'à certains embryons (2).

¹F. DREIFUSS-NETTER, « La loi française : des principes au pragmatisme », in *La maîtrise de la vie*, sous la dir. de L. KHAÏAT et C. MARCHAL, Erès, 2012, p. 112.

² V. Art. L. 152-3, al. 2, CSP : « *Compte tenu de l'état des techniques médicales, les deux membres du couple peuvent décider par écrit que sera tentée la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant rendre nécessaire la conservation d'embryons, dans l'intention de réaliser leur demande parentale dans un délai de cinq ans* ».

³ Art. L. 2141-4, III, CSP

⁴ Les dons d'embryons restent assez rares. Ils ne représentent que 0,1 % des naissances issues de l'AMP et en 2010 seuls 99 embryons ont été accueillis par un autre couple et transférés. V. le dossier d'information du site de l'INSERM.

⁵ Agence de la biomédecine, Rapport médical et scientifique, *Activité d'Assistance Médicale à la Procréation 2016*, cité in « Étude d'impact. Projet de loi relatif à la bioéthique », 23 juillet 2019, NOR : SSAX191721L/Bleue-1, p. 83.

1 - Une option soumise à la réunion de conditions strictes

64. L'article L. 2141-4 du Code de la santé publique prévoit que les membres du couple dont les embryons sont conservés sont consultés chaque année sur le point de savoir s'ils conservent leur projet parental à l'égard de ces embryons¹. Si la réponse est négative ou dans le cas où l'un d'eux est décédé, ce même article prévoit pour le couple ou pour le membre survivant la possibilité de consentir au don des embryons non implantés à un autre couple, d'autoriser qu'ils fassent l'objet de recherches ou, enfin, de mettre fin à leur conservation². Les membres du couple disposent donc de trois options pour décider du devenir des embryons pour lesquels ils n'ont plus de projet parental.

La recherche de la protection de l'embryon aurait pu conduire le législateur à favoriser le recueil de l'embryon par un autre couple, puisque cette solution apparaît comme « *la solution du moindre mal* »³ dans la mesure où elle permet de rattacher les embryons « *à la réalisation d'un autre projet procréatif et permet ainsi d'éviter leur destruction* »⁴. Mais ce n'est pas l'un des objectifs poursuivis par l'AMP telle que la conçoit le législateur français.

En effet, le choix du devenir des embryons est laissé aux membres du couple qui doivent tous deux donner leur accord pour que l'accueil de l'embryon par un autre couple soit possible (a). De plus, les conditions de forme permettant le recueil de l'embryon par un autre couple, bien qu'elles aient été assouplies par une récente réforme, restent plus exigeantes que si le couple demandeur choisit l'une des deux autres options (b).

a) L'accord des deux membres du couple

65. Le fait de faire dépendre le devenir des embryons du choix des membres du couple n'était pas une évidence. En effet, une telle solution suppose de trouver un fondement permettant de justifier le pouvoir de la volonté des époux sur les embryons. Deux fondements totalement opposés pourraient éventuellement être invoqués.

¹Jusqu'à l'abrogation de l'article L. 152-3 du CSP en 2000 par l'ordonnance n° 2000-548 2000-06-15, la loi prévoyait un délai de cinq ans pendant lequel les membres du couple étaient consultés sur le maintien de leur demande parentale. Au-delà les embryons devaient être détruits. Ce délai a été supprimé, par conséquent il n'y a plus de limite à la conservation des embryons, du moins en cas d'accord des membres du couple sur la continuation du projet parental. Cf. Art. L2141-4, III, CSP : « *Dans le cas où l'un des deux membres du couple consultés à plusieurs reprises ne répond pas sur le point de savoir s'il maintient ou non son projet parental, il est mis fin à la conservation des embryons si la durée de celle-ci est au moins égale à cinq ans. Il en est de même en cas de désaccord des membres du couple sur le maintien du projet parental ou sur le devenir des embryons* ».

² Art. L. 2141-4, II, CSP

³N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 711.

⁴*Ibid.*

66. En premier lieu, un parallèle pourrait être fait entre l'enfant – relié à ses parents par un lien de filiation ayant pour conséquence de laisser les décisions le concernant à la charge des parents en vertu de leurs prérogatives d'autorité parentale – et l'embryon issu des membres du couple demandeurs à l'AMP¹. Il pourrait, en effet être avancé que l'embryon étant un enfant en puissance, les choix le concernant devraient être laissés aux membres du couple dont il est issu. Toutefois, un tel raisonnement n'est pas juridiquement justifié dans la mesure où, les embryons n'ayant pas la personnalité juridique, rien ne les relie à leurs auteurs². Or, les prérogatives d'autorité parentale découlent du lien de filiation. Le parallèle avec l'embryon n'est donc pas possible. Cela exclut purement et simplement toute notion d'autorité parentale qui permettrait aux membres du couple de prendre une décision concernant le devenir des embryons.

67. Ce premier fondement étant exclu, le choix par le législateur de soumettre le devenir des embryons aux choix des membres du couple suppose de considérer les embryons comme leur appartenant. Il semblerait alors que ce soit le droit de propriété de ces derniers sur leurs embryons qui justifie la possibilité de décider de leur sort. Un tel raisonnement implique de considérer les embryons comme des biens, ce qui peut sembler assez choquant. « *Inscrit dans un projet parental, l'embryon est un enfant mais, dès qu'il devient un surnuméraire dépourvu de projet parental, l'embryon semble être une chose appropriable* »³. C'est pourquoi certains auteurs, avant la première loi de bioéthique, souhaitaient que le devenir des embryons ne faisant plus l'objet d'un projet parental ne dépende pas de la volonté des membres du couple et que, par analogie aux éléments du corps humain tel que le sang prélevé, il ne soit pas possible aux personnes dont ils sont issus d'émettre des prétentions sur leur devenir⁴. Pour ces auteurs le choix du devenir des embryons devrait, par conséquent, revenir à l'équipe scientifique en charge de l'AMP⁵.

¹ Pour une vision critique de cette analogie V. : J. RUBELLIN-DEVICHI, « Les procréations assistées : état des questions », préc., p. 483.

²M. GOBERT, « Les incidences juridiques des progrès des sciences biologique et médicale sur le droit des personnes », in *Actes du colloque. Génétique, procréation et droit*, Actes sud, 1985, pp. 188-189.

³A. FOURNIER PHILIPPOT, *L'être humain au commencement de sa vie*, Paris I, 2012, p. 48.

⁴M. GOBERT, « Les incidences juridiques des progrès des sciences biologique et médicale sur le droit des personnes », *op. cit.*, pp. 188-189 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Congélation d'embryons fécondation *in vitro*, mère de substitution. Point de vue d'un juriste », in *Génétique, procréation et droit. Actes du colloque*, Actes Sud éd., 1985, p. 325 et s.

⁵ Dans ce sens V. par ex. : J. RUBELLIN-DEVICHI, « Les procréations assistées : état des questions », préc., p. 476 : « (...) dans la mesure où le couple confie son sort, ou plutôt le sort de son éventuelle progéniture à une équipe scientifique compétente, il doit lui faire entièrement confiance : c'est à l'équipe de décider ce qu'elle doit faire des embryons surnuméraires ; qu'elle estime nécessaire de prendre l'avis des parents est une excellente règle éthique, qui l'honore, mais ne doit pas lui être imposée ».

Cependant, ainsi que cela a déjà été dit, ce n'est pas le choix qui a été fait par le législateur, puisque le recueil n'est possible que si les membres du couple en font explicitement le choix. De plus, si les deux membres du couple sont encore en vie, ils doivent s'accorder sur cette option pour qu'elle puisse s'appliquer. À défaut d'accord sur le maintien du projet parental ou sur le devenir des embryons, ou encore en cas d'absence de réponse de l'un des membres du couple, « *il est mis fin à la conservation des embryons si la durée de celle-ci est au moins égale à cinq ans* »¹.

68. Bien que cette solution n'aille pas dans le sens de la protection de l'embryon, elle peut se comprendre, compte tenu des conséquences psychologiques que pourrait avoir sur les membres du couple le fait de leur imposer le recueil de l'embryon par un autre couple². À titre d'exemple, il n'est pas difficile d'appréhender la dimension traumatisante que pourrait avoir la naissance d'un enfant qui leur est au moins en partie génétiquement lié dans une autre famille, alors même qu'il est possible que la cessation du projet parental ne soit imputable qu'à la volonté de l'un des membres du couple, au décès de l'un d'entre eux ou encore qu'ils aient été forcés de renoncer à leur projet face à des échecs à répétition. Les forces génétiques de l'un des membres du couple permettraient alors de donner naissance à un enfant dans un autre couple, sans qu'il ait donné son accord, alors que lui-même est privé de la réalisation de ce désir.

69. Ici encore, la fiction de l'égalité, en conduisant à ignorer le rôle joué par chacun des membres du couple dans la création de l'embryon, conduit à des conséquences critiquables et n'œuvre pas dans le sens de la protection de l'embryon. En effet, la nécessité de l'accord des deux membres du couple conduit, lorsque l'embryon a été conçu grâce au recours aux gamètes d'un donneur, à ce que le membre du couple n'ayant aucun lien génétique avec l'embryon puisse s'opposer au don à un autre couple. Ainsi, non content de pouvoir mettre fin au processus procréatif – alors même que le membre du couple génétiquement lié à l'embryon aurait pu vouloir le continuer – son conjoint peut provoquer la destruction d'un embryon à la création duquel il n'a pris aucune part, si ce n'est son consentement initial à la procédure d'AMP.

70. Un équilibre pourrait alors être trouvé en réduisant la place laissée à la volonté des membres du couple tout en permettant une prise en compte accrue de l'implication du corps de chacun dans le processus procréatif. Le choix des membres du couple pourrait se réduire à

¹Art. L. 2141-4, III, CSP

² Dans ce sens V. par ex. : N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, op. cit., p. 714.

deux options : l'accueil par un autre couple ou laisser le devenir des embryons entre les mains de l'équipe scientifique, qui pourrait décider de les utiliser dans le cadre de recherches ou de procéder à leur destruction. En cas de désaccord entre les membres du couple, l'implication du corps de chacun dans le processus procréatif pourrait être prise en compte. Ainsi, dans l'hypothèse d'un don de sperme, la volonté de la femme dont les ovocytes ont été prélevés prévaudrait. À l'inverse, en cas de don d'ovocytes, ce serait la volonté de l'homme. Enfin, en cas d'AMP endogène, la solution actuelle serait maintenue. Autrement dit, en cas de désaccord entre les membres du couple, l'accueil par un autre couple serait exclu et le devenir des embryons laissé au choix de l'équipe scientifique qui pourrait les détruire pour les utiliser à des fins de recherches.

Pour l'heure, bien que le législateur ait supprimé en 2011¹ la référence au caractère exceptionnel du recueil d'embryon aux articles L. 2141-4 et L. 2141-6 du Code de la santé publique, le recueil demeure une solution non favorisée, puisqu'elle ne trouvera à s'appliquer qu'en cas d'accord des deux membres du couple. De plus, même si les membres du couple s'accordent sur le choix du recueil des embryons surnuméraires par un autre couple, le législateur ne facilite pas sa réalisation, puisqu'il exige la réunion de conditions supplémentaires. Ces conditions ont toutefois été assouplies à l'occasion de la loi du 23 mars 2019².

b) L'assouplissement des autres conditions du recueil

71. Quelle que soit l'option choisie, « *le consentement ou la demande est exprimé par écrit et fait l'objet d'une confirmation par écrit après un délai de réflexion de trois mois* »³. Mais, si l'option choisie est le recueil, l'article L. 2141-6 du Code de la santé publique pose une condition supplémentaire : préalablement au recueil par le couple bénéficiaire, le consentement du couple demandeur doit être recueilli par un notaire⁴. Le formalisme attaché au recueil de l'embryon par un autre couple est donc plus important que si le couple demandeur à l'AMP décide de consentir à ce que l'embryon fasse l'objet de recherches ou qu'il soit mis fin à leur conservation. Toutefois, la forme que doit prendre ce consentement a été allégée par une modification de ce texte opérée par la loi du 23 mars 2019. Auparavant, le recueil était subordonné à l'autorisation du juge. Désormais, à l'autorisation judiciaire se substitue un

¹ Loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

² Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

³ Art. L. 2141-4, II, *in fine*, CSP

⁴ Art. L. 2141-6, al. 2, CSP

simple recueil de ce consentement par le notaire. Cette modification peut être saluée, car ce formalisme pouvait apparaître « *inutilement éprouvant* »¹ au couple venant de renoncer à la réalisation de son projet parental.

72. L'assouplissement des conditions du recueil des embryons par un autre couple est allé plus loin, puisqu'avant la loi de 2019, le couple qui recueillait les embryons devait remplir des conditions supplémentaires, non exigées dans le cadre d'un recours « classique »² à l'AMP. Auparavant, le juge devait procéder « *à toutes 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 psychologique* »³. Ainsi, alors que les conditions d'accueil du couple demandeur à l'AMP ne sont pas vérifiées, jusqu'à cette récente réforme celles du couple souhaitant recueillir un embryon déjà conçu l'étaient. Cela n'était pas sans rappeler l'obtention nécessaire d'un agrément préalablement à une demande en adoption tandis qu'aucun contrôle n'est effectué avant la procréation naturelle. Cette similitude était surprenante dans la mesure où, si le contrôle des futures conditions d'existence de l'enfant potentiel ne peut être un préalable à la procréation naturelle en raison d'une impossibilité matérielle pure et simple, dans tous les cas, l'AMP tente de donner un enfant à des couples qui n'y parviendraient pas de façon naturelle. Elle permet donc de créer un embryon qui ne l'aurait pas été sans aide médicale. Or, pour la création d'un tel embryon, le simple fait que le couple soit hétérosexuel, vivant et en âge de procréer suffit⁴. En revanche, lorsqu'il s'agit de permettre à l'embryon surnuméraire, qui à défaut serait détruit, de faire l'objet d'un nouveau projet parental, la recherche du modèle familial supposé idéal allait encore plus loin. Cette différenciation était très critiquable. La suppression de cette condition par la loi du 23 mars 2019 ne peut donc qu'être saluée.

En dépit, d'un net allègement des conditions entourant le recueil d'embryon par la loi du 23 mars 2019, elles restent toutefois plus importantes que celles permettant d'effectuer des recherches sur les embryons surnuméraires ou de procéder à leur destruction. De plus, l'absence de faveur du législateur pour cette option ressort également du fait qu'elle n'est pas possible pour tous les embryons.

¹N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, op. cit., p. 719 et s.

² Art. L. 2141-2 CSP

³ Art. L. 2141-6, al. 2 CSP

⁴ Notons que l'article 1^{er} du projet de loi n°2187 relatif à la bioéthique prévoit la suppression de la référence à « l'âge de procréer » actuellement prévue à l'article L. 2141-2. Le projet de loi prévoit que cet article disposerait dorénavant que « *les conditions d'âge requises pour bénéficier d'une assistance médicale à la procréation sont fixées par décret en Conseil d'Etat pris après avis de l'Agence de la biomédecine* ».

2 - Une option réservée à certains embryons

73. Si, en principe, le couple dispose de trois options possibles quant au devenir de ses embryons surnuméraires, en réalité, celle du recueil par un autre couple n'est pas possible de façon certaine pour tous les embryons. En effet, ce choix est exclu pour les embryons ayant fait l'objet d'un diagnostic préimplantatoire ayant révélé des anomalies (a) et l'incertitude demeure concernant les embryons issus d'une AMP qui ont fait l'objet d'un DPI n'ayant pas révélé d'anomalies (b).

a) L'exclusion des embryons issus d'une AMP avec DPI ayant révélé une anomalie

74. La possibilité ouverte par l'article L. 2141-4 du Code de la santé publique aux membres du couple demandeur à l'AMP de décider entre l'arrêt de la conservation, le don pour la recherche ou le don à un autre couple en vue de l'implantation ne semble pas être applicable pour les embryons pour lesquels le DPI a permis de détecter l'anomalie responsable de la maladie. En effet, le diagnostic préimplantatoire fait l'objet d'un article spécifique qui précise qu'« *en cas de diagnostic sur un embryon de l'anomalie ou des anomalies responsables d'une des maladies mentionnées au deuxième alinéa, les deux membres du couple, s'ils confirment leur intention de ne pas poursuivre leur projet parental en ce qui concerne cet embryon, peuvent consentir à ce que celui-ci fasse l'objet d'une recherche (...)* »¹. Dans la mesure où cet article prend le soin de préciser que les membres du couple pourront consentir à ce que l'embryon sans projet parental fasse l'objet de recherches, il est possible d'en déduire que les options prévues de manière générale pour les embryons nés d'une AMP ne sont pas applicables et que, par conséquent, le recueil par un autre couple est exclu. Cette interprétation paraît logique dans la mesure où, rappelons-le, le recours au DPI s'explique par la volonté d'éviter la naissance d'« *un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic* » dans un contexte dans lequel une telle hypothèse aurait une forte probabilité de se réaliser. Le DPI a donc pour objectif d'identifier les embryons malades, lesquels ne feront pas, *a priori*, l'objet d'un projet parental². Ces embryons surnuméraires étant malades, il semble donc normal d'écarter la possibilité de leur recueil par

¹ Art. L. 2131-4, *in fine*, CSP

² La possibilité du maintien d'un projet parental pour ces embryons malades n'est cependant pas totalement écartée par le législateur, puisque l'art. L. 2131-4 *in fine* CSP dispose que « *les deux membres du couple, s'ils confirment leur intention de ne pas poursuivre leur projet parental en ce qui concerne cet embryon (celui sur lequel est diagnostiquée l'anomalie responsable de la maladie), peuvent consentir à ce que celui-ci fasse l'objet d'une recherche* ».

un autre couple. Ainsi, la mise en place d'un nouveau projet parental est exclue pour les embryons ayant fait l'objet d'un DPI révélant une anomalie.

75. La même solution semble également applicable à l'embryon conçu dans le cadre d'un double DPI si le diagnostic révèle qu'il est lui-même porteur de l'anomalie responsable de la maladie dont est déjà affecté le premier né du couple. En effet, le DPI à visée thérapeutique est également appelé double DPI en raison du double contrôle qu'il opère : il permet de vérifier, d'une part, que l'embryon n'est pas porteur de la maladie dont est atteint le premier enfant et, d'autre part, que l'embryon est HLA compatible avec le premier né. Il recouvre donc l'hypothèse du DPI simple et y adjoint un second contrôle afin que l'embryon soit non seulement indemne de la maladie qui touche le premier enfant, mais également HLA compatible avec ce dernier afin de pouvoir le sauver. La révélation de l'anomalie responsable de la maladie suppose donc une situation identique à celle d'une anomalie détectée dans le cadre d'un DPI classique. Il est par conséquent possible de penser que le dernier alinéa de l'article L. 2131-4 du Code de la santé publique relatif au DPI est également applicable ici et que le don de l'embryon affecté d'une anomalie n'est pas possible. En effet, si l'article suivant vise directement le double DPI pour fixer les conditions restrictives dans lesquelles celui-ci peut être pratiqué, cela ne semble pas exclure pour autant l'application des dispositions de l'article précédent, puisque le double DPI reste un diagnostic ayant en partie pour but de révéler une anomalie désignée dont l'embryon pourrait être porteur.

Si la détermination du sort des embryons porteurs d'une anomalie implique d'interpréter les textes, celui des embryons issus d'une AMP avec DPI n'ayant pas révélé d'anomalie reste encore plus incertain.

b) L'incertitude relative aux embryons issus d'une AMP avec DPI n'ayant pas révélé d'anomalie

76. L'article L. 2131-4 du Code de la santé publique qui précise que les membres du couple peuvent consentir à ce que l'embryon ayant subi un DPI fasse l'objet de recherches vise expressément l'embryon chez lequel a été décelée « *l'anomalie ou les anomalies responsables d'une des maladies mentionnées* ». Il semble par conséquent que la question du devenir des embryons non porteurs d'anomalie ne faisant plus l'objet d'un projet parental soit réglée par les dispositions générales et, plus précisément, par l'article L. 2141-4 du Code de la santé publique. Ainsi, si certains embryons non porteurs d'anomalies sont malgré tout exclus du

projet parental, les trois options peuvent être choisies par le couple demandeur, ce qui inclut la possibilité pour ces embryons de faire l'objet d'un don à un autre couple.

77. La question du devenir des embryons sans projet parental se retrouve avec d'autant plus d'acuité lorsqu'un double DPI est pratiqué que, dans ce cas, le projet parental est *a priori* plus restreint. En effet, dans cette hypothèse, le projet parental vise *a priori* un embryon indemne de l'anomalie à l'origine de la maladie qui affecte le premier enfant, mais également HLA compatible avec ce dernier. Il est alors possible de se demander ce qu'il adviendra des embryons ne faisant plus l'objet d'un projet parental qui, bien que se révélant indemnes de l'anomalie, ne sont pas HLA compatibles avec l'enfant malade. Dans la mesure où rien n'est précisé dans l'article L. 2131-4-1 du Code de la santé publique visant expressément le double DPI, et où le dernier alinéa de l'article L. 2131-4 du même code ne prévoit la possibilité pour les membres du couple de consentir à ce que l'embryon fasse l'objet de recherches qu'« *en cas de diagnostic sur un embryon de l'anomalie ou des anomalies responsables d'une des maladies mentionnées au deuxième alinéa* », les dispositions générales de l'article L. 2141-4 semblent applicables. Il semble, par conséquent, que les embryons exclus du projet parental à l'issue d'un double DPI en raison de leur incompatibilité avec l'enfant malade puissent être accueillis par un autre couple.

Toutefois, dans les faits, l'accueil d'embryons est extrêmement marginal¹ et les règles régissant le devenir des embryons sans projet parental font de l'interruption de la conservation l'issue la plus probable.

B - L'option favorisée : la destruction

78. De nombreuses circonstances peuvent aboutir à la destruction des embryons surnuméraires. Or, si dans certains cas elle semble inévitable ou au moins compréhensible, d'autres hypothèses peuvent surprendre en ce qu'elles mettent particulièrement en évidence le fait que le législateur favorise l'option de la destruction.

¹ L'accueil effectif d'embryons est sans rapport avec le nombre d'embryons conservés et disponibles en théorie pour l'accueil. En effet, en 2014, « *616 couples ont proposé que leurs embryons soient accueillis* », ce qui représente 1807 embryons. Or, seulement 141 transferts ont eu lieu la même année chez 131 couples receveurs et ont conduit à la naissance de 26 enfants. La marginalité de cette pratique s'explique en partie par la complexité de la procédure pour les centres clinico-biologiques d'AMP. V. Le rapport médical et scientifique de l'Agence de la biomédecine 2015. Site : www.agence-biomedecine.fr.

79. La destruction apparaît inévitable pour les embryons ayant fait l'objet de recherches¹, puisque dans un tel cas le recueil par un nouveau couple est – de façon logique – totalement exclu². La recherche n'est donc qu'une étape intermédiaire avant la cessation de la conservation. Ainsi, il ne reste à ces embryons qu'à faire l'objet de davantage de recherches ou, dès lors qu'ils ne peuvent plus être utiles, à être détruits.

80. Le fait que l'embryon puisse être détruit alors même que les membres du couple ont consenti à ce qu'il soit recueilli par un autre couple peut davantage surprendre. En effet, s'il est prévu que l'autorisation judiciaire de donner l'embryon soit délivrée pour une durée de trois ans renouvelable³, il est également précisé que, si les embryons « *n'ont pas été accueillis dans un délai de cinq ans à compter du jour où le consentement a été exprimé* », il est mis fin à leur conservation⁴. Certes, le délai ne commence à courir qu'à compter du moment où les membres du couple ont consenti au don, et non à compter du moment où la conservation a débuté, ce qui laisse la possibilité aux embryons de demeurer non implantés pendant une longue période avant de faire l'objet d'un don. Il n'en demeure pas moins qu'à défaut de diligence dans le traitement du dossier, ou si le consentement du couple n'est pas confirmé au cours des cinq ans qui suivent leur consentement initial⁵, les embryons seront détruits. Cette solution peut se comprendre en ce qu'elle tend à limiter la durée de conservation des embryons *in vitro*, certainement dans un souci de qualité de ces derniers. Toutefois, si telle est effectivement l'intention du législateur, il est surprenant que le délai commence à courir à compter du consentement au don et non à compter de la création de l'embryon. Le délai dans lequel doivent être accueillis les embryons apparaît donc assez arbitraire, puisqu'ils seront détruits à défaut de recueil par un autre couple dans les cinq ans suivant le consentement au don, indépendamment de leur temps de conservation effectif.

81. La faveur du législateur pour l'option de la destruction apparaît avec encore plus d'intensité dans le fait de laisser le devenir de l'embryon au libre choix du couple et de faire de la destruction la solution par défaut en cas de désaccord ou d'absence de réponse. Aucune condition, aucun contrôle, ne viennent limiter cette faculté de choix, ce qui montre que le

¹ Pour une vision critique de la recherche pratiquée sur l'embryon, V. par ex. : P. ÉGÉA, « La « condition fœtale » entre « procréation et embryologie ». Du titre VI de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 », *RDSS* 2005, p. 232.

² Art. L. 2151-5, IV, CSP : « *les embryons sur lesquels une recherche a été conduite ne peuvent être transférés à des fins de gestation* ».

³ Art. L. 2141-6, al. 2, CSP

⁴ Art. L. 2141-4, IV, CSP

⁵ V. Art. L. 2141-4, II, CSP : « *le consentement ou la demande est exprimé par écrit et fait l'objet d'une confirmation par écrit après un délai de réflexion de trois mois* ».

législateur n'a absolument pas cherché à privilégier la solution la plus protectrice de l'embryon en laissant une liberté totale de choix au couple. À ce stade, s'il est évident que le législateur ne cherche pas à encourager la solution la plus protectrice de l'embryon, c'est tout au plus sa neutralité qui est mise en exergue. Mais, en cas de désaccord entre les membres du couple ou d'absence de réponse de l'un d'entre eux, la faveur du législateur pour la destruction ressort avec netteté. En effet, si l'un des deux membres du couple s'abstient de répondre ou s'il existe un désaccord entre eux, il est mis fin à la conservation des embryons si celle-ci a duré au moins cinq ans¹. « *Ces cinq années sont tout à la fois le glas et la protection des embryons : pas avant cinq ans, en revanche une fois ces cinq années passées...* »². Au-delà de cette durée, un désaccord sur le devenir des embryons mènera à leur destruction. Ainsi, si le refus de l'un des membres du couple coïncide avec une conservation des embryons supérieure à cinq ans, il peut mener à la destruction des embryons, alors même que l'autre membre du couple souhaiterait les voir implantés. Là encore, le rôle effectivement joué par chacun dans la procédure d'AMP est indifférent.

La position du législateur vis-à-vis de la nécessité de recueillir le consentement des deux membres du couple est donc particulièrement rigide. Il suffit, pour s'en convaincre, de comparer cette solution avec d'autres hypothèses de désaccord entre les membres du couple parental quand l'accord de chacun d'eux est normalement requis. Le consentement des deux parents est en principe requis pour qu'un enfant mineur puisse contracter mariage. Cependant, l'article 48 du Code civil prévoit qu'« *en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement* ». En revanche, le don des organes d'un mineur décédé n'est possible « *qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur y consente par écrit* »³. Toutefois, dans le cas où il serait impossible de contacter l'un des titulaires de l'autorité parentale, le prélèvement peut néanmoins avoir lieu si l'autre titulaire y consent par écrit⁴. Il ressort du premier exemple précité que pour le mariage du mineur, le législateur, en cas de désaccord des parents, fait prévaloir l'intérêt de l'enfant dans la mesure où le désir de mariage de ce dernier prévaut même s'il n'obtient pas le consentement de ses deux parents. La solution dégagée par le législateur pour le don d'organes du mineur décédé est plus nuancée, puisqu'en cas de refus de l'un des parents, le don est impossible, mais le consentement des deux parents n'est pour autant pas nécessaire, dans la mesure où, s'il s'avère impossible de contacter l'un

¹ Art. L. 2141-4, III, CSP

² A. TERRASSON DE FOUGÈRES, « Le devenir des embryons conçus in vitro après dissolution du couple parental. Note sous Civ. 1re, 9 janvier 1996 », préc.

³ Art. L. 1232-2 al. 1 CSP

⁴ *Ibid.* al. 2

des deux parents, le consentement écrit de l'autre suffit. La solution dégagée par le législateur concernant l'embryon est donc plus stricte encore que celle relative au don d'organes du mineur puisque le refus de l'un des membres du couple de maintenir son projet parental et l'absence de réponse mènent tous deux à la destruction de l'embryon. Le cas du don d'organes est toutefois différent de celui du mariage ou du devenir de l'embryon. En effet, l'enfant étant décédé, il est impossible de se référer à son intérêt. L'intérêt ici en jeu est celui du tiers qui pourrait bénéficier du don. Si, au contraire, il est considéré que l'embryon a un intérêt, celui-ci devrait être d'accéder à la vie et non d'être détruit. La solution privilégiée devrait alors être la plus protectrice de l'embryon, c'est-à-dire son recueil par un autre couple. À l'inverse, s'il est considéré que l'embryon n'est pas une personne, il n'a pas d'intérêt et, par conséquent, pas de vocation à naître. La solution encouragée devrait alors être la plus utile pour la société, c'est-à-dire la recherche. Le fait de trancher en faveur de la destruction peine donc à se justifier, puisque cette solution n'est ni protectrice de l'embryon, ni profitable pour l'avancée de la science.

82. Il semble donc ressortir de cette solution un refus du législateur d'envisager l'embryon comme un enfant à venir, puisqu'il ne cherche pas à privilégier sa naissance. Elle repose uniquement sur le projet parental des membres du couple. La situation de l'embryon *in utero* est différente, puisque si l'embryon *in vitro* peut être refusé à tout moment et par n'importe lequel des membres du couple, il en va tout autrement de l'embryon en gestation qui est davantage protégé : d'une part, parce que seul le refus de la femme qui le porte est pris en compte et, d'autre part, parce que la prise en compte de ce refus est limitée par le droit. Contrairement à l'efficacité du refus de l'embryon *in vitro* qui est absolue, l'efficacité du refus de l'embryon en gestation est donc limitée.

Section 2 - Le refus limité de l'embryon en gestation

83. Si le refus de l'embryon *in vitro* conduit à empêcher sa naissance en ne procédant pas à son transfert dans l'utérus maternel, les conséquences du refus de l'embryon *in utero* diffèrent dans la mesure où celui-ci se confond avec le corps de la femme qui le porte¹. Ainsi, refuser l'embryon *in utero* conduira à en empêcher la naissance en interrompant la gestation. Comme pour l'embryon *in vitro*, la prise en compte du lien affectif se retrouve en filigrane. En

¹ Peu importent les circonstances qui ont conduit à l'implantation de l'embryon dans l'utérus, que la procréation ait eu lieu de façon naturelle ou en ayant recours à l'assistance médicale à la procréation, la façon dont l'embryon *in utero* est traité sera la même. C'est sa localisation dans l'utérus de la femme qui est déterminante.

effet, l'interruption de grossesse, lorsqu'elle est volontaire, n'est autre qu'un refus d'investir affectivement l'embryon porté dont les raisons peuvent être multiples. Bien que les textes relatifs à l'IVG ne reprennent pas ces termes, là encore, le projet parental est déterminant.

Seulement, à la différence de l'embryon *in vitro*, seul l'investissement affectif de la femme et le fait qu'elle ait ou non un projet parental pour l'embryon qu'elle porte, sont pris en considération. Ainsi, la femme qui porte l'enfant détient un véritable monopole sur la possibilité d'interrompre la grossesse. La volonté du géniteur est évincée de cette prise de décision. Le refus de l'embryon *in utero* est donc limité dans la mesure où seul celui émanant de la gestatrice pourra produire effet (§1).

Toutefois, sa faculté de refus n'est pas illimitée (§2). Elle ne peut refuser librement l'enfant qu'au cours des douze premières semaines de sa grossesse. Au-delà de cette période, l'interruption de grossesse n'est possible qu'en raison de motifs médicaux touchant soit à l'embryon, soit à la femme elle-même.

§1 - Le monopole du refus par la gestatrice : la corporalité retrouvée

84. Contrairement à l'embryon *in vitro* dont le transfert, et donc la naissance, peut être écarté par la simple révocation du consentement de l'un quelconque des membres du couple, la grossesse ne peut être interrompue que par la volonté de la femme enceinte et non par celle de l'autre membre du couple ou du géniteur. Par ailleurs, il existe aujourd'hui des contextes de procréation plus complexes qui font entrer en jeu une, voire des tierces personnes. Dans le cas de l'embryon *in vitro* vu précédemment, c'est le tiers donneur venu apporter ses gamètes ; dans le cas de l'embryon *in utero*, c'est la mère porteuse qui peut pallier la stérilité de la mère d'intention. Certes, les conventions de mère porteuse restent interdites en France. Toutefois, le développement du tourisme procréatif impose de s'interroger sur le traitement de ces questions, tant par le législateur français que par les législateurs de pays ayant légalisé cette pratique. Il s'agit de savoir, en cas de volontés contraires des différents protagonistes, laquelle prévaudra. Qu'advient-il quand la volonté de la mère porteuse s'oppose à celle du couple parental d'intention ? Si, pour l'embryon *in vitro*, la volonté du tiers offrant sa participation au projet parental est complètement évincée en raison de la fiction de l'égalité des membres du couple qui permet de nier la corporalité, la situation est tout autre ici. En effet, en dépit de la proposition faite par certains auteurs d'adopter une définition génétique de la maternité¹, la

¹ V. par ex. : M. BANDRAC, « Réflexions sur la maternité », in *Mélanges Raynaud*, Dalloz Sirey, 1985, p. 271.

femme portant l'enfant est la seule dont la volonté est prise en compte dans le cadre de l'interruption de grossesse, y compris lorsqu'elle n'est ni celle qui lui est génétiquement reliée, ni celle qui l'a désiré. Lorsque l'embryon se trouve en gestation, la corporalité réapparaît donc avec force en raison de l'impossibilité de nier le rôle prépondérant joué par le corps de la femme dans la gestation.

Ainsi, le monopole détenu par la femme enceinte en matière de refus de l'enfant qu'elle porte se révèle par la non-prise en compte tant de la volonté du géniteur (A) que des parents d'intention si la grossesse s'inscrit dans le cadre d'une convention de GPA (B).

A - La non-prise en compte de la volonté du géniteur

85. Face à l'échec de la répression de l'avortement¹ et à ses conséquences sur la santé des femmes, le droit a évolué dans le sens de sa libéralisation, allant ainsi vers la consécration d'un droit des femmes de disposer de leur corps².

86. Dans la mesure où les textes prévoient initialement que l'interruption volontaire de grossesse ne pouvait être pratiquée que si la femme enceinte se trouvait en état de détresse³, il aurait pu être considéré que le conjoint de celle-ci pouvait jouer un rôle important dans la décision du médecin de pratiquer ou non l'IVG. En effet, la présence d'un conjoint aidant et prêt à assumer la charge de l'enfant aurait pu conduire à apprécier la condition de détresse de façon beaucoup plus stricte. Pourtant, la jurisprudence a très rapidement fait prévaloir la volonté de la femme sur toute autre. En effet, le Conseil d'État a jugé, dans son arrêt Lahache, que la participation des deux membres du couple à la consultation préliminaire à l'interruption de grossesse était facultative, l'opportunité de l'IVG étant laissée à l'appréciation de la femme⁴. Cette solution marquait la volonté de la jurisprudence de reconnaître à la femme le droit d'apprécier elle-même l'état de détresse qui justifiait alors

¹ Sur l'échec de la répression de l'IVG V. L. MONGE, *La liberté de procréer, pouvoir de la femme*, Lille III, 2000, p. 546 et s.

² Sur l'évolution de la législation relative à l'avortement en France depuis 1920, V. par ex. : A. GUESMI, *La protection pénale de l'enfant avant sa naissance*, L'Hermès, 2003, p. 113 et s.

³ Ancien art. L. 2212-1 CSP

⁴ CE Ass., 31 octobre 1980, req. n° 13028 : « *Le mari séparé de fait, n'est pas fondé à soutenir qu'en accédant à la demande de l'épouse l'établissement hospitalier qui a pratiqué l'interruption de grossesse avait commis une faute de nature à engager sa responsabilité dès lors que, à supposer que le requérant ait pu être disposé à venir en aide à sa femme au cas où elle aurait eu son enfant, et bien qu'il n'ait pas été invité à participer à la consultation et à ses suites, ces circonstances ne faisaient pas légalement obstacle à la décision de procéder à l'interruption volontaire de grossesse* » ; JCP G, 1982, I, p. 403, comm. Dekeuwer-Défossez.

l'IVG¹. Par cette interprétation de la loi favorable à la femme, la jurisprudence a réduit de façon radicale les droits du père², puisque, même si celui-ci était prêt à prendre en charge l'enfant et à l'élever, la femme appréciant elle-même si elle se trouvait dans une situation de détresse ou non, cela ne faisait pas obstacle à l'IVG. La condition de détresse, depuis l'arrêt Lahache, n'était donc plus appréciée de façon objective – par exemple, l'incapacité matérielle pour la mère de prendre en charge l'enfant à naître en cas d'absence de père – mais de façon subjective : la femme évaluait elle-même si elle se trouvait dans une situation de détresse du fait de sa grossesse ou non. Cela revenait à ne rendre que purement symbolique la condition de détresse, puisqu'aucun contrôle n'était effectué du fait de l'impossibilité de vérifier la véracité d'un sentiment.

87. Cette solution, d'abord introduite par la jurisprudence, a finalement été entérinée par la loi du 4 août 2014³ qui a supprimé la condition de détresse jusque-là prévue par l'article L. 2212-1 du Code de la santé publique. Ainsi, le Code de la santé publique dispose aujourd'hui très sobrement que « *la femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut demander à un médecin ou à une sage-femme l'interruption de sa grossesse* »⁴.

À aucun moment il ne prévoit la possibilité pour une autre personne de faire cette demande, ni de s'y opposer. Le conjoint n'est absolument pas évoqué. Il apparaît tout au plus de manière indirecte, une seule fois, à travers la notion de couple. En effet, l'article L. 2212-4 du Code de la santé publique, relatif à la « *consultation avec une personne ayant satisfait à une formation qualifiante en conseil conjugal ou toute autre personne qualifiée dans un établissement d'information, de consultation ou de conseil familial, un centre de planification ou d'éducation familiale, un service social ou un autre organisme agréé* »⁵ qui doit systématiquement être proposée avant et après une IVG, dispose que « *chaque fois que cela est possible, le couple participe à la consultation et à la décision à prendre* »⁶. Ainsi, le conjoint⁷ n'est évoqué que pour préciser que lorsque cela est possible – ce qui ne constitue donc en rien une obligation – il devra prendre part à une consultation qui n'est elle-même obligatoire que

¹ Sur la notion de détresse V. par ex. : S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, Les Études hospitalières, Bordeaux, 1999, p. 392-396.

² V. D. VIGNEAU, « Observations sur le nouveau droit pénal de l'"avortement" », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'université de sciences sociales de Toulouse, 1996, pp. 755-778.

³ *Loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*.

⁴ Art. L. 2212-1, al. 1, CSP

⁵ Art. L. 2212-4, al. 1, CSP

⁶ Art. L. 2212-4, *in fine*, CSP

⁷ Le terme « conjoint » est ici entendu de façon élargie comme l'autre membre du couple, qu'il s'agisse ou non d'un couple marié.

pour la femme enceinte mineure¹, ainsi qu'à la décision. Il est donc clair que cette prévision n'est qu'une simple invitation, un souhait que le législateur a mis par écrit afin de montrer aux justiciables les circonstances qu'il juge les plus souhaitables, mais sans pour autant leur donner aucune force coercitive. S'il peut apparaître souhaitable que le conjoint prenne part à la décision, il ne peut ni contraindre la femme enceinte à avorter, ni la forcer à garder un enfant dont elle ne voudrait pas.

88. Cette solution s'applique à toute interruption de grossesse, qu'elle soit volontaire ou médicale. En effet, en matière d'interruption médicale de grossesse, le Code de la santé publique ne fait à aucun moment référence au conjoint de la femme enceinte concernant la prise de cette décision². De même que pour l'IVG, en matière d'interruption médicale de grossesse, le conjoint n'est évoqué dans le Code de la santé publique que de façon indirecte, à travers la notion de couple, elle-même évoquée une seule fois dans les textes régissant l'interruption médicale de grossesse. En effet, l'article L. 2213-1 du Code de la santé publique, en son dernier alinéa, précise que quel que soit le motif pour lequel est envisagée l'IMG « *préalablement à la réunion de l'équipe pluridisciplinaire compétente, la femme concernée ou le couple peut, à sa demande, être entendu par tout ou partie des membres de ladite équipe* ». Le couple n'est donc évoqué que pour lui permettre d'être entendu par l'équipe pluridisciplinaire chargée de prendre la décision d'autoriser ou non l'IMG. Cela appelle deux remarques : d'une part, il ne s'agit que d'une simple consultation qui ne lie en rien l'équipe pluridisciplinaire et, d'autre part, cette consultation n'est qu'une simple possibilité qui suppose une demande du couple. Le rôle du conjoint dans la décision d'IMG est donc très accessoire et peut même être qualifié de symbolique.

89. Pourtant, cette décision n'engage pas que la femme enceinte, puisqu'elle s'impose au père de l'enfant à naître ainsi qu'à l'embryon. Ainsi, « *ce qui apparaissait comme un droit exclusivement féminin et une étape décisive vers l'égalité des sexes fut, en réalité, le début d'une nouvelle ère qui dépasse, et de loin, le seul fait féminin* »³. Dans une société comme la nôtre, où l'égalité entre homme et femme est sans cesse prônée, des critiques s'élèvent parfois contre cette possibilité offerte à la femme portant un enfant de mettre un terme à sa grossesse. Il peut, en effet, être invoqué qu'avec la capacité que nous avons aujourd'hui de contrôler les naissances, cette atteinte au droit des pères et à l'intérêt de l'embryon est disproportionnée.

¹ Art. L. 2212-4, al. 2, CSP

² V. Art. L. 2213-1 CSP

³E. BADINTER, *L'un est l'autre*, Odile Jacob éd., 1986, p. 229.

« Afin de sauvegarder la liberté de la femme, on porte atteinte au père »¹. Dans une perspective égalitaire cela peut sembler choquant.

Cependant, c'est le corps de la femme qui est ici en jeu. Il est alors illusoire de rechercher une égalité entre deux personnes qui ne sont pas placées dans la même situation, puisqu'une seule des deux porte cet enfant dans sa chair. Ainsi, cette exclusion de tout autre intérêt que celui de la femme qui porte l'enfant se justifie par la prise en compte du rôle majeur joué par le corps de celle-ci au cours de la gestation. Pendant toute la phase de gestation, l'embryon est indissociable du corps de la femme qui le porte. Donner force à la volonté du conjoint de recourir ou non à l'interruption de grossesse reviendrait alors à lui octroyer des droits sur le corps de la femme. C'est la raison pour laquelle, alors que dans le cadre d'une AMP, tant que l'embryon n'est pas implanté, la fiction de l'égalité des membres du couple permet de nier l'implication réelle du corps de chacun dans le processus procréatif², une fois l'embryon en gestation, cette négation devient impossible. Le rôle prépondérant du corps de la femme est incontestable et ne peut se voir nié en raison d'une fiction égalitaire. C'est alors le respect du corps de la femme, de son intégrité physique, qui l'emporte sur toute autre considération. Le respect de tous les intérêts en présence de façon concomitante est impossible. « La reconnaissance de l'un comporte l'exclusion des autres et un équilibre entre eux semble difficilement envisageable »³. C'est ce qui explique que la volonté du conjoint soit totalement écartée de la décision d'interruption de grossesse, qu'elle soit volontaire ou médicale. Pour reprendre les termes de Mme le Professeur Jacqueline Rubellin-Devichi, « accepter ou refuser la conception, la gestation, l'accouchement, sont des prérogatives essentiellement féminines, et l'égalité revendiquée en la matière au nom du géniteur n'a pas lieu d'être »⁴.

90. À l'époque où la femme qui portait l'enfant était nécessairement celle qui assurait le rôle maternel – en dehors des cas de remise à l'adoption – l'affirmation selon laquelle le choix de refuser ou non un enfant en gestation en mettant un terme à la grossesse revient à la mère aurait suffi. Mais aujourd'hui, la femme qui porte l'enfant n'est pas forcément celle qui joue le rôle maternel par la suite, ni même celle à l'origine de sa conception. Il s'agit donc de savoir, dans le cadre d'une gestation pour le compte d'autrui, à qui reviendra la décision d'interrompre ou non la grossesse. Il apparaît que, contrairement au cas de l'embryon *in vitro*

¹Ph. MALAURIE, « Le respect de la vie en droit civil », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'université de sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 438.

² Cf. *supra* §§43 ets.

³L. MONGE, *La liberté de procréer, pouvoir de la femme*, op. cit., p. 537.

⁴J. RUBELLIN-DEVICHI, « Droit de la famille - Secret de l'accouchement et revendications », *JCP G*, janvier 1999, n° 1, I, 101, p. 101.

pour lequel la négation de la corporalité permet d'ignorer totalement le rôle joué par un éventuel donneur de gamètes, pour l'embryon implanté dans l'utérus, l'impossibilité de nier la corporalité conduit à faire prévaloir le critère de la gestation et à exclure la volonté des parents d'intention.

B - La non-prise en compte de la volonté des parents d'intention dans le cadre d'une GPA

91. Au vu des évolutions importantes qu'a connues l'appréhension de la GPA par le droit français au cours des dernières années, il apparaît nécessaire, dans la perspective d'une éventuelle légalisation de cette pratique, d'envisager le traitement par le législateur français du refus de l'enfant né d'une GPA¹.

En effet, bien que la GPA demeure illégale en France² et que cette interdiction soit d'ordre public³, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'attitude du législateur et de la jurisprudence vis-à-vis des GPA réalisées à l'étranger a énormément évolué. Jusqu'à récemment, la jurisprudence refusait systématiquement de transcrire les actes de naissance étrangers sur les registres de l'état civil français dès lors qu'était suspectée une gestation pour autrui, soit en se fondant sur l'exception d'ordre public ou sur la fraude à la loi⁴. Une circulaire ministérielle, dite circulaire Taubira, est tout d'abord venue assouplir les conséquences de cette solution afin de favoriser la délivrance de certificats de nationalité française aux enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger⁵. Ce premier assouplissement,

¹En dépit de cette interdiction légale de principe, la réalité de l'application du droit de la bioéthique est plus complexe : V. B. LEGROS, « Bioéthique et procréation. De la dichotomie entre la norme et son application aux dysfonctionnements dans l'application de la norme », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau. Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, coll. Mélanges, LEH, 2015, pp. 151-169.

²Après une période d'incertitude due à une absence de réglementation, la Cour de cassation a condamné la pratique de la gestation pour le compte d'autrui sur le fondement de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, Bull. 1991, A.P., n° 4, p.5 ; *RTD Civ.* 1992, p. 489, comm. Gobert). Cette interdiction a, par la suite, été rendue explicite par une loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain (Art. 16-7 C. civ.).

³Art. 16-9 C. civ.

⁴*Civ. 1^{re}*, 17 décembre 2008, n° 07-20.468, Bull. 2008, I, n° 289 ; *JCP G* 2009. I. 102, n° 10, obs. Rubellin-Devichi ; *Dr. Fam.* 2009, n° 2, p. 27, note Murat ; *Civ. 1^{re}*, 6 avril 2011, n° 09-17.130, 09-66.486 et 10-19.053, Bull. 2011, I, n° 70, 71 et 72 ; *D.* 2011. Pan. 1995, obs. Bonfils et Gouttenoire ; *Dr. Fam.* 2011, étude 14, obs. Neirinck ; *D.* 2011, 1522, note Berthiau et Brunet ; *RLDC* 2011/83, n° 4275, obs. Mirkovic ; *Cass. 1^{re} civ.*, 13 sept. 2013 n° 12-30.138, Bull. 2013, I, n° 176 ; *D.* 2013. Chron. 2349, obs. Fulchiron et Bidaud-Garon ; *D.* 2013. 2384, note Fabre-Magnan ; *JCPG* 2014. Doctr. 43, n° 4, obs. Gouttenoire ; *RTD civ.* 2013, 816, obs. Hauser ; *Dr. Fam.* 2013, comm. 151, comm. Neirinck ; *JCP G* 2014, doct. 43 ; *Cass. 1^{re} civ.*, 19 mars 2014, n° 13-50.005, Bull. 2014, I, n° 45 ; *RJPF* 2014-5/8, obs. Corpart ; *Civ. 1^{re}*, 13 sept. 2013, n° 12-30.138 et 12-18.315, Bull. 2013, I, n° 176 ; *D.* 2014. 905, note Fulchiron et Bidaud-Garon ; *AJfam.* 2014, 244, obs. Chénéde.

⁵Cir. min. 25 janv. 2013, n°2013-01.

bien qu'il ait pu être vivement critiqué¹ par les détracteurs de la gestation pour autrui, ne réglait pas la question de la reconnaissance, en France, de la filiation de ces enfants. Mais, le 26 juin 2014, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France, car elle a estimé que «*le refus de reconnaître en France le lien de filiation établi en méconnaissance de la prohibition des conventions de gestation pour autrui portait atteinte, au sens de l'article 8 de la Convention, au respect de la vie privée des enfants issus des conventions ainsi conclues par des ressortissants français* »². Toutefois, elle précise que cette décision s'inscrit dans un contexte particulier dans la mesure où, «*en l'espèce, l'un des parents d'intention est également le géniteur de l'enfant* »³. Ainsi, seule l'impossibilité en France d'établir la filiation de l'homme à la fois père biologique et père d'intention est sanctionnée. La Cour de cassation, dans deux décisions du 3 juillet 2015⁴, a donc autorisé la transcription des actes de naissance dressés à l'étranger «*sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent (...) que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* »⁵. Dans un premier temps, demeurait une incertitude : le refus de transcription devait-il porter uniquement sur la désignation de la mère d'intention comme étant la mère de l'enfant ou sur la totalité de l'acte de naissance étranger, excluant ainsi la désignation du père biologique et d'intention comme père de l'enfant⁶ ? Désormais, la jurisprudence retient la transcription partielle⁷. Toutefois, cela n'exclut pas l'établissement de la filiation entre la mère d'intention et l'enfant né d'une GPA à l'étranger puisque celle-ci peut, par la suite, procéder à l'adoption de l'enfant de son conjoint⁸. Depuis un

¹ V. N. MATHEY, « Circulaire Taubira - Entre illusions et contradictions », *JCP G*, 11 février 2013, n° 7, p. 162 ; J.-R. BINET, « Circulaire Taubira - Ne pas se plaindre des conséquences dont on chérit les causes », *JCP G*, 11 février 2013, n° 7, p. 161.

² CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, n° C-65192/11 et *Labassée c/ France* ; *Dr. Fam.* 2015, n°11, étude Corpart.

³ *Ibid.*, §79.

⁴ Cass., Ass. plén., 3 juillet 2015, n°14-21.323 et 15-50.002, Publiés au Bull. ; *D.* 2015 p. 1773, comm. Sindres ; *RTD civ.* 2015, p. 581, note Hauser.

⁵ Art. 47 C. civ.

⁶ Pour des décisions excluant la transcription de l'acte de naissance dans son intégralité V. *CA Rennes*, 28 sept. 2015, n° 14/07321 et 14/05537 ; *Dr. Fam.* 2015, n° 1, p. 30, comm. Binet ; *Gaz. Pal.*, 5 janvier 2016, n° 1, comm. Dimitrov. Pour une décision retenant une transcription partielle de l'acte de naissance V. *CA Rennes*, 7 mars 2016, n° 15/03855 ; *Dr. Fam.* 2016, n° 5, étude 17, note Fulchiron.

⁷ Civ. 1^{re}, 5 juillet 2017, n° 15-28.597, 16-16.901, 11-16.495 et 16-20.052, Publiés au Bull. : *Juris Data* n° 2017-013091 ; *JCP G*, 25 septembre 2017, n° 39, p. 1691, comm. Gouttenoire ; *Dr. Fam.* 2017, étude 13, note Binet ; *Dr. Fam.* 2017, étude 14, avis Ingall-Montagnier ; *D.* 2017, p. 1737, note Fulchiron ; *AJ fam.* 2017, p. 375, note Chénéde ; Civ. 1^{re}, 29 novembre 2017, n° 16-50.061, Publié au Bull. : *JurisData* n° 2017-024282 ; *Dr Fam.* 2018, étude 2, note Fulchiron ; *JCP G*, 18 décembre 2017, 2306, comm. Gouttenoire.

⁸ Civ. 1^{re}, 5 juillet 2017, n° 15-28.597, 16-16.901, 11-16.495 et 16-20.052, *op. cit.*

avis consultatif du 10 avril 2019¹, la Cour européenne des droits de l'homme exige désormais des juges internes qu'ils reconnaissent, à certaines conditions², ce lien de filiation de manière effective et avec célérité. Cela ne devrait pas remettre en question le droit français, puisque la Cour laisse entendre dans cet avis que l'adoption française remplit lesdites conditions.

92. Si, pour l'heure, la possibilité pour le parent biologique d'établir sa filiation ne concerne que l'enfant né d'une GPA conclue à l'étranger³, il est possible de penser que si cette inégalité était soulevée devant la Cour européenne des droits de l'homme, la France pourrait être amenée, à plus ou moins long terme, à modifier sa position. L'étude des législations adoptées dans des pays où la GPA est pratiquée apparaît alors intéressante dans une visée prospective. C'est d'ailleurs la démarche qu'a adoptée le Sénat en 2008 dans son rapport en faveur de la légalisation de la GPA⁴. Si cet avis n'a pas été suivi d'effet, il est à noter que, dans ses conclusions, le groupe de travail sur la maternité pour autrui préconisait que seule la gestatrice puisse prendre « *les décisions afférentes au déroulement de la grossesse, notamment demander son interruption* »⁵.

C'est également la solution qui semble être retenue dans la plupart de nos pays voisins dans lesquels la GPA n'est pas interdite, comme l'explique également ce rapport. Par exemple, au Royaume-Uni⁶, la gestatrice est la mère légale, et ce n'est qu'après l'accouchement et avec son accord que la filiation peut être modifiée, le contrat de gestation pour autrui n'étant pas exécutoire⁷. Aux Pays-Bas, où la pratique est tolérée, pour les GPA réalisées à l'aide d'une fécondation *in vitro*, les parents d'intention et la gestatrice doivent rédiger une convention

¹ CEDH, avis consultatif, 10 avril 2019, n° P16-2018-001 : JurisData n° 2019-005685 ; *RJPF*, n° 5, mai 2019, p. 30, comm. Le Boursicot ; *D.* 2019, p. 1084, comm. Fulchiron ; *JCP G*, mai 2019, p. 975, comm. Gouttenoire et Sudre.

² Cette obligation pèse sur les juges internes lorsque quatre conditions sont réunies : le père d'intention doit être le père biologique de l'enfant (§36) ; l'enfant ne doit pas avoir été conçu avec les gamètes de la mère porteuse (§28 et 29) ; la mère d'intention doit être désignée dans l'acte de naissance comme « mère légale » ; le lien de filiation entre le père d'intention et l'enfant doit avoir été reconnu en droit interne (§32).

³ CA Rouen, 31 mai 2018, n° 17/02084 : JurisData n° 2018-011018 ; *JCP G*, n° 41, 8 octobre 2018, p. 1802, note Binet.

⁴ M. ANDRÉ, A. MILON et H. DE RICHEMONT, *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui*, rapport GPA, Sénat, 25 juin 2008

⁵ *Ibid.* p. 6.

⁶ Pour une étude plus poussée de la situation en Angleterre : V. par ex. J. FLAUSS-DIEM, « Maternité de substitution et transfert de parenté en Angleterre », *RIDC* décembre 1996, n° 4, 48, pp. 855-864 ; A. MADANAMOOHOO, « La gestation pour autrui : étude comparative des législations anglaises et françaises », in *Personnes et Familles. Hommage à Jacqueline Pousson-Petit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016, pp. 119-137.

⁷ V.M. ANDRÉ, A. MILON et H. DE RICHEMONT, *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui*, préc., p. 29.

réglant toutes les difficultés qu'ils seraient susceptibles de rencontrer au cours de la grossesse ou par la suite. Néanmoins, cette convention n'ayant aucune valeur juridique, il semble difficile de voir comment la gestatrice pourrait, par exemple, être forcée de remettre l'enfant aux parents d'intention après l'accouchement dans la mesure où la filiation doit être établie par adoption¹. Seule la Grèce présente une solution très protectrice des droits des parents d'intention².

Dans un contexte où la mère porteuse peut décider de garder l'enfant à l'issue de l'accouchement en dépit d'une convention ou d'un contrat, il est difficilement imaginable qu'elle puisse être forcée à garder l'enfant qu'elle porterait si elle souhaitait mettre un terme à sa grossesse ou qu'elle puisse être forcée à l'interrompre dans le cas où elle s'y opposerait. Cela semble également peu probable, même dans le cas où le contrat de GPA est exécutoire. Une affaire ayant fait parler d'elle aux États-Unis en 2013 vient illustrer ce propos³. Une jeune femme avait accepté de porter l'enfant d'un couple du Connecticut. Le fœtus se révélant souffrir d'un certain nombre de pathologies et malformations, le couple bénéficiaire de la GPA souhaitait que la jeune femme mette un terme à sa grossesse en vertu du contrat qui prévoyait l'avortement « en cas d'anomalie grave ». La gestatrice s'y refusant, elle a été menacée de procès. Elle est alors partie pour le Michigan où, la GPA n'étant pas reconnue, elle était assurée d'être considérée comme la mère légale de l'enfant. Elle n'a finalement pas avorté et l'enfant a fait l'objet d'une adoption. Cette affaire illustre parfaitement les difficultés qui peuvent être rencontrées en cours de grossesse dans le cadre d'une GPA et la difficulté qu'il y aurait à forcer une mère porteuse qui ne le voudrait pas à avorter, quand bien même le contrat serait exécutoire. Ce type de situation explique également le regard extrêmement critique que portent de nombreux auteurs⁴ sur la gestation pour autrui, dans la mesure où, si un contrat prévoit l'avortement dans certains cas et que la femme s'y oppose, elle peut être privée de tout ou partie

¹ V. *Ibid.* p. 27.

² *Ibid.* p. 28 : « la femme bénéficiaire de l'autorisation judiciaire est réputée être la mère légale de l'enfant » et « toute action en contestation de ce lien de filiation est irrecevable, sauf si elle est exercée dans les six mois de la naissance par la mère présumée ou par la gestatrice et s'il est prouvé que l'enfant a été conçu avec un ovocyte de la mère porteuse en violation de la loi ». La filiation ne peut donc être établie à l'égard de la mère porteuse que dans le cas où l'enfant lui est génétiquement relié en plus d'avoir été porté par elle.

³ URL : <http://www.lefigaro.fr/international/2013/03/18/01003-20130318ARTFIG00601-aux-etats-unis-une-mere-porteuse-a-refuse-d-avorter.php>

⁴ V. S. AGACINSKI, *Corps en miettes*, coll. Café Voltaire, Flammarion, 2013 ; M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui. Fictions et réalités*, Fayard, 2013. Sur l'opportunité de maintenir l'interdiction de la GPA en France au nom de la dignité de la femme V. A. MARAIS, « Famille, santé : évolutions et perspectives. Et au-delà de l'IAD pour toutes : la maternité pour autrui ? », *JDSAM* 1^{er} juillet 2013, n° 2, pp. 20-24 ; A. MARAIS, « La procréation pour tous ? », *Revue de droit d'Assas* février 2014, n° 9, p. 91.

de ses indemnités, ou les bénéficiaires de la GPA pourraient la mettre en demeure de procéder à l'avortement, ce qui pourrait l'amener à payer des pénalités¹.

93. La femme qui porte l'enfant est donc la seule personne à pouvoir décider de mettre un terme à sa grossesse, empêchant ainsi la naissance de l'enfant. Elle dispose, par conséquent, du monopole du refus de la naissance de l'embryon. En effet, la volonté de son conjoint ou de l'homme ayant contribué à la procréation de l'enfant ou encore des parents d'intention – si la gestatrice porte l'enfant dans le cadre d'une convention de gestation pour autrui – ne peut conduire ni à l'interruption de la grossesse, ni à forcer la gestatrice à la mener à terme. Pour autant, cela ne doit pas conduire à penser que la faculté de refus dont dispose la gestatrice est illimitée, le droit encadrant la possibilité de la femme qui porte l'enfant d'empêcher la naissance en mettant un terme à sa grossesse.

§2 - Le refus encadré de la gestatrice

94. Pendant les douze premières semaines de gestation, la femme peut procéder à une interruption volontaire de grossesse sans qu'aucune condition ne soit requise. Toutefois, une fois écoulées ces douze semaines, cette liberté totale cesse. L'interruption de grossesse ne devient alors plus possible que pour des raisons médicales touchant à la femme ou au fœtus.

Ainsi, l'efficacité totale du refus de la gestatrice est limitée dans le temps (A), puisqu'au-delà de douze semaines, le législateur encadre la possibilité de recourir à l'interruption de grossesse en la réservant à des raisons médicales (B).

A - L'efficacité totale du refus de la gestatrice limitée dans le temps

95. Initialement, l'interruption volontaire de grossesse ne pouvait « *être pratiquée qu'avant la fin de la dixième semaine de grossesse* »². En 2001³, ce délai a été repoussé à douze semaines⁴. Ainsi, pendant les douze premières semaines de grossesse, la femme qui porte l'enfant peut « *demander à un médecin ou à une sage-femme l'interruption de sa grossesse* »⁵. Aucune condition n'est requise. Le choix de recourir ou non à l'interruption volontaire de

¹V. M. FABRE-MAGNAN, « L'impossibilité d'une gestation pour autrui « éthique » », in *La famille en mutation. Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2014, p. 478 p. 478.

² Ancien art. L. 2212-1 CSP

³ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

⁴ Art. L. 2212-1, al. 1, CSP

⁵ Art. L. 2212-1 CSP

grossesse est donc laissé entièrement à la femme sans que ses motivations ne soient contrôlées. Ces dernières sont purement et simplement indifférentes au regard du droit, si bien que l'IVG a pu être qualifiée comme étant « *de convenance personnelle* »¹. Cette idée, bien qu'elle se soit installée progressivement, était déjà sous-jacente lors des travaux parlementaires ayant précédé la légalisation de l'avortement par la loi de 1975², Mme Simone Veil ayant souligné que « *le gouvernement a estimé préférable d'affronter la réalité et de reconnaître qu'en définitive la décision ultime ne peut être prise que par la femme* »³.

96. Toutefois, le fait qu'aucun contrôle des motivations de la femme souhaitant mettre un terme à sa grossesse ne soit effectué ne doit pas amener à penser qu'il s'agit d'un acte quelconque et qu'« *il est devenu aussi simple de se faire avorter que de boire un verre d'eau* »⁴. Cela ressort, par ailleurs, des explications que se sentent obligées d'invoquer les femmes y ayant recours « *qui justifient leur décision par le refus du père biologique d'assumer la paternité de l'enfant à naître ou par le fait qu'elles l'ont jugé inapte à cette tâche, au point de ne l'avoir pas même informé de la grossesse (ou encore dans certains cas, par une incertitude sur l'identité du père). L'avortement est alors présenté comme étant accompli finalement dans l'intérêt de celui qui n'aurait pu, dans ces conditions, connaître, une fois né, un développement normal ni atteindre au bonheur* »⁵. Ce besoin de justification de la part des femmes recourant à l'interruption volontaire de grossesse met en évidence qu'il ne s'agit jamais d'une décision anodine et que, par conséquent, la liberté totale des femmes de recourir à une IVG dans les douze premières semaines de grossesse ne doit pas laisser penser qu'il s'agit d'un acte banal qui puisse être pris à la légère.

97. Le refus de l'embryon en gestation est, jusqu'à douze semaines, très similaire à celui de l'embryon *in vitro*. Dans les deux cas, si l'embryon ne fait pas ou plus l'objet d'un projet parental, il pourra être mis fin à son existence sans aucune limitation. Pour l'embryon en gestation, comme pour l'embryon *in vitro*, l'efficacité du refus est donc totale. Mais une différence majeure réside dans ce que recèle la cessation du projet parental. Pour l'embryon non implanté, la cessation du projet parental s'opère par le retrait du consentement de n'importe

¹S. PARICARD-PIOUX, « Refuser d'être parent », in *La famille que je veux, quand je veux ? Évolution du droit de la famille*, sous la dir. de C. NEIRINCK, Érés, 2003, pp. 57-83. Sur la notion de convenance personnelle V. S. PARICARD-PIOUX, *La convenance personnelle*, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, Paris, 2003.

² Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

³ S. Veil, AN, séance du 26 novembre 1974, JO Ass. Nat.

⁴Ph. MALAURIE, « Le respect de la vie en droit civil », *op. cit.*, p. 434.

⁵L. BOLTANSKI, *La condition fœtale. Une sociologie de l'engendrement et de l'avortement*, Gallimard, 2004, p. 131.

lequel des membres du couple candidat à l'AMP. En revanche, pour l'embryon en gestation, seul le refus de la femme qui porte l'enfant est pris en considération, puisqu'elle est la seule à pouvoir décider de mener à terme ou d'interrompre sa grossesse. Le fait que seul le refus de l'un des géniteurs puisse mettre fin au projet parental ne doit pas pour autant conduire à penser que l'embryon en gestation est davantage protégé que l'embryon non implanté. En effet, l'exclusion de la prise en compte de la volonté du géniteur dans le cas de l'embryon non transféré ne s'explique que par la prévalence de l'implication du corps de la femme dans la gestation. Ainsi, jusqu'à douze semaines de développement, l'embryon, quelle que soit sa situation, peut être refusé à tout moment et ne jamais voir le jour.

Cependant, cette liberté de refus ne vaut que pour les douze premières semaines : au-delà, le droit vient encadrer le recours à l'interruption de grossesse. C'est la solution trouvée par le droit pour assurer la coexistence de deux libertés : « *la liberté de venir au monde à laquelle peut avoir vocation l'enfant conçu avec la liberté de la mère, appelée à apprécier pendant dix semaines – aujourd'hui douze – si elle est à même d'élever l'enfant à venir, et à décider de recourir à l'interruption volontaire de grossesse si elle n'estime pas être en mesure d'y parvenir* »¹. Au-delà de ce délai de douze semaines, l'interruption de la grossesse est encore possible, mais à certaines conditions. On ne parle alors plus d'interruption volontaire de grossesse, mais d'interruption médicale de grossesse, car il n'est plus possible de mettre un terme à la gestation que pour des raisons médicales.

B - L'encadrement du refus au-delà de douze semaines

98. L'interruption médicale de grossesse n'est possible que dans deux hypothèses : lorsque la grossesse met en péril la santé de la femme ou lorsque l'enfant à naître a de fortes probabilités d'être atteint d'une maladie d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic². Le législateur semble donc avoir soumis l'interruption de grossesse au-delà de douze semaines à des conditions strictes (1).

Pourtant, si dans un premier temps « *ni le danger pour la santé psychique de la mère, ni surtout le risque de malformation chez l'enfant* »³ ne permettaient de recourir à l'avortement thérapeutique, ancêtre de l'IMG, cela est aujourd'hui possible. Or, ces nouvelles hypothèses

¹F. TERRÉ, *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, op. cit., pp. 144-145.

²V. art. L. 2213-1, al. 1, CSP

³G. ROUJOU DE BOUBÉE, *L'interruption volontaire de la grossesse. Commentaire de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975*, Dalloz, 1975, p. 4.

dans lesquelles l'IMG pourra être pratiquée sont en réalité sujettes à interprétation, ce qui a permis d'insuffler une certaine souplesse¹ dans les conditions d'ouverture de l'IMG (2).

1 - Un refus soumis à des conditions médicales *a priori* strictes

99. L'interruption de grossesse ne peut être pratiquée au-delà du délai de douze semaines que si « deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met gravement en péril la santé de la femme soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une maladie d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic »². La possibilité d'interrompre une grossesse au-delà du délai de douze semaines n'est donc possible que pour d'importantes raisons médicales touchant à l'enfant à naître ou à la femme qui le porte. Une interruption médicale de grossesse ne sera, en effet, possible que si la grossesse met gravement en péril la santé de la femme (a) ou s'il existe une forte probabilité que l'enfant soit atteint d'une maladie d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic (b).

a) Une mise en péril grave de la santé de la femme

100. La « mise en péril grave » de la santé de la femme ne doit pas être confondue avec l'ancien critère de l'état de détresse qui se retrouvait autrefois dans la législation relative à l'IVG réalisée dans les premières semaines de gestation et qui était apprécié par la femme elle-même. Contrairement à ce dernier, totalement subjectif, le péril grave est un critère apprécié par une équipe pluridisciplinaire « *comprenant au moins quatre personnes qui sont un médecin qualifié en gynécologie-obstétrique, membre d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal, un praticien spécialiste de l'affection dont la femme est atteinte, un médecin choisi par la femme et une personne qualifiée tenue au secret professionnel qui peut être un assistant social ou un psychologue* »³. Il est donc empreint d'une bien plus grande objectivité dans la mesure où ce sont des médecins, et non la femme elle-même, qui doivent apprécier si cette condition est réalisée.

Le péril se distingue, par ailleurs, de la détresse par sa définition. En effet, la détresse, qui peut être définie comme « *une angoisse causée par un sentiment d'abandon, d'impuissance*

¹ Dans ce sens V. S. PARICARD-PIOUX, *La convenance personnelle*, op. cit., p. 511 et s.

² Art. L. 2213-1, al. 1, CSP

³ Art. L. 2213-1 CSP

ou par une situation désespérée »¹, revêt un caractère plus psychologique et donc subjectif, contrairement au péril qui peut se définir comme « *un état de danger grave, imminent et constant* »² nécessitant une intervention immédiate. La constatation d'un péril ne peut donc pas résulter de difficultés lointaines susceptibles d'affecter la vie de la femme.

La mise en péril grave de la santé de la femme semble donc être un critère de mise en œuvre d'une interruption de grossesse assez stricte. Il en va de même de la seconde hypothèse permettant de recourir à une IMG qui touche, pour sa part, à la santé de l'enfant à naître.

b) Un enfant ayant de fortes probabilités d'être atteint d'une maladie grave reconnue comme incurable au moment du diagnostic

101. Cette seconde raison permettant le recours à une IMG n'est pas non plus laissée à l'appréciation de la femme enceinte. De même que pour l'hypothèse de la mise en péril grave de la santé de la femme, elle ne peut être pratiquée que suite à l'avis consultatif d'une équipe pluridisciplinaire et si deux médecins membres de cette équipe attestent des fortes probabilités pour l'enfant d'être atteint d'une maladie grave reconnue comme incurable au moment diagnostic³. Dans ce second cas « *l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme est celle d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal* »⁴.

C'est à l'occasion d'un diagnostic prénatal (DPN), réalisé dans un tel centre, que sera apparue l'affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic dont a de fortes probabilités d'être atteint l'enfant à naître. Or, le DPN se définit comme les « *pratiques médicales, y compris l'échographie obstétricale et fœtale, ayant pour but de détecter in utero chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité* »⁵.

Il convient de distinguer le dépistage et le diagnostic prénatal, car ces deux notions peuvent sembler proches et doivent pourtant être différenciées⁶. Dans les deux cas, ces examens sont soumis à l'accord de la femme enceinte, mais le dépistage prénatal est très souvent utilisé, puisqu'il est proposé à la femme enceinte à l'occasion des visites de suivis classiques de la grossesse⁷. Il existe le dépistage échographique et le dépistage biologique. Ce n'est que quand

¹Dictionnaire Larousse

²F. BOUVIER, *Maternités et libertés : Avortement, contraception, statut de l'embryon*, L'Harmattan, Paris, 2012.

³ Art. L. 2213-1, al. 1, CSP

⁴ Art. L. 2213-1, al. 2, CSP

⁵ Art. L. 2131-1, I CSP

⁶ Pour une vision globale du dépistage et du diagnostic prénatal V. *Agence de la biomédecine, État des lieux du diagnostic prénatal en France*, 2008, pp. 38 et s.

⁷ Art. L. 2131-1, II, CSP

un risque particulier est identifié par l'un de ces tests de dépistage ou en raison d'antécédents que, si la femme le souhaite, l'étape du diagnostic peut commencer.

102. Le DPN a connu une expansion importante au cours des trente dernières années en raison des progrès scientifiques et médicaux. De plus en plus d'anomalies fœtales peuvent être détectées. Les modes de diagnostics sont nombreux : échographies de diagnostic, prélèvements de tissus fœtaux, moyens biologiques, prélèvement de sang maternel¹... Si un risque avéré est décelé, la femme enceinte est orientée vers un CPDPN où elle pourra éventuellement consentir à des tests plus poussés dont les résultats pourront entraîner une demande d'IMG de sa part en raison de la forte probabilité que l'enfant soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

Ces deux hypothèses, *a priori* strictes, dans lesquelles l'IMG peut être pratiquée, ne sont en réalité pas aussi restrictives qu'il y paraît, car elles laissent une place importante à l'interprétation.

2 - Des conditions médicales sujettes à interprétation

103. La limitation apportée par le droit à la liberté de la femme enceinte d'interrompre sa grossesse à compter de la douzième semaine de grossesse se révèle en réalité relativement souple. En effet, tant la condition relative à la femme enceinte (a) que celle relative à l'enfant à naître (b) sont sujettes à interprétation.

a) La souplesse de la condition relative à la femme enceinte

104. La condition de mise en péril grave de la santé de la femme n'est pas dénuée de toute subjectivité. En effet, la santé est une notion sujette à appréciation, puisqu'il peut s'agir tant de la santé physique que de la santé psychique. Le recours à l'IMG recouvre ainsi deux situations².

En cas de mise en péril grave de la santé physique de la femme, cette dernière peut désirer l'enfant qu'elle porte et souhaiter, par conséquent, mener à bien sa grossesse, mais elle peut se voir forcée d'y renoncer en raison du péril grave pour sa santé physique que représente sa grossesse. Dans ce premier cas, plus qu'un réel refus de l'enfant, l'interruption de grossesse

¹ V. Avis CCNE n°120 du 25 avril 2013 sur les questions éthiques associées au développement des tests génétiques fœtaux sur sang maternel.

² Dans ce sens V. S. PARICARD-PIOUX, *La convenance personnelle*, *op. cit.*, p. 512.

apparaît ici comme une nécessité au regard de la santé de la femme qui porte l'enfant. Le refus n'est pas en lien avec l'enfant, mais relève de causes intrinsèques à la femme.

Le refus peut, en revanche, réapparaître de façon sous-jacente en cas de mise en péril grave de la santé psychique. En effet, il n'est pas à exclure que l'équipe pluridisciplinaire, au vu de l'état psychologique que provoque – pour tout ou partie – chez la femme sa grossesse, puisse estimer que cet état de grossesse met gravement en péril sa santé. Dans cette seconde situation, la femme enceinte peut souhaiter – de façon plus ou moins consciente – mettre un terme à sa grossesse, ce qui peut provoquer chez elle une souffrance telle qu'elle engendre différents symptômes, tels que des troubles nerveux ou une dépression pouvant aller jusqu'à entraîner un risque suicidaire. Ainsi, la femme enceinte peut elle-même mettre sa santé en péril et mener l'équipe chargée d'autoriser l'IMG à rendre un avis positif. « *La volonté de la mère de supprimer l'enfant à naître peut désormais être la cause de l'avortement thérapeutique* »¹.

105. Cette constatation peut surprendre dans la mesure où l'instauration de conditions *a priori* strictes permettant l'interruption d'une grossesse au-delà du délai de douze semaines peut conduire à penser que le refus de la gestatrice ne devrait plus influencer sur l'interruption de la grossesse, seuls des critères objectifs pouvant être pris en compte. Pourtant, en réalité, si le refus de la femme enceinte est suffisamment fort, il aura de fortes chances d'aboutir à une interruption de grossesse quelle que soit la durée de la gestation. Cela s'explique, d'une part, par l'indissociabilité du sort de l'embryon et de la femme et, d'autre part, par la relation médecin-patient. En effet, bien que la décision d'autoriser ou non l'IMG fasse l'objet d'un avis consultatif de la part d'une équipe pluridisciplinaire, il suffit que deux des médecins membres de cette équipe attestent du fait que la grossesse fait courir un péril grave à la santé de la femme pour que l'IMG puisse être pratiquée. Or, « *lorsque l'interruption de grossesse est envisagée au motif que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme* »², l'équipe pluridisciplinaire comprend notamment « *un médecin choisi par la femme* ». Il ne paraît pas déraisonnable de penser que cette dernière choisira un médecin acquis à sa cause. Par ailleurs, l'influence du médecin choisi par la femme enceinte – dont il est possible de penser qu'il sera le mieux informé de la situation de cette dernière – sera nécessairement importante. Il sera amené à prendre en considération des éléments subjectifs tels que la force du refus exprimée par la femme enceinte à l'égard de l'enfant et l'intérêt de ce dernier de se développer dans de telles conditions.

¹S. PARICARD-PIOUX, *La convenance personnelle*, op. cit., p. 513.

² Art. L. 2213-1, al. 2, CSP

106. Ces nuances apportées à la rigidité de la condition de péril grave pour la santé de la femme ne doivent toutefois pas conduire à penser que les interruptions médicales de grossesses pour ce motif sont fréquentes. En effet, en 2012, seules 272 attestations autorisant le recours à l'IMG pour motif maternel ont été délivrées¹, contre 7134 pour motif fœtal². Si les possibilités d'interprétation laissées à l'équipe pluridisciplinaire pour apprécier ce motif paraissent assez souples, ce motif d'IMG reste en réalité marginal.

Pour autant, en dépit de la volonté du législateur de limiter de façon stricte la possibilité d'interrompre une grossesse au-delà de douze semaines en exigeant l'existence d'un péril grave pour la santé de la femme, il apparaît que si le refus de la femme est suffisamment puissant, il pourra mener à l'IMG, la notion de péril grave pour la santé de la femme étant sujette à interprétation. Si, *a priori*, la seconde condition permettant de recourir à l'IMG semble davantage objective, en réalité elle est tout aussi sujette à interprétation.

b) La souplesse de la condition relative à l'enfant

107. La seconde hypothèse permettant le recours à une IMG, à savoir lorsque l'enfant à naître a de fortes chances d'être atteint d'une maladie d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic, laisse également place à l'interprétation. En effet, comme pour le DPI³, il n'existe pas de listes des maladies ou malformations pouvant donner lieu à une IMG. Cela permet de laisser une plus grande liberté d'appréciation à l'équipe pluridisciplinaire qui devra apprécier au cas par cas. Cette liberté n'est cependant pas totale, puisque l'affection doit être d'une particulière gravité et reconnue comme incurable au moment du diagnostic. Toutefois, tant la gravité de la maladie que son incurabilité sont sujettes à interprétation.

108. Concernant d'abord la particulière gravité, comme pour le DPI, les médecins pourront prendre en considération l'appréciation de cette gravité par les parents et la gravité que cette affection pourrait avoir sur l'enfant s'il naissait. Point ici toute la subjectivité de la notion de particulière gravité puisqu'elle peut être appréciée en fonction de la perception, nécessairement subjective, qu'auront les parents potentiels de l'affection.

¹ Le rapport médical et scientifique de l'Agence de la biomédecine 2013, p. 4. Site : www.agence-biomedecine.fr.

² *Ibid.*

³ cf. *supra* §37.

109. Concernant ensuite le caractère incurable de l'affection, il est également sujet à interprétation dans la mesure où l'incurabilité requise pour autoriser une IMG ne signifie pas nécessairement que l'enfant, même après une intervention médicale, ne serait pas viable. En effet, en 2008, sur 494 grossesses poursuivies alors que l'affection du fœtus aurait permis d'obtenir une autorisation d'IMG, 249 enfants nés sont encore vivants au dernier suivi¹. Ainsi, les affections susceptibles d'ouvrir droit à une IMG ne conduisent pas nécessairement à la mort de l'enfant à court terme. C'est alors un ensemble de critères, beaucoup plus subjectifs que la viabilité, qui sont pris en considération lors de l'étude de la demande d'IMG, comme la qualité de vie prévisible de l'enfant ou encore l'acceptation de la possible différence de l'enfant par ses parents. Il s'agit donc d'un ensemble d'éléments très complexes à appréhender, d'autant plus que les données chiffrées données par l'Agence de la biomédecine ne permettent pas de connaître avec précision les raisons des demandes d'IMG². Les données concernant les refus d'autorisation sont un peu plus précises, mais ne permettent pas de conclure que l'IMG est systématiquement refusée dans tous les cas d'affections similaires³. Il est également à noter qu'il n'est pas indispensable que l'affection soit certaine. La forte probabilité – également appréciée par les membres de l'équipe pluridisciplinaire – qu'elle se réalise est suffisante.

Le critère de forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic peut donc faire l'objet d'une grande variété d'interprétations. Ainsi, une femme réellement décidée à mettre fin à sa grossesse parviendra, dans la majorité des cas, à en obtenir l'interruption⁴. Même si l'affection de l'embryon ne permet pas la délivrance d'une attestation de gravité, la force du refus de la femme enceinte pourra permettre de retomber dans l'hypothèse du péril grave pour la santé (psychique) de la femme⁵.

110. La multiplication des modes de diagnostic et des affections détectables, de même que l'absence de liste établissant les affections et malformations pouvant donner lieu à une

¹ Le rapport médical et scientifique de l'Agence de la biomédecine 2013, p. 8. Site : www.agence-biomedecine.fr.

¹ V. art. L. 2141-4, 3°, CSP

² Les raisons médicales ayant justifié la délivrance des autorisations d'IMG sont désignées de manière très large : « indications chromosomiques », « indications génétiques », « indications infectieuses », « malformations ou syndromes malformatifs ». Ainsi, ces différentes indications peuvent englober des réalités très différentes. V. Le rapport médical et scientifique de l'Agence de la biomédecine 2013, p. 4. Site : www.agence-biomedecine.fr.

³ À titre d'exemple, en 2012, trois refus d'IMG concernaient des embryons présentant des becs-de-lièvre, deux une anomalie d'un segment de membre, sept une anomalie de deux segments de membre ou plus. V. Le rapport médical et scientifique de l'Agence de la biomédecine 2013, p. 7. Site : www.agence-biomedecine.fr.

⁴ En 2012, sur 92 refus de délivrance d'une attestation de gravité, 35 femmes sont parvenues à obtenir une interruption de grossesse à l'étranger ou dans un autre centre. Le rapport médical et scientifique de l'Agence de la biomédecine 2013, p. 7. Site : www.agence-biomedecine.fr.

⁵ cf. *supra* §100.

IMG, peuvent interroger sur les limites, notamment éthiques, de la pratique du diagnostic prénatal. Si le DPN peut permettre une prise en charge rapide de l'enfant à sa naissance, voire des traitements *in utero*, il se solde également souvent par une demande d'IMG. En effet, les refus d'accéder à une demande d'IMG sont relativement rares, puisqu'ils peuvent être estimés à environ 1, 2 % des demandes, soit environ 91 cas en 2012 sur l'ensemble de la France, contre plus de 7 134 attestations de gravité autorisant une IMG la même année¹. Toutefois, cela ne doit pas laisser penser que les CPDPN suivent aveuglément la volonté de la femme, mais plutôt que la décision de demander une IMG n'est jamais prise à la légère, tant elle est difficile à prendre². L'appréciation faite par la femme de la gravité de l'affection est donc presque systématiquement partagée par les membres des CPDPN.

111. Il est également possible de se demander si le DPN ne revêt pas un caractère incitatif à recourir à l'avortement en cas d'anomalie détectée. Le fait d'inclure dans les tests la recherche de telle maladie n'est pas dépourvu d'effets à l'égard de l'image que la société s'en fait. Quel regard portera-t-elle par la suite sur l'enfant né souffrant d'une anomalie alors même que celle-ci avait été détectée et qu'une IMG aurait été possible ? Que cela renvoie-t-il aux personnes souffrant de cette anomalie ? L'Agence de la biomédecine s'est ainsi interrogée pour savoir si la pression sociale normative était une coercition masquée³. Elle a estimé que la question se posait avec moins de prégnance pour les familles ayant déjà un enfant souffrant d'une anomalie donnée. En revanche, elle a considéré que cette pression sociale était importante dans les cas de dépistages effectués au sein de la population générale, c'est-à-dire quand les tests ne sont pas effectués en raison d'antécédents – comme la naissance d'un premier enfant souffrant d'une anomalie – mais de façon automatique sur toutes les personnes souhaitant s'y soumettre. Cependant, l'Agence de la biomédecine conclut que le problème posé par cette question est davantage celui de la place faite aux personnes handicapées dans notre société qui doit être reconsidérée : « *Soucions-nous qu'elles aient une vraie place à la table de notre société sans être obligées de la quémander et nous aurons humanisé la France où personne, ni les politiques, ni les scientifiques, ne pense à pratiquer un eugénisme d'État, ni encore moins à interdire aux familles de prendre les décisions qui les concernent, en leur âme et conscience* »⁴.

¹ Le rapport médical et scientifique de l'Agence de la biomédecine 2013, p. 2. Site : www.agence-biomedecine.fr.

² La difficulté de ce choix se ressent dans les chiffres. Ainsi, en 2012, 810 femmes ont décidé de poursuivre leur grossesse alors qu'elles auraient pu obtenir une IMG, alors même que 340 de ces grossesses se sont soldées par la mort de l'enfant. V. Le rapport médical et scientifique de l'Agence de la biomédecine 2013, p. 8. Site : www.agence-biomedecine.fr.

³ *Agence de la biomédecine, État des lieux du diagnostic prénatal en France*, préc., pp. 50 et s.

⁴ *Ibid*, p. 53.

De plus, avec les progrès médicaux importants qui ont été faits, certains enfants, qui seraient naturellement morts à la naissance ou très peu de temps après, peuvent aujourd'hui être maintenus en vie beaucoup plus longtemps, ce qui augmente la durée de leurs souffrances. « *Le dilemme devient donc, pour les parents comme pour les médecins, un choix entre deux transgressions : celle de l'interruption prénatale de la vie à venir et celle de l'acceptation délibérée de souffrances postnatales* »¹.

La question de l'interruption médicale de grossesse soulève donc un grand nombre de questions éthiques. Toutefois, « *il ne faut pas voir le DPN uniquement comme la possibilité d'éliminer les enfants anormaux ou malformés. Les couples attendent ce diagnostic pour savoir s'ils peuvent, sans risque et sans crainte, avoir une grossesse heureuse* »². L'investissement émotionnel de l'enfant est donc sous-jacent ici : le diagnostic joue un rôle déterminant dans le choix ou, au contraire, le refus d'investir émotionnellement l'enfant.

En réalité, le choix d'une IMG paraît trop difficile et porteur de souffrances pour le couple pour que puissent être invoqués les risques d'eugénisme générés par une prétendue recherche de l'enfant parfait. La législation actuelle paraît donc assez satisfaisante. En effet, elle laisse une place centrale au choix de la femme qui porte l'enfant – celle-ci devant obligatoirement donner son accord pour que les tests de dépistage et de diagnostic soient effectués, et la demande d'IMG devant émaner d'elle – tout en soumettant la validation de la demande d'IMG au contrôle d'une équipe pluridisciplinaire. Le fait de laisser à la seule personne dont le refus peut permettre d'empêcher la naissance de l'enfant le choix de recourir à un dépistage pouvant s'avérer déterminant dans son choix d'investir ou non affectivement l'enfant apparaît donc cohérent.

¹*Ibid*, p. 50.

²*Génétique, procréation et droit. Actes du colloque*, Actes Sud, 1985, p. 126.

Conclusion du chapitre I

112. Le refus de l'embryon fait l'objet d'un traitement différent selon qu'il se situe à l'intérieur ou à l'extérieur du corps de la femme.

Tant que l'embryon n'est pas transféré dans l'utérus maternel, le refus de l'embryon peut être absolu. Non seulement la volonté de n'importe lequel des membres du couple entraîne la cessation du projet parental, mais certains couples recourent à l'AMP spécialement afin d'écartier certains embryons du projet parental dès l'origine grâce au DPI. Ce refus se révèle avoir des conséquences particulièrement destructrices pour l'embryon *in vitro*. En effet, en dépit de l'assouplissement des conditions permettant le recueil de l'embryon par un autre couple, le législateur ne favorise pas cette solution, bien au contraire, il privilégie leur destruction.

Le refus de l'embryon transféré est en revanche limité. Seul le refus de la femme qui porte l'enfant permet de mettre un terme à la grossesse et, ainsi, d'empêcher la venue au monde de l'enfant. De plus, ce monopole de la gestatrice est encadré, puisque passé les douze premières semaines de grossesse, au cours desquelles elle peut y mettre librement fin, l'interruption de grossesse doit être autorisée pour des raisons médicales. Toutefois, la portée de cette protection reste à nuancer en raison de la souplesse de ces critères qui demeurent sujets à interprétation.

113. Il pourrait être avancé que « selon son mode de production, naturel ou artificiel, l'embryon serait donc plus ou moins proche de la personne humaine »¹. En réalité, il n'en est rien puisqu'un même embryon peut successivement être *in vitro* puis, suite à son implantation, *in utero*. La qualification de l'embryon pouvant évoluer dans le temps, c'est en fait une simple question de localisation au moment où le refus intervient qui prévaut. L'embryon est donc bien « une catégorie juridique à dimension variable »² dont le refus par les parents est plus ou moins encadré par le droit selon sa situation.

Il serait *a priori* aisé d'en déduire que l'embryon implanté fait l'objet d'une protection plus importante que l'embryon *in vitro*, mais, en réalité, ce n'est pas le cas, du moins pas au cours des douze premières semaines de développement. En effet, avant douze semaines, l'embryon implanté n'est pas davantage protégé que celui non implanté, puisque la femme qui le porte peut librement décider d'interrompre sa grossesse. Certes, l'efficacité du refus de l'embryon en gestation est limitée, puisque seule la femme peut le refuser, mais cela ne

¹C. NEIRINCK, « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ? », *D.* 2003, p. 841.

²*Ibid.*

s'explique pas par une volonté de le protéger davantage. En réalité, c'est l'intégrité corporelle de la femme qui est protégée et qui explique qu'elle soit la seule à voir sa volonté prise en compte. Aussi, jusqu'à douze semaines, quelle que soit la situation de l'embryon, c'est de l'existence ou non d'un projet parental que dépend sa protection. Seulement, dans le cas de l'embryon non implanté, le projet parental suppose la volonté des deux membres du couple, tandis que dans le cas de l'embryon en gestation, seule la volonté de la femme qui porte l'enfant est prise en compte.

Dans les deux cas étudiés, le refus intervient avant la naissance de l'enfant et conduit à en empêcher la réalisation. Mais, une fois l'enfant né, il en va différemment. En effet, lorsque le refus parental intervient immédiatement après la naissance de l'enfant, il se traduit par le non-établissement de la filiation.

Chapitre II - Le non-établissement de la filiation

114. Le Code civil prévoit différentes manières d'établir sa filiation à l'égard d'un enfant¹. Le non-exercice de cette faculté peut être considéré comme un refus de l'enfant dans la mesure où il conduit à rejeter le statut de parent. Cela suppose un refus d'investir émotionnellement le nouveau-né en rejetant toute possibilité de développer un lien affectif. Toutefois, il est évident que toute personne ne refuse pas l'enfant en n'établissant pas volontairement sa filiation à l'égard de ce dernier. L'étude des actions permettant d'imposer l'établissement de la filiation maternelle et paternelle permet de déterminer qui sont les personnes qui peuvent être considérées comme refusant l'enfant en n'établissant leur filiation à son égard. En effet, si le droit admet que la filiation ne soit pas établie à la naissance de l'enfant, il ne laisse pas pour autant toute latitude à la volonté des parents puisqu'il prévoit des actions permettant d'imposer l'établissement des filiations maternelle et paternelle.

L'analyse de ces actions permettra tout d'abord de faire ressortir le caractère genré du refus puisque, tandis que le lien biologique résultant de la gestation demeure le seul élément pris en compte dans l'établissement de la filiation maternelle, le critère du refus de la filiation paternelle se dédouble (section 1).

La mise en évidence du caractère genré du refus permettra, dans un deuxième temps, de démontrer et, dans une certaine mesure, de justifier l'inégalité de l'homme et de la femme face au refus (section 2).

Section 1 – La mise en évidence du caractère genré du refus

115. Il existe une pluralité d'actions permettant d'imposer l'établissement de la filiation. Certaines, comme l'action en recherche de maternité, l'action en recherche de paternité ou encore l'action en rétablissement de la présomption de paternité, sont genrées, tandis que l'action en constatation de la possession d'état d'enfant semble pouvoir jouer aussi bien pour la filiation maternelle que pour la filiation paternelle. Pour autant, en pratique, elle

¹ Le chapitre 2 du titre 7 du livre 1^{er} prévoit les différents modes d'établissement non judiciaire de la filiation. Il distingue dans trois sections différentes « *l'établissement de la filiation par l'effet de la loi* » – qui comprend la désignation de la mère dans l'acte de naissance et celle de l'homme qui lui est marié par le jeu de la présomption de paternité – « *l'établissement de la filiation par la reconnaissance* » et « *l'établissement de la filiation par la possession d'état* » constatée par un acte de notoriété.

ne se retrouve qu'en matière d'établissement de la filiation paternelle¹. C'est pourquoi l'action en constatation de la possession d'état ne sera traitée que comme constituant une limite à la faculté de refus du père. Par ailleurs, existe également une action particulière, l'action à fins de subsides, qui, bien que n'ayant pas pour but d'établir la filiation paternelle, permet de produire des effets très proches de ceux de la filiation.

Ces actions ainsi que le développement très important de la preuve biologique peuvent, à première vue, laisser penser que la filiation ne peut être imposée qu'aux parents biologiques de l'enfant. Dans ce sens, de nombreux auteurs soulignent que l'établissement contentieux de la filiation permet de mettre en évidence le fondement biologique de celle-ci². Mais, en réalité, la preuve biologique n'a vocation à régir que l'établissement contentieux de la filiation. En effet, « *le législateur a consacré d'autres fondements du droit de la filiation que la biologie, tels que la paix des familles, la stabilité du lien de filiation ou la filiation vécue* »³. De plus, même en matière contentieuse, il apparaît que la filiation peut être imposée à un homme alors même qu'il ne serait pas biologiquement lié à l'enfant. En effet, la filiation peut également être établie judiciairement à l'égard de l'homme ayant consenti à une procédure d'AMP et qui n'a pas reconnu l'enfant qui en est issu⁴. Or, si l'AMP a été réalisée grâce à un don de sperme, cet homme est biologiquement étranger à l'enfant.

Ainsi, les actions permettant d'imposer la filiation paternelle permettent de mettre en évidence un dédoublement du critère du refus (§2). À l'inverse, l'exclusivité du biologique persiste en matière de filiation maternelle, puisque seule la femme ayant porté l'enfant peut se voir imposer le statut de mère⁵ (§1).

¹ V. cependant un arrêt isolé est très surprenant établissant une filiation maternelle par possession d'état entre un homme et l'assistante maternelle chez qui il avait été placé pendant toute son enfance : CA Rennes, 7 mars 2016, n°15/05178.

² V. par ex. : G. RAYMOND, « Volonté individuelle et filiation par le sang », *RTD Civ.* 1982, p. 538 s. ; F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, coll. Précis, Dalloz, 9^e éd., 2018, p. 389, n° 433 ; C. PÉRÈS, « Lien biologique et filiation : quel avenir ? », *D.* 2019, p. 1184 ; 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-RIOU et G. CORNU, coll. Perspectives économiques et juridiques, Economica, 1982, pp. 87-99 ; D. HUET-WEILLER, « Vérité biologique et filiation : le droit français. », in *Droit de la filiation et progrès scientifique*, sous la dir. de C. LABRUSSE-RIOU et G. CORNU, p. 9 et s. ; J. VIDAL, « La place de la vérité biologique dans le droit de la filiation », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 1113-1136.

³ L. MAUGER-VIELPEAU, « Une règle prétorienne : L'expertise biologique de droit en filiation (contribution à l'étude sur la diversité des fondements du droit de la filiation) », in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 1992, p. 933.

⁴ Art. 311-20, al. 4, C. civ.

⁵ Dans ce sens V. J.-J. LEMOULAND, « Vérités, vérités... », in *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, sous la dir. de H. FULCHIRON, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, pp. 123-124 : « *Jamais la maternité n'a été aussi clairement fondée sur l'accouchement* ».

§1 - La limite au refus de la femme permettant de dégager le critère de la gestation : la persistance de l'exclusivité du biologique

116. L'action en recherche de maternité telle que nous la connaissons aujourd'hui existe depuis 2004¹. Auparavant, cette action se dédoublait selon que l'on cherchait à faire établir une filiation maternelle légitime ou naturelle. Ainsi, l'action en réclamation d'état était prévue à l'ancien article 323 du Code civil et la recherche de maternité naturelle à l'ancien article 341 du même Code. Aujourd'hui, cette action unifiée se retrouve à l'article 325 du Code civil. L'enfant est le seul demandeur possible à l'action. Toutefois, durant sa minorité, la question de sa représentation se pose. C'est alors son père qui a qualité pour agir en son nom ou, si aucun lien de filiation paternelle n'est établi ou si le père est décédé, le tuteur avec l'autorisation du conseil de famille². Le défendeur à cette action est en principe la mère prétendue. Toutefois, si elle est mineure, celle-ci devra être représentée par ses représentants légaux et, si elle est placée sous curatelle ou tutelle, l'action devra être dirigée contre son tuteur ou son curateur. En cas de décès, l'action peut malgré tout être intentée mais elle devra être dirigée contre ses héritiers ou, à défaut, contre l'État³. En vertu de l'article 321 du Code civil, cette action se prescrit par dix ans à compter du jour de la naissance de l'enfant. Toutefois, à l'égard de l'enfant, ce délai est suspendu durant sa minorité. Ce dernier peut ainsi agir jusqu'à ses vingt-huit ans. La réalisation effective du refus de l'accouchée peut donc être entravée durant de longues années.

La faculté de refus de l'enfant qu'elle a mis au monde est, par conséquent, limitée par la possibilité qu'a l'enfant ou, durant sa minorité, la personne ayant vocation à le représenter, d'engager une action en établissement de la filiation. L'enfant doit, pour cela, prouver qu'il est celui dont la mère a accouché⁴. Le critère retenu est donc d'ordre biologique puisqu'il s'agit, ici encore⁵, de la gestation. Cette application stricte de l'adage « mater semper certa est » permet de traiter la filiation maternelle indifféremment selon que l'accouchée est génétiquement reliée à l'enfant au non⁶. Ainsi, peu importe que l'enfant ait été conçu dans le cadre d'une AMP grâce au recours à un don d'ovocyte. La femme qui refuserait l'enfant en n'établissant pas sa filiation

¹ Loi n°2004-1349 de simplification du droit du 9 déc. 2004.

² Art. 328 al. 1 et 2 C. civ.

³ Art. 328 al. 3 C. civ.

⁴ Art. 325 al. 2 C. civ.

⁵ cf. *supra* §§83 et s. : comme en matière d'embryon *in utero*, le critère du refus est la gestation.

⁶ Sur la remise en cause que représenterait le développement de certaines techniques pratiquées à l'étranger sur la filiation maternelle et sur la résistance française quant à l'application de l'adage « mater semper certa est » V. K. FIORENTINO et A. FIORENTINO (ss. dir), *Mater semper certa est ? Passé, présent, avenir d'un adage*, coll. Droit, bioéthique et société, Bruylant, 2018.

à son égard est celle qui en a assuré la gestation et en a accouché, et non celle qui lui est génétiquement liée.

117. Il est toutefois envisageable que cette situation soit amenée à évoluer. En effet, si l'AMP venait à être ouverte aux couples de femmes, ainsi que le prévoit le projet de loi relatif à la bioéthique¹, il est envisageable que l'établissement de la filiation de la compagne de celle qui porte l'enfant se fonde sur son engagement dans la procédure d'AMP. Deux voies sont, en effet, envisageables. Soit la compagne pourrait établir sa filiation par la voie de l'adoption de l'enfant du conjoint², soit un nouveau mode d'établissement de la filiation pourrait être créé qui prendrait la forme d'une déclaration commune anticipée de filiation³. Cette seconde voie, proposée par le rapport réalisé en 2014 par Irène Théry et Anne-Marie Leroyer⁴ et repris par le projet de loi relatif à la bioéthique⁵, présenterait l'avantage de sécuriser la filiation de l'enfant né d'une AMP puisque la filiation serait alors établie automatiquement sur présentation de l'acte authentique de consentement à l'officier d'état civil⁶. Ce mode d'établissement de la filiation pourrait être utilisé pour toutes les personnes ayant recours à une AMP, mais le projet de loi relatif à la bioéthique ne le prévoit que pour l'établissement de la filiation des couples de femmes.

118. Une telle solution conduirait à opérer un dédoublement du critère de la filiation maternelle puisqu'elle ne serait plus uniquement fondée sur le lien biologique résultant de la gestation mais, plus largement, sur l'engendrement⁷. Ce fondement présente notamment l'intérêt d'inscrire la filiation dans une logique causale, selon laquelle la responsabilité dans l'engendrement fonde l'établissement de la filiation. Dans le cadre d'une procréation charnelle c'est le critère biologique qui intervient ; à l'inverse, dans le cadre d'une procréation médicalement assistée, c'est la volonté créatrice qui est à l'origine de l'engendrement.

¹ Art. 1 du Projet de loi n° 2187 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juillet 2019.

² V. M. GOBERT, *Rapport au Colloque Procréation, génétique et droit*, Actes Sud, 1985, p. 195.

³ V. A. DIONISI-PEYRUSSE, « Repenser la filiation en cas d'ouverture de l'AMP à toutes les femmes », *JCP G* 8 juillet 2019, n° 27, p. 1315.

⁴ I. THÉRY et A.-M. LEROYER, *Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalités. Le droit face aux nouvelles valeurs de la responsabilité générationnelle.*, 2014, pp. 161 et s.

⁵ Art. 4 du Projet de loi n° 2187 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juillet 2019.

⁶ X. BRETON et J.-L. TOURAINE, *Rapport d'information. Mission d'information sur la révision de la loi relative à la bioéthique*, 15 janvier 2019, p. 83.

⁷ V. V. DESCHAMPS, *Le fondement de la filiation. De la biologie à l'engendrement, étude sur la cohérence du titre VII du Livre premier du Code civil*, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Lextenso, 2019 : l'auteur de cette thèse propose de considérer l'engendrement comme le fondement de la filiation en le détachant du seul lien biologique.

Retenir l'engendrement comme critère de la filiation permet de justifier la possibilité de contraindre l'établissement de la filiation des demandeurs à l'AMP, indépendamment de leur implication biologique dans la conception de l'enfant. Le dédoublement du critère de la filiation permettrait également de pouvoir forcer, en cas de besoin, l'établissement de la filiation de la mère d'intention d'un enfant issu d'une GPA dans l'hypothèse d'une légalisation de cette pratique. L'établissement de sa filiation ne devrait toutefois intervenir que de façon subsidiaire, si la gestatrice n'établit pas sa propre filiation à l'égard de l'enfant qu'elle a mis au monde. Si cette dernière n'en fait rien, la déclaration anticipée de filiation réalisée avant le transfert de l'embryon dans l'utérus de la mère porteuse permettrait d'établir la filiation à l'égard de la mère d'intention, même si celle-ci venait à se rétracter, en raison de sa responsabilité dans l'engendrement de l'enfant ainsi conçu.

119. À l'inverse, actuellement, la filiation maternelle reste exclusivement rattachée au biologique, la prise en compte d'un critère autre que celui de l'accouchement étant totalement exclue. Mais il n'a pas toujours été possible de forcer l'établissement de la filiation en engageant une action en recherche de maternité à l'égard de toute femme¹. En effet, lors de sa consécration dans le Code civil en 1993, l'accouchement sous le secret avait été renforcé par une fin de non-recevoir prévue à l'alinéa premier de l'article 325 du même code². La faculté de refus de l'enfant par la femme ayant accouché sous le secret était alors absolue. L'action en recherche de maternité était en revanche possible à l'égard de la femme qui avait demandé à ne pas être désignée dans l'état civil de l'enfant ou, avant 2005, qui y figurait mais n'avait pas reconnu l'enfant³. Mais, en 2009, le législateur est revenu à la situation antérieure à 1993, en levant la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité en cas d'accouchement sous X⁴. Il est donc aujourd'hui possible, du moins en théorie⁵, d'imposer à toute femme l'établissement de sa filiation, y compris d'une femme ayant accouché sous le secret.

120. Cette limite que représente l'action en recherche de maternité à la faculté de la femme de refuser l'établissement de sa filiation à l'égard de l'enfant apparaît en réalité peu

¹ V. Art. 325 C. civ qui ne prévoit aucune exception.

² Ancien art. 325 al. 1 C. civ. : « À défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité est admise sous réserve de l'application de l'article 326 ». Or, ce dernier prévoyait la possibilité pour la femme de demander le secret de son accouchement. Ainsi, la recherche de maternité était exclue en cas d'accouchement sous le secret.

³ Auparavant, l'inscription du nom de la mère sur l'acte de naissance ne suffisait pas pour que la filiation soit établie si la mère n'était pas mariée. cf. *infra* §146.

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.

⁵ cf. *infra* §§173 et s.

cohérente au regard des intérêts en présence et de la situation particulière dans laquelle se trouve la femme refusant un enfant qu'elle a porté. En effet, la question qu'il convient de se poser est de savoir ce qui dérange réellement dans l'accouchement sous X. Est-ce le fait qu'une femme puisse prendre la décision de ne pas assumer la charge de l'enfant qu'elle a mis au monde ? Certes cette idée pourrait sembler dérangeante à ceux qui estiment qu'une telle décision est contraire à l'ordre des choses, à la nature, à l'instinct maternel supposé animer toute femelle¹. Pourtant, l'abandon postérieurement à l'établissement de la filiation² est possible en France comme partout ailleurs et cela n'a jamais été remis en question, ce qui montre bien que personne ne semble prétendre qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de conserver sa filiation à l'égard de parents qui le refusent, l'empêchant ainsi, par ailleurs, d'en établir une nouvelle à l'égard de personnes qui le désireraient via l'adoption. Finalement, plus que l'absence de lien de filiation entre la femme et l'enfant auquel elle a donné le jour, ce qui dérange tant est le fait que cet enfant puisse, si l'accouchée en a décidé ainsi, ne jamais avoir accès aux informations inhérentes à ses origines, à son histoire³.

Pourtant, le choix d'ouvrir l'action en recherche de maternité à l'encontre de ces femmes et de maintenir la possibilité qu'elles ont de ne laisser aucune information à l'enfant est en opposition avec l'intérêt de l'enfant à avoir accès à ses origines. En effet, la suppression de la fin de non-recevoir incite davantage l'accouchée à ne laisser aucune information de peur que l'enfant puisse un jour remonter jusqu'à elle et agir en recherche de maternité à son encontre⁴. Le législateur n'aurait-il pas confondu volonté de connaître ses origines et filiation ? Le Code de l'action sociale et des familles fait pourtant bien la distinction lorsqu'il précise que « *l'accès d'une personne à ses origines est sans effet sur l'état civil et la filiation* »⁵. Une solution inverse aurait paru plus judicieuse au vu des revendications des enfants nés sous le secret⁶. Dans ce sens, le rapport Leroyer-Théry préconise la réinstauration de la fin de non-recevoir à l'action

¹ Sur le caractère erroné de cette croyance V. E. BADINTER, *L'amour en plus. Histoire de l'amour maternel. XVIIe-XXe siècle*, coll. Littérature & Documents, Le Livre de Poche, 2001.

² cf. *infra* §§229 et s. : l'enfant peut notamment être remis à l'ASE en vue de son adoption.

³ Sur l'idée que le non-établissement de la filiation ne fait pas nécessairement obstacle à la connaissance de ses origines V. par ex. : J. VIDAL, « Un droit à la connaissance de ses origines ? », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'université de sciences sociales de Toulouse, 1996, pp. 733-753. Sur l'importance de l'accès aux origines V. par ex. : G. DELAISI et P. VERDIER, *Enfant de personne*, Odile Jacob, 1994 ; P. VERDIER, *L'adoption aujourd'hui*, Bayard, 1994, p. 100 ; J.-P. ROSENCZVEIG, *Rapport « De nouveaux droits pour les enfants ? Oui... Dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie »*, 29 janvier 2014, p. 65 ; G. DELAISI DE PARSEVAL, « Origines ou histoire ? Plutôt tenter de se construire une identité narrative », *AJ fam.* 2003, p. 94.

⁴ Dans ce sens V. G. VIAL, « Remise en cause de l'accouchement sous X : nouvel échec ! », *RDLF* 2012, chron. n° 17.

⁵ Art. L. 147-7 CASF

⁶ V. M.-L. RASSAT, « Du droit des pupilles de l'État à la connaissance de leurs origines », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 683.

en recherche de maternité en cas d'accouchement sous le secret ainsi que le recueil de l'identité de la mère de naissance en lui garantissant toutefois un anonymat absolu jusqu'à la majorité de l'enfant¹.

En réalité, la suppression de la fin de non-recevoir a été guidée par la recherche d'une égalité homme-femme². En effet, nombreux ont été les auteurs³ à avoir critiqué la différence de traitement de la femme et de l'homme vis-à-vis de la filiation, car depuis 2005⁴ il n'existe plus aucun obstacle à l'action en recherche de paternité. L'homme pouvait donc se voir imposer l'établissement de sa filiation à l'égard d'un enfant qu'il ne désirait pas alors que la femme, si elle accouchait sous le secret, était complètement à l'abri d'une telle action. L'idée sous-tendant l'ouverture de l'action en recherche de maternité était donc étrangère à la recherche de l'intérêt des enfants nés sous le secret. De plus, cette vision égalitariste nie la différence de situation dans laquelle se trouvent l'homme et la femme vis-à-vis de l'engendrement. L'hypothèse où la femme tombe enceinte et mène sa grossesse à terme sans pour autant vouloir jouer un rôle dans la vie de l'enfant demeure rare. Quand cette situation se rencontre, l'enfant, à moins qu'il ne présente un handicap, pourra aisément être adopté. L'accouchement sous le secret apparaît alors protecteur de l'intérêt de l'enfant puisqu'il permet à celui-ci de régler très rapidement la situation de l'enfant en garantissant son intégration dans une nouvelle famille. Cela ne pose finalement problème que dans les situations, très marginales en dépit de leur caractère médiatique, où le géniteur souhaite prendre part à la vie de l'enfant⁵. À l'inverse, probablement en raison de la très faible implication corporelle de l'homme dans l'engendrement, la situation où le père ne souhaite pas investir émotionnellement un enfant qu'il a engendré est bien plus fréquente. Or, en dehors de l'hypothèse rare où la femme choisit d'accoucher sous le secret et où l'enfant est adopté, permettre au géniteur de refuser le statut de parent reviendrait souvent à priver l'enfant de filiation paternelle et des conséquences protectrices qui en découlent. Imposer la filiation paternelle permet, à l'inverse, d'exiger l'exécution par le père de son obligation

¹I. THÉRY et A.-M. LEROYER, *Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalités. Le droit face aux nouvelles valeurs de la responsabilité générationnelle.*, préc., p. 323 et s.

²C'est d'ailleurs ce qu'a estimé le Parlement qui a jugé que cette différence de traitement était contraire aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme : V. Rapport Bourdoleix auprès de la Commission des lois de l'AN, n° 770 ; Dans ce sens V. T. GRÜNDLER, « Les droits des enfants contre les droits des femmes : vers la fin de l'accouchement sous X ? », *La Revue des droits de l'homme* 2013, n° 3.

³V. par ex : C. NEIRINCK, « L'accouchement sous X : le fait et le droit », *JCP G* 10 avril 1996, n° 15, I, 3922 ; S. AUBIN, « Les droits du père face à l'accouchement anonyme », *LPA* 20 mars 2003, n° 57, p. 3 ; A. DIONISI-PEYRUSSE, « Le droit de la filiation issu de la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *D.* 2009, p. 966 ; A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Homme et femme il les créa », *D.* 2008, p. 1216.

⁴L'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 a supprimé les adminicules auparavant nécessaires pour pouvoir engager une action en recherche de paternité.

⁵cf. *infra* §§178 et s.

d'entretien¹, garantissant ainsi à l'enfant des conditions de vie plus confortables. Ainsi, bien que cette inégalité puisse déranger, elle vient en réalité compenser l'inégale implication naturelle du corps de l'homme et de la femme dans l'engendrement qui se répercute sur l'investissement affectif à l'égard de l'enfant.

L'inégalité de l'homme et de la femme dans l'établissement de la filiation se retrouve également dans les critères de celle-ci. En effet, ainsi que cela a été démontré, la filiation maternelle ne peut être imposée qu'à la femme qui a accouché de l'enfant. À cette persistance de l'exclusivité du biologique en matière de filiation maternelle s'oppose un dédoublement du critère permettant d'établir la filiation paternelle.

§2 - Les limites au refus de l'homme permettant de dégager le critère de l'engendrement : le dédoublement du critère du refus

121. Contrairement à la filiation maternelle qui repose de façon exclusive sur le lien biologique résultant de la gestation, il est possible d'observer un dédoublement du critère de la filiation paternelle. En effet, la filiation paternelle de l'enfant conçu dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation peut être imposée en l'absence de tout lien biologique entre l'homme et l'enfant. Au critère biologique vient donc s'ajouter un critère fondé sur la volonté de l'homme de concevoir un enfant dans le cadre d'une procédure d'AMP.

Ces deux critères peuvent également être considérés comme deux modalités d'un fondement commun : l'engendrement. En effet, ainsi que le souligne Victor Deschamps dans sa thèse sur « le fondement de la filiation »², l'engendrement n'implique pas exclusivement la participation biologique à la conception d'un enfant. L'engendrement de l'enfant peut également résulter de la volonté de concevoir un enfant dans le cadre d'une procédure d'AMP. Il est donc possible de concevoir la filiation paternelle comme ayant pour fondement l'engendrement, celui-ci pouvant résulter de l'implication corporelle de l'homme lorsque la conception de l'enfant se fait de façon naturelle (A) ou de sa volonté de concevoir au moyen d'une assistance médicale (B).

¹ cf. *infra* §§323 et s.

²V. DESCHAMPS, *Le fondement de la filiation. De la biologie à l'engendrement, étude sur la cohérence du titre VII du Livre premier du Code civil*, op. cit.

A - L'engendrement par le biologique

122. La faculté de refus de l'homme peut être entravée de façon plus ou moins radicale dans la mesure où il peut se voir imposer le lien de filiation (1) ou simplement le versement de subsides (2). Si l'action aux fins de subsides ne permet pas d'établir la filiation, il semble toutefois important de l'étudier dans la mesure où elle n'est en réalité pas si éloignée que l'on pourrait le croire des actions visant à l'établissement de la filiation en ce qu'elle conduit un homme à remplir une obligation qui découle normalement de la fonction parentale et donc du lien de filiation.

1 - Les actions permettant d'imposer l'établissement de la filiation paternelle

123. Les actions aux fins d'établissement de la filiation sont au nombre de trois : l'action en rétablissement de la présomption de paternité, l'action en recherche de paternité et l'action en constatation de la possession d'état. La première est clairement vouée à ne s'appliquer qu'aux filiations d'enfants nés de parents mariés, la présomption de paternité ne pouvant s'appliquer que dans cette hypothèse. En revanche, les deux dernières semblent davantage sujettes à s'appliquer aux filiations d'enfants nés hors mariage. En effet, la filiation des enfants nés en mariage peut s'établir aussi bien par la possession d'état – par le biais du rétablissement du plein droit de la présomption de paternité – que par la preuve de la paternité – par le biais du rétablissement judiciaire. L'existence de ces modes d'établissement de la filiation de l'enfant né de parents mariés rend donc peu probable l'utilisation de l'action en constatation de la possession d'état ou de l'action en recherche de paternité dans un tel cas¹.

Par ailleurs, le rétablissement de plein droit de la présomption de paternité ne sera pas développé ici. D'abord, parce qu'il ne s'agit pas d'une action en justice mais surtout parce qu'elle n'a *a priori* pas vocation à entraver la faculté de refus du mari dans la mesure où elle suppose que les époux soient toujours mariés et qu'il y ait possession d'état, ce qui rend très peu probable une opposition du mari.

Ainsi, pour mettre en évidence le fait que les actions relatives à l'établissement de la filiation paternelle permettent de dégager le lien biologique comme critère du refus, seront

¹ Les manuels présentent d'ailleurs l'action en recherche de paternité comme une action ne trouvant à s'appliquer que hors mariage : V. Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, coll. Droit civil, LGDJ, Lextenso éditions, 6^e éd., 2018, pp. 533, n° 1120, p. 565 ; P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille*, coll. Dalloz action, Dalloz, 2014-2015, p. 688.

distinguées l'action spécifique au refus de l'enfant né d'un homme marié (a) des actions permettant d'entraver le refus de l'enfant né de parents non mariés (b).

a) L'action spécifique au refus de l'enfant né dans les liens du mariage : l'action en rétablissement de la présomption de paternité

124. En principe, « *l'enfant conçu « ou né » pendant le mariage a pour père le mari* »¹. Toutefois, cette présomption de paternité peut être écartée dans certains cas déterminés : soit « *lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père* »², soit « *en cas de demande en divorce ou en séparation de corps, lorsque l'enfant est né plus de trois cents 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 250-2³, soit de l'ordonnance de non-conciliation, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation* »⁴. Autrement dit, la présomption de paternité est écartée lorsque les circonstances rendent peu probable la paternité biologique du mari. Cela signifie que la présomption de paternité applicable en cas de mariage n'existe que parce que la paternité biologique du mari est la plus probable puisque, si les circonstances tendent à laisser penser le contraire, elle est écartée⁵. La prévalence du critère biologique se retrouve encore dans les conditions permettant l'exercice d'une action en rétablissement de la présomption de paternité. En effet, si cette présomption est écartée lorsque la paternité biologique du mari est peu probable – ce qui a pu faire dire que la présomption de paternité était morte⁶ – elle peut être rétablie judiciairement⁷ à condition de prouver « *que le mari est le père* »⁸.

Cette action peut être exercée par le mari – son non-exercice peut ainsi traduire un refus de l'homme vis-à-vis de l'enfant de son épouse dans certaines hypothèses où la présomption de

¹ Art. 312 C. civ.

² Art. 313 C. civ.

³ Art. 250-2, al. 1, C. civ. : « *En cas de refus d'homologation de la convention, le juge peut cependant homologuer les mesures provisoires au sens des articles 254 et 255 que les parties s'accordent à prendre jusqu'à la date à laquelle le jugement de divorce passe en force de chose jugée, sous réserve qu'elles soient conformes à l'intérêt du ou des enfants* ».

⁴ Art. 313 C. civ.

⁵ Dans ce sens V. par ex : A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Les liens du sang (filiation et vérité biologique) », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, 2015, p. 452.

⁶ G. CHAMPENOIS, « 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.

⁷ Art. 315 C. civ.

⁸ Art. 329 C. civ.

paternité serait écartée¹ – mais également par l'épouse ou même par l'enfant lui-même, ces derniers pouvant ainsi entraver la faculté de refus du mari. En effet, l'article 329 du Code civil prévoit que lorsque « *la présomption de paternité est écartée en application de l'article 313, chacun des époux peut demander, durant la minorité de l'enfant, que ses effets soient rétablis en prouvant que le mari est le père. L'action est ouverte à l'enfant dans les dix années qui suivent sa majorité* »².

125. Pour prouver que le mari est bien le père de l'enfant, ce dernier ainsi que l'épouse pourront avoir recours à tous moyens de preuve bien qu'il soit fort probable qu'ils usent de l'expertise biologique. Cette possibilité avait, en effet, été validée pour une action en rétablissement des effets de la présomption « *pater is est* » sous l'empire du droit ancien – quand la preuve devant être apportée était encore celle de la réunion de fait³, et non comme aujourd'hui la preuve que le mari est le père de l'enfant – par la Cour de cassation qui a estimé que l'expertise biologique « *est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* »⁴. Elle est ainsi venue confirmer l'étendue de sa décision à toutes les actions visant l'établissement de la filiation⁵, à l'exception de l'action en constatation de la possession d'état. Par cette décision, la Cour de cassation a également considérablement rapproché l'action en rétablissement de la présomption de paternité de l'action en recherche de paternité hors mariage. En effet, « *en reconnaissant au demandeur l'accès de droit à cette preuve, la première chambre civile confirme nettement sa volonté de replacer le débat probatoire sur le terrain biologique, là où l'existence d'une présomption légale avait vocation à instaurer une démonstration indirecte, fondée sur des éléments relevant de l'apparence ou de l'opinion commune* »⁶.

Cette tendance a, par la suite, été confirmée par la modification de la preuve devant être apportée dans le but de rétablir la présomption de paternité⁷. Le passage de la preuve de « *la réunion de fait* » des époux à la preuve que « *le mari est le père* » a ainsi eu pour conséquence de confondre l'action en rétablissement de la présomption de paternité et l'action en recherche

¹ cf. *infra* §160.

² Art. 329 C. civ.

³ Ancien art. 313-2, al. 2, C. civ.

⁴ Civ. 1^{re}, 29 mai 2001, n° 99-21.830, Bull. 2001, I, n° 152, p. 99 ; *RTD civ.* 2001, p. 572, note Hauser ; *D.* 2002, p. 2018, note Granet ; *D.* 2002, p. 1588, comm. Cocteau-Senn.

⁵ Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, n° 98-12.806, Bull. 2000, I, n° 103, p. 69 ; *D.* 2001, p. 1427, note Gaumont-Prat ; *D.* 2000, p. 731, note Garé ; *RTD civ.* 2000, p. 304, note Hauser ; *D.* 2001, p. 2868, note Desnoyer.

⁶ D. COCTEAU-SENN, « Dernières précisions sur le régime de l'action en rétablissement de la présomption de paternité légitime », *D.* 2002, p. 1588.

⁷ Cette modification a été apportée par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005.

de paternité. Désormais, elles n'ont plus de différent que le nom puisqu'elles permettent toutes deux de ne forcer l'établissement de la filiation qu'à l'égard de l'homme lié par le sang à l'enfant, peu importe qu'il soit marié ou non à l'accouchée.

b) Les actions entravant le refus de l'enfant né hors mariage

126. Si l'action spécifique à l'enfant né dans les liens du mariage permet de faire ressortir la prévalence du critère, il en va de même de l'action en recherche de paternité (α). Bien que cela apparaisse de façon moins certaine concernant l'action en constatation de la possession d'état d'enfant, le critère biologique semble également présent (β).

α - L'action en recherche de paternité

127. L'action en recherche de paternité permet de faire établir judiciairement la filiation d'un enfant à l'égard de son père¹. Il s'agit d'une action attitrée, exclusivement réservée à l'enfant². Ce dernier peut toutefois être représenté par sa mère³ ou à défaut par son tuteur⁴ durant sa minorité. Ainsi, si le père n'a pas reconnu l'enfant, ce dernier – ou durant sa minorité son représentant légal – peut aller à l'encontre de ce refus en engageant une action en recherche de paternité.

128. La possibilité d'empêcher le refus du père a connu une évolution importante au cours des cinquante dernières années⁵. La recherche de paternité naturelle a été ouverte par la loi du 16 novembre 1912, mais à des conditions extrêmement restrictives qui n'ont été que très peu modifiées par la loi de du 3 janvier 1972. Ainsi, en 1972, pour que la paternité naturelle puisse être imposée, il fallait non seulement prouver l'un des cinq cas d'ouverture énumérés par l'ancien article 340 du Code civil⁶, mais également ne pas se heurter à l'une des fins de

¹ Art. 327, al. 1, C. civ.

² Art. 327, al. 2, C. civ.

³ Art. 328, al. 1, C. civ.

⁴ Art. 328, al. 2, C. civ.

⁵ Pour une étude plus détaillée des évolutions législatives et jurisprudentielles relatives à la recherche de paternité naturelle V. par ex. : F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, coll. Précis, Dalloz, 8^e éd., 2011, pp. 541-554. ; J. CARBONNIER, « La filiation », in *Essais sur les lois*, coll. Anthologie du droit, LGDJ, Lextenso, 2^e éd., 1995, pp. 53-58.

⁶ Il fallait prouver soit un enlèvement ou un viol au moment de la conception, soit une séduction accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, d'abus d'autorité, ou d'une promesse de mariage ou de fiançailles, soit l'existence d'écrits propres à établir la paternité de manière non équivoque émanant du père prétendu, soit le concubinage pendant la période de conception, soit que le père prétendu a participé à l'entretien, l'éducation ou à l'établissement de l'enfant en qualité de père.

non-recevoir de l'ancien article 340-1 du même code¹. Puis, la loi du 8 janvier 1993 est venue limiter de façon importante la possibilité de refus du père prétendu en supprimant les cas d'ouverture et les fins de non-recevoir². Toutefois, la possibilité d'imposer la filiation paternelle n'était pas encore totale car la loi exigeait un début de preuve pour que l'action puisse être engagée³. Ainsi, il n'était pas possible d'apporter la seule preuve du lien biologique en sollicitant une expertise génétique en l'absence de présomption ou indice grave laissant penser que l'homme était bien le père de l'enfant. La possibilité d'établir judiciairement la paternité reposait finalement soit sur l'idée de sanction de l'homme qui s'était mal comporté en exerçant sur la femme des violences physiques ou morales, soit sur la volonté implicite du géniteur⁴ dont le comportement avait trahi son désir de paternité. C'est l'ordonnance du 4 juillet 2005 qui a finalement ouvert totalement l'action en recherche de paternité en supprimant les adminicules exigés par la loi de 1993. Désormais, toutes les conditions de fond qui encadraient autrefois cette action ont disparu.

129. Si l'article 327 du Code civil se contente de poser la règle selon laquelle « *la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée* » sans préciser sur quels critères repose cet établissement forcé de la filiation paternelle, son objectif est en réalité de faire établir la filiation de l'enfant à l'égard de son père biologique. Cela ressort nettement des cas d'ouverture autrefois prévus, ces derniers ayant tous comme point commun de faire apparaître la paternité biologique vraisemblable. Cela ressort de façon encore plus évidente depuis que les progrès de la science ont permis à la jurisprudence de faire de l'expertise génétique et biologique⁵ la preuve par excellence de la paternité, la jurisprudence ayant jugé qu'elle était « *de droit en matière de filiation sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* »⁶. Les

¹ L'action en recherche de paternité n'était pas recevable même en présence de l'un des cinq cas d'ouverture en cas d'inconduite notoire de la mère ou de relations avec un autre homme pendant la période de conception, ou encore si pendant cette période le père prétendu se trouvait dans l'impossibilité physique d'être le père en raison de son éloignement ou d'un accident, ou enfin si le père prétendu établissait par analyse des sangs ou par toute autre méthode médicale certaine qu'il n'était pas le père de l'enfant.

² Sur les modifications apportées par cette loi V. par ex. : P. SALVAGE-GEREST, « De la loi du 3 janvier 1972 à la loi du 8 janvier 1993...ou plaidoyer pour une vraie réforme du droit de la filiation », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille : liber amicorum*, PUS, LGDJ, 1994, pp. 415-426.

³ L'article 340 exigeait alors qu'il existe « *des présomptions ou indices graves* » pour que la paternité hors mariage puisse être judiciairement déclarée.

⁴ V. C. BERNARD, *La paternité en droit français*, Lille III, 20001912, pp.189 et s.

⁵ Par analogie, la jurisprudence étend aux expertises biologiques, telle que la comparaison des sangs, les solutions dégagées par le législateur et la jurisprudence en matière d'expertises génétiques car elles « *poursuivent une même finalité et présentent, grâce aux évolutions scientifiques, une fiabilité similaire* » (Civ. 1^{re}, 12 juin 2018, n° 17-16.793, Publié au Bull. : JurisData n° 2018-010171 ; *Dr. Fam.* 2018, n° 9, comm. 211, note Fulchiron et chron. 3, obs. Egéa ; *AJ fam.* 2018, p. 397, obs. Houssier ; *RTD civ.* 2018, p. 635, obs. Leroyer).

⁶ Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, n° 98-12.806, Bull. 2000, I, n° 103, p. 69 ; *D.* 2001, p. 1427, note Gaumont-Prat ; *D.* 2000, p. 731, note Garé ; *RTD civ.* 2000, p. 304, note Hauser ; *D.* 2001, p. 2868, note Desnoyer.

progrès de la science permettent donc aujourd'hui de relier directement « vérité biologique »¹ et filiation. De plus, ce motif légitime est apprécié de manière très stricte par la jurisprudence².

Le législateur n'a pas prévu la possibilité de faire établir la filiation paternelle de l'enfant né de parents non mariés qu'en prouvant que l'homme est bien le père biologique³. Tout comme pour le rétablissement de la présomption de paternité de l'enfant né de parents mariés, il est également possible d'établir la filiation paternelle de l'homme non marié en apportant la preuve qu'il s'est comporté comme le père de l'enfant. Toutefois, même dans cette hypothèse, toute idée de vérité biologique n'est pas absente.

β - L'action en constatation de la possession d'état d'enfant

130. Si l'utilisation de cette action n'est pas totalement exclue dans le cas d'un enfant né de parents mariés, « lors des débats parlementaires, c'est à l'établissement de la paternité naturelle que les parlementaires avaient songé »⁴. C'est également ce que précise la circulaire du 28 octobre 2011⁵. Cette dernière précise également que, dans la majorité des cas, cette action trouvera à s'appliquer lorsque l'homme non marié « a élevé l'enfant et qu'il est décédé sans l'avoir reconnu »⁶. En effet, l'établissement de la filiation au moyen de la possession d'état, que ce soit par la voie contentieuse ou non⁷, n'est utilisé dans les faits – et de façon assez rare – qu'en cas de décès du père⁸ car, dans ce cas, l'expertise biologique n'est plus possible sauf si *le de cuius* y a expressément consenti de son vivant⁹, ce qui complique la preuve de la paternité

¹ V. J. VIDAL, « La place de la vérité biologique dans le droit de la filiation », *op. cit.* ; J.-P. GRIDEL, « Vérité biologique et droit positif de la filiation (1972-1993) », *D.* 1993, p. 191 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Le mythe du sang en droit de la filiation », *LPA* 16 mars 1994, n° 32 ; L. MAUGER-VIELPEAU, « Une règle prétorienne : L'expertise biologique de droit en filiation (contribution à l'étude sur la diversité des fondements du droit de la filiation) », *op. cit.*

² V. J. HAUSER, « Filiation. - Identification. - Procréation médicalement assistée », *J-Cl C. civ.*, p. 22.

³ Bien que, comme cela a été évoqué, l'objet de la preuve ait été étendu par le législateur afin de permettre à l'enfant né d'une AMP d'engager une action en recherche de paternité à l'encontre du conjoint de sa mère ayant consenti à l'AMP même si celui n'est pas son père biologique.

⁴ P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille, op. cit.*, p. 696.

⁵ Circulaire du 20 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, p. 168.

⁶ *Ibid.*

⁷ Rappelons que la possession d'état peut permettre d'établir la filiation de manière non contentieuse d'une part en ce qu'elle peut conduire au rétablissement de plein droit de la présomption de paternité (art. 314 C. civ.) et, d'autre part, la filiation de l'enfant né hors mariage peut également être établie par possession d'état si celle-ci est constatée par un acte de notoriété (art. 317 C. civ.).

⁸ Pour des exemples d'affaires dans lesquelles la filiation avait été établie par possession d'état après le décès du père : *CA Fort-de-France, 25 mai 2012, n° 11/00320* ; *CA Rennes, 29 novembre 2011, n° 10/01603*.

⁹ Art. 16-11, al. 2, C. civ. : « Sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort ».

qui doit être apportée dans le cadre de l'action en recherche de paternité¹. Il est toutefois possible en théorie que l'action en constatation de la possession d'état soit exercée alors même que le père est toujours vivant et qu'il ne souhaite pas voir sa filiation établie².

131. En matière d'action relative à l'établissement de la filiation, normalement, la filiation se prouve par tous moyens³. Cependant, la Cour de cassation a jugé en 2005 que, contrairement aux autres actions en vue de l'établissement de la filiation⁴, en matière de constatation de la possession d'état l'expertise biologique n'est pas de droit⁵. Si un doute a un temps pu planer sur l'interprétation à donner à cette décision, il est désormais levé, la Cour de cassation ayant précisé qu'« *en matière de possession d'état il ne peut y avoir lieu à prescription d'une expertise biologique* »⁶. Cette solution se comprend dans la mesure où la possession d'état ne correspond pas à une réalité biologique mais à une réalité vécue⁷. La démonstration de l'existence d'une possession d'état ne repose pas pour autant que sur une pure situation de fait. En effet, si antérieurement à l'ordonnance de 2005 la simple possession d'état établissait le lien de filiation⁸, cette solution a été abandonnée afin d'éviter la multiplication de filiations occultes et l'insécurité juridique en résultant⁹. La constatation de la possession d'état par l'autorité judiciaire¹⁰, ou par un acte de notoriété¹¹, est désormais nécessaire pour qu'elle puisse produire des effets sur la filiation.

132. De plus, en dépit de l'exclusion de la preuve par expertise génétique, la possession d'état n'est pas étrangère à toute idée de biologique. En effet, l'article 311-1 du

¹ Du vivant du père, si celui-ci souhaite établir sa filiation à l'égard de l'enfant, il le reconnaîtra car la reconnaissance peut être faite de façon libre tout au long de la vie de l'enfant et sans qu'aucune condition ne doive être remplie. Si au contraire il s'oppose à l'établissement de la filiation, l'enfant – ou durant sa minorité sa mère – recourt généralement à l'action en recherche de paternité.

² L'article 330 du Code civil prévoit d'ailleurs comme point de départ du délai de prescription de l'action en constatation de possession d'état le décès du parent prétendu et la date à laquelle la possession d'état a cessé, ce qui montre bien que le législateur a envisagé la possibilité de recourir à cette action en dehors de l'hypothèse du décès du parent.

³ Art. 310-3, al. 2, C. civ.

⁴ Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, Bull. 2000, I, n° 103, p. 69 *op. cit.*

⁵ Civ. 1^{re}, 6 décembre 2005, n° 03-15.588, Bull. 2005, I, n° 476, p. 400 ; D. 2006, p. 1139, note Granet-Lambrechts ; RTD civ. 2006, p. 98, note Hauser.

⁶ Civ. 1^{re}, 16 juin 2011, n° 08-20.475, Bull. 2011, I, n° 116 ; D., 2011, p. 1757, comm. Siffrein-Blanc.

⁷ F. CHÉNEDÉ, « Rejet de l'expertise biologique en matière de constatation de possession d'état », *AJ fam.* 2011, p. 376 ; A. GOUTTENOIRE, « L'expertise génétique exclue en matière de possession d'état », *Lexbase Hebdo - Ed. Privée Générale*, 14 juillet 2011, n° 448.

⁸ Sur les modifications opérées sur le droit antérieur par l'ordonnance de 2005 V. par ex : P. MURAT, « L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état », *Dr. Fam.* 2006, n° 1, étude 5.

⁹ V. P. MURAT, « Dans l'action en constatation de la possession d'état, l'expertise biologique n'est pas de droit », *Dr. Fam.* 2006, n° 2, comm. 26.

¹⁰ Art. 330 C. civ.

¹¹ Art. 310-3, al. 1, C. civ.

Code civil définit la possession d'état comme « *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* ». Le deuxième alinéa de cet article précise les principaux de ces faits, à savoir que l'enfant ait été traité par l'adulte comme son enfant et inversement, qu'en cette qualité l'adulte ait pourvu à son éducation, que la famille, la société ou encore l'autorité publique aient considéré l'enfant comme étant celui de l'adulte, que l'enfant porte le nom de l'adulte. La jurisprudence a, par ailleurs, précisé que la réunion de tous ces éléments n'est pas nécessaire pour que la possession d'état puisse être considérée comme établie¹. Certes une telle réunion de fait correspond davantage à une réalité vécue, sociologique ou encore affective. Pour autant, elle ne permet d'établir l'existence de la possession d'état que si ces faits révèlent « *le lien de filiation et de parenté* »². Ainsi, c'est bien parce que ces faits révèlent la parenté biologique qu'ils permettent de constituer la possession d'état et d'établir le lien de filiation. Autrement dit, elle fait présumer le lien biologique³.

Ce lien entre possession d'état et vérité biologique se ressent également dans la jurisprudence sans pour autant qu'il soit clairement énoncé. Ainsi, dans une affaire dans laquelle un homme contestait la filiation établie par présomption de paternité, les magistrats de la Cour d'appel avaient, dans un premier temps déclaré l'action irrecevable car ils estimaient que l'enfant avait la possession d'état d'enfant légitime. Ils se basaient pour cela sur le fait que « *M. X... a consenti au mariage de A..., alors mineure, et s'est tenu épisodiquement au courant de sa vie quand elle était plus jeune et que A... n'a jamais possédé d'autre état que celui qui résulte de son titre de naissance* »⁴. Cependant, la Cour de cassation casse cette décision et déclare l'action en contestation recevable en raison de l'absence de possession d'état car « *très peu de temps après la naissance, M. X... avait cessé d'entretenir avec A... les relations qui existent normalement entre un enfant et son père et qu'à la suite de son divorce, il ne payait aucune pension alimentaire et n'exerçait pas le droit de visite et d'hébergement qui lui avait été conféré* »⁵. Or, bien qu'il n'en soit pas fait mention dans l'arrêt de cassation, il n'est certainement pas indifférent que l'examen comparé des sangs réalisé dans le cadre de la procédure de première instance ait révélé l'absence de lien biologique⁶. Cet élément pourrait

¹ Civ. 1^{re}, 5 juillet 1988, n° 86-144.89, Bull. civ. n° 217 ; D. 1989, p. 398, concl. Charbonnier ; RTD civ. 1988, p. 722, obs. Rubellin-Devichi.

² Art. 311-1 C. civ.

³ Dans ce sens V. par ex. : F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille, op. cit.*, pp. 376, n° 420.

⁴ Civ. 1^{re}, 12 juillet 2001, n° 99-14.644 ; D. 2002, p. 2019, note Granet.

⁵ *Ibid.*

⁶ V. J. MASSIP, « Le contrôle par la Cour de cassation de la notion de possession d'état », *LPA*, 18 mars 2002, n° 55, p. 16.

expliquer l'appréciation assez stricte qu'ont faite, en l'espèce, les magistrats de la Cour de cassation de la notion de possession d'état.

Ce lien se retrouve encore à l'occasion de la contestation de la filiation établie de façon non contentieuse par la possession d'état constatée par un acte de notoriété. En effet, l'article 335 du Code civil précise que la « *filiation constatée par un acte de notoriété peut être contestée (...) en rapportant la preuve contraire* ». Or, la jurisprudence autorise aussi bien la preuve du défaut d'existence de la possession d'état que celle de la non-conformité de la filiation à la vérité biologique¹. Cela montre le lien indissociable qui unit possession d'état et lien biologique dans la mesure où, si la possession d'état fait présumer le lien biologique, permettant ainsi l'établissement de la filiation, la preuve que cette filiation n'est pas en réalité conforme à la vérité biologique permet la rupture du lien.

133. Ainsi, bien qu'il soit compréhensible compte tenu de sa spécificité, que l'établissement de la filiation au moyen d'une constatation judiciaire de la possession d'état ne soit possible qu'en apportant la preuve d'une possession d'état et non la preuve biologique, il apparaît souhaitable que le supposé père puisse utiliser la preuve biologique en défense dans le cadre d'une telle action afin d'empêcher l'établissement judiciaire de sa filiation. Pourtant, cette question n'a, à notre connaissance, pas été tranchée. La possibilité pour l'homme d'utiliser l'expertise génétique en défense semble d'autant plus nécessaire que la filiation établie judiciairement lors d'une action en constatation de la possession d'état ne semble pas pouvoir faire l'objet d'une action en contestation de la filiation². Pourtant, certains auteurs³ envisagent cette possibilité car ils excluent que l'autorité de la chose jugée de la décision constatant la possession d'état puisse être opposée à une action en contestation de la filiation, ces deux actions ne portant pas, à leur sens, sur le même objet. Ce raisonnement est discutable car, bien que l'action en constatation de la possession d'état se prononce, comme son nom l'indique, sur l'existence d'une possession d'état, il n'en demeure pas moins qu'elle aboutit à l'établissement judiciaire de la filiation⁴. Elle figure d'ailleurs dans une section du Code civil relative aux « *actions aux fins d'établissement de la filiation* ». Ainsi, si l'établissement de la filiation repose sur la constatation de la possession d'état, il n'en demeure pas moins que l'objet de l'action est

¹ V. P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille, op. cit.*, p. 747.

² Une telle action aurait alors comme avantage de permettre le recours à l'expertise biologique, celle-ci étant de droit.

³ P. MURAT, « Dans l'action en constatation de la possession d'état, l'expertise biologique n'est pas de droit », préc. ; A. GOUTTENOIRE, « L'expertise génétique exclue en matière de possession d'état », préc.

⁴ Dans ce sens V. par ex : J.-J. ANSAULT, « L'influence de la conception française de la filiation sur le système probatoire », *RLDC*, 1^{er} mai 2010, n° 71. Cet auteur considère l'action en constatation de la possession d'état comme une véritable action d'état et non plus comme une simple action en constatation.

bien l'établissement de la filiation. L'autorité de la chose jugée devrait donc interdire tant la remise en cause de la possession d'état que celle de la filiation en dehors des voies de recours ordinaires.

134. Par ailleurs, dans l'hypothèse où une action en contestation serait possible, « *encore faudrait-il qu'une telle action soit encore ouverte* »¹ ! En effet, l'article 321 enferme les actions relatives à la contestation de la filiation dans un délai de dix ans à compter du jour où la personne a commencé à jouir de l'état qui est contesté. Or, dans l'hypothèse où la filiation a été établie à l'occasion d'une action en constatation de la possession d'état, se pose la question de savoir si l'état contesté a commencé au jour de la naissance – l'effet de l'établissement de la filiation étant rétroactif – ou au jour où le jugement est inscrit en marge de l'acte de naissance. Dans la première hypothèse, si l'enfant est âgé de dix ans ou plus, cela aurait pour conséquence de prescrire l'action en contestation au moment même où la filiation est établie². De plus, il a même pu être envisagé que le jugement en constatation de la possession d'état constitue un titre susceptible de faire obstacle à l'action en contestation sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 333 du Code civil si la possession d'état a duré au moins cinq ans avant qu'elle ne soit constatée³. La possibilité de contester la filiation établie au moyen de la constatation judiciaire de la possession d'état demeure donc très incertaine. L'acceptation du recours à l'expertise biologique en défense paraît donc nécessaire.

135. Une solution inverse serait particulièrement inadaptée puisqu'un homme pourrait alors se voir imposer une filiation pour la seule raison qu'il aurait traité un enfant comme le sien – par exemple le temps d'une relation amoureuse avec la mère de ce dernier – alors même qu'il pourrait ne jamais avoir souhaité consacrer juridiquement cette situation de fait et que celle-ci peut très bien avoir cessé depuis. Cela aboutirait à une situation dans laquelle un homme serait prisonnier d'une filiation non souhaitée qui ne correspond ni à une vérité biologique ni à la situation réellement vécue.

De plus, l'un des éléments de la possession fait ici défaut : l'*animus* de l'homme⁴. Autrement dit, l'élément intentionnel, la volonté de se comporter comme le père, qu'il le soit réellement ou non. En effet, la possession d'état, tout comme la possession en droit des biens,

¹A. GOUTTENOIRE, « L'expertise génétique exclue en matière de possession d'état », préc.

²V. *Ibid.*

³P. MURAT, « Dans l'action en constatation de la possession d'état, l'expertise biologique n'est pas de droit », préc.

⁴Pour une vision pluridisciplinaire de la possession V. M. SAULIER, « Possession et possession d'état. Réflexion sur la possession d'état comme technique juridique générale », *RTD Civ.* 2016, p. 555.

nécessite – bien qu'elle soit rarement analysée en ces termes – l'existence de deux éléments : le *corpus* et l'*animus*. Le *corpus* consiste en actes matériels tels, par exemple, le fait que l'homme ait « *pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation* »¹. Ces actes doivent, en outre, être réalisés en qualité de parent. L'enfant doit avoir été traité par celui ou ceux dont on le dit issu « *comme leur enfant* » et les avoir lui-même traités « *comme son ou ses parents* »², ce qui constitue bien une forme d'*animus*. Ainsi, de même que la possession patrimoniale ne peut être qualifiée si les actes matériels sont effectués sans que le possesseur se considère comme titulaire de cet état – puisqu'il est alors simplement détenteur précaire – pour que la possession d'état soit qualifiée, l'homme doit avoir pris soin de l'enfant avec l'intention de se comporter comme son père. Or, l'homme peut très bien s'être comporté comme un père l'aurait fait en prenant soin de l'enfant, palliant ainsi l'absence de son père biologique, sans pour autant se considérer comme son père et vouloir qu'un lien de filiation les unisse. Il pourrait être objecté qu'il s'agit d'une possession d'état d'enfant, et non de parent, et que par conséquent l'existence de l'*animus* doit se vérifier chez l'enfant, et non chez le père prétendu. Le seul fait qu'il se considère comme l'enfant de cet homme serait alors suffisant. Toutefois, cette analyse contredit l'intention réciproque que suppose la possession d'état³. Quand l'enfant est en bas âge, l'intention du père peut même suffire⁴.

La possession d'état ne devrait donc pouvoir être constatée et permettre d'établir le lien de filiation que lorsque l'homme qui se comporte comme s'il était le père se considère également comme tel. Il ne paraît donc pas opportun que l'action en constatation de la possession d'état serve à forcer l'établissement du lien de filiation à l'égard d'un homme qui s'y oppose en ce qu'elle « *exprime avant tout la volonté de considérer un enfant comme le sien* »⁵. La possibilité pour ce dernier de recourir à une expertise biologique comme moyen de défense paraît donc essentielle afin qu'il puisse empêcher l'établissement d'un lien de filiation ne reposant que sur un comportement temporaire qu'il a eu envers l'enfant. « *Car posséder un état, c'est-à-dire posséder toutes les apparences d'une véritable filiation, ne peut être confondu avec la bienfaisance, ni avec le simple fait pour un adulte de traiter un enfant « comme le ferait un parent » sans l'être véritablement* »⁶.

¹ Art. 311-1, al. 2, 2°, C. civ.

² Art. 311-1, al. 2, 1° et 2°, C. civ.

³ Dans ce sens V. art. 311-1, 1°, C. civ : « *Que cette 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* ».

⁴V. J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, LGDJ, 2° éd., 1998, n° 994.

⁵V. MORGAND-CANTEGRIT, *La possession d'état d'enfant*, Lille III, 1993, p. 2.

⁶M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « *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 : liber amicorum*, PUS, LGDJ, 1994, p. 340.

Une telle solution irait, par ailleurs, dans le sens de l'idée selon laquelle le lien de filiation ne peut être forcé qu'à l'encontre d'une personne ayant joué un rôle causal dans l'engendrement de l'enfant, idée qui se retrouve également dans l'action aux fins de subsides.

2 - L'action permettant d'imposer l'aspect pécuniaire de la fonction parentale sans établir la filiation : l'action à fins de subsides

136. Contrairement aux actions évoquées précédemment qui permettent de forcer l'établissement de la filiation à l'égard de l'homme et donc de lui imposer le statut de père, l'action à fins de subsides ne conduit pas à établir de lien de filiation. En effet, cette action vise uniquement à permettre à l'enfant jusqu'à ses vingt-huit ans¹ – ou pendant sa minorité à sa mère en sa qualité de représentant de l'enfant² – d'obtenir des subsides, c'est-à-dire de l'argent, de « celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de la conception »³. Ces subsides prennent la forme d'une « pension d'après les besoins de l'enfant, les ressources du débiteur, la situation familiale de celui-ci »⁴. Il s'agit donc d'une pension alimentaire qui ne dit pas son nom. Comme les aliments, ils sont évalués souverainement par les juges du fond⁵ et révisables en application du droit commun des pensions alimentaires.

Pour autant, le fondement des subsides n'est pas uniquement alimentaire, l'objet de la preuve mettant également en lumière leur versant indemnitaire. Il s'agit de prouver que l'homme de qui l'enfant souhaite obtenir des subsides a eu des relations sexuelles avec sa mère au moment de la conception. Cela sous-tend l'idée que cet homme sera débiteur d'une pension non pas en raison du lien juridique l'unissant à l'enfant – comme c'est le cas en présence d'aliments – mais en raison du risque de paternité qu'a pris cet homme en ayant des relations sexuelles avec la mère de l'enfant. Ce n'est d'ailleurs pas une coïncidence si l'on parle de subsides. Ainsi, « le choix du vocable subsides et non pas aliments est parfaitement délibéré, parce qu'il est dépourvu de signification familiale »⁶.

137. En dépit de sa différence d'objet par rapport aux actions permettant d'établir la filiation, l'action à fins de subsides fait également ressortir la prédominance du critère biologique. En effet, cette entrave atténuée au refus du père permet de forcer l'homme n'ayant

¹ L'art. 342-6 C. civ. renvoie à l'art. 327 C. civ.

² L'art. 342-6 C. civ. renvoie à l'art. 328 C. civ.

³ Art. 342, al. 1, C. civ.

⁴ Art. 342-2, al. 1, C. civ.

⁵ V. exemples jurisprudentiels cités in P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille, op. cit.*, p. 710.

⁶ I. ARDEEFF, « Plaidoyer pour le maintien de l'action à fins de subsides », *AJ fam.* 2012, p. 39.

pas procédé à la reconnaissance d'un enfant qui pourrait être le sien à remplir une obligation pécuniaire à son égard. Or, l'obligation pécuniaire à l'égard de l'enfant constitue une part de la fonction parentale¹ en principe assurée par ceux ayant le statut de parent. La proximité avec les subsides est donc évidente puisqu'ils peuvent être obtenus de la part « *celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de la conception* »², ce qui renvoie ici encore au géniteur – cette fois potentiel – de l'enfant. Les moyens de preuve pouvant être utilisés renforcent encore davantage cette idée. En effet, comme elle l'a fait pour les actions aux fins d'établissement d'un lien de filiation³, la Cour de cassation a jugé qu'« *en matière de subsides, l'expertise biologique est de droit, sauf motif légitime de ne pas y procéder* »⁴.

Une telle solution semble, *a priori*, contre intuitive dans la mesure où, si en matière de recherche de paternité il s'agit de prouver la paternité de l'homme contre qui l'action est engagée – et, si cette preuve est apportée, de la traduire par un lien de filiation -, en matière de subsides, il ne s'agit pas de prouver la paternité avérée de l'homme mais que ce dernier a bien eu des relations avec la mère au moment de la conception. Utiliser la preuve biologique dans ce cas revient alors à déduire de la preuve de la paternité elle-même l'existence de relations sexuelles au moment de la conception et non plus, comme c'était le cas auparavant, à tenter de prouver l'existence de relations sexuelles au moment de la conception pour en conclure qu'il existe un risque de paternité justifiant le versement de subsides. « *Ce raisonnement procédant d'une inversion des données laisse un peu perplexe et dénote une certaine inadaptation du dispositif légal* »⁵.

138. Cette inadaptation révèle peut-être tout simplement le caractère suranné de cette action, du moins telle qu'elle existe aujourd'hui. En effet, le risque de paternité inhérent aux relations sexuelles est aujourd'hui très facile à confirmer ou infirmer, il pourrait donc sembler davantage en accord avec les évolutions de la science de soumettre le versement de subsides à la preuve de la paternité, comme c'est le cas en matière de recherche de paternité, et non plus à la preuve de relations sexuelles. Toutefois, cela reviendrait à ne pas tirer toutes les conséquences de la preuve avérée de la paternité puisqu'en dépit de cette preuve, la filiation ne serait pas établie. Mais cela serait-il vraiment gênant ? D'abord, cette action peut venir répondre à des situations où le désir de la mère de ne pas voir la filiation de son enfant établie à l'égard

¹ cf. *infra* §§323 et s.

² Art. 342, al. 1, C. civ.

³ Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, *op. cit.*

⁴ Civ. 1^{re}, 14 juin 2005, n° 03-12.641, Bull. 2005, I, n° 253, p. 214 ; *RTD civ.* 2005, p. 584, note Hauser ; *D.* 2006, p. 1139, note Granet-Lambrechts.

⁵ S. MIRABAIL, « Repenser l'action à fins de subsides », *Dr. Fam.* 2011, n° 9, étude 19.

de son père biologique se comprend aisément. C'est, par exemple, le cas de l'enfant fruit du viol. « *Certes, le droit ne peut pas suivre toujours la psychologie, mais au moins convient-il que les constructions juridiques proposées ne soient pas destructurantes ou inutilement sources de souffrances* »¹. Ensuite, cette action peut être la seule à même de garantir à la mère et à l'enfant le soutien matériel du père biologique dans les situations où il est impossible d'établir la filiation et donc de réclamer le versement d'une pension alimentaire². Quant à limiter la possibilité d'exercer cette action à ces seuls cas, cela peut sembler peu souhaitable en raison de la difficulté et de l'humiliation que peut constituer pour certaines femmes la preuve qu'elles se trouvent bien dans l'un de ces cas, mais aussi en raison de la situation de tout ou rien à laquelle la suppression ou la limitation de l'action aux fins de subsides conduirait : l'établissement de la filiation et la possibilité de réclamer des aliments ou rien. « *Pourquoi faudrait-il en arriver là alors que le droit actuel offre une possibilité intermédiaire : des subsides sans filiation, un flexible droit ?* »³. Il semble normal que l'enfant puisse bénéficier des meilleures conditions de vie possibles et rien n'empêchera les hommes contraints à verser des subsides de reconnaître leur enfant s'ils souhaitent que le lien qui les unit à l'enfant aille au-delà du seul lien financier.

139. Ainsi, l'action aux fins de subsides, aussi bien que les diverses actions permettant d'imposer l'établissement de la filiation paternelle, vise le plus souvent le géniteur. Toutefois, contrairement à la filiation maternelle, la filiation paternelle ne se fonde pas exclusivement sur le lien biologique unissant parent et enfant. Le développement de la procréation médicalement assistée a, en effet, poussé le législateur à sécuriser la filiation de l'enfant à l'égard de l'homme qui, bien qu'il ne soit pas nécessairement génétiquement lié à l'enfant, est à l'origine de l'engendrement de ce dernier en raison de sa volonté procréatrice.

B - L'engendrement par la volonté

140. Si l'établissement du lien de filiation a longtemps été conçu comme ne pouvant être forcé qu'à l'égard du père biologique, la possibilité d'exercer l'action en recherche de paternité a été étendue à des hypothèses où tout lien biologique entre l'enfant et l'homme auquel la filiation est imposée est exclu de façon certaine. En effet, le législateur a ouvert cette action à l'enfant issu d'une assistance médicale à la procréation avec recours à un tiers donneur. Le

¹P. MURAT, « Couple, filiation, parenté », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 56.

²V. Art. 310-2 C. civ qui prohibe l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard de son second parent lorsqu'il est le fruit d'un inceste.

³I. ARDEEFF, « Plaidoyer pour le maintien de l'action à fins de subsides », préc.

Code civil prévoit, en effet, en son article 311-20 *in fine* que si le conjoint qui a consenti à l'AMP ne reconnaît pas l'enfant, « *sa paternité est judiciairement déclarée* », l'action obéissant aux dispositions des articles 328 et 331 du même code. Or, l'article 328 régit l'action en recherche de paternité. Cette action est donc ouverte à l'enfant issu d'une AMP avec intervention de tiers donneur alors même que l'homme contre qui il peut engager cette action n'est pas son père biologique. Le droit prévoit donc expressément la possibilité de neutraliser le refus du conjoint ayant consenti à l'AMP, refus qui s'exprime par l'absence de reconnaissance, dans une situation où la preuve biologique ne peut permettre d'établir la filiation. La preuve devant être apportée est alors celle du consentement du conjoint à la procédure d'AMP.

L'objet de la preuve en matière d'action en recherche de paternité est donc plurale, la solution étant variable selon que l'on est en présence d'une AMP ou non. Contrairement à la maternité, toujours exclusivement fondée sur le lien biologique attaché à la gestation, la paternité est devenue polymorphe¹. Ce dédoublement des critères de la paternité n'est toutefois pas dénué de cohérence. En effet, en matière d'assistance médicale à la procréation, quelle que soit l'implication biologique des membres du couple, ces derniers sont toujours à l'origine de l'engendrement de l'enfant. Seulement, l'engendrement a ici un caractère volontaire. C'est leur demande d'AMP et leurs volontés maintenues tout au long du processus procréatif qui sont à l'origine de la conception de l'enfant². Ainsi, quand bien même ils ne seraient pas liés biologiquement à l'enfant, ils ne demeurent pas moins responsables de sa conception, ce qui justifie le fait de pouvoir imposer l'établissement de leur filiation s'ils venaient ultérieurement à vouloir se soustraire à leur engagement. Or, si pour la femme cette volonté procréatrice vient se superposer à l'implication biologique que suppose le fait de porter l'enfant et de le mettre au monde, pour l'homme, la prise en compte de cette volonté créatrice, quelle que soit son implication corporelle dans le processus procréatif, entraîne la consécration de deux modalités d'engendrement.

141. L'existence de ces actions en établissement de la filiation révèle qu'il est possible de forcer l'établissement de la filiation maternelle aussi bien que paternelle. Toutefois,

¹ Dans ce sens V. par ex. : G. CHAMPENOIS, « La paternité », *in Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 361. L'auteur souligne le fait que la notion de paternité pose problème en ce qu'elle repose sur divers fondements ; R. THÉRY, « Véritable père et paternité vraie », *JCP G* 1979, I, chron. 2927 qui s'interroge sur ce que sont les pères véritables ; C. BENSÀ, *Famille structurelle, famille fonctionnelle. Réflexion sur le travail prétorien d'adaptation de la notion de famille à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour suprême du Canada*, Toulouse Capitole, Laval, 2018, p. 424, n° 288.

²V. DESCHAMPS, *Le fondement de la filiation. De la biologie à l'engendrement, étude sur la cohérence du titre VII du Livre premier du Code civil, op. cit.*, pp. 28-29, n° 43.

l'unicité du critère de la filiation maternelle et le dédoublement de celui de la filiation paternelle, laissent apparaître une certaine inégalité de l'homme et de la femme vis-à-vis de la filiation. Cette inégalité pressentie se confirme face au refus puisqu'elle se retrouve aussi bien dans la faculté de l'homme et de la femme de refuser l'établissement de la filiation, que dans l'effectivité de leur refus.

Section 2 - L'inégalité de l'homme et de la femme face au refus

142. À la lecture des textes, la volonté du législateur semble avoir été de traiter de façon égalitaire l'homme et la femme au regard de la filiation. D'une part son établissement n'est obligatoire pour aucun d'eux. D'autre part, elle peut en revanche leur être imposée au moyen d'un certain nombre d'actions. Toutefois, cette égalité n'est qu'apparente car « *la différence de statut n'apparaît pas en fait tant dans la loi que dans la pratique* »¹.

L'accouchée et l'homme ayant engendré l'enfant – biologiquement ou par sa volonté procréatrice – se révèlent en réalité très inégaux tant au regard de leur faculté de refus que de l'effectivité de celui-ci. Concernant d'abord la faculté de refus, celle de l'homme s'exprime de façon bien plus aisée que celle de l'accouchée dans la mesure où, là où un comportement actif est exigé de la part de l'accouchée, un comportement passif de l'homme suffit²(§1). À l'inverse, l'effectivité du refus de l'accouchée se révèle nettement plus efficace (§2).

Cette prééminence de l'effectivité du refus de l'accouchée est la raison pour laquelle le refus d'un commun accord par les deux parents ne sera pas traité dans ce chapitre. En effet, dans cette hypothèse, seul le refus de l'accouchée doit nécessairement être exprimé pour que le refus du couple puisse être efficace. L'homme, lui, n'a qu'à rester passif et laisser le refus de la femme opérer. Ainsi, l'hypothèse du refus par le couple recoupe en réalité celle du refus par l'accouchée.

§1 - L'inégalité face à la faculté de refus : le refus de l'homme facilité

143. Les règles relatives à l'établissement de la filiation apparaissent très genrées dans la mesure où les modes d'établissement de la filiation sont très différents selon le sexe du

¹G. KESSLER, « Le droit de ne pas être père », *AJ fam.*, mai 2017, n° 5, p. 292.

² Dans ce sens V. notamment : J. POUSSON PETIT, « Les volontés individuelles et le droit de la filiation charnelle dans les droits européens », *in De la volonté individuelle*, sous la dir. de M. NICOD, Presses universitaires de Toulouse, 2010, p. 57. Dans cet article l'auteure distingue trois types de volontés qui président à l'établissement de la filiation : la volonté active, la volonté négative et la volonté passive.

parent. Ainsi, la filiation de la femme s'établit de manière automatique par sa simple désignation dans l'acte de naissance de l'enfant, tandis que celle de l'homme peut soit s'établir par la seule figuration du nom du mari sur l'acte de naissance par le jeu de la présomption de paternité, soit nécessiter une reconnaissance si l'homme n'est pas marié à l'accouchée. Le mari peut, par conséquent, sembler être dans la même situation au regard de l'établissement de sa filiation que l'accouchée, car, pour chacun d'eux, la désignation dans l'acte de naissance de l'enfant suffit à établir leur filiation. Pourtant, ce n'est pas réellement le cas car, le plus souvent, la déclaration de naissance sera effectuée par le père de l'enfant ou par une tierce personne, mais rarement par la femme. Elle peut donc aisément se voir imposer le statut de parent sans qu'il soit besoin de passer par la voie judiciaire. De plus, il existe des hypothèses dans lesquelles le jeu de la présomption de paternité est écarté.

La faculté de refus de la femme nécessite donc un comportement actif de sa part (A) – à savoir le refus de figurer sur l'acte de naissance ou l'expression de la volonté d'accoucher sous le secret – tandis que, dans l'immense majorité des cas, un comportement passif suffit de la part de l'homme (B). Il lui suffit, en effet, de ne pas reconnaître l'enfant ou de ne pas laisser jouer la présomption de paternité en ne se désignant pas comme le mari de l'accouchée.

A - Le comportement actif nécessaire au refus de la filiation maternelle

144. L'établissement de la filiation maternelle découle automatiquement de l'inscription du nom de l'accouchée sur l'acte de naissance de l'enfant. Le refus de la mère implique donc nécessairement une manifestation de volonté active de sa part. Par ailleurs, l'accouchée peut toujours établir sa filiation à l'égard de l'enfant en le reconnaissant. Ainsi, il est possible de considérer que le fait de ne pas procéder à cette reconnaissance constitue une façon passive de refuser l'enfant.

Le refus de l'accouchée d'établir sa filiation suppose donc un refus initial nécessitant un comportement actif de sa part (1) ainsi qu'une confirmation de ce refus initial se traduisant par un comportement passif (2).

1 - Un refus initial nécessitant un comportement actif

145. Le refus de la femme implique nécessairement un comportement actif de sa part, puisqu'elle doit empêcher l'établissement automatique de sa filiation par la simple figuration de son nom sur l'acte de naissance de l'enfant. Ce comportement actif peut revêtir plusieurs

formes. L'établissement de la filiation de l'accouchée à l'égard de l'enfant peut d'abord être écarté en ne faisant pas figurer l'identité de celle-ci sur l'acte de naissance de l'enfant. Toutefois, dans ce cas, la simple absence de désignation de la mère dans l'acte de naissance n'est pas garantie dans la mesure où l'accouchée n'a pas la maîtrise de la déclaration de naissance (a). Aussi, dans la très grande majorité des cas, la femme qui refuse sa maternité fait le choix de l'accouchement sous le secret car, dans ce cas, le respect de sa volonté est garanti (b).

a) La non-figuration du nom de la mère sur l'acte d'état civil de l'enfant : une effectivité non garantie

146. Si aujourd'hui la désignation de la femme ayant donné la vie à un enfant dans l'acte de naissance de ce dernier suffit à l'établissement de la filiation, quel que soit le statut de cette femme, cela n'a pas toujours été le cas¹. En effet, l'ancien article 319 du Code civil ne considérait l'acte de naissance comme un mode de preuve de la filiation que dans le cadre de la filiation légitime. La Cour de cassation avait, dans un premier temps, étendu cette solution à la filiation naturelle², avant de revenir à sa position antérieure³. Seule la femme mariée voyait donc sa filiation établie à l'égard de son enfant du seul fait qu'elle était désignée comme étant la mère sur l'acte de naissance. La femme non mariée, quant à elle, devait procéder à une reconnaissance devant l'officier de l'état civil, sa seule désignation dans l'acte de naissance étant insuffisante. Sa passivité suffisait donc pour refuser l'enfant. Mais la nécessité d'une reconnaissance était ignorée d'une partie importante de la population, qui pensait que le fait de figurer comme étant la mère sur l'acte de naissance était suffisant⁴. Leur méprise ne se révélait tristement qu'au décès de la femme, l'enfant découvrant qu'à défaut de filiation il ne pouvait lui succéder.

Face à ces situations dramatiques, en 1972, le législateur a permis l'établissement de la filiation maternelle pour les enfants bénéficiant d'une possession d'état à l'égard de la femme désignée comme étant la mère dans l'acte de naissance⁵. Cette modification du droit permettait

¹ Sur les règles applicables avant 2005 V. F. GRANET-LAMBRECHTS, « L'établissement et la contestation des liens de filiation », *AJ fam.* 2003, p. 162 ; M.-P. et G. 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 hommage de François Terré*, coll. Études Mélanges, Dalloz, 1999, pp. 485-508 ; A. GOUTTENOIRE, « Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005 », *Dr. Fam.* 2006, n° 1, étude 6.

² Cass. civ., 1^{er} juin 1853, *aff. Lahirigoyen*.

³ Cass. Civ., 3 avril 1872, *aff. Miquel*.

⁴ Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 475, n° 1015.

⁵ Ancien art. 337 C. Civ. : « l'acte de naissance portant indication de la mère vaut reconnaissance, lorsqu'il est corroboré par la possession d'état ».

ainsi de pallier l'absence de reconnaissance par la mère si celle-ci s'était comportée comme telle à compter de la naissance. Ainsi, dans les cas, devenus rares¹, où la femme non mariée ne reconnaissait pas son enfant, la possession d'état permettait d'établir la filiation si cette femme assumait effectivement la charge de l'enfant. Pourtant, cette différence faite entre les femmes mariées et celles non mariées était de plus en plus critiquée², notamment au regard du principe d'égalité³ ; d'autant plus que la Belgique avait été condamnée par la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme pour des faits similaires en 1979⁴.

Il a pourtant fallu attendre une ordonnance de 2005⁵ pour que le législateur place les femmes mariées et celles non mariées dans une égalité parfaite au regard de la filiation. Désormais, la simple désignation de la femme ayant accouché sur l'acte de naissance de l'enfant suffit pour établir sa filiation à l'égard de ce dernier. Au demeurant, il ressort de l'article 57 du Code civil que, contrairement à la très grande majorité des États européens, cette désignation sur l'acte de naissance n'est pas obligatoire. En effet, cet article dispose que « *si les père et mère de l'enfant ou l'un d'eux ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet* ». Ainsi, « *le secret de l'accouchement n'est pas nécessaire pour refuser la maternité* »⁶ puisqu'en l'absence de mention du nom de la mère sur l'acte de naissance de l'enfant, la filiation maternelle ne peut être établie⁷. Ainsi, le fait de s'opposer à la figuration de cette mention constitue, pour l'accouchée, une possibilité de refuser l'enfant qu'elle a mis au monde.

147. Toutefois, cette faculté s'avère limitée en pratique, la désignation de la femme ayant accouché sur l'acte de naissance découlant rarement d'un acte délibéré de sa part. En effet, l'acte de naissance de l'enfant est dressé à l'occasion de la déclaration de sa naissance

¹ V. F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille, op. cit.*, pp. 389 et s.

²P. RAYNAUD, « L'inégalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement. Où va la jurisprudence ? », *D.* 1980, Chron. 1 ; F. GRANET, « 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*, Dalloz, Litec, 2006, p. 149 ; F. GRANET, « La maternité en questions : état d'alerte », *D.* 2001, p. 3138.

³Sur la pertinence de cet argument V. F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille, op. cit.*

⁴CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, affaire n° 6833/74.

⁵Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation ; V. C. NEIRINCK, « La maternité », *Dr. Fam.* 2006, n° 1, étude 2 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », *RLDC* 2005, p. 21 ; Th. GARÉ, « Une volumineuse circulaire complète l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *RJPF* 2006, p. 12 ; L. MAUGER-VIELPEAU, « Une règle prétorienne : L'expertise biologique de droit en filiation (contribution à l'étude sur la diversité des fondements du droit de la filiation) », *op. cit.*, p. 3.

⁶C. NEIRINCK, « L'accouchement sous X », in *La famille que je veux, quand je veux ? Évolution du droit de la famille*, sous la dir. de C. NEIRINCK, Érés, 2003, p. 97.

⁷Cf. lecture *a contrario* de l'article 311-25 du Code civil. : « *La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant* ».

auprès de l'officier de l'état civil. Cette déclaration doit être faite dans les cinq jours suivant la naissance¹ « *par le père, ou, à défaut du père, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement* »². En raison du court délai dans lequel la déclaration de naissance doit être effectuée, il est très rare que l'accouchée déclare elle-même la naissance de l'enfant. La proximité de la naissance avec la date de déclaration de naissance implique, en effet, que l'accouchée ne soit pas forcément à même d'avoir un comportement actif. Dans la très grande majorité des cas, cette formalité sera effectuée par le père ou par un proche et ce sera donc ces derniers qui désigneront la femme ayant accouché comme étant la mère de l'enfant à l'officier d'état civil.

Même si l'accouchée verbalise son désir de ne pas figurer sur l'acte de naissance de l'enfant, aucune procédure ne garantit que la volonté de la femme soit respectée puisque son consentement n'est pas requis pour que son nom figure sur l'acte de naissance de l'enfant. Le simple fait que son identité soit donnée lors de la déclaration de naissance suffit à établir sa filiation. De plus, une fois cette déclaration faite, il est impossible de la contester, puisque seule la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant peut justifier une action en contestation de maternité³. L'accouchée n'a donc pas la maîtrise de l'établissement de sa filiation. Ainsi, cette possibilité pour la femme de ne pas établir sa filiation à l'égard de l'enfant en refusant expressément que son nom figure sur l'acte de naissance de ce dernier trouvera assez rarement à s'appliquer⁴.

148. La solution antérieure à l'ordonnance de 2005 semblait, par conséquent, davantage en adéquation avec le respect de la volonté de la femme : à défaut de mariage – ce dernier établissant la volonté tacite de fonder une famille – était exigé un acte positif de volonté : la reconnaissance. Au contraire, aujourd'hui, « *à l'exigence d'une manifestation positive de la mère, on substitue l'exigence d'une manifestation négative* »⁵. Or, le refus éventuel de la mère de figurer sur l'acte de naissance de l'enfant a assez peu de chance de s'exprimer puisque, dans la majorité des cas, la déclaration de naissance est effectuée par un tiers.

¹ Art. 55, al. 1, C. civ.

² Art. 56, al. 1, C. civ.

³ Art. 332, al. 1, C. civ.

⁴ V. C. NEIRINCK, « La maternité », préc. ; L. MAUGER-VIELPEAU, « La volonté et la filiation au regard du droit nouveau (À propos de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation) », *LPA* 27 juin 2007, n° 128, p. 3.

⁵ J. HAUSER, « Des filiations à la filiation », *RJPF*, septembre 2005, p. 9.

Cette modification de la législation opérée par l'ordonnance de 2005 tend donc à inciter les femmes ne souhaitant pas voir leur filiation établie à l'égard des enfants qu'elles ont mis au monde à accoucher sous le secret.

b) L'accouchement sous le secret : un mode de refus nécessaire

149. L'accouchement sous le secret, aussi appelé accouchement sous X en raison de la pratique qui veut que la parturiente soit désignée dans son dossier sous le nom de « Madame X », est un usage ancien. Il a toujours existé sous des formes variées dans le but de lutter contre l'exposition d'enfants, l'infanticide et les avortements clandestins qui représentaient un réel danger pour la santé de la femme¹. Pourtant, cette pratique n'est prévue expressément par les textes que depuis la loi du 8 juillet 1993². Initialement prévu à l'article 341-1, à la suite d'une modification opérée par ordonnance en 2005³, l'accouchement sous le secret est aujourd'hui prévu par l'article 326 du Code civil. Il consiste, pour la femme qui se rend dans un établissement de soins pour accoucher, à demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé⁴. Cela se traduit en pratique par le fait qu'elle ne renseigne pas son nom lors de son admission et demande le secret de son identité lors de la déclaration à l'état civil⁵. Par conséquent, l'acte de naissance de l'enfant né sous le secret est dressé de la même façon que s'il avait été trouvé⁶, à la différence près que la femme qui a demandé le secret peut faire connaître les prénoms qu'elle souhaite que l'officier de l'état civil inscrive sur l'acte de naissance de l'enfant⁷. L'alinéa quatre de l'article L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles prévoit d'ailleurs expressément qu'aucune pièce d'identité n'est exigée et qu'il n'est procédé à aucune enquête. Il est donc impossible de savoir qui a donné naissance à cet enfant ou dans quel hôpital la parturiente a été admise. Le nouveau-né est ensuite recueilli par l'ASE

¹ Pour une vision historique de l'accouchement sous le secret V. par ex. : B. TRILLAT, « 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 : liber amicorum*, PUS, LGDJ, 1994, pp. 513-531 ; F. DREIFUSS-NETTER, « L'accouchement sous X », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille : liber amicorum*, PUS, LGDJ, 1994, pp. 99-113.

² Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales.

³ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

⁴ Art. L. 222-6, al. 1, CASF

⁵ Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 533, n° 1120.

⁶ Art. 58 al. 4 C. civ. : « Pareil acte doit être établi, sur déclaration des services de l'assistance à l'enfance, pour les enfants placés sous leur tutelle et dépourvus d'acte de naissance connu ou pour lesquels le secret de la naissance a été réclaté ».

⁷ Art. 57 al. 2 C. civ.

ou par une OAA¹ et il est inutile que la femme qui l'a mis au monde consente à son adoption². Celle-ci n'en a d'ailleurs pas la capacité puisqu'elle est juridiquement une étrangère pour l'enfant³.

Là encore, le non-établissement de la filiation découle de la non-désignation de l'identité de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant. La particularité de l'accouchement sous le secret réside dans le fait que la déclaration de naissance est effectuée par le personnel hospitalier tenu au secret. Ainsi, l'accouchement sous le secret permet de garantir à l'accouchée le respect de sa volonté de ne pas établir sa filiation, contrairement à l'hypothèse de la simple non-désignation de son identité dans l'acte de naissance qui dépend exclusivement de la bonne volonté du déclarant⁴.

150. Or, maintenir la possibilité pour la femme qui accouche de refuser l'enfant dès sa naissance apparaît nécessaire dans l'intérêt de la femme aussi bien que dans celui de l'enfant. En effet, en raison de l'implication corporelle que représente l'engendrement d'un enfant pour la femme qui le porte, une absence totale d'investissement émotionnel semble difficile. Cela apparaît d'autant plus improbable dans l'hypothèse où l'établissement de la filiation serait imposé à la naissance et où la femme qui accouche n'aurait comme possibilité de refuser l'enfant qu'en consentant ultérieurement à son adoption. La suppression de l'accouchement sous le secret ferait donc vraisemblablement courir le risque à l'enfant de développer un attachement insécure, en raison d'abandons puis de récupérations successives, ainsi que le vivent de très nombreux enfants placés souffrant des va-et-vient incessants de leurs parents dans leur vie⁵. À l'inverse, l'accouchement sous le secret permet à la femme qui le souhaite de se détacher au plus tôt de l'enfant et de lui offrir toutes les chances d'une adoption rapide.

¹ La procédure conduisant à l'adoption de l'enfant varie selon que ce dernier est recueilli par l'ASE ou par une OAA. Pour les règles relatives à l'ASE V. les articles L. 224-5 à L. 224-8 CASF, R. 224-18 CASF, 349 et 352 C. civ. Concernant les OAA, la jurisprudence (Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2011, n° 01-19.028) a validé la pratique qui consiste pour ces dernières à constituer une tutelle civile composée de leurs membres qui, passé un délai de deux mois, peut décider de rendre l'enfant adoptable. Pour autant, cette pratique est vivement critiquée en doctrine. V. par ex. C. NEIRINCK, « Adoptabilité et statut d'un enfant sans filiation confié à un organisme autorisé pour l'adoption (OAA) », *Dr. Fam.* 2011, n° 9, comm. 127. *Contra.* V. E. CADOU, « L'enfant de filiation inconnue peut-il être confié à un organisme autorisé pour l'adoption ? », *D.* 2011, p. 2093.

² Art. L. 224-5 CASF ; Dans ce sens, V. Civ. 1^{re}, 6 avril 2004, n° 03-19.026, Bull. 2004, I, n° 107, p. 87 ; *RDSS* 2004, p. 691, comm. Monéger.

³ V. J. MASSIP, « La remise d'un enfant à l'aide sociale en cas d'accouchement anonyme », *D.* 1997, p. 587 ; C. NEIRINCK, « L'accouchement sous X : le fait et le droit », préc.

⁴ cf. *supra* §147.

⁵ V. J. POUSSON PETIT, « Le droit à l'anonymat », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'université de sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 621.

151. Outre le risque de plus en plus contesté d'infanticides et de délaissements « sauvages »¹ que peut faire craindre la suppression de l'accouchement sous le secret², sa nécessité est confortée par l'existence de formes d'accouchements sous le secret dans des États où cette pratique n'est pas pour autant légalisée. En effet bien que, hormis en Italie et au Luxembourg, la filiation maternelle soit obligatoirement établie partout ailleurs en Europe, la pratique admet souvent des moyens de contourner cette règle. C'est par exemple le cas de l'Allemagne³ où, bien que la législation ne reconnaisse pas l'accouchement sous le secret, depuis plus d'une dizaine d'années, plus d'une centaine de maternités permettent aux femmes qui le souhaitent d'accoucher anonymement. La situation est similaire en Autriche, les femmes pouvant en pratique être admises dans un établissement de santé afin d'y accoucher sans décliner leur identité. Par ailleurs, en Belgique, un débat public s'est instauré sur cette question car une centaine de femmes belges viendraient accoucher sous le secret en France tous les ans. De plus, des procédés similaires aux tours qui existaient en France sous l'Ancien Régime, et que l'on appelle aujourd'hui plus communément des « boîtes à bébés », fleurissent un peu partout sur le continent européen (Allemagne, en République Tchèque, en Suisse)⁴. Ainsi, l'absence de lien direct entre l'accouchement sous le secret et la lutte contre l'infanticide et les abandons sauvages doit être remise en question, puisque de nombreux pays n'ayant pas consacré légalement l'accouchement sous le secret usent dans les faits de pratiques similaires.

152. Si la possibilité pour la femme qui accouche de pouvoir refuser l'enfant dès sa naissance apparaît nécessaire, les moyens y aboutissant pourraient toutefois être reconsidérés afin de donner encore davantage de garanties à l'enfant de pouvoir accéder à ses origines⁵. En

¹ V. 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 Si le lien entre le refus de maternité – voire le déni de grossesse – et le fantasme d'infanticide, a pu être mis en évidence par des psychologues (V. C. BONNET, *Geste d'amour. L'accouchement sous X*, Odile Jacob, 1996), les chiffres semblent contredire l'hypothèse d'un lien direct puisqu'il n'y a pas davantage d'infanticides dans les États ne connaissant pas l'accouchement sous le secret (V. C. BONNET, *Les enfants du secret*, Odile Jacob, Paris, 1992, p. 142 ; C. NEIRINCK, « L'accouchement sous X : le fait et le droit », préc. ; D. ROMAN, « La constitutionnalité de la procédure d'accouchement sous X : une décision attendue et prévisible », *RDSS* 2012, p. 750 ; G. VIAL, « Remise en cause de l'accouchement sous X : nouvel échec ! », préc.).

³ V. F. RAINIER, « La signification différente attachée à la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille », *RIDC*, septembre 1993, n° 3, pp. 637-638.

⁴ Pour une vision comparée sur l'accouchement sous X V. B. BARÈGES, *Mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret*, 12 novembre 2010.

⁵ Il est souvent reproché à l'accouchement sous le secret de ne pas garantir un équilibre suffisant entre les droits de la mère – notamment son droit au secret – et le droit de l'enfant à l'accès à ses origines. (V. B. MALLETT-BRICOUT, « Réforme de l'accouchement sous X. - Quel équilibre entre les droits de l'enfant et les droits de la mère biologique ? », *JCP G*, 13 mars 2002, n° 11, I, 119). *Contra* : CEDH, 13 février 2003, *Odièvre c/ France*, n° 42326/98 ; CEDH, 10 janvier 2008, *Kearns c/ France*, n° 35991/04 ; Cons. Constit. déc. n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012.

effet, bien que le législateur ait d'une part ouvert à la femme la possibilité de déclarer son identité auprès du service ayant recueilli l'enfant afin qu'elle soit consignée dans un dossier et a organisé la communication par ces services d'informations non-identifiantes les concernant¹ et, d'autre part, créé en 2002 le Conseil national d'accès aux origines personnelles afin de faciliter l'accès aux origines personnelles², la loi n'impose pas à la femme qui accouche sous le secret de laisser des informations³. Elle est uniquement « invitée à laisser, si elle l'accepte, des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité »⁴. Par ailleurs, même si elle l'a donnée, son identité ne sera révélée à l'enfant que si elle a expressément déclaré vouloir lever le secret ou lorsque le CNAOP la consultera sur ce point⁵. L'accouchement sous le secret pourrait donc être repensé afin d'offrir de meilleures garanties à l'enfant. À titre d'exemple, « une nouvelle conception du secret inspirée de la confidentialité pourrait réaliser ce compromis souhaitable » car « la confidentialité seule est une voie médiane riche et prometteuse »⁶.

À cet égard, les propositions d'évolution de la mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret sont éclairantes⁷. Il a ainsi été proposé de maintenir l'accouchement sous le secret tout en supprimant l'anonymat ; l'idée étant de demander aux parturientes de révéler leur identité lors de leur admission dans l'établissement de soins. Toutefois, la mission parlementaire recommande de ne pas procéder à des enquêtes afin de vérifier la véracité de l'identité donnée. Certes, certaines identités pourraient se révéler fausses mais « accepter une marge faible de fausses identités évite de basculer dans un droit policier dont les excès risqueraient d'être aussi critiquables que la possibilité d'anonymat »⁸.

¹ Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption ; I. LAURENT-MERLE, « La connaissance de ses origines familiales depuis la loi du 5 juillet 1996 », *D.* 1998, p. 373.

² Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État ; M.-C. LE BOURSICOT, « Du secret absolu au secret relatif », *AJ fam.* 2003, p. 86 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « La recherche des origines personnelles et le droit à l'accouchement sous X dans la loi du 22 janvier 2002 - À la mémoire de Brigitte Trillat », *Dr. Fam.* 2002, n° 5, chron. 11 ; P. VERDIER, « La loi du 22 janvier 2002 constitue-t-elle une avancée pour le droit à la connaissance de ses origines ? », *AJ fam.* 2003, p. 92 ; C. NEIRINCK, « La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État : la découverte de la face cachée de la lune ? », *RDSS* 2002, p. 189.

³ V. *Rapport d'activité 2015 du CNAOP*, p. 32 : En 2015, 33,88 % des dossiers clos par le CNAOP l'ont été en raison de l'absence de renseignements permettant l'identification et/ou la localisation de l'un au moins des parents de naissance.

⁴ Art. L. 222-6 CASF

⁵ Art. L. 147-6 CASF ; *Rapport d'activité 2015 du CNAOP*, préc. : 9,92 % des dossiers clos en 2015 l'ont été en raison du refus du parent de naissance de lever le secret de son identité.

⁶ A. BATTEUR, « Secrets autour de la conception de l'enfant (Étude de droit civil) », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, coll. Les Mélanges, Defrénois, 2005, p. 49.

⁷ V. B. BARÈGES, *Mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret*, préc.

⁸ *Ibid*, p. 57.

D'autres propositions semblent intéressantes, telles que l'ouverture de l'accès aux origines personnelles aux demandeurs majeurs, l'ouverture aux femmes ayant accouché dans le secret de la recherche de l'enfant, ou encore l'aménagement de l'accès du secret après le décès de la femme ayant accouché. Enfin, réinstaurer la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité à l'encontre des femmes ayant accouché sous le secret pourrait également les encourager à révéler leur identité ou des informations identifiantes¹.

Si le refus de l'enfant qu'elle a mis au monde par l'accouchée s'exprime nécessairement dans un premier temps par un comportement actif – soit par la possibilité qu'elle a de s'opposer à sa désignation dans l'acte de naissance, soit par le choix de recourir à l'accouchement sous le secret – ce refus, pour être effectif, doit être entériné par un comportement passif, à savoir le non-exercice de la faculté de reconnaître l'enfant.

2 - La confirmation du refus initial par un comportement passif : la non reconnaissance de l'enfant

153. Si, dans la majorité des cas, la filiation entre une mère et son enfant est établie par la simple désignation de la première dans l'acte de naissance du second, la filiation peut aussi être établie via une reconnaissance². Ainsi, alors même qu'elle aurait accouché sous le secret, la femme peut encore procéder à l'établissement de sa filiation en reconnaissant l'enfant. En effet, l'article 316 du Code civil prévoit que lorsque la filiation n'est pas établie par l'effet de la loi, elle peut l'être par reconnaissance. Il s'agit d'un acte juridique par lequel la mère d'un enfant avoue sa maternité et s'engage à en assumer la responsabilité. Il s'agit d'un acte personnel et discrétionnaire. La faculté de la femme de reconnaître l'enfant qu'elle a mis au monde ne sera écartée qu'en cas d'inceste absolu³ ou si l'enfant dispose déjà d'une filiation contraire à l'égard d'un tiers⁴.

Le refus de l'accouchée, initialement exprimé dans l'absence d'inscription de son nom dans l'acte de naissance de l'enfant, est donc confirmé par son abstention à reconnaître l'enfant. Étant donné que la reconnaissance peut, en principe, avoir lieu tout au long de la vie de l'enfant, puisqu'elle n'est enfermée dans aucun délai, il est possible de penser que le refus de l'accouchée

¹ cf. *supra* §120.

² V. P. SALVAGE-GEREST, « La reconnaissance d'enfant, ou de quelques surprises réservées par l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *Dr. Fam.* 2006, n° 1, étude 4.

³ Art. 310-2 C. civ.

⁴ Art. 352, al. 1, C. civ. : « *Le placement en vue de l'adoption met obstacle à toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine. Il fait échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance* ».

est, comme bien souvent celui de l'homme¹, continuellement renouvelé par son abstention à reconnaître l'enfant. Pour autant, dans l'immense majorité des cas, le refus de l'enfant par la femme qui l'a mis au monde est très rapidement verrouillé, empêchant ainsi l'accouchée qui le souhaiterait de revenir sur son refus.

En effet, la possibilité de reconnaître l'enfant cesse dès lors qu'une filiation maternelle est établie à son égard². Cela exclut donc toute possibilité de reconnaissance dans le cas où l'enfant aurait été adopté. La possibilité de reconnaître l'enfant cesse même dès le placement de l'enfant en vue de l'adoption³. Or, dans la très grande majorité des cas où la filiation maternelle d'un enfant n'est pas établie lors de sa naissance, le père biologique n'est pas non plus présent dans la vie de l'enfant⁴. L'enfant sera donc le plus souvent placé en vue de son adoption dès que le délai légal de deux mois sera écoulé⁵. La femme qui a mis l'enfant au monde ne peut donc le reconnaître et en demander la restitution que tant qu'il n'a pas été placé en vue de l'adoption⁶. Passé ce délai elle ne peut, par conséquent, revenir sur son refus. Les effets du refus maternel sont donc particulièrement puissants, ce qui explique la possibilité qui lui est laissée de se rétracter.

154. Mais, en réalité, s'il ménage un juste équilibre entre la possibilité de rétractation de l'accouchée et la sécurisation de la situation de l'enfant, ce délai rend assez peu probable l'exercice par l'accouchée de sa faculté de rétractation. En effet, un délai de rétractation de deux mois est extrêmement court. À titre de comparaison, un délai de réflexion de quatre mois est imposé entre le moment d'une stérilisation à visée contraceptive et le premier rendez-vous médical et la confirmation écrite de la personne de sa volonté de subir l'intervention⁷. L'exercice de son droit de rétractation par l'accouchée sous le secret dans un délai si court apparaît d'autant plus improbable qu'elle se trouve dans un état de grande vulnérabilité physique et psychique. De plus, cette vulnérabilité pourra être amplifiée par la confrontation au

¹ cf. *infra* §§162 et s.

² Art. 320 C. civ.

³ Art. 352 C. civ.

⁴ Ainsi, les raisons qui sont données par les femmes accouchant sous X permettent de mettre en évidence que dans 43 % des cas, elles expliquent leur décision par l'absence du père biologique ou le comportement de ce dernier. V. C. VILLENEUVE-GOKALP, *Études sur les mères de naissance qui demandent le secret de leur identité lors de leur accouchement*, juin 2010.

⁵ Art. 351, al. 2, C. civ.

⁶ En ce sens : Civ. 1^{re}, 6 avril 2004, n° 03-19.026, préc.

⁷ Art. L. 2123-1, al. 4, CSP

regard des tiers et à leur jugement. En effet, l'accouchée sous le secret devra souvent faire face à des comportements et à des discours assez durs de la part du personnel soignant¹.

Son refus est donc particulièrement puissant et revêt un aspect définitif qui ne se retrouve pas dans le refus paternel. L'importance de l'implication du corps de la femme dans l'engendrement rejaillit donc avec force sur les implications de son refus, lequel apparaît bien plus radical quant à ses effets et plus difficile à mettre en œuvre que le refus de la filiation paternelle. En effet, si le refus par la femme du statut de mère nécessite initialement un comportement actif de sa part, seulement entériné par la suite par un comportement passif, le refus par l'homme du statut de père s'exprime presque exclusivement par un comportement passif.

B - Le comportement passif suffisant au refus de la filiation paternelle

155. Si, dans la presque totalité des cas, un comportement passif suffit à l'homme pour refuser le statut de père, l'étude des moyens d'expression du refus d'un enfant par le père prétendu révèle une diversité de situations. En effet, il convient de distinguer l'homme marié de l'homme non marié puisque, si la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle a disparu, le célèbre adage « *pater is est quem nuptiae demonstrant* » – « *si célèbre qu'on pourrait penser qu'il n'y a plus grand-chose à dire à son propos* »² – trouve toujours à s'appliquer. Or, le maintien de la présomption de paternité entraîne l'existence de moyens d'expression du refus spécifiques à l'homme marié ; moyens d'expression du refus dont il semble impossible de faire l'économie, bien qu'il paraisse inutile de s'y attarder longuement dans la mesure où ils ont aujourd'hui perdu beaucoup de leur utilité depuis que la possibilité de reconnaître l'enfant a été étendue à l'homme marié.

Seront donc étudiées dans un premier temps les facultés de refus propres à l'homme marié (1), puis la faculté de refus commune à tous les pères, la reconnaissance (2).

¹R. HENRION, « À propos de l'accouchement sous X : réflexions d'un médecin », *AJ fam.* 2003, p. 90 : « *L'accueil qui leur est réservé est encore trop souvent indifférent, réprobateur ou méprisant, et manque de la plus élémentaire chaleur humaine, ce qui les laisse dans un profond désarroi* ».

²A. LEFEBVRE-TEILLARD, « *Pater is est quem nuptiae demonstrant*. Jalons pour une histoire de la présomption de paternité », in *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, sous la dir. de R. GANGHOFER, PUS, 1992, p. 393.

1 - Les expressions du refus spécifiques au mari de l'accouchée

156. Depuis des temps très anciens¹, une présomption de paternité permet d'établir de façon automatique la filiation du mari à l'égard de l'enfant de son épouse. Si cette présomption a beaucoup évolué au fil du temps, la loi de 1972 lui ayant d'abord donné une coloration plus réaliste² en lui insufflant « *tout à la fois plus de vraisemblance et plus de cohérence* »³ et l'ordonnance de 2005 ayant amoindri sa force tout en maintenant son domaine d'application⁴, elle reste néanmoins applicable lorsque l'enfant naît d'un couple marié⁵. Cette particularité dans l'établissement de la filiation de l'homme marié entraîne des spécificités quant à sa possibilité de refuser l'établissement de sa filiation à l'égard de l'enfant né de son épouse. Il apparaît, en effet, nécessaire de s'interroger sur la possibilité pour le mari de se soustraire à la présomption de paternité afin de déterminer la façon dont son refus peut s'exprimer.

Si le mari est celui qui déclare la naissance de l'enfant à l'officier de l'état civil, il peut écarter l'application de la présomption de paternité en ne se désignant pas comme étant l'époux de la femme qui a accouché. Il s'agit de la seule hypothèse dans laquelle le refus par l'homme de son statut de père devra s'exprimer par un comportement actif (a). Cependant, si le mari n'est pas celui qui a déclaré la naissance de l'enfant, il ne peut être déduit de sa non-désignation dans l'acte de naissance l'expression d'un quelconque refus de sa part. Dans cette seconde hypothèse, c'est le non-rétablissement de la présomption de paternité par le mari qui peut s'interpréter comme l'expression d'un refus (b).

Il est nécessaire de rappeler qu'en ne laissant pas jouer la présomption de paternité ou en ne la rétablissant pas, l'époux ne refuse réellement l'enfant que s'il est responsable de l'engendrement de ce dernier⁶. En effet, dans la plupart des cas, la présomption de paternité est écartée car le mari de la femme qui a accouché n'est pas le père biologique de l'enfant et ne souhaite pas assurer cette fonction à son égard. Il est alors impossible d'appréhender le non-usage de la présomption ou l'absence de son rétablissement comme un refus de l'enfant, puisque tant le rôle causal dans l'engendrement que l'aspect affectif sont ici absents.

¹ V. *Ibid.*

² V. F. BOUVIER, « À la recherche de la paternité », *RTD Civ.* 1990, p. 394.

³ G. CORNU, « La naissance et la grâce », *D.*, 1971, chron. 173.

⁴ V. F. GRANET-LAMBRECHTS, « La présomption de paternité », *Dr. Fam.* 2006, n° 1, étude 3.

⁵ L'avenir de la présomption de paternité est toutefois discuté que ce soit pour envisager de l'étendre au-delà du mariage au contraire la supprimer : V. V. BONNET, « Réflexions sur la présomption de paternité du XXI^e siècle dans ses rapports avec le mariage », *D.* 2013, p. 107.

⁶ cf. *supra* §§124-125.

a) Le refus du mari déclarant la naissance nécessitant un comportement actif : le non-usage de la présomption de paternité

157. Lorsque la femme qui accouche est mariée, la filiation paternelle s'établit normalement à l'égard du mari par l'effet de la présomption de paternité qui touche aussi bien l'enfant conçu que l'enfant né pendant le mariage¹. Cette présomption, aujourd'hui simple², permet d'établir la filiation de l'enfant indivisiblement à l'égard des deux époux par leur simple désignation dans l'acte de naissance de ce dernier.

Cependant, cette présomption peut être écartée dans des cas où il est très improbable que le mari soit le père³ de l'enfant comme « *en cas de demande en divorce ou en séparation de corps, lorsque l'enfant est né plus de trois cents 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-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation* »⁴. À ces critères purement factuels écartant l'application de la présomption de paternité vient s'ajouter le cas dans lequel « *l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père* »⁵. L'enfant peut être déclaré sous le seul nom de la mère ou comme né d'un autre homme, l'essentiel étant que le mari ne figure pas dans l'acte⁶.

Or, hormis le cas où un officier de l'état civil effectue une permanence dans le centre de soins où l'enfant est né – permettant ainsi à la femme qui a accouché de déclarer elle-même la naissance de son enfant – dans la majorité des cas, la naissance de l'enfant est déclarée à l'officier de l'état civil par une autre personne, souvent le père de l'enfant. Il est, par conséquent, envisageable que le mari ne souhaitant pas assumer une paternité qui s'imposerait normalement à lui en vertu de la présomption de paternité décide de ne pas se signaler à l'officier de l'état civil comme étant le père de l'enfant. Ainsi, sa filiation ne serait pas établie à l'égard de l'enfant dont son épouse a accouché.

Au demeurant, le fait que l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari de l'accouchée en qualité de père ne saurait être appréhendé comme une expression du refus de ce dernier que si cet homme est responsable de l'engendrement de l'enfant⁷ et est celui qui a

¹ V. art. 312 C. civ.

² Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation en a limité le domaine en prévoyant des cas dans lesquels elle ne trouve pas à s'appliquer et a ouvert plus largement la possibilité de la renverser.

³ Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille, op. cit.*, pp. 546 et s., n° 1148 et s.

⁴ Art. 313 C. civ.

⁵ Art. 313 C. civ.

⁷ cf. *supra* §§124-125.

déclaré sa naissance à l'officier de l'état civil. En effet, si la naissance a été déclarée par une autre personne que le mari de l'accouchée, il n'est en aucun cas possible d'analyser le fait que la présomption de paternité ait été écartée comme un refus de l'enfant de la part du mari puisque ce dernier n'est en rien à l'origine de l'exclusion de cette présomption. En revanche, le mari disposant de différents moyens lui permettant de rétablir cette présomption, le non-usage de ces moyens pourrait s'analyser comme une expression de son refus.

b) Le refus passif du mari n'ayant pas déclaré la naissance de l'enfant : le non-rétablissement de la présomption de paternité

158. Si l'exclusion de l'application de la présomption de paternité ne peut s'analyser comme exprimant le refus du mari de l'accouchée à l'égard de l'enfant si l'époux n'est pas celui qui a déclaré la naissance de l'enfant, il en va différemment du non-exercice de sa faculté de rétablir la présomption de paternité. Le mari dispose de deux moyens lui permettant de rétablir cette présomption : le rétablissement de plein droit (α) et le rétablissement judiciaire (β).

α - Le non-usage du rétablissement de plein droit de la présomption de paternité

159. Quelle que soit la raison pour laquelle la présomption de paternité a été écartée, elle peut être rétablie de plein droit à condition que l'enfant ait la possession d'état à l'égard du mari et qu'il n'ait pas une filiation paternelle déjà établie à l'égard d'un tiers¹. Cette possibilité a été introduite en 1972 dans l'hypothèse d'une réconciliation des époux postérieure à la déclaration de l'enfant à l'officier de l'état civil. Le rétablissement de la présomption de paternité correspond alors à la réalité affective puisque l'existence d'une possession d'état suppose que l'époux se comporte comme le père de l'enfant.

Il suffira alors à l'époux de produire un acte de notoriété établissant la possession d'état et de saisir le président du tribunal d'une action en rectification de l'acte de naissance de l'enfant². Inutile de prouver que le mari est le père biologique de l'enfant. Cependant, depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005³, « dans le souci d'assurer la sécurité juridique en évitant des filiations occultes en raison d'un défaut d'inscription dans les registres »⁴, les effets légaux de

¹ V. art. 314 C. civ.

²J. MASSIP, « La loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation », *LPA*, 8 juin 2009, n° 113, p. 3.

³ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

⁴P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille*, op. cit., p. 662.

la possession d'état sont subordonnés à la constatation de cette dernière par un acte de notoriété délivré par un notaire¹. La circulaire du 28 octobre 2011 – reprenant les termes de la circulaire du 30 juin 2006² – indique que l'acte de notoriété peut être demandé par les époux, la publicité de l'acte devant ensuite être faite « *en marge de l'acte de naissance de l'enfant sur instructions du Procureur de la République du lieu de conservation de l'acte de naissance* »³. Cette même circulaire précise également que la possession d'état à l'égard du mari doit être « *continue (sans toutefois exiger qu'elle remonte à la naissance) (...) paisible, publique et non équivoque* »⁴.

Même si toutes les conditions en sont remplies⁵, le non-usage de cette possibilité offerte à l'époux de rétablir la présomption de paternité en demandant la délivrance d'un acte de notoriété ne peut s'analyser comme un refus que dans des cas exceptionnels. Le non-établissement de la filiation par le mari ne peut s'interpréter comme un refus que s'il est également responsable de l'engendrement de l'enfant⁶. Or, si le mari assume le rôle de père, il semble peu probable qu'il refuse l'établissement de sa filiation à l'égard de l'enfant, sauf à supposer qu'il n'ait joué aucun rôle causal dans la venue au monde de ce dernier. L'hypothèse du refus par l'absence de rétablissement de plein droit de la présomption de paternité semble donc très peu probable. Il en va de même du non-usage du rétablissement judiciaire de la présomption de paternité.

β - Le non-usage du rétablissement judiciaire de la présomption de paternité

160. L'article 315 du Code civil prévoit que « *lorsque la présomption de paternité est écartée dans les conditions prévues à l'article 313, ses effets peuvent être rétablis en justice dans les conditions prévues à l'article 329 du Code civil* ». Lorsque « *l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père* »⁷ le rétablissement en justice est par conséquent possible.

Les conditions de l'action en rétablissement de la présomption de paternité ont été allégées par l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation. En effet, il était auparavant nécessaire de prouver une réunion de fait des époux dans la période légale de

¹ Art. 317, al. 1, C. civ.

² Circ. du 30 juin 2006 de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

³ Circ. du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, § 251.

⁴ *Ibid.*

⁵ C'est-à-dire l'absence de filiation établie à l'égard d'un tiers et l'existence d'une possession entre l'époux et l'enfant.

⁶ cf. *supra* §§124-125.

⁷ Art. 313 C. civ.

conception rendant vraisemblable la paternité du mari¹. Or, la mise en œuvre de cette condition avait soulevé un certain nombre de difficultés d'application². La condition de mise en œuvre de cette action a donc été modifiée et il est aujourd'hui requis que soit rapportée la preuve que le mari est bien le père de l'enfant.

L'époux a donc la possibilité d'engager une action en rétablissement de la présomption de paternité afin de voir établie sa filiation à l'égard de l'enfant de son épouse. L'expertise biologique a, *a priori*, vocation à s'appliquer ici dans la majorité des cas, celle-ci étant « *de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* »³. Ainsi, le non-usage de cette possibilité de rétablir la présomption de paternité par le mari qui serait le père biologique de l'enfant peut s'interpréter comme une expression de son refus à l'égard de l'enfant de son épouse. C'est également le cas de l'homme ne faisant pas usage du rétablissement de la présomption de paternité alors que l'enfant est issu d'une AMP à laquelle il a consenti.

Cependant, cette action, de même que le rétablissement de plein droit de la présomption de paternité, a grandement perdu de son intérêt⁴ depuis qu'a été ouverte la possibilité pour le mari de reconnaître l'enfant de son épouse dans la mesure où la reconnaissance est volontaire et ne nécessite donc aucune preuve ou acte de notoriété.

2 - L'expression passive du refus commune à tous les pères : la non-reconnaissance

161. La reconnaissance n'a pas toujours été ouverte à tous les hommes. Longtemps réservée à l'enfant naturel⁵, la possibilité pour le mari de reconnaître l'enfant né de sa femme a commencé à être discutée suite à l'ordonnance du 4 juillet 2005, certains auteurs⁶ voyant dans la rédaction du premier alinéa de l'ancien article 316 du Code civil une telle possibilité⁷. Cette

¹ Ancien art. 313-2 C. civ.

² V. Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 551, n° 1158.

³ Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, n° 98-12.806, Bull. 2000, I, n° 103, p. 69 ; D. 2001, p. 1427, note Gaumont-Prat ; D. 2000, p. 731, note Garé ; RTD civ. 2000, p. 304, note Hauser ; D. 2001, p. 2868, note Desnoyer.

⁴ Il semble toutefois qu'elle puisse conserver un intérêt si l'enfant a été reconnu par un autre homme puisque, bien que la question n'ait pas été tranchée en jurisprudence, il est possible de penser que le mari de la mère pourrait demander le rétablissement de la présomption de paternité, ce qui pourrait lui éviter d'avoir à agir en contestation pour pouvoir reconnaître l'enfant.

⁵ V. Ancien art. 335 C. civ.

⁶ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », préc. ; P. SALVAGE-GEREST, « La reconnaissance d'enfant, ou de quelques surprises réservées par l'ordonnance du 4 juillet 2005 », préc.

⁷ Ancien Art. 316, al.1, C. civ. : « Lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance ».

possibilité a, par la suite, été confirmée par une circulaire¹, avant d'être consacrée par la loi de ratification n°2009-61 du 16 janvier 2009².

Ainsi, tous les hommes pouvant désormais reconnaître leur enfant, *a contrario*, le non-exercice de cette faculté peut constituer une expression de leur refus à l'égard de l'enfant. Si cette faculté de refus est en principe totalement libre (a), certains tempéraments à ce principe existent (b).

a) Une faculté de refus en principe libre

162. Tout comme la reconnaissance de la filiation maternelle, la reconnaissance de la filiation paternelle est une faculté libre étant donné qu'il s'agit d'un acte volontaire et discrétionnaire. *A contrario*, il est en principe impossible d'imposer une reconnaissance à un homme ou de le sanctionner en cas de non-exercice de cette faculté³. Ainsi, si la reconnaissance est aujourd'hui ouverte à tous les hommes, ceux-ci peuvent choisir de ne pas exercer cette faculté. Ce comportement passif peut alors traduire l'expression d'un refus.

L'article 315 du Code civil prévoit désormais expressément la possibilité pour le mari de reconnaître l'enfant de son épouse. Cette idée est d'ailleurs confirmée par l'article 316 du même code relatif à l'établissement de la filiation par la reconnaissance, lequel prévoit que « *lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre* » – c'est-à-dire par l'effet de la loi, et donc, par la présomption de paternité – « *elle peut l'être par une reconnaissance de paternité (...) faite avant ou après la naissance* ». Lorsque la présomption de paternité est écartée, elle peut permettre d'établir la filiation plus aisément qu'en ayant recours à l'un des modes de rétablissement de la présomption de paternité⁴ puisqu'il n'est alors besoin ni de constater une possession d'état ni de prouver que le mari est bien le père de l'enfant. Si le non-exercice de cette faculté peut exprimer le refus de l'enfant par l'époux, ici encore cela ne sera le cas que si le mari est également le géniteur de l'enfant. Or, dans la majorité des cas, le fait que le mari ne reconnaisse pas l'enfant de son épouse lorsque

¹ Circ. 30 juin 2006, 1^{re} partie, II, 2. 1. 1, a.

² Art. 315 C. civ. : « *Lorsque la présomption de paternité est écartée dans les conditions prévues à l'article 313, ses effets peuvent être rétablis en justice dans les conditions prévues à l'article 329. Le mari a également la possibilité de reconnaître l'enfant dans les conditions prévues aux articles 316 et 320* ».

³ En revanche, et bien que ce ne soit pas l'objet de notre étude, il faut noter qu'il est désormais possible pour le procureur de la République, sur saisine de l'officier de l'état civil, de faire opposition à une reconnaissance lorsque des doutes sérieux laissent présumer la fraude. La reconnaissance n'est donc plus totalement libre (art. 316-1 C. civ.). Sur la réforme de la reconnaissance par la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée un droit d'asile effectif et une intégration réussie V. L. CARAYON, « Nouvelle procédure de reconnaissance de filiation. Viser les personnes étrangères, frapper tous les pères », *AJ fam.*, octobre 2018, p. 541.

⁴ cf. *supra* §§158 et s.

la présomption de paternité est écartée s'explique par l'absence de lien biologique et de vocation à exercer le rôle de père à l'égard de cet enfant.

Chez l'homme non marié, la reconnaissance constitue la seule possibilité non contentieuse d'établir sa filiation à l'égard d'un enfant. C'est donc par l'absence de reconnaissance que le refus de l'enfant se traduit. Mais ici encore, bien que contrairement à tous les autres modes d'établissement de la filiation¹ la reconnaissance ne réponde à aucun critère hormis la volonté d'établir la filiation, pour que cette absence de reconnaissance puisse être appréhendée comme un refus, encore faut-il que l'homme ait engendré l'enfant.

163. Tout comme la reconnaissance de la filiation maternelle, celle de la filiation paternelle n'est enfermée dans aucun délai et peut donc en principe être réalisée tout au long de la vie de l'enfant. De façon identique, elle est toutefois exclue si une filiation paternelle est déjà établie². Mais une telle situation a bien moins de chance de se présenter qu'en cas de refus maternel. En effet, le plus souvent, la mère biologique fait établir sa filiation à l'égard de l'enfant et ce n'est que si celui-ci est ultérieurement reconnu ou adopté par le conjoint de sa mère, que l'établissement volontaire de la filiation paternelle du père biologique sera exclu. Même alors, seule l'adoption exclura de façon certaine la possibilité pour le père biologique de contester la filiation établie afin de pouvoir faire établir sa propre filiation à l'égard de l'enfant. En effet, même si l'enfant a été reconnu par un autre homme, son père biologique pourra toujours agir en contestation pendant dix ans³, à moins qu'il soit possible de lui opposer une possession d'état d'une durée d'au moins cinq ans⁴. Le refus du père biologique apparaît par conséquent bien moins radical que celui de l'accouchée car, si ce dernier peut plus aisément exprimer son refus de l'enfant en se contentant d'un comportement passif, il peut également plus facilement revenir sur son refus.

¹ À titre d'exemple : l'établissement de la filiation maternelle par l'acte de naissance a pour critère l'accouchement ; l'établissement de la filiation paternelle par présomption de paternité découle du fait que le père est présumé être le mari de la femme ayant accouché ; le rétablissement de plein droit de cette présomption découle de la possession d'état ; le rétablissement judiciaire de la présomption de paternité découle de la preuve que le mari est bien le père.

² Le législateur et la jurisprudence vont même jusqu'à interdire la vérification par l'homme de sa paternité préalablement à la reconnaissance. En effet, l'article 16-11 du Code civil ne permettant en son alinéa 5 la réalisation d'une expertise génétique qu'à l'occasion d'une instance au fond relative à la filiation, la première chambre civile de la Cour de cassation a estimé que le demandeur ne pouvait obtenir en référé, préalablement à la reconnaissance d'un enfant, la réalisation d'une expertise génétique pour confirmer son lien biologique à l'égard de ce dernier (Civ. 1re, 8 juin 2016, n° 15-16.696, Publié au Bull. ; *Dr. Fam.* 2016, n° 9, comm. 173, comm., Fulchiron).

³ Art. 321 C. civ.

⁴ Art. 333, al. 2, C. civ.

La liberté du refus de la filiation paternelle doit toutefois être nuancée en raison des sanctions qu'encourt dans certains cas le père biologique qui ne reconnaît pas l'enfant.

b) Les tempéraments à la liberté de refus : la sanction de la non-reconnaissance dans certains cas

164. La reconnaissance étant un acte personnel et volontaire, il est impossible de contraindre un homme à reconnaître un enfant. Cependant, la liberté de reconnaître l'enfant n'est pas toujours absolue dans la mesure où la loi sanctionne le non-exercice de cette faculté en cas d'AMP avec tiers donneur (α) et où il est arrivé à la jurisprudence d'étendre cette sanction en l'absence d'AMP avec tiers donneur (β).

α - Le tempérament apporté par le droit : la sanction du refus en cas d'AMP avec tiers donneur

165. Dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation avec intervention d'un tiers donneur, les membres du couple « *doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation* »¹. Ce consentement préalablement donné entraîne une certaine rigueur du législateur à l'égard des membres du couple puisqu'il prévoit également que « *celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant* »². Ainsi, s'il est impossible d'imposer à l'homme de reconnaître l'enfant, la législation prévoit pour la mère la possibilité d'obtenir réparation dans ce cas.

Cette rigueur du législateur vis-à-vis de l'homme ayant consenti à une AMP semble contredire, ou du moins atténuer, la liberté qui prévaut normalement en matière de reconnaissance car, même si la reconnaissance reste une prérogative uniquement dévolue à l'homme souhaitant l'exercer sans que l'on puisse la lui imposer, la sanction encourue dans le cadre de l'AMP avec tiers donneur laisse à penser qu'il s'agit en réalité d'une obligation. En effet, dans l'hypothèse où la reconnaissance n'est pas faite, elle donne lieu à des dommages et intérêts tout comme le ferait une obligation non exécutée. Cette solution s'explique par le rôle particulier des membres du couple demandeur à l'AMP dans l'engendrement de l'enfant. En

¹ Art. 311-20, al. 1, C. civ.

² Art. 311-20, al. 4, C. civ.

effet, c'est la volonté de ces derniers qui est à l'origine de l'engendrement de l'enfant conçu dans le cadre de l'AMP. Toutefois, cette sanction montre l'inadaptation des modes classiques d'établissement de la filiation à ce mode d'engendrement. La création d'un mode spécifique d'établissement de la filiation au moyen d'une déclaration commune anticipée de filiation¹ permettrait d'apporter davantage de cohérence.

Si le consentement donné préalablement à la procédure d'AMP peut expliquer la sanction dont l'absence de reconnaissance fait l'objet, cette solution peut en revanche surprendre lorsque la jurisprudence l'adopte en dehors de toute assistance à la procréation.

β - L'extension du tempérament par la jurisprudence hors AMP ?

166. Un arrêt très étonnant de la Cour d'appel de Caen² semble étendre la possibilité de demander réparation en raison du non-exercice de la faculté de reconnaître un enfant au-delà du cas prévu par la loi à l'article 311-20 du Code civil. Cette juridiction a en effet estimé « *qu'en ne procédant pas à la reconnaissance d'un enfant qu'il savait être le sien et en ne lui conférant pas le statut et les avantages attachés à une filiation légalement établie, M. Richard L. a agi avec désinvolture et irresponsabilité et manqué à ses devoirs élémentaires vis-à-vis d'Alexandre G., ce qui est constitutif d'un comportement fautif même s'il n'existe pas de texte stigmatisant ce type d'attitude* ». Certes, dans cette espèce, le demandeur avait toujours eu connaissance du fait qu'il était le père de l'enfant. Il n'en demeure pas moins que la reconnaissance est traditionnellement considérée comme un acte discrétionnaire³ dont le non-exercice ne peut donner lieu à réparation⁴. Bien que cet arrêt demeure, à notre connaissance, isolé, il interroge sur une possible généralisation de la sanction du non-exercice de la reconnaissance dans le cas où l'homme est informé de sa paternité.

Il est possible de s'interroger sur l'opportunité d'une telle solution. Tout d'abord, le non-établissement par l'accouchée de sa filiation à l'égard de l'enfant ne permet pas d'engager sa responsabilité. Il peut donc sembler critiquable qu'il en aille différemment pour le géniteur dans la mesure où cela conduit à une inégalité qui ne trouve aucune justification. Par ailleurs, l'analogie avec les règles relatives à l'AMP ne se justifie pas. En effet, dans le cadre de l'AMP

¹I. THÉRY et A.-M. LEROYER, *Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalités. Le droit face aux nouvelles valeurs de la responsabilité générationnelle.*, préc., pp. 161 et s.

²CA Caen, 29 mars 2012, n° 10/02442

³P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille, op. cit.*, p. 659 ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille, op. cit.*, pp. 566-567, n° 1191-1192.

⁴Civ., 28 octobre 1935, *JCP G*, 1936, p. 325 : la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel retenant la responsabilité du géniteur au motif que le père n'avait aucune obligation de reconnaître et que dans ces conditions, une simple abstention de sa part ne saurait constituer un quasi-délit.

avec tiers donneur la sanction de la non-reconnaissance se justifie par le consentement donné en amont de la procédure et non rétracté. De plus, il existe des actions permettant à l'enfant, ou à la mère durant la minorité de ce dernier, de forcer l'établissement de la filiation biologique¹. Enfin, si un homme – en dehors d'une hypothèse d'AMP – peut engager sa responsabilité en ne reconnaissant pas un enfant qu'il sait être le sien, pourquoi la mère ne verrait-elle pas la sienne engagée pour ne pas avoir exercé une action en recherche de paternité pour faire établir la filiation de son enfant à l'égard de l'homme qu'elle savait être son père biologique ? En effet, l'un comme l'autre disposaient d'un moyen pour faire établir la filiation paternelle de l'enfant et ne l'ont pas fait. Ils sont donc tous les deux responsables du préjudice de l'enfant².

Toutefois, il est également possible de considérer que le durcissement des effets du refus de la filiation paternelle rapprocherait ce refus de la radicalité de celui de la filiation maternelle, allant ainsi dans le sens d'une certaine égalisation de la situation de l'accouchée et du géniteur vis-à-vis de leur responsabilité face à la naissance d'un enfant. Cela conduirait, en effet, à opérer une remise en cause de l'impunité du comportement passif du père vis-à-vis de l'établissement de sa filiation.

Cette inégalité importante dans l'engagement que représente pour l'homme et la femme la naissance d'un enfant est également compensée par l'effectivité donnée par le législateur à leurs refus respectifs, celle du refus de la filiation maternelle se révélant nettement supérieure à celle du refus de la filiation paternelle.

§2 - L'inégalité face à l'effectivité du refus : l'efficacité supérieure du refus de l'accouchée

167. L'homme et la femme se trouvent dans une inégalité très importante vis-à-vis de ce que l'engendrement de l'enfant implique pour chacun d'eux. Cette inégalité biologique se répercute sur la faculté de refus de la filiation maternelle et paternelle puisque, si le refus de la première nécessite un comportement actif de la part de l'accouchée et revêt un caractère définitif, un simple comportement passif suffit au refus de la filiation paternelle et ses effets sont bien moins radicaux.

Cette inégalité importante est toutefois compensée par une inégalité inversée de l'effectivité du refus de la filiation paternelle et de la filiation maternelle. En effet, l'expression facilitée du refus de la filiation paternelle est compensée par une effectivité très limitée de ce

¹ cf. *supra* §§123 et s.

²Dans ce sens V. : C. NEIRINCK, « Le refus de reconnaître son enfant peut-il être fautif ? », *Dr. Fam.* 2012, n° 11, comm. 168.

refus, puisqu'il peut être neutralisé si la mère, ou l'enfant devenu majeur, agit en vue de faire établir la filiation paternelle (A). Inversement, l'expression plus difficile de son refus par l'accouchée est compensée par les effets absolus du refus de la filiation maternelle (B).

A – La possibilité de neutraliser le refus de l'homme

168. Si le refus de la filiation paternelle se révèle aisé, car le comportement passif du géniteur suffit à exclure l'établissement de sa filiation, cette filiation peut ultérieurement lui être imposée par la mère en tant que représentant légal de l'enfant durant la minorité de ce dernier ou par l'enfant devenu majeur¹. L'effectivité du refus de la filiation paternelle est donc soumise à la volonté de la mère et de l'enfant.

169. La preuve utilisée étant le plus souvent la preuve biologique, la possibilité d'imposer l'établissement de la filiation paternelle doit toutefois être nuancée en raison de la nécessité d'obtenir le consentement du prétendu géniteur à l'expertise². Toutefois, même en cas de refus de ce dernier de s'y soumettre, cela ne signifie pas nécessairement qu'il pourra échapper à l'établissement de sa filiation. En effet, les magistrats peuvent tirer toutes les conséquences du refus de se soumettre à une expertise biologique³.

Inversement, cela n'implique pas non plus que le refus du père prétendu de se soumettre à une expertise génétique entraînera nécessairement l'établissement de sa filiation. Il n'en ira ainsi que si des éléments objectifs extérieurs viennent corroborer la vraisemblance de la filiation⁴. Tel sera le cas, par exemple, en cas de preuve d'une liaison intime avec la mère de l'enfant pendant la période légale de conception, de témoignages des proches sur un projet de vie commun autour de la grossesse ou encore de correspondances mentionnant la volonté du prétendu père d'entretenir des relations avec son futur enfant⁵. Ainsi, ce n'est que dans les rares hypothèses où aucun élément extérieur ne viendra corroborer la vraisemblance de la filiation, que le père biologique pourra échapper à l'établissement judiciaire de sa filiation en refusant

¹ Pour davantage de détails sur les différentes actions permettant d'imposer la filiation paternelle cf. *supra* §§123 et s.

² Art. 16-11 C. civ.

³ Art. 11, al. 1, C. pr. civ.

⁴ CA Toulouse, 19 avril 2017, n° 17/259

⁵ Civ. 1^{re}, 22 mars 2017, n° 15-20.547 ; *Dr. Fam.* 2017, n° 6, comm. 126, comm. Fulchiron.

de se soumettre à l'expertise génétique¹. L'établissement de sa filiation dépend donc grandement du souhait de l'enfant ou de son représentant légal.

170. Cela est également vrai lorsque l'enfant a été conçu dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation. Dans ce cas, l'établissement de la filiation ne dépend pas de la preuve biologique mais de la preuve que l'enfant a bien été conçu dans le cadre d'une AMP à laquelle l'homme a consenti. Mais, si la mère décide de ne pas agir en recherche de paternité et de ne pas révéler la vérité concernant sa conception à l'enfant, celui-ci pourra demeurer dépourvu de filiation paternelle sa vie durant. En effet, « *lors de l'enregistrement de la naissance, rien ne permet à l'officier de l'état civil de connaître les circonstances particulières de la conception de l'enfant, puisque la loi enveloppe d'un secret absolu le recours à l'assistance médicale et le don* »². L'AMP n'étant actuellement ouverte qu'aux couples, il n'est d'ailleurs pas exclu que deux personnes ne formant pas en réalité un couple se mettent d'accord pour présenter une demande d'AMP en prévoyant que l'un d'eux ne jouera aucun rôle auprès de l'enfant par la suite.

171. Mais, la possibilité la possibilité pour l'enfant ou son représentant légal de neutraliser le refus de l'homme est limitée dans le temps. En effet, les actions permettant l'établissement de la filiation sont enfermées dans des délais. L'action en recherche de paternité ne peut être exercée par la mère que jusqu'au dixième anniversaire de l'enfant et par ce dernier jusqu'à ses vingt-huit ans³. L'action en constatation de la possession d'état d'enfant, quant à elle, ne peut être exercée que « *dans le délai de dix ans à compter de sa cessation ou du décès du parent prétendu* ». Ce délai n'étant pas fixe, il est possible que cette action soit exercée alors que tant l'enfant que son père prétendu ont un âge avancé. En principe, une fois ces délais écoulés, même si l'enfant n'a aucune filiation paternelle établie et s'il n'apprend qu'ultérieurement l'identité de son géniteur, l'action étant prescrite, il ne peut faire établir sa filiation paternelle. La seule possibilité étant qu'il soit volontairement reconnu par son géniteur puisque la reconnaissance n'est soumise à aucun délai.

Toutefois, cette limite temporelle à la possibilité de neutraliser le refus de l'homme doit désormais être nuancée, en raison de l'essor du contrôle de proportionnalité qui vient remettre

¹La rareté des hypothèses dans lesquelles le père biologique pourra échapper à l'établissement judiciaire de sa paternité est vivement critiquée par certains justiciables qui dénoncent l'existence de ces « paternités forcées ». V. CA Versailles, 10 octobre 2016, n° 15/07061 ; *Dr. Fam.* 2017, n° 1, repère 1, note Fulchiron. Pour un ouvrage sur la question V. également : M. PLARD, *Paternités imposées*, Les liens qui libèrent, 2013.

²P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille, op. cit.*, p. 723.

³ Art. 321 C. civ.

en question l'impossibilité d'agir en établissement de la filiation une fois ces actions prescrites. En 2007, la Cour européenne des droits de l'homme avait déjà condamné Chypre aux motifs que « *l'application d'un délai rigide de prescription à l'exercice d'une action en recherche de paternité, quelles que soient les circonstances particulières d'une affaire donnée et notamment la connaissance des faits relatifs à la filiation paternelle, porte atteinte à la substance même du droit au respect de la vie privée garanti par l'art. 8 de la Convention* »¹. La Cour européenne distingue selon que l'enfant avait connaissance de l'identité de son père, mais s'est abstenu d'engager l'action, et selon qu'il n'en avait pas connaissance et se trouvait donc dans l'impossibilité d'engager l'action dans les délais. Dans la deuxième hypothèse, l'existence d'un délai de prescription fixe est contraire à l'article 8. L'idée selon laquelle l'intangibilité des délais d'action doit pouvoir être nuancée si les circonstances le justifient a, depuis, été consacrée par la jurisprudence française. En effet, les juges du fond effectuent désormais un contrôle de proportionnalité afin de vérifier que, dans le cas d'espèce, les délais dans lesquels l'action relative à la filiation est enfermée ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée au regard du but légitime poursuivi². Ainsi, les délais de prescription dans lesquels est enfermée l'action en recherche de paternité peuvent désormais être écartés s'il est jugé que, dans le cas d'espèce, ils portent une atteinte excessive au droit d'une personne de faire reconnaître son lien de filiation et, par conséquent, à son droit au respect de la vie privée. Le refus paternel est donc de moins en moins efficace, puisqu'il peut désormais être outrepassé alors même que l'action en recherche de paternité est prescrite. Tout dépendra désormais de l'appréciation *in concreto* des juges du fond.

Ainsi, si le refus de l'établissement de la filiation paternelle est grandement facilité par rapport à celui de la filiation maternelle, l'effectivité du refus de l'homme est en réalité dépendante de l'abstention de la mère et de l'enfant à agir en établissement de la filiation paternelle. À l'inverse, la difficulté importante que représente pour l'accouchée le non-établissement de sa filiation est compensée par une effectivité absolue de son refus.

B – Les effets absolus du refus de la femme

172. Le traitement du géniteur et de l'accouchée peut *a priori* sembler égalitaire dans la mesure où, chacun pouvant, d'une part, ne pas faire établir sa filiation et, d'autre part, se la

¹ CEDH, 20 décembre 2007, *Phinikaridou c/ Chypre*, n° 23890/02, §65 ; *AJ fam.* 2012, p. 23, note Perrin.

² V. par ex. Civ. 1^{re}, 6 juillet 2016, n° 15-19.853, Publié au Bull. ; *D.* 6 octobre 2016, n° 33, p. 1980, note Fulchiron ; Civ. 1^{re}, 9 novembre 2016, n° 15-25.068, Publié au Bull. ; *RTD civ.* 2017, p. 111, note Hauser ; *D.* 2017, p. 729, note Granet-Lambrechts ; *D.* 2017, p. 470, note Douchy-Oudot.

voir judiciairement imposée par l'enfant ou, durant la minorité de ce dernier par l'autre parent, leur refus semble identiquement précaire. Pourtant, le géniteur et l'accouchée se trouvent en pratique dans des situations bien différentes. Contrairement au caractère très limité du refus de l'homme, le refus de l'accouchée se révèle en pratique absolu.

D'une part, la femme qui a refusé l'enfant qu'elle a mis au monde à la naissance se trouve dans une situation particulière qui peut rendre extrêmement limitée l'effectivité de l'action en recherche de maternité (1). D'autre part, en cas d'accouchement sous le secret, les conséquences du refus maternel vont bien au-delà de celles qui touchent la seule filiation de l'accouchée, puisqu'elles rayonnent sur le reste des membres de la famille qui auraient été liés à l'enfant en l'absence de refus maternel (2).

1 - L'impossibilité presque totale d'entraver le refus de l'accouchée

173. L'enfant dispose jusqu'à ses vingt-huit ans d'une action à l'encontre de la femme qui l'a mis au monde lui permettant de faire établir sa filiation à son égard¹. Cependant, cette action connaît deux limites.

La première limite à l'établissement forcé de la filiation maternelle s'explique par une raison de pur fait, touchant à la différence des rôles joués par l'homme et la femme dans la procréation. Cette inégalité du rôle joué par chacun dans l'engendrement de l'enfant implique que l'homme peut se trouver dans l'ignorance totale de l'existence de l'enfant si la femme qui le porte décide de ne pas l'informer de sa grossesse, ou si elle ne l'informe que tardivement de la naissance de l'enfant (b).

À cette réalité de faits s'ajoute une seconde limite juridique spécifique à la possibilité pour la femme d'accoucher sous le secret. Cette expression du refus de la filiation maternelle vient renforcer la difficulté pour l'homme de retrouver l'enfant alors même qu'il aurait connaissance de son existence (a).

a) Limitation de droit à l'action en recherche de maternité

174. Le législateur a posé une limitation importante à la possibilité d'exercer une action en recherche de maternité : cette action n'est possible que si une autre filiation maternelle n'a pas été établie auparavant. Cette limite se retrouve dans deux articles du Code civil. D'une part, l'article 325 de ce code dispose que : « *À défaut de titre et de possession d'état, la*

¹ Art. 321 C. civ.

recherche de maternité est admise ». *A contrario*, l'action en recherche de maternité est donc impossible si l'enfant dispose déjà d'un titre ou d'une possession d'état, c'est-à-dire si sa filiation est déjà établie. D'autre part et dans le même sens, l'article 320 précise 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* ». Il en découle que si une filiation maternelle a été établie à l'égard de l'enfant, il lui sera impossible de chercher à établir sa filiation d'origine, sauf à contester la filiation déjà établie.

Or, très souvent, lorsqu'un nouveau-né est refusé avant même que sa filiation ne soit établie, il sera placé en vue de son adoption puis adopté sans problème dès le délai de rétractation de deux mois passé. Ces très jeunes enfants sont, en effet, les plus recherchés par les adoptants. Par conséquent, seuls ceux à particularités auront davantage de mal à trouver des adoptants¹. Or, il est impossible de contester une filiation adoptive, celle-ci étant irrévocable² s'il s'agit d'une adoption plénière, et seulement révoquable pour motifs graves s'il s'agit d'une adoption simple³.

Dans les faits, rares sont donc les enfants qui ont été refusés avant même que leur filiation ne soit établie à l'égard de leurs parents d'origine – que l'accouchement ait eu lieu sous le secret ou non – à pouvoir exercer une action en recherche de maternité à l'encontre de la femme qui les a mis au monde. Cela ne pourra concerner que les rares enfants n'ayant pas fait l'objet d'une adoption ou ceux ayant fait l'objet d'une adoption simple révoquée et, même pour ceux-là, il ne sera pas aisé d'intenter une action en recherche de maternité pour des raisons de pur fait.

b) Limitation de fait à l'action en recherche de maternité

175. Pour que les rares enfants dépourvus de filiation en raison du refus dont ils ont fait l'objet à leur naissance puissent engager une action en recherche de maternité, encore faut-il qu'ils sachent contre qui l'engager et qu'ils puissent prouver que cette femme est celle qui a accouché et qu'elle a bien accouché d'eux⁴. *A priori*, cela ne devrait pas poser problème dans l'hypothèse où le refus de l'accouchée s'est simplement exprimé par sa volonté de ne pas figurer

¹ V. ONED, *La situation des pupilles de l'État. Enquête au 31 décembre 2011*, coll. « La documentation française », 2013, p. 40 : "(...) les plus jeunes pupilles de l'État (admis sans filiation) quittent, pour une part très importante (80 %), le statut par l'adoption et seulement 3 % à leur majorité, principalement du fait d'une difficulté liée à une situation de handicap ou à un état de santé".

² Art. 359 C. civ.

³ Art. 370 C. civ.

⁴ Art. 325, al. 2, C. civ.

dans l'acte de naissance de l'enfant. En effet, dans ce cas, il sera possible de retrouver l'identité de l'accouchée, l'hôpital où elle a donné la vie à l'enfant ayant trace de son admission en vue d'y accoucher. En revanche, cela s'avère beaucoup plus compliqué en cas d'accouchement sous le secret puisque, dans cette seconde hypothèse, l'accouchée n'est pas forcée de révéler son identité. Et, même si elle le fait sous pli fermé lors de son admission¹, comme la possibilité lui en est offerte à l'article L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles, cette identité ne pourra être révélée à l'enfant que si elle y a consenti.

176. Ainsi, en pratique, l'enfant ne pourra effectivement agir en recherche de maternité que si un tiers a eu connaissance des faits et lui a révélé l'identité de sa génitrice. Une certaine inégalité règne donc en la matière puisque, si tous les enfants sans filiation établie peuvent en principe intenter une action en recherche de maternité à l'égard de leur mère prétendue, dans les faits, cette action ne sera effectivement possible que pour certains d'entre eux, en fonction des circonstances de leur naissance et des informations qu'ils auront pu obtenir. Ici encore, il apparaît donc clairement que la suppression de la fin de non-recevoir attachée à cette action n'avait vocation qu'à légitimer l'ouverture totale de l'action en recherche de paternité en parant ainsi, au moins en théorie, aux critiques visant l'inégalité dans laquelle les hommes et les femmes étaient placés du point de vue de leur possibilité de refuser leur filiation. Cette égalité de façade retrouvée se révèle dans les faits d'une grande hypocrisie au regard de l'ineffectivité de l'action en recherche de maternité en cas d'accouchement sous le secret. En revanche, l'effet réel de cette action – à savoir, décourager l'accouchée de révéler son identité pour éviter le risque de toute action – se révèle contraire à l'intérêt de l'enfant.

Comme cela vient d'être démontré, en dépit de la possibilité théorique d'exercer une action en recherche de maternité, le refus de l'accouchée dès la naissance de l'enfant peut rendre très difficile l'établissement de la filiation maternelle. Mais l'incidence d'un tel refus va au-delà des seules répercussions relatives à l'accouchée. En effet, « *les obstacles ainsi dressés à l'établissement judiciaire de la maternité ne concernent pas seulement la mère. Bien que cela puisse a priori surprendre, ils ont un retentissement considérable sur les droits du père* »², ainsi que sur ceux de l'ensemble de la famille.

²M.-P. et G. CHAMPENOIS, « La preuve judiciaire de la maternité : quelques aspects de son évolution depuis la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 », *op. cit.*, p. 498.

2 - Le rayonnement du refus de la mère sur l'ensemble de la famille potentielle

177. L'accouchement sous le secret, en ce qu'il empêche de s'établir la filiation de la femme qui accouche, a pour conséquence de couper l'enfant de sa lignée maternelle, et plus particulièrement de ses grands-parents : la femme qui accouche n'étant pas la mère, les parents de cette dernière n'en sont pas les grands-parents (b).

De plus, si le fait pour le père de ne pas établir sa filiation à l'égard de l'enfant ne se répercute nullement sur la faculté de la mère de faire établir la sienne, les répercussions du refus de l'accouchée sont bien plus importantes. Ainsi, alors que le père biologique dispose théoriquement de la faculté de reconnaître l'enfant, l'accouchement sous le secret a pour conséquence de compliquer l'identification de l'enfant ce qui, en pratique, peut faire obstacle à l'établissement de la filiation paternelle (a).

a) L'incidence sur la filiation paternelle

178. Le problème de l'incidence de l'accouchement sous le secret se pose *a priori* de façon différente pour le père biologique et pour la famille élargie, le père disposant de la faculté d'établir sa filiation à l'égard de l'enfant grâce à la reconnaissance¹. Cependant, en cas d'accouchement sous le secret, il peut s'avérer extrêmement compliqué de reconnaître l'enfant dans les délais. De plus, en raison du secret de l'accouchement, l'enfant peut être difficile à identifier.

En effet, bien que la reconnaissance ne soit enfermée dans aucun délai, elle n'est plus possible dès lors que l'enfant a été placé en vue de l'adoption². Or, dans l'immense majorité des cas, l'enfant à l'égard duquel la mère biologique n'établit pas sa filiation est confié à l'ASE et, une fois le délai de rétractation de deux mois écoulé, placé en vue de son adoption. En dépit de la rigueur que cette solution représente pour le père biologique qui peut tout ignorer de la grossesse et de la naissance de l'enfant, cette solution se justifie par l'intérêt de ce dernier à voir sa situation sécurisée le plus rapidement possible afin de pouvoir se développer sereinement.

¹ C'est certainement cette possibilité théorique ouverte au père de reconnaître l'enfant sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'accord de la mère qui permet à la France – à l'inverse de la Pologne – d'éviter la sanction de la Cour européenne des droits de l'homme : V. J. FLAUSS-DIEM, « Vie familiale et paternité hors mariage : quelques pistes européennes », *RLDC* 2006, p. 33.

² Art. 352, al. 1, C. civ. : « *Le placement en vue de l'adoption met obstacle à toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine. Il fait échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance* ».

179. En revanche, le secret de l'accouchement peut donner lieu à des situations très critiquables où, bien que le père biologique ait reconnu l'enfant avant que celui-ci ne soit placé en vue de son adoption, faute de pouvoir l'identifier avant cette date, la restitution de l'enfant à son père biologique est exclue. Afin d'éviter ce type de situations, la loi du 22 janvier 2002¹ a introduit l'article 62-1 du Code civil en vertu duquel « *si la transcription de la reconnaissance paternelle s'avère impossible, du fait du secret de son identité opposé par la mère, le père peut en informer le procureur de la République. Celui-ci procède à la recherche des date et lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant* ». Cette mesure s'avère pourtant insuffisante car, si l'enfant est régulièrement placé en vue de l'adoption au moment où le père parvient à le retrouver et en demande la restitution, celle-ci lui sera obligatoirement refusée en vertu de l'article 352 du Code civil².

Il est absolument primordial que ce type de situations, dans lesquelles des adoptants et des parents biologiques se déchirent pour savoir qui élèvera l'enfant, disparaissent. Elles sont dramatiques, aussi bien pour les parents biologiques que pour les candidats à l'adoption et l'enfant. Il y va de l'intérêt de tous les intéressés de poser des règles claires et de les appliquer de façon rigoureuse. Il ressort, en effet, de la jurisprudence que ce contentieux est souvent dû à la négligence, voire même à la mauvaise foi de certains services sociaux qui s'empresent parfois de placer l'enfant en vue de son adoption alors même qu'ils ont connaissance des démarches entreprises par le père biologique. Certains dénoncent même « *une « politique » des services sociaux, au moins dans certains départements, qui reconstruit la famille autour de la seule maternité et d'un intérêt de l'enfant qu'ils sont les seuls à apprécier* »³.

180. Cette problématique, qui trouve régulièrement des illustrations en jurisprudence⁴, pourrait pourtant être évitée s'il était mis fin au secret de l'accouchement⁵. L'identification de l'enfant ne ferait ainsi plus obstacle à l'établissement de la filiation paternelle et à l'information des services. Un fichier des reconnaissances pourrait, dans ce but,

¹ Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002, relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État.

² Art. 352, al. 1, C. civ. V. également sur ce point : Circ. n° CIV/13/06, 30 juin 2006, de présentation de l'ordonnance n° 2005-759 portant réforme de la filiation, citée in P. MURAT, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 758 : « *L'identification de l'enfant devant impérativement être effectuée avant le placement de l'enfant, faute de quoi la reconnaissance paternelle se verrait priver d'effet, le procureur doit immédiatement être alerté* ».

³ J. HAUSER, « Accouchement sous X : des pratiques douteuses », *RTD Civ.* 2014, p. 635.

⁴ V. CA Riom, 16 décembre 1997, n°XR161297X ; *JCP G*, n° 1, janvier 1999, p. 101, comm. Rubellin-Devichi ; *Civ. 1^{re}*, 7 avril 2006, n° 05-11.285, Bull. 2006, I, n° 195, p. 171 ; *RDSS* 2006, p. 575, obs. Neirinck ; *D.* 2006, p. 1707, note Revel ; *Dr. Fam.* 2006, n° 6, comm. 124 Murat ; TGI Nantes, 24 avril 2014, n° 14/00325 ; CA Riom, 5 mars 2019, n° 18/0171 ; *RJPF*, n° 5, mai 2019, p. 43, comm. Le Boursicot.

⁵ Pour des développements sur cette proposition qui devrait être accompagnée d'un rétablissement de la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité afin d'encourager l'accouchée à révéler son identité sans crainte de voir sa filiation établie cf. *supra* §120.

être créé¹. Dès lors que le père biologique aurait procédé à la reconnaissance et saisi le procureur de la République dans les délais, le placement en vue de l'adoption ne serait plus possible. Cela permettrait de mettre fin à de longs contentieux dont la solution n'est favorable à aucun des intéressés et peut même se révéler inapplicable. En effet, lorsque la solution choisie par les magistrats est la restitution de l'enfant à son père biologique, elle n'est le plus souvent pas appliquée tant il est contraire à l'intérêt de l'enfant ayant déjà vécu le traumatisme d'être séparé de la femme qui l'a porté et mis au monde d'être séparé des seuls parents qu'il a connus et qui ont pris soin de lui pendant des mois, voire des années.

Puisqu'elle peut avoir des conséquences radicales sur la possibilité pour le père biologique d'établir sa filiation, l'accouchement sous le secret a, à plus fortes raisons, des incidences sur la possibilité pour les grands-parents biologiques de l'enfant de créer des liens avec celui-ci.

b) L'incidence sur la famille élargie : les grands-parents

181. En refusant d'établir sa filiation à l'égard de l'enfant qu'elle a mis au monde, l'accouchée prive également cet enfant de tout lien avec ce qui aurait pu être sa famille maternelle dans la mesure où, en faisant ce choix, « *elle décide du même coup de ne pas l'inscrire dans sa descendance ni dans son ascendance, donc dans la lignée maternelle* »². Or, certains grands-parents ayant appris l'accouchement sous le secret de leur fille ont tenté d'aller à l'encontre de sa décision en essayant de s'opposer au prononcé de l'adoption de l'enfant ou, en amont, en faisant un recours contre l'arrêté d'admission de celui-ci en qualité de pupille de l'État. Si l'intervention à l'instance en adoption demeure exclue (b), le législateur a récemment facilité le recours des grands-parents contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État (a).

α - Le recours facilité contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État

182. Suite à l'accouchement sous le secret, l'enfant est recueilli par l'ASE. Au cours du délai de rétractation de deux mois dont dispose la femme qui l'a mis au monde, il fait l'objet d'un procès-verbal provisoire d'admission en qualité de pupille de l'État, avant d'être admis de

¹ V. C. BERNARD-XEMARD, « Naître sans mère... et le père ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, Lextenso, 2012, p. 33.

² Dans ce sens V. par ex : F. GRANET-LAMBRECHTS, « Le choix de donner la vie sans qu'une filiation soit établie », in *Être parent aujourd'hui*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2010, pp. 27-38.

façon définitive en cette qualité par arrêté du président du Conseil départemental¹. Mais les textes² prévoient que cet arrêté peut être contesté par un certain nombre de personnes, dans un délai de trente jours à compter de la réception de la notification.

183. Avant 2013, la qualité des grands-parents biologiques à exercer un recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État n'était pas certaine. En effet, l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles ne prévoyait pas expressément leur qualité à agir. En vertu de ce texte, le recours ne pouvait être exercé que « *par les parents, en l'absence d'une déclaration judiciaire d'abandon ou d'un retrait de l'autorité parentale, par les alliés de l'enfant ou toute autre personne justifiant d'un lien avec lui, notamment pour avoir assuré sa garde, de droit ou de fait, et qui demande à en assumer la charge* ». N'étant unis à l'enfant par aucun lien juridique, la qualité à agir des grands-parents biologiques était donc soumise à l'appréciation des magistrats de l'existence ou non d'un lien entre les demandeurs et l'enfant³.

Mais, suite à une décision du Conseil constitutionnel⁴ prononçant la non-conformité de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles, l'article a été modifié⁵ et de nouvelles personnes ont été ajoutées à la liste des demandeurs possibles à une action en contestation de l'arrêté d'admission. C'est notamment le cas du père de naissance et des membres de la famille de la mère ou du père de naissance, lorsque l'enfant a été admis en application du 1^o de l'article L. 224-4 du Code de l'action sociale et des familles, ce qui vise, notamment, les enfants nés sous le secret. Ainsi, les grands-parents d'origine ont désormais expressément qualité à agir en vertu de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles.

184. Toutefois, encore faut-il qu'ils soient informés de l'existence de l'enfant, l'arrêté ne leur étant notifié que s'ils ont manifesté un intérêt pour l'enfant auprès du service de l'aide sociale à l'enfance⁶. Or, les femmes accouchant sous le secret ne préviennent pas systématiquement leurs parents de la naissance de l'enfant. Toutefois, aucun délai de forclusion ne peut leur être opposé car le Code de l'action sociale et des familles ne fait courir ce délai

¹ V. Art. L. 224-8 I CASF

² Art. L. 224-8, II, CASF

³ Pour un exemple de reconnaissance de la qualité à agir des grands-parents biologiques en raison du lien créé par les visites régulières faites à l'enfant dès sa naissance et les nombreuses démarches effectuées dans le but de l'accueillir V. CA Angers, 26 janvier 2011, n° 10-01339 ; *RLDC* 2014, p. 111, note Le Boursicot ; *Dr. Fam.* 2011, n° 3, comm. 37, Neirinck.

⁴ Décision n°2012-268 QPC du 27 juillet 2012.

⁵ Loi n° 2013-403 du 17 mai 2013. Pour un commentaire de cette loi V. par ex. : M.-Ch. LE BOURSICOT, « Qui trop embrasse mal étireint », *RLDC* 2014, p. 111.

⁶ Art. L. 224-8, III, CASF

qu'à compter de la réception de la notification de l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État¹. Cela a pu laisser penser que les membres de la famille de naissance ne s'étant pas vu notifier l'arrêté d'admission pouvaient le contester sans condition de délai et que, par conséquent, le recours ne cessait que lorsque l'enfant, adopté ou majeur, perdait le statut de pupille de l'État². Toutefois, la Cour de cassation est venue préciser que toute action devenait impossible une fois l'enfant placé en vue de son adoption³. Afin de remédier au moins en partie à cette insécurité juridique, il pourrait être envisagé d'instaurer une publication de l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État et un délai de recours uniforme afin de rendre l'arrêté opposable à tous et de protéger ainsi l'intérêt de l'enfant en sécurisant son devenir⁴.

185. Ce pas du législateur vers les grands-parents, qui permet à ceux qui ont connaissance de l'existence de l'enfant de s'opposer à l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État de leur petit-enfant sans que puisse être discutée leur qualité à agir, apparaît suffisant. En effet, une information systématique de la famille de l'accouchée n'est pas opportune car elle reviendrait à reconnaître un droit de la famille élargie sur l'enfant en la laissant juge de l'opportunité de neutraliser le refus de l'accouchée. Or, c'est par le lien juridique qui l'unit à la femme qui l'a porté et mis au monde que l'enfant entre dans la famille de celle-ci. Aller plus loin dans la possibilité pour les grands-parents biologiques de remettre en question le choix de leur fille d'accoucher sous le secret conduirait à conférer au lien biologique une importance qu'il ne doit pas avoir.

Cela justifie également l'exclusion de l'intervention par les grands-parents biologiques à l'instance en adoption. En effet, « *l'arbre du recours contre l'arrêté d'admission cache la forêt de la remise en cause de la décision prise par les parents de faire adopter leur enfant* »⁵. Ainsi, s'ils n'ont connaissance de l'existence de l'enfant que plus tardivement, les grands-parents tentent parfois d'intervenir dans la procédure d'adoption.

¹ Art. L. 224-8, IV, CASF

²V. P. SALVAGE-GEREST, « Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État : une pépinière de conflits insolubles », *AJ fam.*, juin 2018, p. 354.

³Civ. 1^{re}, 5 décembre 2018, n° 17-30.914, Publié au Bulletin ; *AJ fam.* 2019, p. 43, note Salvage-Gerest.

⁴P. SALVAGE-GEREST, « Pupilles de l'État : on ne pourra pas dire qu'on ne savait pas. À propos de l'article L. 224-8 CASF », *AJ fam.* juillet 2016, p. 379.

⁵F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Les chemins de l'adoptabilité », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, 2015, p. 493.

β - L'exclusion justifiée de l'intervention à l'instance en adoption

186. Des grands-parents, qui n'avaient eu connaissance de l'accouchement sous le secret de leur fille qu'à la suite de son suicide, grâce aux indiscretions du CNAOP ou d'une généalogiste¹, ont également tenté d'obtenir la restitution de l'enfant alors que celui-ci avait déjà été placé en vue de l'adoption.

La Cour d'appel de Paris a confirmé le jugement de première instance² en déclarant irrecevable leur intervention dans la procédure d'adoption aux motifs que « *dès lors que le lien de filiation unissant prétendument l'enfant à feu Pauline X...n'était pas établi, de même par conséquent que le lien allégué entre l'enfant et eux, et ne pouvait pas l'être dès lors que la mère avait souhaité que soit préservé le secret de son identité comme l'article 326 du Code civil l'y autorisait* »³. Cet arrêt avait, en effet, été rendu antérieurement à la loi du 16 janvier 2009, laquelle a supprimé la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité en cas d'accouchement sous le secret. Par conséquent, il était alors impossible de faire établir la filiation de l'accouchée à l'égard de l'enfant et, par voie de conséquence, le lien unissant les grands-parents à leur petit-enfant. Ce raisonnement pourrait laisser penser que cette fin de non-recevoir ayant été supprimée, la solution pourrait aujourd'hui différer. Pourtant, il n'en est rien car, si la solution semble justifiée, le raisonnement, lui, est en réalité erroné à plusieurs égards.

187. Tout d'abord, bien que l'action en recherche de maternité soit aujourd'hui – du moins en théorie – possible à l'égard de l'accouchée sous X, cela ne change en rien la situation des grands-parents, cette action étant une action attitrée réservée à l'enfant⁴. Elle peut toutefois, pendant sa minorité, être exercée en son nom par son représentant légal, autrement dit par le parent à l'égard duquel la filiation est établie⁵ ou par son tuteur⁶. Ainsi, la seule possibilité pour les grands-parents de faire établir la filiation de leur fille à l'égard de leur petit-enfant serait d'être les tuteurs de ce dernier. Or, dans l'hypothèse d'un accouchement sous le secret, cela n'est possible que s'ils ont obtenu la tutelle de l'enfant en vertu de l'article 390 du Code civil, ce qui suppose un recours préalable contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État,

¹ Dans ce sens V. P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille, op. cit.* ; P. MURAT, « Les grands-parents, l'accouchement anonyme de leur fille et l'adoption de l'enfant », *Dr. Fam.* 2008, n° 7-8, comm. 102 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Droits de l'enfant : chroniques d'actualité législative et jurisprudentielle n° 5 », *LPA*, 2 juin 2009, n° 109.

² TGI Créteil, 6 juin 2007, n° 06/17903

³ CA Paris, 10 avril 2008, n° 07/11288

⁴ Art. 325, al. 2, C. civ.

⁵ Art. 328, al. 1, C. civ.

⁶ Art. 328, al. 2, C. civ.

et donc qu'ils aient eu connaissance de l'existence de l'enfant avant son placement en vue de l'adoption¹. En effet, et c'est là le point central qui montre la faiblesse du raisonnement de la Cour d'appel, le placement de l'enfant en vue de son adoption faisant obstacle à sa restitution à sa famille d'origine, le fait qu'un lien soit établi ou non à l'égard des grands-parents ne change rien². « *L'effet couperet* »³ du placement en vue de l'adoption rend tout autre raisonnement superflu. Ainsi, le fait que l'action en recherche de maternité puisse aujourd'hui être engagée contre l'accouchée sous X ne change pas le fait que l'intervention des grands-parents à la procédure d'adoption soit irrecevable, puisqu'ils ne seront en capacité d'intenter cette action qu'à la condition d'avoir fait annuler l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État⁴. Or, dans ce cas, nul besoin de s'opposer à une procédure d'adoption puisque celle-ci n'aurait, par hypothèse, pas lieu.

188. Si l'impossibilité d'intervenir à l'instance en adoption peut sembler dramatique pour les grands-parents d'origine, ceux-ci voyant leur possibilité de nouer des liens avec leur petit-enfant laissée au bon vouloir des parents adoptifs, il n'est pas pour autant justifié de permettre aux grands-parents de s'opposer à la volonté de leur enfant. En effet, cela ne semble pas être dans l'intérêt de leur petit-enfant. En effet, « *sous le masque du « droit aux origines » de l'enfant, c'est en réalité une véritable tutelle des parents par leurs propres parents qui est ainsi mise en place, et l'enfant devient l'otage d'une lutte de pouvoirs entre plusieurs générations d'une même famille* »⁵.

La solution mise en place par le législateur semble ménager au mieux les intérêts en présence⁶ en dépit d'une problématique complexe et chargée d'affect. En effet, dans un premier temps, les grands-parents d'origine ont la possibilité de s'opposer à l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État et de demander que sa tutelle leur soit confiée. Certes, cela ne sera possible que s'ils ont connaissance de l'existence de l'enfant. Mais, une fois l'enfant placé en vue de l'adoption, des liens commencent à se nouer avec ses parents adoptifs et leur remise en

¹ Art. 320, al. 1, C. civ.

² Dans ce sens V. par ex. : P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille, op. cit.*, p. 759 ; M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, « L'adoption d'un enfant né sous X : quelle place pour les grands-parents ? », *RLDC* 2010, n° 76, p. 37 ; P. SALVAGE-GEREST, « Les grands-parents et l'adoption de leurs petits-enfants », *Dr. Fam.* 2009, n° 10, étude 32 ; C. NEIRINCK, « Est-il possible d'être le grand-parent d'un enfant sans filiation établie ? », *RDSS* 2010, p. 735.

³ M.-C. LE BOURSICOT, « L'effet couperet du placement en vue de l'adoption vis-à-vis de la famille d'origine et l'intérêt de l'enfant », *RJPF*, mai 2019, n° 5, p. 43.

⁴ Cette action leur permettrait en revanche de voir le lien qui les unit à leur petit-enfant juridiquement reconnu.

⁵ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Les chemins de l'adoptabilité », *op. cit.*, p. 494.

⁶ Sur ce point V. L. MONTILLET, « L'équilibre délicat entre la filiation d'origine et la filiation adoptive de l'enfant accouché « sous X » après la réforme du 16 janvier 2009 », *RLDC* 2010, p. 68.

cause en vue de confier l'enfant à des grands-parents d'origine qu'il n'a jamais vus ne semble pas correspondre à son intérêt, d'autant plus qu'il serait alors élevé dans une famille où la confrontation au rejet maternel serait *a priori* inévitable. Par ailleurs, ces solutions laissent aussi une part à la volonté de l'accouchée, celle-ci ayant après tout fait le choix d'offrir une autre famille à l'enfant qu'elle a porté pendant neuf mois. « *L'équilibre réalisé est, certes, plus satisfaisant, mais il est loin d'être parfait. Peut-il en être autrement dans une matière si délicate ?* »¹.

¹Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille, op. cit.*, pp. 539, n° 1128.

Conclusion du chapitre II

189. Les actions permettant d'imposer l'établissement de la filiation mettent en évidence que les personnes qui refusent l'enfant en n'établissant pas leur filiation à son égard sont les personnes qui l'ont engendré. Cependant, l'engendrement n'est pas nécessairement synonyme de lien biologique. Ainsi, lorsque l'enfant est conçu dans le cadre d'une AMP avec recours à un tiers donneur, l'homme du couple demandeur peut n'avoir aucun lien biologique avec l'enfant. Pourtant, l'établissement de sa filiation peut lui être imposé. Le critère du refus de la filiation paternelle est donc double puisque l'enfant peut être engendré par la volonté de l'homme mais également par les gamètes de ce dernier. À l'inverse, la filiation maternelle reste exclusivement rattachée au biologique car seule la femme ayant mis l'enfant au monde peut se voir imposer l'établissement de la filiation maternelle.

190. Cet aspect genré du refus de l'enfant à sa naissance est confirmé par l'inégalité de la faculté, aussi bien que de l'efficacité, du refus des filiations maternelle et paternelle. Pourtant, à première vue, l'homme ayant engendré l'enfant et l'accouchée semblent égaux en matière de refus car ils disposent tous deux de la faculté de ne pas établir leur filiation, bien qu'elle puisse leur être imposée. Le respect de leur volonté de ne pas développer de lien affectif à l'égard du nouveau-né peut donc sembler équivalent.

Mais cette égalité n'est qu'apparente. En effet, le refus du géniteur est plus aisé puisque, contrairement à l'accouchée, il lui suffit dans la très grande majorité des cas de rester passif pour que sa filiation ne soit pas établie à l'égard de l'enfant. À l'inverse, le refus de l'accouchée est à l'image de son implication dans l'engendrement. Il l'implique davantage et nécessite un comportement actif de sa part.

Mais, cette inégalité au regard de l'expression du refus est compensée par l'effectivité du refus de la filiation maternelle qui donne à l'accouchée un pouvoir de contrôle considérable sur le devenir de l'enfant. En effet, tant que les délais ne sont pas écoulés et qu'elle est le représentant légal de l'enfant, l'effectivité du refus de la filiation paternelle dépend de sa volonté, puis de celle de l'enfant devenu majeur, puisqu'il sera possible de neutraliser le refus de l'homme responsable de l'engendrement de l'enfant en lui imposant l'établissement de sa filiation. À l'inverse, si elle refuse l'enfant, l'accouchement sous le secret rend en réalité très difficile l'établissement forcé de sa filiation. De plus, le refus maternel peut avoir des répercussions sur l'établissement de la filiation paternelle puisque, même si le père souhaite

développer un lien affectif avec l'enfant et lui être juridiquement lié, le secret de l'accouchement complique la réalisation de sa volonté.

191. Si cette ascendance de la volonté de la femme en matière d'établissement de la filiation de l'enfant peut sembler injuste¹, elle n'est pourtant que la conséquence de la première inégalité évoquée, à savoir celle qui concerne la faculté de refus, inégalité qui s'explique par la différence de rôle que jouent l'homme et la femme dans le processus procréatif². L'implication de la femme dans l'engendrement et sa difficulté à exprimer son refus de l'enfant justifie les facilités qui lui sont offertes pour refuser l'enfant qu'elle a mis au monde et pour que ce refus soit respecté, aussi bien que la possibilité qui lui est offerte d'imposer à l'homme responsable de l'engendrement de l'enfant l'établissement de sa filiation. En effet, l'égalité réside dans le traitement égal de personnes se trouvant dans des situations identiques³.

En revanche, les difficultés rencontrées par le géniteur pour parvenir à l'établissement de sa filiation lorsque l'enfant est né sous le secret ne peuvent se justifier. Si les délais sont acceptables, en ce qu'ils ménagent un juste équilibre entre l'intérêt de l'enfant à voir sa situation sécurisée le plus rapidement possible, la possibilité de rétractation de l'accouchée et la possibilité pour le géniteur d'établir sa filiation, les difficultés rencontrées dans l'identification de l'enfant doivent être résolues. Pour cela le secret pourrait être abandonné au profit de l'anonymat de la femme qui accouche. Afin d'encourager l'accouchée à révéler son identité, la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité devrait être rétablie. Cela permettrait de garantir au géniteur l'identification de l'enfant et, par conséquent, la transcription de sa

¹ Dans ce sens, V. C. LASSALAS, « La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité... », *LPA*, 16 juin 2016, n° 120, p. 6 ; *CA Versailles*, 10 octobre 2016, n° 17/07061 : dans cette affaire le requérant estimait avoir été manipulé par la mère de l'enfant en ce que cette dernière lui imposait « une paternité imposée/forcée, lui-même ayant déclaré ne pas souhaiter avoir d'enfant et les relations intimes ayant toutes été protégées sauf une ». Il dénonçait l'inégalité de traitement de l'homme et de la femme et invoquait « une parité dans la fécondité et la possibilité de recourir à la procédure de géniteur sous X ». La Cour d'appel n'avait pas suivi son raisonnement, estimant que, dans la mesure où « aucune disposition législative actuelle ne permet d'écarter la paternité d'un père au motif que celui-ci aurait été manipulé par la mère », « les développements contraires des parties sur une instrumentalisation (...) ou sur l'existence d'une relation sincère et suivie sont sans incidences ».

² Dans ce sens V. par ex. : H. FULCHIRON, « Clap de fin pour les paternités forcées ? », préc. ; M.-C. LE BOURSICOT, « Le droit de connaître son ascendance – et celui de la faire connaître – et le dispositif français l'accès aux origines », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez. Liber amicorum*, coll. Montchrestien, Lextenso, 2012, pp. 175-194 : « Il en résulte une discrimination subtile entre les lignées maternelle et paternelle et entre les sexes, puisque pour la femme le seul fait d'accoucher fait d'elle une mère de naissance, alors que pour l'homme, le seul fait d'engendrer ne fait pas de lui un père, même de naissance ».

³ V. Déc. n° 1996-375 DC, *Rec.*, p. 60 : « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».

reconnaissance sur l'acte de naissance de l'enfant si elle est bien intervenue avant le placement de l'enfant en vue de son adoption.

CONCLUSION DU TITRE I

192. Le refus de l'enfant *ab initio* conduit à distinguer trois phases au regard de la protection accordée à l'enfant par le législateur et de la prise en compte du lien affectif qui en découle.

193. Tout d'abord, pendant les douze premières semaines du développement de l'embryon, qu'il soit en gestation ou non, le législateur ne le protège absolument pas. La naissance n'est en aucun cas favorisée puisqu'aucune limitation n'est prévue au refus conduisant à empêcher son implantation, ni à la possibilité d'interrompre sa gestation. Toutefois, la prise en compte de la volonté de l'homme et de la femme de ne pas investir l'embryon n'est pas prise en compte de façon uniforme. La volonté de ne pas investir l'embryon *in vitro* a pour effet de mettre un terme au projet parental, quel que soit le membre du couple demandeur à l'AMP dont elle émane et l'implication de celui-ci dans le processus procréatif. Le refus de chacun des membres du couple demandeur est donc pris en compte et empêche le transfert de l'embryon. À l'inverse, l'interruption de la gestation de l'embryon *in utero* ne peut résulter que de la volonté de la femme qui le porte. C'est donc son désir ou son refus d'investir émotionnellement cet embryon qui est déterminant, et lui seul. À l'égalité des membres du couple demandeur à l'AMP, succède donc un monopole de la gestatrice dès lors que l'embryon est implanté.

194. Ce monopole perdure au-delà des douze premières semaines de grossesse. À compter de cette date, l'embryon fait toutefois l'objet d'une protection accrue puisque l'interruption de grossesse n'est plus possible que pour des raisons médicales touchant à la femme ou à l'enfant à naître. La naissance est, par conséquent, favorisée puisqu'elle ne dépend plus de la seule volonté de la gestatrice mais relève de la décision d'une équipe médicale pluridisciplinaire.

195. La scission, opérée lors de l'accouchement, entre le corps de la femme et celui de l'enfant qu'elle porte ne met pas pour autant fin à la prépondérance de la volonté de la femme ayant porté l'enfant. En dépit d'une égalité apparente de l'accouchée et de l'homme responsable de l'engendrement de l'enfant – qui peuvent tous deux décider de ne pas établir leur filiation tout en pouvant se la voir imposer par l'enfant ou, durant sa minorité, par son représentant légal – contrairement au refus paternel, le refus maternel sera en réalité difficile à neutraliser. De

plus, la volonté de l'accouchée d'investir émotionnellement l'enfant ou non et sa traduction juridique se répercutent sur l'ensemble des membres de la famille.

L'impact de l'absence de lien affectif est, en revanche, plus limité dès lors que la filiation de l'enfant a été établie. En effet, le législateur limite assez strictement la possibilité de rompre une filiation établie.

TITRE II – L’EFFET ATTÉNUÉ DE L’ABSENCE DE LIEN AFFECTIF SUR LA FILIATION ÉTABLIE

196. La rupture du lien de filiation établie implique « *une volonté destructrice* »¹ qui équivaut à un rejet du statut de parent. Toutefois, le droit ne laisse pas libre cours à la volonté des parents. Il encadre la possibilité de rompre une filiation établie de façon assez stricte en distinguant selon que la filiation est adoptive ou non.

Traditionnellement, la filiation non adoptive est associée au lien biologique pouvant unir l’enfant et le parent. Elle est ainsi parfois appelée filiation par procréation², par nature³, ou encore par le sang⁴. Or, cette filiation apparaît aujourd’hui ne plus reposer uniquement sur l’implication biologique dans la venue au monde de l’enfant. En effet, alors même que l’homme ayant consenti à une AMP avec recours à un tiers donneur n’est pas lié biologiquement à l’enfant, l’établissement de la filiation peut lui être judiciairement imposé par une action en recherche de paternité⁵. La filiation non adoptive semble donc désormais reposer plus largement sur la responsabilité dans la venue au monde de l’enfant⁶. Cette filiation sera donc désignée comme la filiation reposant sur l’engendrement. Ainsi, fort logiquement, l’encadrement de la rupture de cette filiation par le législateur se révèle inégal selon que la personne à l’égard de laquelle la filiation est établie est ou non responsable de la venue au monde de l’enfant.

En effet, la filiation de la personne non responsable de la venue au monde de l’enfant peut être rompue à condition d’être contestée dans certains délais. En revanche, la filiation de la personne responsable de l’engendrement de l’enfant ne peut être rompue que si l’enfant fait l’objet d’une adoption plénière. Le refus et, par conséquent, la prise en compte de l’absence de lien affectif sont par conséquent limités (chapitre 1).

¹F. DREIFUSS-NETTER, « Les manifestations de volonté tendant à la création ou à l’extinction de liens familiaux », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000, p. 266.

²P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille*, coll. Dalloz action, Dalloz, 2015-2014 ; V. ÉGÉA, *Droit de la famille*, LexisNexis, 2016 ; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, coll. Précis, Dalloz, 8^e éd., 2011 ; C. NEIRINCK et M. GROSS, *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ? Question de droit et de société*, coll. Doc’ en poche. Place au débat, La documentation française, 2014 ; V. BONNET, *Droit de la famille*, coll. Paradigme, Bruylant, 7^e éd., 2018.

³G. CORNU, *Droit civil. La famille*, coll. Domat, Droit privé, Montchrestien, 9^e éd., 2006.

⁴Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, coll. Droit civil, LGDJ, Lextenso éditions, 6^e éd., 2018, p. 457.

⁵ Art. 311-20, *in fine*, C. civ.

⁶ V. V. DESCHAMPS, *Le fondement de la filiation. De la biologie à l’engendrement, étude sur la cohérence du titre VII du Livre premier du Code civil*, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Lextenso, 2019 : L’auteur de cette thèse met en évidence le fait que considérer l’engendrement – entendu comme la responsabilité dans la venue au monde de l’enfant, que cette responsabilité découle du rôle causal de la volonté dans la venue au monde de l’enfant ou de son implication biologique dans la procréation – comme le fondement de la filiation permet de redonner de la cohérence aux règles relatives à la filiation.

À l'inverse, toute responsabilité de l'adoptant dans l'engendrement de l'enfant est, *a priori*, exclue. Il en résulte une impossibilité totale de contester cette filiation sur ce fondement. Sa rupture ne sera donc possible que dans des cas exceptionnels, d'autant plus limités que l'appréhension extensive que fait le législateur de la notion de révocation le conduit à exclure toute rupture de la filiation résultant d'une adoption plénière. Seule la filiation résultant d'une adoption simple peut, par conséquent, être rompue et uniquement si des conditions strictes sont réunies. L'absence de lien affectif est donc presque totalement indifférente en matière de filiation adoptive (chapitre 2).

Chapitre I – La rupture de la filiation reposant sur l'engendrement

197. La possibilité de rompre une filiation établie est très encadrée. La place de la volonté du parent étant strictement définie, la prise en compte de l'absence du lien affectif n'intervient donc que de façon limitée. Toutefois, cet encadrement est très inégal selon que le lien de filiation est conforme ou non à la réalité de l'engendrement¹.

En effet, la contestation d'un lien de filiation fondé sur l'engendrement ne pourra aboutir que si la personne à l'égard de laquelle la filiation est établie parvient à prouver qu'elle n'est pas responsable de l'engendrement de l'enfant. Il est alors possible d'obtenir la rupture du lien de la filiation sans que l'autre parent ne puisse s'y opposer. Cette possibilité demeure toutefois limitée dans le temps (section 1).

En revanche, si le lien de filiation est conforme à la réalité de l'engendrement, une action en contestation ne pourra aboutir. La rupture d'une telle filiation reste par conséquent très exceptionnelle puisqu'elle ne sera possible que si l'enfant fait l'objet d'une adoption plénière (section 2).

Section 1 - La rupture limitée de la filiation non conforme à la réalité de l'engendrement

198. La simple volonté d'un parent de rompre le lien de filiation le reliant à son enfant ne saurait permettre la remise en cause de sa filiation. En effet, le législateur encadre strictement la contestation d'un lien de filiation. Il est nécessaire pour la personne souhaitant contester son lien de filiation à l'égard d'un enfant d'apporter la preuve qu'il n'est pas responsable de son engendrement.

Cette preuve peut se faire par tous moyens. Si elle a longtemps reposé sur un faisceau d'indices, les progrès scientifiques permettent aujourd'hui de déterminer avec certitude la maternité et la paternité d'une personne au moyen d'une expertise génétique. Cette dernière est donc naturellement devenue la principale preuve utilisée en matière de filiation, d'autant plus que la jurisprudence a estimé que le recours à l'expertise génétique est de droit en matière de filiation, sauf motif légitime de ne pas y procéder². Ainsi, si l'expertise révèle l'absence de lien

¹ V. *Ibid.*

² Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, n° 98-12806, Bull. 2000, I, n° 103, p. 69 ; D. 2001, p. 1427, note Gaumont-Prat ; D. 2000, p. 731, note Garé ; *RTD civ.* 2000, p. 304, note Hauser ; D. 2001, p. 2868, note Desnoyer.

de parenté entre l'enfant et la personne souhaitant contester sa filiation à son égard, le lien juridique sera rompu. Au contraire, il sera maintenu si l'expertise génétique révèle l'existence d'un lien biologique. Toutefois, l'absence de lien biologique ne permet pas de rompre le lien de filiation de l'homme ayant consenti à une AMP avec tiers donneur. Dans ce cas, la preuve biologique est indifférente car l'homme est responsable de la venue au monde de l'enfant, non en raison de sa contribution biologique, mais en raison du rôle causal de sa volonté dans la venue au monde de l'enfant. Seule la preuve que l'enfant n'a pas en réalité été conçu dans le cadre d'une AMP peut permettre de contester la filiation établie. Il est donc impossible pour une personne souhaitant contester sa filiation d'obtenir la rupture du lien si ce dernier est conforme à la réalité de l'engendrement. Toutefois, la non-conformité du lien de filiation avec la réalité de l'engendrement ne permet pas toujours de rompre ce lien.

Ainsi, s'il est par principe possible de rompre une filiation non conforme à la vérité biologique (§1), il existe néanmoins des limites (§2).

§1 - Un refus par principe possible

199. L'ordonnance de 2005 portant réforme de la filiation, en supprimant l'action en désaveu¹, a mis fin à la distinction entre filiation légitime et naturelle². Demeurent désormais trois actions : l'action en contestation de maternité, l'action en contestation de paternité et l'action en contestation de la possession d'état. À cette uniformisation de la contestation de la filiation quelle que soit la situation matrimoniale des parents, s'ajoute également une uniformisation des modes de contestation à la disposition de l'homme et de la femme. En effet, les actions en contestation de paternité et de maternité ont des régimes relativement proches et la contestation de la filiation établie par possession d'état peut, *a priori*, concerner aussi bien l'homme que la femme.

Toutefois, la contestation de la filiation maternelle demeure en réalité théorique tant elle est rare en pratique (A). La rupture de la filiation reste par conséquent essentiellement circonscrite à la filiation paternelle (B).

¹Ce mode de contestation de la paternité, réservé à la filiation résultant de l'application de la présomption de paternité, permettait à l'époux de contester sa filiation à l'égard de l'enfant né de son épouse dans les six mois à compter de la naissance de l'enfant à condition de justifier « *de faits propres à démontrer qu'il ne peut pas en être le père* » (Ancien art. 312, al. 2, C. civ.).

² Pour une vision historique retraçant les différentes actions en contestation qui existaient avant l'ordonnance de 2005 : V. Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 445, n° 946.

A - Le refus très théorique de la filiation maternelle

200. Le premier alinéa de l'article 332 du Code civil prévoit la possibilité de contester la filiation maternelle établie par l'indication de la femme ayant accouché dans l'acte de naissance de l'enfant ou par la reconnaissance « *en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant* ». Bien que cette hypothèse soit désormais particulièrement rare compte tenu de la facilité d'établir volontairement la filiation maternelle par d'autres voies, rien n'exclut que cette dernière soit établie par la constatation de la possession d'état par un acte de notoriété. La filiation ainsi établie peut être remise en cause par une contestation de l'acte de notoriété « *en rapportant la preuve contraire* »¹. Bien qu'il soit à première vue possible de penser que la contestation de l'acte de notoriété suppose de prouver l'absence de possession d'état ou son caractère vicié, la jurisprudence, tout comme pour la filiation établie par la reconnaissance ou par l'indication du nom de l'accouchée sur l'acte de naissance de l'enfant, admet la preuve biologique².

201. Le fait de rattacher la maternité exclusivement à l'accouchement est pourtant en contradiction avec le recours quasi systématique à l'expertise biologique³ en cas de conflit relatif à la filiation. En effet, l'expertise biologique est de droit sauf motif légitime de ne pas y précéder dans un tel contexte⁴. Il est, par conséquent, possible de penser que, dans les hypothèses où il ne sera pas possible d'apporter la preuve de l'accouchement par d'autres moyens, le fait de l'accouchement sera déduit du résultat positif de l'expertise à l'occasion d'une action relative à la filiation⁵. Or, si pendant longtemps cette déduction était justifiée par le fait que la femme était nécessairement à la fois gestatrice et génitrice, les progrès scientifiques

¹ Art. 355 C. civ.

² CA Caen, 9 janvier 2014, n° 09/01687

³ L'expertise désignée comme étant biologique consiste en une comparaison des sangs, tandis que l'expertise génétique porte sur les gènes. Si la seconde est davantage encadrée que la première, dans les deux cas, l'expertise révélera si l'enfant est issu des gamètes de la femme sur laquelle elle est réalisée ou non.

⁴ Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, n° 98-12806, *op. cit.*

⁵ Dans ce sens, V. J. RUBELLIN-DEVICHI, « La gestation pour le compte d'autrui », *D.*, 20 juin 1985, n° 24, p. 153. Dans cet article, le professeur Rubellin-Devichi a souligné « *combien sont minimes les chances d'une action fondée sur la similitude des sangs de la mère et de l'enfant* » et que « *la condition préalable en serait d'ailleurs qu'on ne puisse pas apporter la preuve de l'accouchement* ».

permettent aujourd'hui de dissocier la parenté génétique de la gestation¹. En effet, le lien biologique revêt deux réalités chez la femme².

Dans la très grande majorité des cas, ce dédoublement du lien biologique est masqué par leur confusion en une seule et même femme. L'enfant est, en effet, le plus souvent doublement lié à la femme qui l'a mis au monde. Il lui est génétiquement lié en ce qu'il est le fruit de ses gamètes, et c'est également elle qui l'a porté et mis au monde. Dans la très grande majorité des cas, le recours à l'expertise génétique conduira donc à exclure la rupture de la filiation de la femme ayant accouché de l'enfant.

Mais, la femme qui accouche n'est plus nécessairement génétiquement liée à l'enfant qu'elle met au monde, les gamètes d'une autre femme ayant pu être utilisées lors d'une FIV avec recours aux gamètes d'une donneuse. Dans l'hypothèse où la demandeuse à l'AMP venait à contester sa filiation, le recours à l'expertise génétique aurait pour conséquence d'exclure la maternité de celle ayant pourtant accouché de l'enfant. L'enfant pourrait alors se retrouver dépourvu de filiation maternelle. Il s'agit de la seule hypothèse où la rupture de la filiation maternelle pourrait être envisagée en dehors de l'hypothèse rarissime d'une substitution d'enfant. Bien que le législateur interdise la contestation de la filiation de l'enfant conçu dans le cadre d'une AMP avec tiers donneur³, il est envisageable que les deux membres du couple s'abstiennent de signaler au juge saisi d'une telle action les circonstances de la conception de l'enfant. Cela suppose toutefois que la preuve de l'accouchement ne puisse être apportée, ce qui est assez peu probable, à moins que celle-ci ait accouché sous le secret. Au demeurant, le fait de garder le secret sur ces circonstances pourrait donc théoriquement permettre à la femme ayant accouché de l'enfant de contester sa filiation.

Si cette problématique théorique soulevée par la dualité du critère biologique de la filiation maternelle est aujourd'hui une hypothèse d'école, il est probable que les chances qu'elle soit soulevée augmentent prochainement. En effet, l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules ainsi que l'autorisation du double don de gamètes prévus par le projet de loi relatif à la bioéthique auraient pour conséquence d'entraîner une multiplication

¹ Dans ce sens, le professeur Meulders-Klein parle d'« *éclatement de la maternité biologique en maternité génétique et maternité gestatrice* » in M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », *RTD Civ.* 1988, p. 653 ; ou encore de « *distorsion entre les deux maternités biologiques de l'enfant* » in *Ibid.*, p. 654 Le professeur Rubellin-Devichi parle, quant à elle, de « maternité « divisée » » in J. RUBELLIN-DEVICHI, « Les procréations assistées : état des questions », *RTD Civ.* 1987, p. 487.

² Dans ce sens, V. J. RUBELLIN-DEVICHI, « La gestation pour le compte d'autrui », préc., p. 152.

³ Art. 311-20, al. 2, C. civ.

des naissances d'enfants nés d'AMP n'ayant aucun lien génétique avec la femme qui en a accouché¹.

Le fait de faire reposer la filiation établie sur le rôle causal dans l'engendrement et non sur un critère biologique permettrait de contourner les incertitudes générées par la dualité de la réalité biologique de la filiation maternelle. En effet, la filiation maternelle découlerait alors du fait que la femme ayant porté l'enfant est responsable de la venue au monde de ce dernier en raison de son consentement à l'AMP. La preuve biologique serait alors écartée et rendrait indifférent le fait que cette femme soit génétiquement liée à l'enfant ou non.

202. Le maintien de l'accouchement comme critère de la maternité révèle en réalité une appréciation morale sur certains comportements². En effet, la prévalence de l'accouchement sur le critère génétique permet, dans l'hypothèse d'une GPA, de nier le rôle joué dans l'engendrement par la mère d'intention, ainsi que celui de la donneuse d'ovocytes dans l'hypothèse d'une AMP ou d'une GPA avec recours aux ovocytes d'une donneuse. Le choix de maintenir l'accouchement comme unique critère de la maternité en dépit du développement des techniques de procréation révèle la bénédiction donnée par le législateur à l'AMP avec don d'ovule, tandis que la mère d'intention qui ne peut porter son enfant et fait donc appel à une mère porteuse se voit jeter l'opprobre puisque sa maternité lui est déniée.

203. Toutefois, les progrès de la médecine, la porosité des frontières et la variété des droits étrangers ont vocation à engendrer une multiplication des conflits possibles en matière de filiation, mettant ainsi les juges devant des situations aux enjeux primordiaux pour les enfants qui en sont issus. La contradiction entre le maintien de l'accouchement comme critère exclusif de la filiation maternelle et le recours à la preuve génétique par le droit pourrait, à terme, s'avérer ne plus être tenable. Il pourrait, par exemple, être envisagée l'hypothèse d'une FIV et d'une implantation d'embryon réalisées à l'étranger dans le cadre d'une GPA puis, de retour en France, une contestation de la maternité de la mère porteuse par la donneuse d'ovules ou par la mère d'intention, ou pourquoi pas par les deux ! Le recours à une expertise génétique pourrait alors aboutir à rompre la filiation de la femme qui a réellement accouché de l'enfant si elle n'est pas à même de prouver ledit accouchement par d'autres moyens. Une telle situation mettrait ainsi le droit français face à ses contradictions.

¹ Art. 1 du Projet de loi n° 2187 relatif à la bioéthique enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juillet 2019.

² V. M. BANDRAC, « Réflexions sur la maternité », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz - Sirey, 1985, p. 31.

204. Si le droit français venait à évoluer dans le sens de l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes, ainsi que le laisse présager le projet de loi relatif à la bioéthique¹, le critère permettant d'établir la filiation maternelle pourrait se dédoubler, à l'instar de ce que le droit positif prévoit actuellement pour celui de la filiation paternelle. En effet, la filiation paternelle (non basée sur l'adoption) peut actuellement être établie à l'égard de l'homme responsable de l'engendrement de l'enfant en raison de sa volonté de concevoir dans le cadre d'une AMP ou parce qu'il en est le géniteur². De même, si l'AMP est ouverte aux couples de femmes, le projet de loi relatif à la bioéthique prévoit que l'établissement de la filiation maternelle reposerait désormais sur le rôle causal de sa volonté dans l'engendrement de l'enfant en ayant recours à une déclaration commune anticipée de filiation³. Tout comme pour l'homme, la contestation de la filiation serait alors exclue sauf à prouver que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée. La rupture de la filiation maternelle ne serait donc possible qu'en prouvant que la femme dont la filiation est établie n'a pas engendré l'enfant, soit parce que ce dernier n'a pas été conçu dans le cadre de l'AMP à laquelle elle a consenti soit, si l'enfant n'a pas été conçu dans le cadre d'une AMP, parce qu'elle n'en est pas la génitrice. Une telle remise en cause de la filiation maternelle demeurerait tout à fait exceptionnelle.

205. En l'état actuel du droit, la contestation de la filiation maternelle est également très théorique puisqu'elle suppose de prouver que la femme à l'égard de laquelle la filiation de l'enfant est établie n'en a pas accouché. La rupture de la filiation maternelle est donc hautement improbable puisque c'est le nom de l'accouchée qui doit être indiqué sur l'acte de naissance de l'enfant⁴ sous peine de sanction pénale⁵.

En revanche, le fait de désigner dans l'acte de naissance de l'enfant comme étant le père de ce dernier un homme qui ne l'est pas d'un point de vue biologique, n'est pas pénalement sanctionné⁶. Il est donc bien plus fréquent que l'homme dont la filiation est établie à l'égard de l'enfant n'en soit pas le géniteur. La possibilité de refuser l'enfant en rompant le lien de filiation est donc en pratique circonscrite à la filiation paternelle.

¹ Projet de loi n° 2187 relatif à la bioéthique enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juillet 2019.

² cf. *supra* §§121 et s. Sur cette conception de l'engendrement comme fondement de la filiation V. DESCHAMPS, *Le fondement de la filiation. De la biologie à l'engendrement, étude sur la cohérence du titre VII du Livre premier du Code civil, op. cit.*

³ Art. 4 du Projet de loi n° 2187 relatif à la bioéthique enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juillet 2019.

⁴ V. Art. 55 C. civ.

⁵ V. art. 433-18-1 C. pén.

⁶ Marcela Iacub souligne d'ailleurs la dissymétrie des père et mère à l'égard de la vérité *in* M. IACUB, *L'empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, coll. l'Histoire de la pensée, Fayard, 2004, p. 169 et s.

B - Un refus en pratique circonscrit à la filiation paternelle

206. Contrairement à l'implication de la femme dans l'engendrement de l'enfant qui est toujours certaine, l'implication de l'homme n'apparaît pas aux yeux de tous de façon aussi évidente. Ainsi, tant qu'une expertise biologique ou génétique n'est pas pratiquée, le fait qu'il soit le géniteur de l'enfant demeure toujours incertain. Or, de telles expertises ne pouvant être réalisées, en matière civile, que dans le cadre d'une action tendant à l'établissement ou à la contestation de la filiation, de nombreux hommes peuvent être juridiquement liés à des enfants qui ne sont pas les leurs et contester un jour ou l'autre leur filiation. L'homme peut également être responsable de l'engendrement d'un enfant conçu dans le cadre d'une AMP alors même qu'il n'en serait pas le géniteur du fait de son consentement à cette dernière. La rupture de la filiation est dans ce cas impossible, sauf à prouver que l'enfant n'a pas été conçu dans le cadre de l'AMP à laquelle l'homme a consenti.

Ainsi, la rupture de la filiation paternelle peut intervenir lorsqu'elle se révèle non conforme à la vérité biologique (1) et, de façon tout à fait exceptionnelle, lorsqu'elle se révèle non conforme à la volonté procréative de l'homme de concevoir un enfant dans le cadre d'une AMP (2).

1 - La rupture de la filiation non conforme à la vérité biologique

207. Les modalités de la contestation de la filiation paternelle varient selon la façon dont cette filiation a été établie. En effet, lorsque la filiation paternelle a été établie en vertu d'une présomption de paternité ou d'une reconnaissance, le second alinéa de l'article 332 du Code civil dispose que « *la paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père* ». En revanche, lorsqu'elle a été établie par la possession d'état constatée par un acte de notoriété, l'article 335 du Code civil prévoit qu'elle peut être contestée « *en rapportant la preuve contraire* ».

Seront donc distinguées la contestation de la filiation établie au moyen d'une reconnaissance ou d'une présomption de paternité (a), et la contestation de la filiation établie au moyen d'un acte de notoriété constatant la possession d'état (b).

a) La contestation de la paternité établie au moyen d'une présomption de paternité ou d'une reconnaissance

208. Lorsque la filiation est établie au moyen d'une présomption de paternité ou d'une reconnaissance, elle peut être contestée en apportant la preuve que « *le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père* »¹. La Cour de cassation exige une preuve véritable. À l'occasion d'un arrêt rendu le 16 juin 1992, elle a précisé que l'affirmation par les deux parents de la non-paternité de l'homme à l'égard duquel la filiation de l'enfant est établie ne suffisait pas pour accueillir l'action en contestation de la filiation paternelle établie par reconnaissance². Dans cet arrêt, il était reproché au couple de ne pas avoir apporté la preuve qu'ils « *n'avaient pu cohabiter pendant toute la durée de la période légale de conception, ni davantage qu'une rupture de leurs relations était intervenue au cours de cette même période* ».

Mais, aujourd'hui, les progrès de la science permettent de savoir avec certitude si l'homme est ou non le père de l'enfant grâce aux expertises génétiques. De plus, la jurisprudence a estimé que le recours à de telles expertises était de droit en matière de filiation, sauf motif légitime de ne pas y procéder³. Ainsi, la preuve biologique est désormais quasi systématiquement utilisée en cas de contestation de paternité, soit que le demandeur lui-même l'invoque pour démontrer qu'il n'est pas le père, soit que la mère l'invoque en défense pour prouver le lien biologique afin de contrer d'autres moyens de preuves utilisés par le père (comme le fait que les membres du couple parental ne vivaient pas ensemble au moment de la conception). De plus, il semblerait que les juges du fond puissent ordonner d'office l'expertise biologique⁴. En effet, bien qu'aucune décision sur ce point n'ait été rendue depuis l'arrêt du 28 mars 2000, tout donne lieu de penser que ce principe dégagé par la jurisprudence antérieure⁵ reste applicable.

209. Il est donc difficilement envisageable qu'une filiation correspondant à la vérité biologique puisse être valablement contestée. Cela ne serait possible que dans l'hypothèse rare où aucune des parties n'aurait demandé de recourir à une expertise, où les juges ne l'auraient

¹ Art. 332, al. 2, C. civ.

² Civ. 1^{re}, 16 juin 1992, n° 90-20.467, Bull. 1992, I, n° 183, p. 124 ; D. 1993, p. 50, note Granet-Lambrechts ; RTD civ. 1992, p. 748, note Hauser.

³ Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, n° 98-12806, *op. cit.*

⁴ Dans ce sens, V. A. PASCAL et M. TRAPERO, « Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence de la Cour de cassation », in *La vérité. Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation*, La Documentation française, Paris, 2005, p. 101.

⁵ Civ. 1^{ère}, 3 juillet 1995, n° 93-14.244, Bull. 1995, I, n° 199, p. 142 ; LPA 1996, n° 26, p. 21, comm. Massip.

pas ordonné d'office – puisque rien ne permet de penser qu'ils en aient l'obligation¹ – et où l'homme contestant la filiation aurait réussi à les convaincre de sa non-paternité par d'autres moyens. Il est également possible d'envisager l'hypothèse où le père prétendu refuserait de se soumettre à l'expertise génétique et où aucun élément objectif ne viendrait corroborer la vraisemblance de la paternité. En effet, les juges du fond² ont eu l'occasion de rappeler que bien qu'ils puissent tirer toute conséquence du refus de se soumettre à une expertise génétique³, le simple refus de se soumettre à une expertise génétique ne permet pas, à lui seul, d'établir judiciairement la filiation. Se pose toutefois la question de savoir si les magistrats auraient tenu le même raisonnement dans le cadre d'une action en contestation. Il pourrait, en effet, sembler suspect que l'homme qui conteste sa filiation refuse de se soumettre à une expertise génétique. Hormis ces hypothèses, seules les contestations de filiations ne correspondant pas à la réalité biologique pourront aboutir.

210. La filiation paternelle ne pourra *a priori* être rompue que dans l'hypothèse d'une reconnaissance mensongère ou d'une présomption de paternité non concordante avec la vérité biologique, que ces filiations aient été établies en connaissance de cause ou non.

Toutefois, le fait que l'homme ayant volontairement établi sa filiation ait eu connaissance de son caractère mensonger au regard de la vérité biologique n'est pas indifférent pour le magistrat saisi de l'action en contestation. La reconnaissance étant un acte volontaire, la jurisprudence sanctionne l'auteur d'une reconnaissance de complaisance qui obtiendrait ultérieurement la rupture du lien de filiation. Elle a, en effet, pu juger que ce dernier devait réparer le dommage matériel et moral causé à l'enfant⁴ par ce qui peut être qualifié d'« *abus des droits de filiation* »⁵. Cela ne peut concerner que les hypothèses dans lesquelles les hommes auteurs de la reconnaissance avaient effectivement connaissance du caractère erroné de leur paternité. Il est possible de s'interroger sur l'articulation de cette sanction avec l'impossibilité pour un homme, en cas de doute, d'avoir recours à une expertise génétique⁶. En effet, l'expertise génétique n'étant possible en droit français que dans le cadre d'une action relative à la filiation⁷,

¹ Dans ce sens, V. A. PASCAL et M. TRAPERO, « Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *op. cit.*

² CA Toulouse, 19 avril 2017, n° 17/259

³ V. art. 11, al. 1, C. pr. civ. : « les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus ».

⁴ V. par ex. CA Poitiers, 14 janvier 2009, n° 07/01712 ; CA Lyon, 19 décembre 2011, n° 09/07978

⁵ J. HAUSER, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *L'avenir du droit - Mélanges en hommage de François Terré*, coll. Études Mélanges, Dalloz, 1999, p. 450.

⁶ Civ. 1^{re}, 8 juin 2016, n° 15-16.696, Publié au bull. ; *AJ fam.* août 2016, p. 388, comm. Saulier.

⁷ Art. 16-11, al. 5, C. civ.

l'homme qui douterait de sa paternité se trouve dans l'impossibilité d'en vérifier la réalité préalablement à sa reconnaissance. Sa seule possibilité pour obtenir une expertise génétique est alors de procéder à la reconnaissance de l'enfant puis de la contester, l'expertise génétique étant alors de droit. Reste à savoir si dans un tel cas les magistrats décideraient de sanctionner la contestation en raison du dommage causé à l'enfant.

La filiation paternelle non conforme à la vérité biologique peut également être rompue lorsqu'elle a été établie au moyen d'un acte de notoriété constatant la possession d'état.

b) La contestation de la filiation établie au moyen d'un acte de notoriété constatant la possession d'état

211. Depuis 2005¹, la filiation ne peut se trouver légalement établie par possession d'état que dès lors que cette dernière est constatée par un acte de notoriété². Cet acte de notoriété peut toutefois être contesté sur le fondement de l'article 335 du Code civil.

L'action en contestation de l'acte de notoriété doit être clairement distinguée des recours possibles en cas d'action en constatation de la possession d'état³. L'action en constatation de la possession d'état, de même que l'acte de notoriété, établit la filiation. Toutefois, à la différence de la filiation résultant de l'acte de notoriété, la filiation établie par l'action en constatation de la possession d'état donne lieu à un jugement. L'autorité de la chose jugée de ce dernier empêche donc toute action en contestation de la filiation ainsi établie. Elle ne pourra être remise en cause par le parent⁴ qu'en faisant appel du jugement rendu en première instance. Il ne s'agit donc pas d'une action en contestation, contrairement à l'action permettant de contester la filiation établie au moyen d'un acte de notoriété constatant la possession d'état. C'est uniquement de cette dernière qu'il sera traité ici.

212. Se pose alors la question de l'objet de « la preuve contraire » permettant la contestation de la filiation établie par la possession d'état constatée par un acte de notoriété sur le fondement de l'article 335 du Code civil. S'agit-il de prouver que le père n'est pas le géniteur de l'enfant, comme pour la contestation de la paternité établie par une reconnaissance ou par le jeu de la présomption de paternité⁵ ? L'expertise biologique pourrait alors constituer une preuve

¹ Ordonnance du 4 juillet 2005 n° 2005-759.

² Art. 317 C.civ.

³ Sur la distinction entre ces deux modes d'établissement de la filiation par possession d'état : V. P. MURAT, « Acte de notoriété ou action en constatation de la possession d'état : pas de subsidiarité de la seconde voie par rapport à la première », *Dr. Fam.* 2009, n° 7-8, comm. 89.

⁴ La tierce opposition est en revanche ouverte pendant un délai de dix ans (art. 324 C. civ.).

⁵ cf. *supra* §§208 et s.

contraire. Ou s'agit-il de prouver que la possession d'état n'est pas constituée ou viciée ? Autrement dit, « *la réalité de l'engendrement peut-elle combattre la vérité sociologique ?* »¹.

À première vue, lorsque la filiation est établie par la constatation de la possession d'état, la preuve contraire devrait être celle de l'absence de possession d'état. Or, la possession d'état nécessite de faire la preuve « *d'une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir* », ces faits étant « *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* », « *que ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation* », « *que cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille* », « *qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique* », « *qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue* »². La preuve contraire visée par l'article 335 du Code civil supposerait donc de prouver la réunion insuffisante de faits révélant le lien de filiation, ou que ces faits s'expliquent en réalité par une autre raison et que la possession d'état est par conséquent viciée. L'idée selon laquelle c'est la possession d'état qui doit être remise en cause afin de pouvoir valablement contester la filiation établie par l'acte de notoriété, et non l'absence de conformité de cette filiation à la vérité biologique, semble d'ailleurs renforcée par l'interdiction faite par la jurisprudence de recourir à l'expertise génétique comme moyen de preuve dans le cadre d'une action en constatation de possession d'état³.

Pourtant, la jurisprudence admet que la preuve biologique ou génétique puisse permettre de remettre en cause la filiation établie par un acte de notoriété constatant la possession d'état. La Cour d'appel de Caen a ainsi jugé que « *si la possession d'état est un mode de preuve admis en matière de filiation, celle-ci n'a toutefois d'effet que dans la mesure où elle n'est pas remise en cause par des éléments contraires lorsqu'ils présentent un degré de fiabilité supérieur* ». Or, « *il en est ainsi d'une expertise génétique apportant la démonstration du caractère très peu vraisemblable de l'existence d'un lien de filiation* »⁴. Cette solution se justifie dans la mesure où la possession d'état permet de présumer la filiation⁵. Il est par conséquent justifié que cette présomption puisse être combattue dans la mesure où « *toute filiation* (à l'exception de la

¹C. NEIRINCK, « La contestation de la filiation constatée par un acte de notoriété et la preuve biologique », *Dr. Fam.* 2014, n° 5, comm. 75

² Art. 311-1 C.civ.

³Civ. 1^{re}, 16 juin 2011, n° 08-20.475, Bull. 2011, I, p. 116 ; *RTD civ.* 2011, p. 524, note Hauser ; *D.* 2012, p. 1432, note, Granet-Lambrechts ; *D.* 2012, p. 1033, note Douchy-Oudot.

⁴CA Caen, 9 janvier 2014, n° 09/01687

⁵ Dans ce sens, V. V. BONNET, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 39, n° 29.

filiation adoptive) *repose sur un rapport d'engendrement* »¹. Or, si l'engendrement ne résulte pas exclusivement du biologique, puisqu'un homme peut être responsable de l'engendrement d'un enfant conçu par AMP sans pour autant lui être biologiquement lié², le fait d'imposer la filiation à cet homme se justifie en raison de sa responsabilité dans la venue au monde de l'enfant. En dehors de l'hypothèse de l'AMP, seul le géniteur est responsable de l'engendrement de l'enfant. En dehors, de l'hypothèse d'une AMP, la possibilité d'apporter la preuve biologique ou génétique afin d'exclure toute responsabilité de l'homme dans l'engendrement de l'enfant afin de rompre le lien de filiation paternelle est donc justifiée.

213. À l'exception de l'action en constatation de la possession d'état dont la contestation ne peut intervenir qu'en appel et pour laquelle la possibilité de recourir à l'expertise biologique en défense reste incertaine³, l'expertise biologique joue donc un rôle prépondérant dans les modes de contestation de la filiation. Il en résulte que la confirmation de la concordance du lien juridique avec le lien biologique par l'expertise entraînera le maintien du lien de filiation, tandis que la découverte de l'absence de concordance entre le lien de filiation et la vérité biologique aboutira à la rupture du lien. Toutefois, ce raisonnement n'est valable que lorsque la responsabilité de l'homme dans l'engendrement est d'ordre biologique. À l'inverse, lorsque sa responsabilité dans l'engendrement de l'enfant repose uniquement sur la volonté procréative ayant permis la conception de l'enfant dans le cadre d'une AMP avec tiers donneur, la rupture de la filiation en raison de sa non-conformité à la vérité biologique est exclue. Une telle filiation ne peut donc être rompue que de façon tout à fait exceptionnelle.

2 - L'exceptionnelle rupture de la filiation non conforme à la volonté procréative

214. Le Code civil prévoit expressément un cas dans lequel, alors même qu'il est certain que l'enfant est génétiquement étranger à l'un de ses parents, la contestation de sa filiation est interdite. En effet, l'alinéa 2 de l'article 311-20 dispose que « *le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation 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 privé d'effet* ». Le recours à l'AMP avec tiers donneur interdit donc la contestation ultérieure de la filiation. Le législateur

¹C. NEIRINCK, « La contestation de la filiation constatée par un acte de notoriété et la preuve biologique », préc.

² cf. *supra* §140.

³ cf. *supra* §§130 et s.

consacre ainsi de manière irrévocable une filiation dont il sait pourtant avec certitude qu'elle est génétiquement mensongère.

Toutefois, la possibilité de contester la filiation réapparaît s'il est soutenu que l'enfant n'est pas issu de l'AMP. Le législateur ne protège donc la filiation génétiquement fausse que si elle a pour origine l'intervention d'un tiers donneur dans le cadre d'une procédure d'AMP et non quand elle est le fruit d'une infidélité de la femme¹. D'un point de vue purement factuel, la situation est pourtant la même : les spermatozoïdes d'une tierce personne ont fécondé l'ovule de la femme donnant naissance à un enfant dont le conjoint n'est pas le père biologique. Seulement, dans un cas les géniteurs ne se sont jamais rencontrés, la fécondation ayant eu lieu grâce à l'assistance médicale, tandis que dans l'autre cas l'enfant est le fruit d'un rapport sexuel. Or, dans le premier cas, le législateur impose le maintien de la filiation du conjoint à l'égard de l'enfant même s'il la sait fausse et même si le conjoint ne la souhaite plus, et non dans le second cas.

215. Cette solution s'explique par le consentement à la procédure d'AMP donné par le conjoint². Cela a conduit Mme le professeur Dominique Thouvenin à considérer que « ces règles administrent une fois de plus la preuve que la filiation est d'abord affaire de relations interpersonnelles et qu'elle « n'est jamais un simple dérivé de l'engendrement » »³. De nombreux auteurs ont souligné l'artificialité de cette solution dans la mesure où, si le conjoint souhaite contester sa filiation, c'est *a fortiori* que cette filiation ne répond plus à aucune réalité et qu'elle n'est donc pas forcément dans l'intérêt de l'enfant⁴. Quelle vérité, outre juridique, peut bien revêtir une filiation qui ne se base ni sur une réalité biologique, ni sur une réalité vécue ? « Comment l'action peut-elle aboutir à une filiation naturelle qui n'a plus rien des caractéristiques de cette dernière puisqu'elle n'est ni volontaire, ni charnelle ? À quoi correspond une telle dénaturation ? »⁵. Et surtout, en quoi le maintien d'une telle filiation serait-il dans l'intérêt de l'enfant ?

¹ Un auteur qualifie ainsi la filiation de l'enfant issu d'une AMP avec tiers donneur de « superfiliation ». V. J.-J. LEMOULAND, « Procréation médicalement assistée et droit de la filiation », *D.* 1995, p. 15.

² V. J. HAUSER, « Un nouveau-né : l'enfant conventionnel ? », *D.* 1996, p. 182.

³ D. THOUVENIN, « Les filiations ne sont ni vraies, ni fausses mais dépendent des choix des parents », *LPA*, 3 mai 1995, n° 53, p. 93.

⁴ V. J. HAUSER, « Un nouveau-né : l'enfant conventionnel ? », préc. ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Propos hétérodoxes sur les familles naturelles », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille : liber amicorum*, PUS, LGDJ, 1994, pp. 67-77.

⁵ 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.

Une telle critique trouve son fondement dans une conception purement biologique de l'engendrement. Pourtant, la responsabilité dans l'engendrement d'un enfant peut se dissocier du rôle biologique joué par ses géniteurs. L'homme ayant consenti à une AMP avec recours aux gamètes d'un tiers donneur est en réalité responsable de l'engendrement de l'enfant¹. Sans sa volonté de procréer, l'embryon n'aurait jamais été conçu. Une conception causale de l'engendrement permet donc de justifier de lui imposer l'établissement de sa filiation et de lui interdire de la contester. À l'inverse, lorsque l'enfant n'a en réalité pas été conçu dans le cadre de l'AMP à laquelle l'homme a donné son consentement, ce dernier n'est pas responsable de l'engendrement de cet enfant : c'est l'homme génétiquement lié à l'enfant qui l'est. Il est alors tout à fait justifié que le demandeur à l'AMP puisse contester sa filiation en soutenant que l'enfant n'est pas issu de l'AMP. Cela revient à lui donner la possibilité de prouver qu'il n'est en rien responsable de l'engendrement de cet enfant.

216. Il est toutefois envisageable qu'en cas d'accord entre les deux membres du couple demandeur à l'AMP, l'homme puisse obtenir la rupture de sa filiation alors même que l'enfant serait effectivement né dans le cadre de l'AMP. En effet, le législateur a choisi de faire reposer l'établissement de la filiation de l'enfant issu de l'AMP – qu'il soit ou non issu d'un tiers donneur – sur les règles applicables en matière de filiation par procréation, à savoir que la filiation sera établie à l'égard de la mère par la seule mention de son nom dans l'acte de naissance et à l'égard du père soit par le biais de la présomption de paternité, soit par reconnaissance. Rien dans l'acte de naissance de l'enfant ne permet donc de connaître les circonstances particulières ayant entouré la conception de l'enfant. Si bien qu'à l'occasion d'une instance en contestation de la filiation de l'enfant, si aucun des deux parents ne les signale au juge, ce dernier n'aura aucun moyen de savoir que l'enfant est issu d'une AMP avec tiers donneur et, par conséquent, que l'action en contestation de la filiation n'est pas recevable. Le recours à la preuve biologique aura alors pour conséquence d'exclure la paternité et de rompre la filiation.

Le fait que la dissimulation de la situation réelle puisse permettre le recours à la preuve biologique alors qu'elle devrait en principe être exclue est critiquable. Peut-être est-il temps de rompre avec le secret entourant le recours à l'AMP avec tiers donneur. Penser que la révélation

¹ V. V. DESCHAMPS, *Le fondement de la filiation. De la biologie à l'engendrement, étude sur la cohérence du titre VII du Livre premier du Code civil, op. cit.*, p. 28, n° 43 : « Il faut donc abandonner la logique de vérité fondée sur l'opposition de la biologie et de la volonté et penser le droit de la filiation en termes d'engendrement dans une logique de responsabilité ». ; P. MURAT, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz, LexisNexis, 2012, p. 411 : « celui qui s'engage a une place causale de premier ordre, aussi forte que le parent par le sang ».

de l'absence de lien biologique entre l'enfant et son père pourrait affaiblir la force du lien les unissant revient à donner bien trop d'importance au biologique. À l'inverse, affirmer le rôle causal du demandeur à l'AMP dans l'engendrement de l'enfant renforce sa place auprès de l'enfant. Le lien juridique qui les unit et les responsabilités qui en découlent se justifient au même titre que le géniteur de l'enfant né en dehors de toute procédure d'AMP. Elles doivent s'imposer au demandeur à l'AMP, même s'il ne le souhaite pas. Dans ce sens, la mise en place d'une déclaration commune anticipée de filiation¹, en consacrant un mode particulier d'établissement de la filiation propre à toutes les personnes ayant conçu un enfant dans le cadre d'une AMP, permettrait de marquer la spécificité de la responsabilité des parents dans l'engendrement de leur enfant. Plus que leur implication biologique, ou non, dans sa venue au monde, c'est bien leur volonté procréatrice qui est à la source de cet engendrement et qui justifie que l'homme ne puisse contester sa filiation qu'en apportant la preuve qu'il n'est en réalité pas responsable de l'engendrement de cet enfant, celui-ci ayant été conçu en dehors de l'AMP.

Toutefois, même lorsque le lien de filiation ne se justifie pas par la responsabilité du parent dans l'engendrement de l'enfant, il ne peut être rompu une fois certains délais passés.

§2 - Un refus limité dans le temps

217. Dans un souci de sécurisation de la filiation, le législateur opère une limitation assez stricte de la possibilité de rompre un lien de filiation établi en enfermant cette faculté dans des délais déterminés. Il s'agit d'un outil important du législateur pour contrecarrer la faculté de refus puisque, peu importe que la filiation établie ne soit pas conforme à la réalité de l'engendrement, passé certains délais le refus devient en principe impossible (A).

Toutefois, cet impératif de sécurité semble aujourd'hui pouvoir s'effacer devant la volonté des magistrats de protéger le droit au respect de la vie privée des justiciables contre l'atteinte excessive que pourrait constituer la prescription des actions en contestation au moyen d'un contrôle de proportionnalité (B).

A - La stricte limitation par le législateur de la faculté de rompre le lien de filiation

218. Le Code civil prévoit trois types d'action en contestation de la filiation : l'action en contestation de paternité et celle en contestation de maternité, prévues aux articles 332 à 334 du Code civil, et l'action en contestation de la possession d'état constatée par acte de notoriété

¹ cf. *supra* §117.

prévue à l'article 335 du même code. Les deux premières permettent de contester les filiations établies au moyen des titres traditionnels que sont la reconnaissance et l'acte de naissance, tandis que la troisième permet de contester la filiation établie par la possession d'état qui doit désormais être constatée par acte de notoriété afin de permettre l'établissement de la filiation. L'acte de notoriété peut donc désormais être analysé comme un titre¹. Ainsi, il est possible de considérer que ces actions visent toutes la remise en cause d'un lien de filiation reposant sur un titre. Le titre peut, par ailleurs, être corroboré par une possession d'état, ce qui signifie que, au moins pendant un temps, la filiation a concordé avec la vérité sociologique. De l'existence ou non de cette dernière dépendront les conditions d'ouverture de l'action en contestation et, par conséquent, les limites à la faculté de refus.

Seront donc successivement étudiées la sécurisation de la filiation ne reposant que sur un titre (a) et la sécurisation amplifiée de la filiation reposant sur un titre corroboré par la possession d'état (b).

1 - La sécurisation de la filiation ne reposant que sur un titre

219. Les contestations des filiations établies au moyen d'une reconnaissance, de l'indication du nom du mari sur l'acte de naissance de l'enfant par le jeu de la présomption de paternité, ou encore d'un acte de notoriété constatant la possession d'état, sont enfermées dans les mêmes délais. En revanche, les délais d'appel de l'action en constatation de la possession d'état ne seront évoqués ici que très brièvement, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une contestation à proprement parler.

En effet, l'action en constatation de la possession d'état donne lieu à un jugement et ne peut, par conséquent, faire l'objet d'une action en contestation. Le jugement en constatation de la possession d'état, comme tout jugement, revêt l'autorité de la chose jugée, ce qui empêche tout autre procès portant sur ce qui a été jugé². La seule contestation possible réside dans les voies de recours ordinaires. Ainsi, une décision constatant la possession d'état pourra faire l'objet d'un appel dans un délai d'un mois à compter de la notification de la décision rendue³. Passé ce délai, ou une fois les voies de recours épuisées, le jugement acquiert la force de chose jugée et le lien de filiation est, par conséquent, établi de manière définitive. Il devient alors

¹V. V° « titre » (sens 2) in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF : « écrit en vue de constater un acte juridique ou un acte matériel pouvant produire des effets juridiques ». La possession d'état est donc une situation de fait qui peut venir s'ajouter à un titre existant (art. 333 C. civ.) ou permettre la constitution d'un titre lorsqu'elle est constatée par un acte de notoriété (art. 317 C. civ.).

² cf. *supra* §133.

³ Art. 538 C. pr. civ.

impossible de rompre ce lien de filiation, y compris en cas de cessation postérieure de la possession d'état ou de contradiction avec la réalité biologique. Une fois passé le délai d'appel, le refus de l'enfant dont la filiation a été établie au moyen d'une action en constatation de la possession d'état est donc impossible. Cette solution se justifie entièrement d'un point de vue juridique, mais peut sembler extrêmement stricte au regard de la faculté de refus du parent concerné, compte tenu de la brièveté du délai qui lui est imparti.

220. En revanche, il en va différemment de la filiation établie par possession d'état constatée par un acte de notoriété, puisque dans ce second cas, la filiation peut être contestée au moyen d'une action. Ainsi, l'article 335 du Code civil permet la contestation d'une telle filiation dans un délai de dix ans à compter de la délivrance de l'acte de notoriété. Passé ce délai, il est par principe impossible de contester la filiation, y compris si celle-ci s'avérait contraire à la vérité biologique et si la possession d'état venait par la suite à cesser. En effet, « *quand bien même il serait contraire à la vérité biologique, le lien de filiation ainsi établi est acquis et échappe à toute contestation au terme de ce délai* »¹.

Or, ce délai se trouve être le même que celui dans lequel est enfermée la contestation de la filiation, non corroborée par une possession d'état, établie par l'indication de l'identité du parent sur l'acte de naissance ou la reconnaissance. En effet, le Code civil prévoit qu'« *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. Cet article vise le délai de droit commun applicable à toutes les actions relatives à la filiation qui ne sont pas enfermées dans un autre délai. Il dispose que ces actions « *se prescrivent par dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté* »³. S'agissant ici d'une action en contestation, la filiation reposant sur un titre non corroboré par la possession d'état peut donc être exercée pendant les dix années suivant la création du titre.

Passé ce délai, la filiation ne pourra en principe être rompue, l'action étant prescrite, même si le parent venait à apprendre qu'il n'est pas, en réalité, lié génétiquement à l'enfant ou que ce dernier n'a pas été conçu dans le cadre de l'AMP à laquelle il avait consenti. Le fait de limiter le refus de l'enfant dont la filiation ne repose que sur un titre à dix ans à compter de la création dudit titre semble ménager un juste équilibre entre la possibilité de refuser l'enfant et

¹P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille, op. cit.*, p. 747.

² Art. 334 C.civ.

³ Art. 321 C. civ.

la sécurisation de sa filiation. En effet, s'agissant d'un lien juridique qui ne reflète ni la réalité vécue – puisque le titre n'est pas corroboré par la possession d'état – ni la réalité de l'engendrement, il semble opportun de permettre au refus de s'exprimer pendant une assez longue période. Toutefois, si ce refus ne s'est pas exprimé au bout de dix années, il semble opportun de sécuriser la filiation en rendant impossible sa rupture.

« *La force de l'impératif de stabilité face aux autres objectifs du droit de la filiation n'est pas la même suivant que l'on est ou non en présence d'une filiation vécue, c'est-à-dire d'une possession d'état* »¹. C'est la raison pour laquelle les délais de l'action en contestation fixés par le Code civil lorsque la filiation repose sur un titre varient selon que ce dernier est corroboré par une possession d'état ou non.

2 - La sécurisation amplifiée de la filiation reposant sur un titre traditionnel corroboré par une possession d'état pendant un délai suffisant

221. Tant que l'expertise génétique n'était pas la preuve par excellence en matière de filiation, il a pu être avancé que la sécurisation plus importante de la filiation établie par un titre corroboré par une possession d'état se justifiait par sa plus grande vraisemblance par rapport à celle ne reposant que sur un titre. Le fait pour la personne dont la filiation était établie à l'égard de l'enfant de se comporter comme tel pendant une période suffisamment longue constituait un élément supplémentaire laissant penser qu'elle en était bien le parent véritable². À l'inverse, le fait que la personne à l'égard de laquelle la filiation de l'enfant est établie par un titre ne se comporte pas, en pratique, comme un parent faisait davantage planer le doute sur la concordance de la filiation avec la vérité biologique³. Mais cet argument n'apparaît plus réellement pertinent aujourd'hui. À défaut, le simple fait de montrer la non-conformité du lien de filiation à la vérité biologique suffirait à justifier la remise en cause du lien de filiation. De plus, le fait que la filiation d'un homme biologiquement étranger à l'enfant conçu dans le cadre d'une AMP puisse aujourd'hui être imposée invalide ce raisonnement. Pourtant, le législateur

¹A. DIONISI-PEYRUSSE, « La sécurisation de la filiation paternelle par l'ordonnance 2005-759 du 4 juillet 2005 », *D.* 2006, p. 612.

²V. J. VIDAL, « 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. 903 : « *la possession d'état, lorsqu'elle corrobore une filiation légalement établie, conforte la présomption de vérité attachée au lien juridique de filiation, en même temps qu'elle atteste l'existence de liens affectifs entre l'enfant et ses parents* ».

³V. J. VIDAL, « Observations sur le rôle et la notion de possession d'état dans le droit de la filiation », *op. cit.*, p. 909 : « *selon un courant doctrinal et jurisprudentiel important, l'absence de possession d'état corroborant une filiation légalement établie rend celle-ci suspecte* ».

continue à encadrer dans des délais stricts la possibilité de contester une filiation reposant sur un titre et corroborée par une possession d'état.

222. Ainsi, l'article 333 du Code civil limite cette action en ce qu'il prévoit un délai de prescription, mais surtout une fin de non-recevoir quand la possession d'état a duré au moins cinq ans après l'apparition du titre. Concernant le délai de prescription, lorsque la filiation repose sur un titre et qu'à celui-ci s'ajoute une possession d'état d'enfant, le législateur prévoit un délai 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* »¹. Ce délai est plus bref que celui applicable en droit commun², ce qui s'explique par les circonstances encadrant la filiation. Le choix de faire courir ce délai à compter de la cessation de la possession d'état ou du décès du parent dont la filiation est contestée a pour conséquence de permettre l'exercice de l'action pendant une période qui peut s'avérer très longue. En effet, en vertu de ce texte, si la possession d'état ne cesse pas et si le parent ne décède pas, l'action peut toujours être exercée. Le parent qui viendrait à souhaiter rompre sa filiation à l'égard de l'enfant peut donc la contester pendant une période assez étendue.

C'est la raison pour laquelle le législateur est venu doubler ce délai de prescription d'une fin de non-recevoir. C'est cette dernière qui constitue le véritable obstacle à la contestation de la filiation. En effet, plus que le délai de prescription, c'est la fin de non-recevoir mise en place par le législateur qui verrouille les filiations établies par un titre corroboré par une possession d'état. Il sera ainsi impossible, sauf pour le ministère public, de contester une telle filiation si la possession d'état « *a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement* »³. Cette fin de non-recevoir présente une limite très importante à la faculté du parent de refuser l'enfant à l'égard duquel sa filiation est établie. Il suffit, en effet, qu'il se soit comporté comme un parent à l'égard de cet enfant pendant cinq ans à compter de l'apparition du titre pour qu'il lui soit impossible de contester cette filiation, même si celle-ci ne correspond pas à la réalité de l'engendrement et si la possession d'état a cessé depuis l'écoulement de ces cinq ans. Cette filiation peut, par la suite, se vider de sa substance affective et ne reposer que sur un lien juridique et une possession d'état ayant eu une durée relativement courte. Pour autant, cette fin de non-recevoir permet d'assurer la sécurité juridique de la filiation

¹ Art. 333, al. 1, C. civ.

² V. art. 321 C. civ. : « *Sauf lorsqu'elles sont enfermées par la loi dans un autre délai, les actions relatives à la filiation se prescrivent par dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté. À l'égard de l'enfant, ce délai est suspendu pendant sa minorité* ».

³ Art 333, al. 2, C. civ.

ayant concordé pendant au moins cinq ans avec la réalité vécue par l'enfant. L'idée prévalant étant que, passé un certain délai, cette vérité affective, également appelée vérité sociologique, doit prévaloir même si elle n'est pas conforme à la réalité de l'engendrement.

223. Dans certains cas, cette solution paraît conforme à l'intérêt de l'enfant comme à celui de ses parents. C'est tout d'abord le cas de l'hypothèse dans laquelle un homme décide de jouer le rôle de père à l'égard de l'enfant de sa compagne, sachant pourtant qu'il ne lui est pas biologiquement relié, alors que le géniteur se désintéresse du sort de l'enfant. Dans ce cas, la protection de la filiation apparaît judicieuse en ce qu'elle permet de parer à toute contestation passé le délai de cinq ans, émanant par exemple du géniteur qui viendrait tardivement à s'intéresser à l'enfant. Toutefois, il ne faut pas négliger le fait que les rapports d'affection noués entre l'enfant et celui qui l'élève sont au moins en partie liés à ceux existant entre cet homme et la mère de l'enfant. *« C'est donc de l'affection éprouvée par les parents entre eux que découle la possession d'état dont on va constater qu'elle caractérise les rapports avec l'enfant »*¹. Or, l'affection ressentie par les membres du couple peut prendre fin, ce qui peut faire craindre un sort similaire concernant les rapports existant entre l'enfant et son père juridique.

Toutefois, on pourrait estimer que, dans l'hypothèse d'une séparation du couple parental entraînant le désintéressement de l'ancien compagnon de la mère à l'égard de l'enfant, le fait qu'il soit impossible de revenir sur cette filiation est justifié. En effet, l'homme à l'égard duquel la filiation est établie a reconnu l'enfant, ou a laissé la présomption de paternité jouer, en connaissance de cause. Il a d'ailleurs joué le rôle de père à l'égard de l'enfant pendant au moins cinq ans tout en sachant que cet enfant n'était pas biologiquement le sien. Il peut alors sembler normal de protéger ce lien de filiation en dépit *« des vicissitudes de la vie sentimentale de sa mère ou des préoccupations de son père »*², l'homme s'étant engagé à l'égard de l'enfant en réalisant cette reconnaissance mensongère. En effet, *« en souscrivant une reconnaissance mensongère, son auteur contracte tout de même l'obligation de se comporter comme un père »*³. Il peut alors sembler justifié, dans un tel cas, d'estimer que *« lorsque le choix est effectué, il devrait être définitif. L'engagement pris serait ainsi valorisé, il s'assimilerait à celui effectué lors d'une adoption et l'enfant se trouverait de ce fait doté d'un statut stable (...) »*⁴. Certes, contrairement à l'homme ayant consenti à l'AMP avec tiers donneur, cet homme n'a pas joué de rôle causal dans l'engendrement de l'enfant, toutefois en établissant malgré tout sa filiation

¹F. MILLET, « La vérité affective et le nouveau dogme de la filiation », *JCP G*, 15 février 2006, n° 7, I, p. 112.

²C. PHILIPPE, « Volonté, responsabilité et filiation », *D.* 1991, p. 47.

³S. BERNIGAUD, « Les diverses filiations et les reconnaissances mensongères », *LPA*, 3 mai 1995, n° 53, p. 97.

⁴C. PHILIPPE, « Volonté, responsabilité et filiation », préc.

en connaissance de cause, il est devenu responsable de cet enfant. La fin de non-recevoir semble donc justifiée lorsque l'homme a établi ou a laissé établir sa filiation en connaissance de cause.

En revanche, cette solution est beaucoup plus critiquable dans l'hypothèse où la vérité biologique est inconnue de l'homme à l'égard duquel la filiation est établie. Cette situation concerne aussi bien la situation de l'homme qui reconnaît l'enfant en pensant en être le géniteur, que la situation de celui qui établit sa filiation à l'égard d'un enfant qu'il pense avoir été conçu dans le cadre d'une AMP avec tiers donneur alors qu'il est en réalité le fruit d'une relation extraconjugale. Peut-être en aurait-il été autrement s'il avait connu la vérité. De la même façon, le père biologique peut ignorer l'existence de l'enfant ou le fait que ce dernier soit son enfant biologique, faute de quoi il aurait pu souhaiter le reconnaître. Mais, si l'homme à l'égard duquel la filiation est établie se comporte par la suite à l'égard de l'enfant comme un père pendant au moins cinq ans, la fin de non-recevoir fera obstacle à toute contestation de cette filiation. Or, l'homme juridiquement lié à l'enfant, ainsi que le père biologique, pourraient n'apprendre la vérité que postérieurement. Toute contestation restera malgré tout impossible et la révélation tardive de cette vérité pourrait entraîner un rejet de l'enfant de la part de celui que la filiation désigne comme son père. Il serait alors relié juridiquement à un homme qui ne se comporterait plus à son égard comme un père, alors même que son père biologique, désormais informé de la réalité, pourrait souhaiter établir sa filiation. Or, le lien de filiation établi étant désormais impossible à rompre, il sera impossible d'envisager l'établissement d'un second lien. Cela *« constitue un résultat paradoxal, si l'on se souvient que le texte procède de la volonté de privilégier la vérité sociologique, dont c'est sans doute à tort que l'on pense qu'elle pourrait toujours résister à la révélation des origines de l'enfant »*¹.

224. Les solutions actuelles peuvent ainsi sembler trop rigides en ce que la fin de non-recevoir peut conduire au maintien d'un lien juridique qui n'a plus aucune autre réalité, y compris si tous les protagonistes souhaitent mettre leur situation juridique davantage en accord avec leur situation réelle. Cette problématique se retrouve avec d'autant plus d'acuité que, bien que les tests génétiques ne soient possibles en matière civile en France que dans le cadre d'une action relative à la filiation², il est aujourd'hui relativement aisé de pratiquer un tel test à l'étranger³. Dans ce sens, un auteur a pu émettre la possibilité de créer une action en contestation du lien de filiation fondée sur l'erreur de l'auteur de l'engagement et un recours fondé sur le

¹F. MILLET, « La vérité affective et le nouveau dogme de la filiation », préc.

² V. art. 16-11, al. 2, C. civ.

³ V. Rép. Min. n°71498, JOAN Q 6 avril 2010.

caractère intolérable du lien de filiation. L'erreur porterait sur la réalité de la filiation biologique « *pourvu que ce fait ait été déterminant pour l'auteur de l'engagement* »¹ tandis que le caractère intolérable du lien de filiation « *résulterait de la preuve du caractère fictif de la filiation sous ses aspects à la fois biologiques et affectifs* »². Ainsi, la cessation de la possession d'état pourrait justifier une action en contestation, à condition toutefois « *qu'il n'y ait aucun doute sur la volonté partagée de l'enfant et de ses parents ou de l'un d'eux de faire disparaître l'élément tractatus* »³. Une telle solution présenterait l'avantage d'une plus grande flexibilité.

Certainement conscients des excès que peut comporter la rigidité de ces délais dans certains cas, les magistrats ont récemment commencé à exercer un contrôle de proportionnalité afin de s'assurer que la prescription de l'action en contestation ne porte pas une atteinte disproportionnée à la vie privée et familiale des différents protagonistes.

B - La pondération par la jurisprudence au moyen d'un contrôle de proportionnalité

225. Les magistrats ont récemment adopté une attitude allant au-delà du rôle d'arbitre des intérêts familiaux qu'ils tendent à jouer⁴ et qui pourrait permettre d'introduire davantage de flexibilité face aux demandes visant à rompre un lien de filiation au-delà des délais prévus par les textes⁵. La rigidité induite par les délais dans lesquels les actions en contestation sont enfermées peut, en effet, parfois sembler insupportable. « *Pouvoir connaître la vérité et se la voir refuser est évidemment fort frustrant. C'est probablement la raison qui pousse la lame de fond de la résurgence des liens naturels, qui fait craquer de toute part la carapace des filiations artificielles* »⁶. C'est notamment le cas si celui à l'égard duquel la filiation de l'enfant est établie apprend que, contrairement à ce qu'il croyait, il n'est pas génétiquement lié à l'enfant alors que l'action est prescrite. Cette révélation peut entraîner un sentiment de rejet à l'égard de l'enfant et la cessation de la possession d'état. Mais cela peut également être le cas de l'homme qui aurait établi sa filiation en pensant que l'enfant a été conçu dans le cadre de l'AMP à laquelle il a consenti, alors qu'il est en réalité le fruit d'une relation extraconjugale de sa compagne. Le lien unissant le parent et l'enfant n'est alors plus qu'un lien juridique, vide de tout contenu,

¹C. PHILIPPE, « Volonté, responsabilité et filiation », préc.

²*Ibid.*

³*Ibid.*

⁴Sur les fonctions du juge en matière familiale V. par ex. : P. CATALA, « La métamorphose du droit de la famille », in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir.*, Dalloz, 2004, pp. 350 et s.

⁵H. FULCHIRON, « Jura vigilantibus », *Dr. Fam.* 2018, n° 1.

⁶F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Propos hétérodoxes sur les familles naturelles », *op. cit.*, p. 74.

« *une filiation morte* »¹. De même, l'enfant peut souhaiter rompre une filiation dont il apprendrait la contradiction avec la vérité biologique, voire souhaiter établir sa filiation à l'égard de son parent génétique alors même que cela serait rendu impossible d'une part en raison du principe chronologique empêchant d'établir un nouveau lien de filiation en présence d'un lien préexistant et, d'autre part, en raison des délais qui enferment l'exercice d'une action en contestation. Toutefois, la jurisprudence semble avoir ouvert la voie à une pondération de cette impossibilité de principe.

226. La Cour de cassation², dans une affaire relative à la contestation d'une filiation reposant sur un titre corroboré par une possession d'état, a validé la pratique récente des juges du fond consistant à effectuer un contrôle de proportionnalité au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En l'espèce, l'action était prescrite mais se voyait également empêchée par la fin de non-recevoir opposable à la contestation d'une telle action en vertu de l'article 333 du Code civil³. En appel⁴, les magistrats se sont demandé si l'application de la fin de non-recevoir ne constituait pas, en l'espèce, une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée des demandeurs à l'action en contestation. Elle a toutefois conclu par la négative, estimant au vu des faits que l'impossibilité de contester la filiation ne portait pas une atteinte excessive au droit au respect de la vie privée des demandeurs au pourvoi.

227. Pour autant, la Cour de cassation, en validant le contrôle de proportionnalité effectué par la Cour d'appel de Versailles, ouvre la voie à une remise en cause de la règle, qui ne paraissait pourtant pas sujette à appréciation, selon laquelle « *la possession d'état qui corrobore une filiation légalement établie la met à l'abri de toute contestation* »⁵. Si l'action en contestation est ici jugée irrecevable en raison de l'application de la fin de non-recevoir de l'article 333 du Code civil, c'est bien parce que les juges ont estimé que cela ne portait pas une atteinte excessive au droit au respect de la vie privée des requérants. Il en résulte que, s'il en avait été autrement, l'application de l'article 333 aurait pu être écartée, et l'action en contestation exercée en dépit de l'écoulement du délai permettant de leur opposer la fin de non-recevoir. Cette jurisprudence conduit à remettre en question le « verrouillage » de la filiation

¹Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 622, n° 1349.

²Civ. 1^{re}, 6 juillet 2016, n° 15-19.853, Publié au Bull. ; *D.* 2016,1980, note Fulchiron ; *RTD Civ.* 2016, 831, obs. Hauser ; *D.* 2017. 470, obs. Douchy-Oudot ; *D.* 2017, 729, obs. Granet-Lambrechts.

³ cf. *supra* §§119 et s.

⁴CA Versailles, 19 mars 2015

⁵J. VIDAL, « Observations sur le rôle et la notion de possession d'état dans le droit de la filiation », *op. cit.*, p. 906.

reposant sur un titre corroboré par une possession d'état d'au moins cinq ans¹ et s'inscrit, par conséquent, dans l'idée selon laquelle « *l'invocation des droits de l'homme comme un sacré intouchable, sert les revendications individuelles comme un argument d'autorité intouchable surplombant les droits de la famille existants* »².

Dans cette affaire, la filiation était contestée, non par le parent, mais par l'enfant puis, suite à son décès, par les descendants de ce dernier. Il est toutefois possible de se demander si un tel contrôle de proportionnalité devrait également être opéré si la contestation émanait du parent. Il pourrait, en effet, être envisagé que l'irrecevabilité de son action en raison de l'écoulement des délais porte une atteinte excessive à son droit à la vie privée. Tel pourrait être le cas s'il souhaitait contester sa filiation suite à la découverte de son absence de lien biologique avec l'enfant, ou s'il apprenait que l'enfant n'a pas été conçu dans le cadre d'une AMP, mais à l'occasion d'une infidélité de sa compagne.

Par ailleurs, il est également possible de penser que ce contrôle de proportionnalité pourrait être effectué dans le cadre de la contestation de filiation reposant uniquement sur un titre. Qui peut le plus peut le moins. Par conséquent, si le délai de prescription et la fin de non-recevoir peuvent être écartés lorsque l'action allie titre et possession d'état, il est possible de penser qu'il en ira de même pour une filiation ne bénéficiant que de l'un de ces attributs.

228. Si certains verront certainement dans l'exercice de ce contrôle de proportionnalité une source d'« *instabilité juridique qui serait socialement insupportable* »³ ou un élément contribuant à « *accentuer l'impression d'arbitraire judiciaire* »⁴, il est à espérer que, rigoureusement exercé, il permettra « *de mieux tenir compte des cas particuliers et, par là même,* »⁵ pourra contribuer à « *l'harmonie sociale* »⁶.

¹ Pour une autre application du contrôle de proportionnalité, appliqué cette fois à l'article 320 du Code civil : V. Civ. 1^{re}, 5 oct. 2016, n° 15-25.507, Publié au Bull. ; *RJPF*, décembre 2016, n° 12, pp. 39-42, comm. Pétrot.

²J.-Ph. PIERRON, « La famille, entre tradition et modernité : comment les droits fondamentaux font-ils évoluer le droit de la famille ? », in *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, sous la dir. de H. FULCHIRON, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, p. 203.

³H. FULCHIRON, « Prescription des actions relatives à la filiation et contrôle de proportionnalité », *D.* 6 octobre 2016, n° 33, pp. 1980-1984.

⁴J. HAUSER, « Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du XXe siècle », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille : liber amicorum*, PUS, LGDJ éd., 1994, p. 241.

⁵H. FULCHIRON, « Prescription des actions relatives à la filiation et contrôle de proportionnalité », préc.

⁶*Ibid.*

Certains auteurs estiment que cette pratique s'inscrit dans l'idée de l'existence d'une indisponibilité de la filiation biologique¹. En effet, la consécration d'un contrôle de proportionnalité dans le cadre des actions visant à contester la filiation permet l'exercice d'une telle action alors même que celle-ci est prescrite si elle est contraire à la vérité biologique et que son irrecevabilité porte une atteinte disproportionnée à l'article 8 de la Convention européenne. « *En raison des progrès de la biologie, l'accès à la preuve certaine de paternité est venu perturber les fondements du système et l'indisponibilité de la filiation peut désormais s'entendre dans un sens plus absolu : ne pas disposer de l'histoire biologique de l'enfant* »² et, par conséquent, de celle du parent qui se révèle ne pas lui être biologiquement lié. Mais, plus largement, cette pratique pourrait se révéler garante d'un équilibre entre la sécurisation de la filiation et la réalité de l'engendrement. En effet, ainsi que cela a été souligné, une remise en cause de la filiation de l'homme apprenant que l'enfant n'est pas issue de l'AMP à laquelle il a consenti mais de l'infidélité de sa compagne pourrait également être envisageable hors délais. Il ne s'agirait alors plus de protéger la seule vérité biologique mais, plus largement, la responsabilité causale de chacun dans l'engendrement de l'enfant.

Ainsi, les règles prévues par le législateur dans le but de limiter la possibilité de rompre la filiation non conforme à la réalité de l'engendrement sont remises en question par l'avènement du contrôle de proportionnalité. La possibilité de refuser le statut de parent lorsque celui-ci ne coïncide pas avec la réalité de l'engendrement pourrait en ressortir encore davantage renforcée. Au contraire, la rupture de la filiation conforme à la réalité de l'engendrement ne peut intervenir que de façon tout à fait exceptionnelle.

Section 2 - La rupture exceptionnelle de la filiation conforme à la réalité de l'engendrement par l'adoption plénière

229. Lorsque la filiation établie est conforme à la réalité de l'engendrement, la seule façon de la rompre est d'y substituer une nouvelle filiation. Autrement dit, la filiation maternelle établie à l'égard de l'accouchée et la filiation paternelle établie à l'égard du géniteur ou de l'homme ayant consenti à une AMP avec recours à un tiers donneur ne pourront être rompues que si l'enfant fait l'objet d'une adoption plénière. Or, l'adoption plénière reste relativement

¹ V. P. MURAT, « Indisponibilité de la filiation et perspectives d'avenir (variations libres sur un thème controversé) », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille : liber amicorum*, PUS, LGDJ, 1994, pp. 341-356.

² *Ibid.*, p. 344.

exceptionnelle en raison de ses conditions restrictives, mais également en raison des conséquences qu'elle entraîne sur la filiation de l'enfant, ce qui en fait une solution adaptée à des hypothèses très particulières. Ainsi, la rupture de la filiation opérée par le prononcé d'une adoption plénière reste uniquement réservée à certains parents (A) et à certains enfants (B).

§1 - Une rupture de la filiation réservée à certains parents

230. Les conditions très restrictives de l'adoption plénière en font un moyen de rompre la filiation assez marginal. Elle peut notamment rencontrer comme obstacle le fait que, pour qu'elle soit possible, le consentement à l'adoption doit être donné par toutes les personnes à l'égard desquelles l'enfant a un lien de filiation établi. Ainsi, en dehors de l'hypothèse où l'enfant n'a de filiation établie qu'à l'égard de l'un de ses parents, dans laquelle ce dernier peut valablement consentir seul à l'adoption¹, elle ne pourra en principe être prononcée que si les deux parents y consentent. Cela s'explique par l'exclusion de l'adoption plénière comme moyen de rompre unilatéralement la filiation (A), le législateur la réservant exclusivement à la double rupture de la filiation de l'enfant (B).

A - L'exclusion de la rupture unilatérale de la filiation

231. Il aurait été possible d'envisager que l'enfant refusé par l'un de ses parents puisse être adopté de façon plénière par une personne sans pour autant que tous ses liens de filiation ne soient rompus. L'adoption plénière de l'enfant est par exemple possible par le conjoint de l'un de ses parents sans rupture de la filiation l'unissant à ce dernier. Il aurait donc été envisageable qu'un parent puisse consentir à l'adoption de l'enfant par le conjoint de son autre parent. La rupture de sa filiation à l'égard de l'enfant aurait alors été possible sans pour autant conduire à la rupture de la filiation unissant l'enfant à son autre parent. Pourtant, une telle rupture unilatérale de la filiation est impossible en droit français.

En effet, l'article 345-1 du Code civil prévoit que l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise « *lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ; lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard ; lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ; lorsque 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*

¹ Art. 348-1 C. civ.

l'enfant ». Ainsi, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint n'est possible que lorsque l'enfant n'a de filiation établie qu'à l'égard de l'un de ses parents ou lorsque l'autre parent est décédé et que l'enfant n'a pas développé de liens affectifs avec ses grands-parents. Le seul cas dans lequel l'adoption plénière par le conjoint d'un parent est possible, alors même que l'enfant a un lien de filiation établi avec son autre parent et que celui-ci est encore en vie, est celui où ce parent s'est vu retirer l'autorité parentale. Autrement dit, la rupture de la filiation peut être imposée au parent s'il s'est vu retirer l'autorité parentale, mais son consentement à une telle adoption n'est pas prévu. Lorsque l'enfant a sa filiation établie à l'égard de ses deux parents, il est donc impossible pour un seul parent de rompre sa filiation à l'égard de l'enfant sans remettre en question le second lien de filiation. Il demeure prisonnier de ce lien juridique, quels que soient les circonstances et le comportement de l'enfant à son égard, alors même qu'il peut ne pas avoir vu l'enfant depuis des années et que ce lien peut être dépouillé de toute réalité affective. La vacuité de la filiation n'est absolument pas prise en considération si elle ne concerne qu'un seul lien. Le législateur raisonne uniquement à travers une logique de couple en liant les filiations maternelle et paternelle.

232. L'exclusion complète d'une rupture unilatérale volontaire de la filiation est critiquable car elle pourrait dans certains cas être conforme à l'intérêt de l'enfant. En effet, s'il est compréhensible de protéger l'enfant en verrouillant sa filiation afin de lui garantir *a minima* la protection pécuniaire incombant à ses parents, dont la rupture de sa filiation le priverait, une telle exclusion alors même que le conjoint de l'un de ses parents accomplit cette fonction à son égard et souhaite traduire son implication auprès de l'enfant par un lien de droit l'intégrant à sa famille est critiquable. *A contrario*, la rupture de la filiation des deux parents est possible en cas de substitution à ces filiations d'un ou plusieurs liens nouveaux par le prononcé d'une adoption plénière. Une possibilité similaire aurait pu être prévue avec la possibilité de substituer à un lien de filiation d'origine vidé de sa substance affective, un nouveau lien unissant l'enfant à une personne prenant soin de lui, agissant dans les faits comme son parent et souhaitant le voir intégrer juridiquement sa famille.

Une telle possibilité est pourtant totalement exclue, le législateur appréhendant l'adoption plénière uniquement comme une double rupture de la filiation de l'enfant.

B - Une adoption réservée à la double rupture de la filiation

233. En dehors de l'hypothèse de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, qui permet de prononcer l'adoption de l'enfant sans pour autant rompre le lien de filiation l'unissant à son parent, cette adoption aboutit nécessairement à la rupture des filiations préexistantes. Compte tenu de ses conséquences sur le lien de filiation unissant l'enfant à chacun de ses parents, le consentement de chacun d'eux est en principe nécessaire pour que l'adoption plénière puisse être prononcée et les liens de filiation rompus (1).

Toutefois, cette exigence peut s'avérer inadaptée aux hypothèses où l'un des parents n'accomplit pas sa fonction parentale. En effet, elle conduit à priver l'autre parent de la possibilité de rompre sa filiation à l'égard de l'enfant, alors même que le parent dont le consentement fait défaut ne remplit pas sa mission. Le législateur a donc prévu un certain nombre d'exceptions au principe selon lequel l'adoption plénière de l'enfant requiert le consentement de ses deux parents lorsque l'un d'entre eux n'accomplit pas sa fonction parentale (2).

1 - Le principe : la nécessité du consentement des deux parents

234. En principe, l'enfant ayant une filiation établie à l'égard de ses deux parents ne peut faire l'objet d'une adoption plénière qu'à la condition que ses deux parents y consentent. En effet, le Code civil dispose que « *lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de son père et de sa mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption* »¹. Ce double consentement doit, en outre, respecter un formalisme spécifique (a) et perdurer jusqu'à l'extinction des délais de rétractation dont bénéficient les parents (b).

a) La nécessité d'un double consentement respectant un formalisme spécifique

235. La forme que doit prendre ce double consentement varie selon les circonstances. Les parents peuvent, en effet, consentir à l'adoption de leur enfant par des personnes déterminées, remettre leur enfant à un OAA ou encore aux services de l'Aide sociale à l'enfance en qualité de pupille de l'État. Dans les deux premiers cas, le consentement doit prendre la forme d'un acte authentique (α) tandis que ce formalisme n'est pas exigé si l'enfant est remis à l'ASE en qualité de pupille de l'État (β).

¹ Art. 348, al. 1, C. civ.

α - Le principe : le consentement par acte authentique

236. Le législateur prévoit que « *le consentement à l'adoption est donné devant un notaire français ou étranger, ou devant les agents diplomatiques ou consulaires français* »¹. En France, le consentement à l'adoption doit donc s'effectuer par acte authentique, la possibilité de consentir devant le greffier en chef du tribunal d'instance ayant été supprimée en 2010². Cet acte doit indiquer la nature de l'adoption pour laquelle le consentement est donné. À défaut, l'acte sera interprété comme valant consentement pour une adoption simple³ et le lien de filiation persistera.

Les juges du fond ont toutefois pu estimer que la nécessité de consentir par acte notarié pouvait être écartée dans l'intérêt de l'enfant en admettant un consentement à l'adoption contenu dans un procès-verbal de gendarmerie⁴. Une telle solution semble devoir être exclue en matière d'adoption plénière. En effet, il s'agissait en l'espèce du consentement d'un père à l'adoption simple de son fils par le conjoint de la mère. L'adoption n'avait donc pas pour conséquence de rompre le lien de filiation entre l'enfant et son père, ce qui a probablement favorisé la tolérance des magistrats envers le non-respect du formalisme normalement applicable au consentement à l'adoption. Une telle solution semble devoir être exclue en matière d'adoption plénière étant donné la gravité des conséquences d'une telle adoption sur le lien de filiation.

Le consentement en la forme authentique est nécessaire lorsque les parents consentent à l'adoption de leur enfant par une personne déterminée, ainsi que lorsque l'enfant est remis à un OAA en vue de son adoption. Toutefois, cette forme de consentement reste en réalité exceptionnelle. Cela s'explique par le fait que le rôle des OAA en matière d'adoption nationale est en réalité très marginal⁵. De plus, les adoptions ouvertes – c'est-à-dire par échange de consentements entre deux familles devant un tribunal – restent très rares en France⁶. En effet, bien que rien ne les interdise dès lors que l'enfant est âgé de plus de deux ans⁷, elles ne semblent pas faire partie de notre culture.

¹ Art. 348-3, al. 1, C. civ.

² Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 ; Th. GARÉ, « La loi du 22 décembre 2010 pose de nouvelles règles en matière de consentement à l'adoption », *RJPF*, 1^{er} mars 2011, n° 3, p. 32.

³ P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille, op. cit.*, p. 796.

⁴ CA Rennes, 11 mars 2014, n° 11/02827

⁵ J.-M. COLOMBANI, *Rapport sur l'adoption*, coll. La documentation française, 2008, p. 89.

⁶ P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille, op. cit.*, p. 797.

⁷ Art. 348-5 C. civ. : « *le consentement à l'adoption des enfants de moins de deux n'est valable que si l'enfant a été effectivement remis au service de l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé pour l'adoption* ».

La très grande majorité des adoptions nationales se fait en pratique par le biais de l'ASE, quel que soit l'âge de l'enfant. Or, dans ce cas, le consentement ne se fait pas par acte notarié.

β - Le formalisme allégé en cas de remise de l'enfant à l'ASE

237. L'article 348-3 du Code civil exclut la nécessité d'un consentement par acte authentique lorsque l'enfant est remis à l'ASE. En effet, il prévoit dans ce cas la possibilité pour l'ASE de recevoir le consentement des parents à l'adoption de l'enfant. La forme que prend le recueil de ce consentement est précisée par le Code de l'action sociale et des familles. Lors de la remise de l'enfant au service de l'ASE en vue de son admission en qualité de pupille de l'État¹, ses parents doivent être invités à consentir à son adoption². Un procès-verbal sur lequel est porté le consentement des parents à l'adoption de leur enfant est alors dressé³.

Ainsi, si tout enfant pris en charge par les services de l'ASE ne fait pas forcément l'objet d'un refus de filiation de la part de ses parents, la remise de l'enfant en vue de son admission en qualité de pupille de l'État implique un désengagement des parents et une volonté de leur part de voir leur enfant adopté et, *a fortiori*, leur filiation rompue. Contrairement à tous les autres cas de consentement à l'adoption, celui de l'enfant remis à l'ASE par ses parents en vue de son admission en qualité de pupille de l'État ne nécessite donc pas un acte notarié. Un simple consentement devant le service reporté sur le procès-verbal d'admission de l'enfant suffit.

Pour que la filiation de chacun des parents puisse effectivement être rompue, leur consentement doit perdurer au-delà du délai de rétractation dont ils disposent.

b) La nécessité d'un double consentement prolongé

238. Pour que l'adoption plénière puisse être prononcée, et la filiation de chacun des parents rompue, leur consentement ne doit pas être retiré durant le délai dont ils disposent pour se rétracter. Si l'un des deux parvient à interrompre le processus d'adoption, la filiation de chacun d'eux sera maintenue.

Le législateur prévoit un délai de deux mois pendant lequel le consentement donné à l'adoption de l'enfant peut être rétracté sans aucune formalité et sans qu'il soit besoin de démontrer que le consentement était vicié. La rétractation de l'un suffit, même si le

¹ Art. L. 224-4, 2° et 3°, CASF

² Art. L. 224-5, *in fine*, CASF

³ Art. L. 224-5, *in fine*, CASF

consentement à l'adoption avait été donné par les deux parents¹. L'alinéa 2 de l'article 348-3 du Code civil fixe les modalités de cette rétractation, lesquelles sont très souples puisque, si cet article prévoit dans un premier temps que « *la rétractation doit être faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressé à la personne ou au service qui a reçu le consentement à l'adoption* », il précise que « *la remise de l'enfant à ses parents sur demande même verbale vaut également preuve de la rétractation* ». Ainsi, il suffit en réalité que le consentement de l'un des parents à l'adoption soit retiré sans équivoque pour que l'enfant ne soit pas adopté et que sa filiation soit maintenue à l'égard de ses deux parents.

239. Mais, passé ce délai, il n'est toujours pas garanti que l'adoption plénière sera prononcée et la filiation rompue puisque le troisième alinéa du même article prévoit qu'un parent peut encore demander la restitution de l'enfant tant qu'il n'a pas été placé en vue de son adoption. La restitution ne sera toutefois pas automatique car, si « *la personne qui l'a recueilli refuse de le rendre* », les parents devront saisir le tribunal qui décidera s'il est opportun de donner droit à leur demande « *compte tenu de l'intérêt de l'enfant* ». Si la restitution est jugée dans l'intérêt de l'enfant, les deux parents conserveront donc leur filiation à l'égard de l'enfant, peu importe que seul l'un d'entre eux ait souhaité la restitution. Dans la mesure où ce même article dispose que « *la restitution rend caduc le consentement à l'adoption* » il est, à l'inverse, possible de penser que le consentement donné par les parents demeurera valable si le juge estime que la restitution contraire à l'intérêt de l'enfant. L'adoption plénière demeure donc envisageable dans ce cas.

240. En revanche, en dépit de quelques hésitations de la part de certains juges du fond², il semble désormais exclu qu'un parent puisse empêcher l'adoption en invoquant un vice du consentement passé les délais de rétractation ou le placement de l'enfant en vue de l'adoption. En effet, la Cour de cassation estime que « *le consentement à l'adoption et le jugement qui le constate et prononce l'adoption sont indivisibles et qu'en conséquence, la contestation du consentement ne pouvait se faire qu'au moyen d'une remise en cause directe du jugement par l'exercice des voies de recours en conformité avec l'article 460 du Nouveau Code*

¹ Dans ce sens, V. J. BOUTON, « Des manifestations de la volonté des représentants de l'enfant, sujet de l'adoption interne ou internationale », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruylant éd., 2000, p. 113.

² Ca Pau, 30 mai 1990, n°XPAU300590X ; D. 1991, p. 20, note Larribau-Terneyre ; RDSS 1991, p. 353, note Monéger.

de procédure civile »¹. Il est alors surprenant que les textes ne prévoient aucun contrôle de l'intégrité du consentement au moment où celui-ci est donné, que ce consentement soit donné à l'ASE lors de la remise de l'enfant ou devant notaire. Cette absence de contrôle est d'autant plus étonnante que celui-ci ne sera pas davantage possible au cours de la procédure d'adoption puisque, l'adoption relevant de la matière gracieuse², seuls les adoptants seront parties à la procédure. Le juge s'assurera donc simplement que le consentement à l'adoption a bien été donné et que les parents ont été informés de la possibilité de rétracter leur consentement et des modalités de cette rétractation³. Il n'aura pas à apprécier les conditions dans lesquelles leur consentement a été donné.

241. Le jugement en adoption pourra toutefois être remis en question par les voies de recours classiques, lesquelles sont cependant assez limitées⁴. Étant donné que l'adoption est une procédure gracieuse, les parents d'origine pourront faire appel de la décision prononçant l'adoption de leur enfant en tant que tiers à la procédure si le jugement leur a été notifié⁵. La notification du jugement d'adoption aux parents d'origine semble donc indispensable. Ils n'auront alors que quinze jours pour faire appel du jugement en adoption. Si le jugement ne leur a pas été notifié, ils disposent de la tierce opposition⁶. Mais celle-ci « *n'est recevable qu'en cas de dol ou de fraude imputable aux adoptants* »⁷. Or, cela ne recouvre pas tous les cas où le consentement des parents peut être vicié et, même en cas de fraude ou de dol des adoptants, en rapporter la preuve ne sera pas nécessairement aisé.

242. Ainsi, les possibilités pour les parents d'origine d'empêcher la réalisation de l'adoption, une fois le délai de rétractation passé, sont extrêmement restreintes. L'importance de l'information délivrée aux parents d'origine lors de la réception de leur consentement à l'adoption de l'enfant est alors capitale. Ceux-ci doivent avoir pleinement conscience de la portée de leur décision et notamment de l'impossibilité à revenir en arrière une fois l'enfant placé en vue de son adoption compte tenu des conditions très restrictives permettant de faire appel du jugement en adoption. Or, si les parents sont dans tous les cas informés de leur

¹ Civ. 1^{re}, 27 novembre 2011, n° 00-10.151, Bull. 2001, I, n° 292, p. 184 ; *Dr. Fam.* 2002, n° 5, comm. 57, Murat ; *RJPF*, 1er février 2002, n° 2, pp. 19-20, comm. Blanc.

² Art. 1167 C. pr. civ.

³ Art. 1165 C. pr. civ.

⁴ P. MURAT, « L'indivisibilité du consentement à l'adoption et du jugement prononçant l'adoption », *Dr. fam.* mai 2002, n° 5, comm. 57.

⁵ Art. 546, al. 2, C. pr. civ.

⁶ Art. 583, al. 3, C. pr. civ.

⁷ Art. 353-2, al. 1, C. civ.

possibilité de rétractation et de ses modalités, notamment du délai au cours duquel elle peut s'exercer¹, les règles relatives aux autres informations devant être délivrées aux parents varient selon le dépositaire du consentement à l'adoption². Cette information apparaît pourtant insuffisante dans la mesure où elle n'inclut aucune information sur la quasi-impossibilité qu'ils auront par la suite d'empêcher l'adoption. L'information sur les « *conséquences du recueil et du placement en vue de l'adoption de l'enfant, au regard notamment de l'article 352 du Code civil* »³ n'est imposée qu'aux OAA. Pourtant cette information est capitale puisque l'article 352 du Code civil prévoit que « *le placement en vue de l'adoption met obstacle à toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine* ». Il est alors très critiquable, étant donné les implications du placement en vue de l'adoption, que la remise de l'enfant au service de l'ASE n'entraîne pas la délivrance d'une telle information⁴. De plus, il serait important de préciser aux parents consentant à l'adoption de leur enfant la possibilité qu'ils auront de faire appel du jugement d'adoption ou de faire tierce opposition et des conditions extrêmement restrictives qui entourent ces voies de recours. Or, une telle information n'est prévue à aucun moment. Par ailleurs, bien que cela soit rare, le consentement à l'adoption peut également être donné au profit de personnes désignées souhaitant adopter l'enfant, sans que ce dernier ne passe nécessairement par l'ASE ou un OAA. Le notaire recevant le consentement est alors la seule personne que la loi oblige à informer les parents d'origine et cette information légale se réduira alors à son minimum, c'est-à-dire à la possibilité de rétractation et aux modalités de cette dernière⁵.

243. Au-delà de la période de rétractation de deux mois au cours de laquelle les parents d'origine peuvent se voir restituer l'enfant sans condition, leur possibilité de revenir sur le consentement donné à l'adoption de leur enfant est extrêmement limitée. L'entrave du refus d'un parent par la rétractation de l'autre parent est donc enfermée dans des délais assez restreints. Toutefois, devant la gravité des conséquences attachées à l'adoption plénière et l'importance pour l'enfant de sécuriser sa situation, il semble primordial d'attacher la plus

¹ Art. 1165 C. civ.

² Les articles R. 225-25 et L. 224-5 CASF prévoient que les parents remettant leur enfant en vue de son adoption à un OAA ou à l'ASE doivent être informés des mesures existantes pouvant les aider à élever eux-mêmes leur enfant, de la possibilité qui leur est offerte de rétracter leur consentement et des modalités de cette rétractation ainsi que de la possibilité qu'ils ont de laisser des informations concernant les origines de l'enfant et les circonstances entourant leur consentement à son adoption. L'ASE doit également informer les parents sur le régime de la tutelle des pupilles de l'État et les possibilités de recours dont ils disposent contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État.

³ Art. R. 225-25, 3°, CASF

⁴ Dans ce sens, V. A. TON NU LAN, « L'insuffisance de l'information délivrée aux parents de naissance avant le placement de l'enfant en vue de l'adoption », *Dr. Fam.* 2005, n° 5, étude 11.

⁵ Art. 1165 C. civ.

grande importance à l'information délivrée aux parents d'origine afin de s'assurer que ceux-ci prennent pleinement la mesure de la décision de consentir à l'adoption de leur enfant et de l'impossibilité qu'ils auront par la suite de rétracter leur consentement passé deux mois. En effet, la sécurisation de la situation de l'enfant passe aussi par son apaisement et, bien que la jurisprudence refuse clairement de faire droit aux demandes tendant à la remise en cause du prononcé des adoptions, cette sécurité juridique ne semble pas suffisante. Il semble absolument nécessaire, qu'outre l'impossibilité de remettre juridiquement en cause l'adoption, tout sentiment d'injustice qui pourrait naître chez les parents d'origine soit prévenu. Cela ne peut se faire sans une information claire, sans équivoque et complète, tant sur les possibilités qui s'offrent aux parents de revenir sur le consentement que sur les impossibilités auxquelles ils pourraient se heurter par la suite. Or, l'information aujourd'hui prévue ne paraît pas répondre à ces attentes. Outre le fait qu'elle apparaît incomplète, elle manque également d'uniformité.

Si en principe l'adoption plénière de l'enfant ne peut être prononcée qu'avec le consentement des deux parents, la nécessité de ce double consentement est parfois écartée lorsque l'un des parents n'assume pas sa fonction parentale.

2 - L'exception : le non-accomplissement de la fonction parentale

244. En principe, un parent ne pourra voir sa filiation à l'égard de l'enfant rompue par le prononcé d'une adoption plénière que si l'autre parent y consent également. Mais, bien que l'enfant soit juridiquement lié à deux personnes, la nécessité du consentement de l'une d'elles peut, par exception, être écartée dans certaines hypothèses. Ces hypothèses ont toute pour point commun de se contenter du consentement de l'un des parents lorsque l'autre parent ne remplit pas sa fonction parentale. Tout d'abord, l'article 348-6 du Code civil permet de passer outre le refus de consentir à l'adoption du second parent lorsque ce dernier s'est désintéressé « *de l'enfant au risque d'en compromettre la santé ou la moralité* » (a). L'article 348 alinéa 2 du même code permet, quant à lui, d'éviter une situation de blocage en permettant à un seul parent de consentir à l'adoption de l'enfant lorsque le second parent se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté (a) ou est privé de ses droits d'autorité parentale (b).

Il est important de souligner que la question du consentement à l'adoption d'un enfant par un seul de ses parents n'a fait l'objet que de quelques décisions et provenant uniquement des juridictions du fond. La portée des décisions évoquées reste donc incertaine.

a) Le désintérêt risquant de compromettre la santé ou la moralité de l'enfant

245. En principe, l'adoption de l'enfant ayant une filiation établie à l'égard de ses deux parents n'est possible qu'avec le consentement de chacun d'eux¹. Le refus de l'un paralyse donc le prononcé de l'adoption plénière et, par conséquent, les deux parents sont contraints de conserver leur statut. Pourtant, le parent opposé à l'adoption peut très bien ne jouer aucun rôle dans la vie de l'enfant. Il serait alors critiquable qu'il puisse paralyser la faculté de refus de l'autre parent et l'opportunité pour l'enfant d'être adopté. C'est la raison pour laquelle l'article 348-6 du Code civil prévoit la possibilité de passer outre le refus d'un parent si celui-ci s'est désintéressé de l'enfant au point de compromettre sa santé ou sa moralité².

Ce texte pourrait, en théorie, permettre de prononcer l'adoption plénière de l'enfant, rompant ainsi sa filiation à l'égard de chacun de ses parents, alors même que l'un d'eux s'y oppose. Toutefois, la jurisprudence révèle que ce texte est exclusivement utilisé pour passer outre le refus du père de consentir à l'adoption simple par le nouveau conjoint de la mère³, et non pour permettre une adoption plénière rompant la filiation des deux parents à l'égard de l'enfant.

246. Cet article étant contenu dans un chapitre consacré à l'adoption plénière, il est applicable à cette dernière. Rien n'exclut son application en dehors du cadre de l'adoption du conjoint ou intrafamiliale. Toutefois, en pratique, il est extrêmement rare que des enfants soient proposés à l'adoption plénière postérieurement à l'établissement de leur filiation, par leurs parents et en dehors du cadre familial. Le refus après l'établissement de la filiation ne se manifeste pas de façon aussi franche. Bien souvent, les difficultés rencontrées par le parent assumant la charge des enfants auront conduit au placement de ces derniers. Dans les cas les plus extrêmes où l'adoption est envisagée, si l'un des parents d'origine s'oppose à l'adoption, la déclaration judiciaire d'abandon⁴ était jusqu'à présent préférée car elle ne nécessitait pas que le désintérêt du parent mette en danger la santé ou la moralité de l'enfant⁵. Il est fort probable

¹ Art. 348, al. 1, C. civ.

² V. art. 348-6, al. 1, C. civ.

³ V. par exemple : CA Rennes, 8 janvier 2013, n° 10/06285 ; CA Douai, 3 juillet 2014, n° 14/00480 ; CA Toulouse, 18 octobre 2016, n° 15/00051

⁴ V. ancien article 350 du Code civil abrogé par la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016.

⁵ Pour des exemples de demandes de déclaration judiciaire d'abandon concernant un enfant placé auprès du service de l'ASE : Civ. 1^{re}, 12 octobre 1999, n° 98-18.916 ; Civ. 1^{re}, 23 juin 2010, n° 09-15.129, Bull. 2010, I, n° 143 ; RTD civ. 2010, p. 540, note Hauser ; D. 2011, p. 1585, obs. Granet-Lambrechts ; Civ. 1^{re}, 23 novembre 2011, n° 10-30.714 ; RTD civ. 2012, p. 109, note Hauser ; Civ. 1^{re}, 3 décembre 2014, n° 13-24.268, Publié au Bull. ; RTD civ. 2015, p. 118, note Hauser ; D. 2015, p. 649, obs. Douchy-Oudot ; Civ. 1^{re}, 16 mars 2016, n° 15-10.780 ; RTD.Civ. 2016, p. 338, note Hauser.

que la déclaration judiciaire de délaissement parental¹, qui est venue la remplacer, sera toujours préférée au recours à l'article 348-6 du Code civil pour des raisons similaires².

Il est également possible de contourner le principe selon lequel le prononcé de l'adoption de l'enfant suppose d'obtenir l'accord des deux parents lorsque l'un d'entre eux se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté.

b) L'impossibilité de manifester sa volonté

247. Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 348 du Code civil, si l'un des parents est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement à l'adoption de l'autre parent suffit. Cette limite au principe selon lequel les deux parents de l'enfant doivent consentir à son adoption pour que celle-ci soit envisageable permet d'éviter des situations de blocage en cas d'absence (α) ou d'altération des facultés mentales et corporelles (β) de l'autre parent.

α - L'absence

248. La disparition d'un parent peut l'empêcher de manifester sa volonté et donc de consentir à l'adoption de l'enfant. Le droit permet alors de se dispenser de son consentement, ce qui évite de paralyser la rupture de la filiation de l'autre parent.

L'absence fait l'objet d'un titre dans le Code civil qui en fixe clairement les conditions³. Mais, en dehors de la notion juridique d'absence, dont le régime permet de se passer du consentement du parent absent comme s'il était décédé, il est également possible de se contenter du consentement d'un seul des parents à l'adoption de l'enfant lorsque l'autre parent était simplement introuvable. Ainsi, l'enfant remis à l'ASE par un seul de ses parents peut être admis en qualité de pupille de l'État et, par conséquent, devenir adoptable. Simplement, l'article L. 224-4 du Code de l'action sociale et des familles prévoit dans ce cas un délai de rétractation prolongé de six mois avant l'admission définitive de l'enfant en qualité de pupille de l'État⁴. Le délai pendant lequel le parent qui n'a pas remis lui-même l'enfant à l'ASE peut s'opposer à son admission en qualité de pupille de l'État et le reprendre sans aucune formalité est donc prolongé⁵. De plus, « *avant l'expiration de ce délai de six mois, le service s'emploie à connaître*

¹ Art. 381-1 C. civ.

² Pour davantage de développement sur la déclaration judiciaire de délaissement parentale cf. *infra* §§567-568.

³ Titre IV du Livre Ier.

⁴ L. 224-4, 2°, CASF : Lorsque l'enfant est remis à l'ASE en vue de son admission en qualité de pupille de l'État par ses deux parents, le délai avant l'admission définitive en qualité de pupille de l'État est de deux mois.

⁵ Art. L. 224-6, al. 2, CASF

les intentions de l'autre parent »¹. Ainsi, outre un délai de rétractation prolongé de quatre mois par rapport au délai permettant au parent ayant lui-même remis l'enfant et consenti à son adoption, il est également prévu que le service doit s'employer à contacter le parent n'ayant pas consenti pour l'informer de la situation. Mais, si les recherches du service se sont révélées infructueuses² au bout de six mois ou si le parent informé de la situation n'a pas fait connaître au service, pendant ce délai, son intention d'assumer la charge de l'enfant, l'enfant est admis de façon définitive en qualité de pupille de l'État. Il pourra par conséquent faire l'objet d'une adoption plénière qui rompra sa double filiation d'origine alors même qu'un seul parent y a consenti.

L'impossibilité d'obtenir le consentement à l'adoption de l'un des parents peut également résulter de l'altération des facultés mentales ou corporelles de ce dernier.

β - L'altération des facultés mentales ou corporelles

249. Le trouble prolongé du parent peut empêcher d'obtenir son consentement à l'adoption plénière de son enfant et ainsi paralyser la rupture de la filiation de l'autre parent qui souhaiterait pourtant y consentir. Afin d'éviter une telle situation de blocage, le second alinéa de l'article 348 du Code civil étend la solution applicable en cas de décès de l'un des parents à celui se trouvant dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Toute la question est de savoir quand un parent doit être considéré dans l'impossibilité de manifester sa volonté.

Cette situation doit être dissociée de la mise en place d'une mesure de protection. En effet, l'ouverture d'une mesure de protection n'exclut la possibilité pour le parent de manifester sa volonté. Ainsi, si le parent placé sous mesure de protection est à même de manifester sa volonté, son consentement est requis. Il ne pourra, par ailleurs, ni être représenté pour cet acte, ni assisté en raison du caractère strictement personnel que revêt le consentement à l'adoption en vertu de l'article 458 du Code civil issu de la loi du 5 mars 2007³. La solution qui avait auparavant été donnée par les juges du fond et qui consistait à autoriser la mère, avec l'assistance de son tuteur, à donner ou refuser son consentement à l'adoption simple de son fils par l'épouse du père de l'enfant doit désormais être exclue⁴.

¹ Art. L. 224-4, 2°, CASF

² On retrouve alors l'une des exceptions au consentement par les deux parents prévues par l'alinéa 2 de l'article 348 du Code civil : l'impossibilité de manifester sa volonté en raison de la disparition.

³ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007.

⁴ CA Nîmes, 7 décembre 2004, n° 01/0405 ; *Dr. Fam.* 2005, n° 7/8, comm. 154, comm. Murat.

Que le parent soit ou non placé sous une mesure de protection, s'il se révèle incapable de manifester sa volonté, son consentement n'est pas requis. La solution est donc relativement simple en principe, même si des difficultés peuvent apparaître en pratique en raison de l'incertitude qui régnera jusqu'au jugement d'adoption. En effet, le consentement à l'adoption n'a pas lieu devant un juge mais se fait par le biais d'un acte authentique¹ ou est directement recueilli par l'ASE. La vérification des consentements par l'autorité judiciaire n'a donc lieu qu'au stade du jugement en adoption², ce qui peut parfois s'avérer problématique³.

Que l'impossibilité de manifester sa volonté résulte de l'absence physique du parent ou de l'altération de ses facultés, elle permet à l'autre parent de consentir seul à l'adoption plénière de l'enfant. Cette solution est opportune dans la mesure où une telle situation suppose qu'aucun des parents n'assure plus la fonction parentale. Le prononcé de l'adoption plénière peut donc être conforme à l'intérêt de l'enfant. De façon similaire, l'article 348 alinéa 2 du Code civil prévoit que le consentement d'un seul des parents suffira également si l'autre parent « *a perdu ses droits d'autorité parentale* ».

c) La perte des droits d'autorité parentale

250. L'obtention du consentement des deux parents pour prononcer l'adoption plénière de l'enfant est exclue lorsque l'un d'eux « *a perdu ses droits d'autorité parentale* »⁴. Cela désigne la perte de la titularité des droits d'autorité parentale⁵. Autrement dit, il n'est possible de se passer du consentement de l'un des parents que lorsque celui-ci a fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale.

251. Toutefois, l'article 370-3 *in fine* du Code civil peut en faire douter. En effet, cet article, bien que relatif à l'adoption du mineur étranger, énonce une règle qui semble de portée générale puisqu'il dispose que « *quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le*

¹ cf. *supra* §236.

² V. P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille, op. cit.*, p. 794. : « *il est parfaitement anormal que la ou les personnes appelées à consentir à l'adoption d'un enfant ne soient pas clairement désignées avant la mise en œuvre de celle-ci* ».

³ On peut notamment penser à l'hypothèse où l'enfant a été confié en vue de son adoption, ce qui fait normalement obstacle à sa remise aux parents d'origine. Dans ce cas l'enfant et la famille à laquelle il a été confié ont pu créer des liens alors même qu'il peut apparaître lors du jugement en adoption que le consentement de l'un des parents n'a pas été recueilli alors qu'il aurait dû l'être, plaçant ainsi le juge devant un choix cornélien. On peut également s'interroger sur l'attitude adoptée par des organismes recueillant les enfants lorsqu'ils n'ont pu recueillir le consentement des deux parents. Dans ce cas, il peut être à craindre que par peur d'un retournement de situation ils hésitent à confier l'enfant en vue de son adoption, le laissant ainsi dans une situation incertaine.

⁴ Art. 348, al. 2, C. civ.

⁵ I. CARBONNIER, « Fasc. 10 : Autorité parentale. Exercice de l'autorité parentale. », *in J-CI C. civ.*

consentement du représentant légal de l'enfant ». Cet article laisse donc entendre que le consentement à l'adoption du parent pourrait être exclu dès lors qu'il n'est pas titulaire de l'exercice de l'autorité parentale. En effet, si souvent les parents sont les représentants légaux de l'enfant, cela découle du fait qu'ils sont ses administrateurs légaux¹, l'administration légale étant elle-même rattachée à l'exercice de l'autorité parentale en vertu de l'article 382 du Code civil². Ainsi, le parent privé de l'exercice de l'autorité parentale perd la faculté de représenter l'enfant ce qui, selon la lettre de l'article 370-3 du Code civil, devrait le priver de la possibilité de consentir ou de s'opposer à l'adoption de son enfant. Ce n'est pourtant pas la solution retenue par la jurisprudence qui, pour que l'adoption de l'enfant soit valable, maintient l'exigence du consentement du parent y compris s'il n'a pas l'exercice de l'autorité parentale³. Cela signifie que ce consentement est en réalité une prérogative exceptionnelle rattachée à la titularité de l'autorité parentale et non à son exercice, contrairement à ce que sous-tend la lettre de l'article 370-3 du Code civil.

En effet, l'attribution de l'exercice exclusif de l'autorité parentale à un seul des parents ne saurait priver l'autre parent de la prérogative lui permettant de consentir à l'adoption de l'enfant, puisqu'il conserve toutes les prérogatives exceptionnelles attachées à la titularité de l'autorité parentale dont le consentement à l'adoption fait partie⁴. Il est également nécessaire d'obtenir le consentement du parent à l'adoption de son enfant lorsque le retrait de l'autorité parentale n'est que partiel⁵, puisque le parent conserve alors, *a minima*, les prérogatives exceptionnelles attachées à l'autorité parentale. Le consentement du parent dont tout ou partie de l'autorité parentale a été déléguée est également requis, puisque l'article 377-3 du Code civil précise que « *le droit de consentir à l'adoption du mineur n'est jamais délégué* »⁶. Le

¹ Art. 388-1-1 C. civ. : « *L'administrateur légal représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, sauf cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes* ».

² Art. 382 C. civ. : « *L'administration légale appartient aux parents. Si l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents, chacun d'entre eux est administrateur légal. Dans les autres cas, l'administration légale appartient à celui des parents qui exerce l'autorité parentale* ».

³ Pour quelques exemples de décisions où le consentement du parent à l'adoption est exigé alors même qu'il n'a pas l'exercice de l'autorité parentale : CA Rennes, 8 janvier 2013, n° 10/06285 : JurisData n° 2013-000164 ; CA Chambéry, 17 janvier 2017, n° 16/00595 : JurisData n° 2017-000775 ; CA Besançon, 9 juin 2017, n° 16/02252 : JurisData n° 2017-017257

⁴ Les prérogatives exceptionnelles comprennent, outre le consentement à l'adoption, le consentement au mariage et à l'émancipation.

⁵ A. GOUTTENOIRE et H. FULCHIRON, « Autorité parentale », *Rép. civ.* 2015, p. 52, n° 416.

⁶ Toutefois, cette règle peut être tempérée par une décision à l'occasion de laquelle les magistrats ont reconnu la possibilité pour des religieuses à qui avait été confié un enfant de consentir à l'adoption de ce dernier alors que l'autorité parentale leur avait été déléguée par jugement béninois. Or, au Bénin comme en France, la possibilité de consentir à l'adoption d'un enfant ne peut être déléguée. La Cour d'appel estime pourtant que, par son jugement déléguant les droits d'autorité parentale, le tribunal béninois a souhaité investir les religieuses de la plénitude des droits et des devoirs qui s'attachent à l'autorité parentale : CA Douai, 19 juin 2014, n° 14/00806 ; *RJPF* 2014, n° 9, pp. 47-48, comm. Corpart.

consentement du parent dont l'enfant a fait l'objet d'une déclaration judiciaire de délaissement parental au sens des articles 381-1 et 381-2 du Code civil est donc, semble-t-il, également requis dans la mesure où, lors de la déclaration judiciaire de délaissement parental, « *le tribunal délègue par la même décision l'autorité parentale sur l'enfant à la personne, à l'établissement ou au service départemental de l'aide social à l'enfance qui a recueilli l'enfant ou à qui ce dernier a été confié* »¹. Toutefois, lorsque l'enfant qui fait l'objet du délaissement parental est recueilli par le service de l'ASE, il est – dès lors que le jugement est passé en force de chose jugée² – admis en qualité de pupille de l'État³. Il peut alors faire l'objet d'une adoption si tel est son intérêt⁴. Une certaine incohérence peut alors être vue dans le fait de prévoir que le délaissement parental entraîne une délégation d'autorité parentale au profit de la personne qui recueille l'enfant, alors que le recueil par l'ASE peut être suivi de l'adoption de l'enfant sans que le consentement des parents ne soit nécessaire. Il aurait certainement été davantage cohérent juridiquement de prévoir que le délaissement parental entraîne le retrait de l'autorité parentale⁵.

252. Restreindre la possibilité de se passer du consentement de l'un des parents aux cas où ce dernier est totalement privé de l'autorité parentale apparaît opportun car cette modification de la dévolution de l'autorité parentale n'intervient que dans des situations très graves qui justifient la réunion dans les mains de l'autre parent de toutes les prérogatives attachées à l'autorité parentale. En effet, le retrait de l'autorité parentale peut être prononcé en cas de condamnation pénale des père et mère comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, ou commis par leur enfant, ou enfin commis sur la personne de l'autre parent⁶. En dehors de toute condamnation pénale, le retrait total est également possible lorsque le parent a mis manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant en raison de mauvais traitements, d'une consommation habituelle et excessive de stupéfiants ou d'alcool, d'une inconduite notoire, de comportements délictueux ou enfin en raison d'un manque de soins ou d'un défaut de direction⁷. Enfin, le retrait total peut intervenir lorsque l'enfant a fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative et que le parent

¹ Art. 381-2, al. 5, C. civ.

² Art. L. 224-8, I, CASF

³ Art. L. 224-4, 6°, CASF

⁴ Art. L. 225-1, al. 1, CASF

⁵ Sur la proposition de faire du délaissement l'une des conditions du retrait ou de la délégation totale cf. *infra* §614.

⁶ Art. 378, al. 1, C. civ.

⁷ Art. 378-1 al. 1, C. civ.

s'est abstenu d'exercer les attributs de l'autorité parentale qui n'étaient pas inconciliables avec la mesure¹.

253. Toutes les hypothèses de retrait total de l'autorité parentale recouvrent donc des situations graves justifiant de permettre à l'autre parent de consentir seul à l'adoption de l'enfant, même si cela peut conduire à remettre en question le caractère temporaire du retrait prévu à l'article 381 du Code civil. Si ce texte prévoit la possibilité de se voir restituer ses droits d'autorité parentale si le parent justifie de circonstances nouvelles², il prévoit aussi que la demande de rétablissement de l'autorité parentale ne peut se faire qu'au bout d'un an et, si cette première demande est refusée, qu'elle ne pourra être renouvelée qu'après l'écoulement d'un nouveau délai d'un an³. Par conséquent, si le parent toujours titulaire de l'autorité parentale consent à l'adoption de l'enfant avant que le parent ayant fait l'objet du retrait n'ait pu faire la démonstration de circonstances nouvelles et se voir restituer ses droits, le retrait – pourtant envisagé comme temporaire – pourra devenir définitif. En effet, l'article 381 vient également préciser qu'« aucune demande ne sera recevable lorsque, avant le dépôt de la requête, l'enfant aura été placé en vue de l'adoption ».

Pour autant, cette solution se justifie dans la mesure où le retrait des droits d'autorité parentale n'est possible que dans des cas extrêmes où l'autre parent, laissé seul titulaire de l'autorité parentale, est seul à assumer la fonction parentale à l'égard de l'enfant. Or, si ce parent cesse d'assumer cette fonction et souhaite consentir à l'adoption de son enfant, il semble alors dans l'intérêt de ce dernier de permettre son adoption afin que la fonction parentale soit assurée. La sévérité de cette solution à l'égard du parent privé de l'autorité parentale se justifie donc en raison de la nécessité de sécuriser la situation de l'enfant en ne la suspendant pas éternellement dans l'attente d'hypothétiques « circonstances nouvelles ». La possibilité offerte au parent titulaire de l'autorité parentale d'exprimer son refus de filiation à l'égard de l'enfant par son consentement à l'adoption de ce dernier apparaît alors comme un moindre mal pour l'enfant. L'adoption pourra, en effet, lui permettre d'évoluer dans un milieu stable et sécurisant en ce que sa situation sera désormais certaine, ce qui ne serait pas le cas si le consentement à l'adoption par un seul des parents était impossible et que l'enfant demeurerait dans une situation

¹ Art. 378-1, al. 2, C. civ.

² Art. 381, al. 1, C. civ. : « Les père et mère qui ont fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale ou d'un retrait de droits pour l'une des causes prévues aux articles 378 et 378-1 pourront, par requête, obtenir du tribunal de grande instance, en justifiant de circonstances nouvelles, que leur soient restitués, en tout ou partie, les droits dont ils avaient été privés. »

³ Art. 381, al. 2, C. civ.

de placement temporaire dans l'espoir d'une hypothétique évolution positive de son parent défaillant.

De plus, la rigueur de cette solution doit être tempérée par le fait que l'adoption plénière ne sera en réalité prononcée que dans des hypothèses relativement rares, puisqu'aux conditions restrictives relatives aux parents, s'ajoutent d'autres conditions qui réservent en réalité la rupture de la filiation par le prononcé d'une adoption plénière à certains enfants.

§2 - Une rupture de la filiation réservée à certains enfants

254. Le fait que les parents aient valablement consenti à l'adoption de leur enfant ne suffit pas à garantir le prononcé d'une adoption plénière et, par conséquent, la rupture de leur filiation. En effet, l'adoption ne sera prononcée que si elle « *est conforme à l'intérêt de l'enfant* »¹. Or, compte tenu des conséquences particulièrement importantes de l'adoption plénière sur la filiation de l'enfant, elle n'est pas adaptée à toutes les situations et les magistrats apprécient donc de façon particulièrement rigoureuse cette condition².

De plus, comme toutes les adoptions, l'adoption plénière nécessite d'obtenir le consentement de l'enfant si ce dernier a plus de treize ans (B). En raison de ses effets sur la filiation, elle est également soumise à des conditions qui lui sont spécifiques, relatives à l'âge de l'adopté, qui font d'elle une adoption réservée à ses enfants relativement jeunes (A).

A - Une adoption réservée aux jeunes enfants

255. Bien que l'âge maximum de l'adopté ait été augmenté, puisqu'avant 1966 la légitimation adoptive n'était possible qu'à l'égard de l'enfant de moins de sept ans³, l'adoption plénière reste réservée à des enfants relativement jeunes. L'enfant doit en principe être âgé de moins de quinze ans et avoir été accueilli au foyer des adoptants depuis au moins six mois⁴. La fixation d'une limite d'âge passée laquelle l'enfant ne peut plus être plénièrement adopté se justifie par le fait que la rupture d'un lien de filiation et sa substitution par un autre lien n'est pas anodine. Plus l'enfant est âgé, moins l'adoption a de chance de fonctionner. La rupture

¹ Art. 353, al. 1, C. civ.

² Pour des exemples de refus de prononcer une adoption en raison de sa non-conformité à l'intérêt de l'enfant : CA Versailles, 18 août 1986, JurisData : 1986-044601 ; CA Bordeaux, 21 janvier 1988, JurisData : 1988-600846 ; CA Rennes, 16 décembre 1996, JurisData : 1996-049899 ; CA Toulouse, 3 novembre 2016, JurisData : 2016-024924.

³ V. F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, coll. Précis, Dalloz, 9^e éd., 2018, p. 738, n° 763.

⁴ Art. 345, al. 1, C. civ.

totale du lien à l'égard des parents d'origine n'est pas nécessairement la meilleure solution si l'enfant et ses parents ont un passé, des souvenirs en commun¹. À cette limitation légale s'ajoute une limitation de fait car les adoptants sont plus enclins à adopter des enfants très jeunes. Ainsi, il ne suffit pas que toutes les conditions de l'adoption soient bien remplies pour que l'adoption ait lieu. Encore faut-il que des adoptants se présentent. La possibilité de rompre la filiation d'un enfant se réduit donc au fil des années.

256. Toutefois, cette limitation est inadaptée à des situations où les adoptants assurent la fonction parentale auprès de l'enfant depuis des années sans pour autant l'avoir adopté. Dans le souci de répondre au mieux à ces situations particulières, le législateur a prévu des cas dans lesquels l'adoption plénière d'un enfant de plus de quinze ans est possible. Ainsi, l'enfant pourra être adopté au-delà de ses quinze ans s'il a été accueilli auparavant « *par des personnes qui ne remplissaient pas les conditions légales pour adopter ou s'il a fait l'objet d'une adoption simple avant d'avoir atteint cet âge* »². L'adoption est alors possible jusqu'aux vingt ans de l'enfant³.

Ainsi, sauf certains cas particuliers dans lesquels les adoptants assuraient déjà la fonction parentale à l'égard de l'enfant, le consentement à l'adoption a vocation à ne concerner qu'un enfant relativement jeune, ce qui limite considérablement la possibilité de rompre une filiation conforme à la réalité de l'engendrement. De plus, alors même que toutes les conditions de l'adoption plénière seraient remplies et que des adoptants potentiels souhaiteraient établir leur filiation à l'égard de l'enfant, le prononcé de l'adoption plénière est soumis à l'accord de l'enfant dès lors qu'il est âgé de plus de treize ans.

B - Une adoption soumise au consentement de l'enfant de plus de treize ans

257. Au-delà d'un certain âge le consentement de l'enfant à son adoption est exigé. En effet, le troisième alinéa de l'article 345 du Code civil dispose que « *s'il a plus de treize ans, l'adopté doit consentir personnellement à son adoption plénière* ». Ce consentement doit être donné dans les mêmes formes que celles prévues pour le consentement de ses parents⁴ à l'article 348-3 du même code⁵ et « *peut être rétracté à tout moment jusqu'au prononcé de*

¹ cf. *infra* §§607-608.

² Art. 345, al. 2, C. civ.

³ Art. 345, al. 2, C. civ.

⁴ cf. *supra* §236.

⁵ Art. 345, *in fine*, C. civ. renvoie à l'article 348-3.

l'adoption »¹. Ainsi, l'adoption plénière de l'enfant de plus de treize ans ne pourra être prononcée si ce dernier s'y oppose et la rupture de la filiation d'origine sera donc impossible.

258. Se pose alors la question de savoir ce qu'il en est de l'hypothèse où le mineur de plus de treize est dans l'impossibilité de manifester sa volonté. La question s'est posée concernant l'adoption d'une majeure placée sous tutelle qui se trouvait dans l'impossibilité de manifester son consentement à sa propre adoption. Or, l'article 458 du Code civil désigne expressément le consentement à sa propre adoption comme un acte strictement personnel, c'est-à-dire un acte ne pouvant donner lieu ni à assistance, ni à représentation. La Cour de cassation avait alors confirmé la décision d'appel ayant écarté la demande du père de désigner un administrateur *ad hoc* aux fins d'obtenir un consentement à l'adoption de sa fille par son épouse et déclaré impossible le prononcé de l'adoption de la majeure². Se pose alors la question de savoir si cette solution doit s'étendre à l'enfant de plus de treize ans dans l'impossibilité de consentir à son adoption³. Par analogie avec la situation du majeur dans l'impossibilité de consentir, la nomination d'un administrateur *ad hoc*⁴ semble impossible⁵. Une autre solution ayant été utilisée par le passé consiste à considérer ce mineur comme un *infans* et à se contenter, par conséquent, du consentement de son représentant légal. Toutefois, il est également possible de penser que, ici encore, la création des actes strictement personnels par la loi du 5 mars 2007⁶ exclut toute représentation de l'enfant par ses parents⁷. L'application par analogie au mineur de plus de treize ans de la solution prévalant dans l'hypothèse du majeur dans l'impossibilité de consentir à sa propre adoption conduirait donc à rendre impossible l'adoption du mineur de plus de treize ans dans l'impossibilité de consentir à son adoption. Il est toutefois possible de considérer ce consentement de l'enfant comme une limite à l'exercice normal de l'autorité parentale qui permet en principe aux parents de prendre toutes les décisions le concernant. Le fait d'exiger le consentement de l'enfant semble, en effet, avoir pour but de lui permettre de

¹ Art. 345, *in fine*, C. civ.

² Civ. 1^{re}, 8 octobre 2008, n° 07-16.094, Bull. 2008, I, n° 223 ; *Defrénois* 15 décembre 2008, p. 2431, comm. Massip ; *Lexbase Hebdo éd. Gén.*, 16 octobre 2008, p. 322, comm. Gouttenoire ; *D.* 2008, p. 2663, note Egéa.

³ F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille, op. cit.*, p. 740, n° 765.

⁴ La pertinence de la nomination d'un administrateur *ad hoc* est également discutable au regard des conditions posées par les articles 383 et 388-2 du Code civil qui ne prévoient la possibilité de nommer un administrateur *ad hoc* pour représenter le mineur que dans l'hypothèse où les intérêts de l'enfant sont en opposition avec ceux de ses représentants légaux. L'administrateur *ad hoc* est donc normalement nommé pour représenter le mineur à la place de ses représentants légaux dans des hypothèses où leurs intérêts sont divergents. Toutefois, concernant le consentement à sa propre adoption par le mineur de plus de treize ans, ce dernier n'est pas censé être représenté par ses représentants légaux. Au contraire, c'est bien son consentement personnel qui est exigé.

⁵ Dans ce sens, V. par ex. : A. GOUTTENOIRE, « Mineur », *in Répertoire de procédure civile*, Dalloz.

⁶ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

⁷ Dans ce sens, V. par ex. : P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille, op. cit.*, p. 791.

s'opposer à une décision qui aurait des répercussions très importantes sur sa vie dès lors qu'il atteint un certain âge, et non de faire obstacle à une décision qui pourrait lui bénéficier. Ainsi, lorsque l'enfant est dans l'impossibilité de consentir à sa propre adoption cela devrait conduire à une application classique des règles de l'autorité parentale. Les parents pourraient alors consentir à l'adoption de l'enfant en vertu de leurs prérogatives d'autorité parentale sans avoir besoin de représenter l'enfant en donnant leur consentement en ses lieu et place. Il est à espérer que cette dernière solution serait retenue dans une telle hypothèse afin de préserver l'intérêt de l'enfant¹.

¹ Dans ce sens, V. par ex. : A. GOUTTENOIRE, « Mineur », *op. cit.* ; P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille, op. cit.*, p. 792.

Conclusion du chapitre I

259. La rupture de la filiation reposant sur l'engendrement est très inégale selon qu'elle est conforme ou non à la réalité de l'engendrement. En effet, la faculté de rompre une filiation établie dépendra de la responsabilité du parent désigné par le droit dans l'engendrement. S'il a joué un rôle causal dans la venue au monde de l'enfant, sa faculté de refus se verra grandement limitée. Or, si le droit français reconnaît le rôle causal de l'homme dans l'engendrement, que ce dernier soit le géniteur de l'enfant ou qu'il soit responsable de sa venue au monde en raison de son consentement à une AMP avec recours à un tiers donneur, seul le rôle joué par l'accouchée est déterminant en matière de filiation maternelle¹.

260. Lorsque la filiation n'est pas conforme à la réalité de l'engendrement, la rupture de la filiation établie est en principe possible en agissant en contestation. La rupture de la filiation maternelle reste toutefois essentiellement théorique puisqu'elle ne peut concerner qu'une femme n'ayant pas accouché de l'enfant. Or, l'établissement de la filiation maternelle à l'égard d'une femme autre que celle qui a accouché de l'enfant est pénalement sanctionnée. La contestation reste donc en pratique circonscrite à la filiation paternelle puisque, si la contestation de la filiation d'un enfant par le demandeur à l'AMP en raison de sa découverte que l'enfant est en réalité le fruit d'une infidélité de sa compagne reste une hypothèse d'école, celle de la filiation de l'homme qui n'est pas le géniteur de l'enfant est à l'inverse fréquente.

La rupture de la filiation non conforme à la réalité de l'engendrement reste toutefois limitée par les délais de prescription des différentes actions en contestation, bien que l'avènement du contrôle de proportionnalité puisse désormais permettre d'envisager la rupture d'une filiation en dehors de ces délais si le maintien de la filiation établie constitue, en l'espèce, une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des intéressés.

261. La rupture de la filiation conforme à la réalité de l'engendrement, à l'inverse, demeure exceptionnelle. L'action en contestation du géniteur ou de l'homme ayant consenti à la conception d'un enfant par AMP avec recours à un tiers donneur est, en effet, exclue. L'homme responsable de l'engendrement et l'accouchée ne pourront donc voir leur filiation rompue que par le prononcé d'une adoption plénière. Or, l'adoption plénière ne sera possible dans des hypothèses exceptionnelles, en raison des conditions strictes auxquelles elle est soumise tant au regard des parents qu'au regard de l'enfant. Elle demeure ainsi réservée à

¹ cf. *supra* §§116 et s.

certaines parents car elle ne peut conduire à la rupture unilatérale de l'un des liens de filiation de l'enfant. Elle demeure, en effet, réservée aux hypothèses où la rupture du lien de filiation maternelle aussi bien que paternelle est possible, ce qui implique en principe de recueillir le consentement des père et mère. Elle demeure également réservée à certains enfants puisqu'elle n'est possible, sauf exception, qu'à l'égard de l'enfant âgé de moins de quinze ans. De plus, dès lors que l'enfant est âgé de plus de treize son opposition à l'adoption empêche son prononcé et, par conséquent, la rupture de sa filiation.

262. La prise en compte de l'absence de lien affectif entre parent et enfant reste donc strictement encadrée en matière de filiation reposant sur l'engendrement. La possibilité du parent d'exprimer son absence de lien affectif avec l'enfant par la rupture du lien de filiation les unissant est intrinsèquement liée à la conformité de ce lien à la réalité de l'engendrement. Par analogie, il serait alors possible de penser que la filiation adoptive, dont tout lien avec l'engendrement est par définition exclu, pourrait être plus aisément rompue. Pourtant, il n'en est rien, la rupture de la filiation adoptive demeurant à l'inverse tout à fait exceptionnelle et laissant par conséquent une place tout à fait minime à la prise en compte de l'absence de lien affectif.

Chapitre II - La rupture de la filiation adoptive

263. La création de la filiation adoptive repose exclusivement sur la volonté des adoptants de développer un lien affectif à l'égard de l'enfant. Il serait alors possible de penser que l'absence de lien affectif pourrait conduire à la rupture de cette filiation. Pourtant, il n'en est rien. La rupture de la filiation adoptive se révèle en réalité plus encadrée encore que celle de la filiation reposant sur l'engendrement. En effet, cette dernière peut être rompue soit en démontrant que la filiation n'est pas en conformité avec la réalité de l'engendrement, soit par le prononcé d'une adoption plénière¹. Si le premier mode de rupture est logiquement exclu en matière de filiation adoptive, le second pourrait être envisagé. Cependant, il est exclu par le deuxième alinéa de l'article 346 du Code civil qui prévoit expressément les hypothèses dans lesquelles l'enfant adopté peut faire l'objet d'une nouvelle adoption. Le législateur prévoit, en revanche, un mode de rupture spécifique à la filiation adoptive : la révocation. Or, la révocation ne peut être demandée par un adoptant que dans des hypothèses très restreintes puisque la filiation adoptive ne peut désormais être rompue que s'agissant de l'adoption simple et durant la majorité de l'adopté². De plus, la demande de révocation ne pourra aboutir que « *s'il est justifié de motifs graves* »³. L'adoption plénière, quant à elle, est dite irrévocable⁴.

Traditionnellement, à la révocabilité de l'adoption simple permettant la rupture du lien de filiation, est opposée l'irrévocabilité de l'adoption plénière excluant la remise en cause du lien de filiation. L'irrévocabilité est donc entendue comme synonyme d'impossibilité de rompre la filiation découlant de l'adoption plénière. L'impossibilité de principe, qui semble être posée par l'article 346 du Code civil⁵, de prononcer une nouvelle adoption en dehors de situations précisément désignées paraît donc découler de cette irrévocabilité. Ce raisonnement, bien que séduisant par sa simplicité, semble en réalité erroné. En effet, il sera démontré que la rupture par le prononcé d'une adoption plénière n'est pas une révocation assimilable à la révocation de l'adoption simple prévue à l'article 370 du Code civil. Par conséquent, l'irrévocabilité de l'adoption plénière ne devrait normalement pas faire obstacle à la remise en cause du lien de filiation résultant de l'adoption plénière.

¹ cf. *supra* §§196 et s.

² Art. 370, al. 1, C. civ.

³ Art. 370, al. 1, C. civ.

⁴ Art. 359 C. civ.

⁵ Art. 346 C. civ. : « *Nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux.*

Toutefois, une nouvelle adoption peut être prononcée soit après décès de l'adoptant, ou des deux adoptants, soit encore après décès de l'un des deux adoptants, si la demande est présentée par le nouveau conjoint du survivant d'entre eux ».

Pour autant, l'appréciation extensive qui est faite de la notion d'irrévocabilité, notamment au moyen de l'article 346 du Code civil, empêche de rompre la filiation de l'adopté mineur (Section 2). Il en résulte que seul l'adopté majeur peut être refusé, et uniquement de façon exceptionnelle, au moyen de la révocation (Section 1).

Section 1 - La rupture exceptionnelle de la filiation de l'adopté majeur par la révocation

264. La révocation de l'adoption n'intervient que de façon exceptionnelle et n'est possible que dans des hypothèses restreintes. En effet, elle ne peut concerner qu'une adoption simple¹ et, depuis 2016² elle n'est possible – en dehors de la demande formulée par le ministère public – que si l'adopté est majeur³. Or, elle est la seule voie par laquelle il est possible de rompre la filiation adoptive, ce qui conduit à l'impossibilité de rompre tant la filiation de l'adopté simple mineur que celle reposant sur une adoption plénière quel que soit l'âge de l'adopté.

Cette impossibilité totale de rompre la filiation adoptive, en dehors de l'hypothèse du majeur ayant fait l'objet d'une adoption simple, amène à s'interroger sur la définition de la notion de révocation afin de mieux appréhender l'état du droit sur la question de la rupture de la filiation adoptive. Il sera ainsi démontré que la définition de la révocation est, en réalité, très restreinte et ne recouvre nullement la totalité des possibilités existantes pour rompre un lien de filiation. Par conséquent, par un effet miroir, l'irrévocabilité ne devrait avoir que des effets restreints et n'interdire que la révocation au sens strict du terme et non exclure toute autre rupture de la filiation adoptive. Or, ce n'est pas la solution qui prévaut actuellement puisque le législateur aussi bien que la jurisprudence retiennent une définition englobante de la révocation en l'appréhendant comme synonyme de rupture du lien de filiation.

Ainsi, sera dans un premier temps étudiée la notion de révocation, qui se révèle très confuse (§1) afin de mettre en évidence le fait que le seul mode de rupture de la filiation recouvert par la notion de révocation devrait être la révocation – très strictement encadrée – de l'adoption simple (§2).

¹ L'art. 359 C. civ. prévoit l'irrévocabilité de l'adoption plénière.

² Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance.

³ Art. 370 C. civ.

§1 - La révocation : une notion confuse

265. Traditionnellement, l'irrévocabilité de l'adoption plénière est opposée à la révocabilité de l'adoption simple¹ en ce que la filiation de la première ne peut être rompue, contrairement à celle de la seconde. La révocation désignerait ainsi toute possibilité de rompre la filiation. Pourtant, une réflexion autour de cette notion permet de mettre en évidence la confusion que révèle une telle appréhension de cette notion.

Un travail de définition de la notion de révocation, et par conséquent de ses dérivés que sont la révocabilité et l'irrévocabilité, sera donc effectué dans un premier temps (A), ce qui permettra de mettre en évidence la divergence de la définition ainsi dégagée avec la définition communément admise (B).

A - Travail de définition

266. Il est admis que, à la différence de l'adoption plénière, l'adoption simple est révocable. Autrement dit, elle peut faire l'objet d'une révocation. Il apparaît alors nécessaire de définir ce qu'est une révocation afin de mieux appréhender les possibilités de refus offertes aux parents adoptifs. Cela implique de déterminer ce qu'elle est mais également ce qu'elle n'est pas.

267. La révocation peut se définir en droit comme le fait de « *reprendre sa décision* »² ou d'« *annuler* »³. Or, un acte annulé est un acte « *déclaré nul et donc rétroactivement anéanti* »⁴. La révocation semble donc recouvrir une dimension rétroactive, bien que cette idée doive être nuancée par la rétroactivité limitée de la révocation de l'adoption simple. En effet, le législateur prévoit que « *la révocation fait cesser pour l'avenir tous les effets de l'adoption (...)* »⁵. La jurisprudence est toutefois venue préciser que la révocation de l'adoption prend effet à la date de la demande⁶. Cette révocation ne présente donc qu'une rétroactivité très limitée. La

¹ V. V. ÉGÉA, *Droit de la famille*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, pp. 484, n° 1018 ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Introduction, biens, personnes, famille*, coll. Université, Dalloz Sirey, 20^e éd., 2018, pp. 1069, n° 2307 ; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, coll. Précis, Dalloz, 8^e éd., 2011, p. 723 et s. ; G. CORNU, *Droit civil. La famille*, coll. Domat, Droit privé, Montchrestien, 9^e éd., 2006, pp. 452-453, n° 296 ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, coll. Droit civil, LGDJ, Lextenso éditions, 6^e éd., 2018, pp. 673, n° 1428.

² V. V° « révoquer » in A. REY (ss. dir), *Dictionnaire historique de la langue française*, Dictionnaire le Robert, Paris, 1995, p. 1801.

³ *Ibid.*

⁴ V. V° « annulé, ée » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, p. 57.

⁵ Art. 370-2, C. civ.

⁶ Civ. 1^{re}, 21 juin 1989, n° 87-19.742, Bull. 1989, I, n° 249, p. 166 ; D. 1990, p. 182, comm. Lesca.

réalisation de ce critère ne semble, par conséquent, pas déterminante dans la qualification de la révocation. Au-delà de cette dimension rétroactive, la notion de révocation revêt surtout une dimension unilatérale puisqu'elle peut se définir comme un acte de rétractation unilatéral¹. Autrement dit, la révocation du jugement d'adoption peut se définir comme la possibilité pour le ou les adoptant(s) d'obtenir, du seul fait de leur volonté, la remise en cause du jugement d'adoption et la suppression de la filiation adoptive en ayant résulté.

268. Une fois définie la révocation, il reste à déterminer ce qu'elle n'est pas, afin de préciser ce qu'implique l'irrévocabilité, à savoir le fait de ne pouvoir être révoqué. Une lecture *a contrario* de la définition de révocation conduit à affirmer que ce qui est irrévocable ne peut être remis en cause de manière rétroactive et surtout par la seule volonté. Ainsi, il est tout d'abord certain que l'irrévocabilité suppose qu'une fois passé en force de chose jugée, le jugement d'adoption plénière ne peut être remis en question et les liens d'origine rétablis. En effet, une solution inverse reviendrait à faire comme si le jugement n'avait jamais existé. Cette idée ressort, par ailleurs, de la définition de l'adoption plénière donnée par l'article 370-5 du Code civil relatif à l'adoption internationale, celui-ci prévoyant qu'une telle adoption « *rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant* ». Autrement dit, l'irrévocabilité de l'adoption implique nécessairement l'irrévocabilité de la rupture du lien de filiation d'origine².

Mais, l'impossibilité de remettre en cause le jugement d'adoption implique-t-elle pour autant l'impossibilité de rompre ultérieurement la filiation adoptive ? Il apparaît que l'impossibilité d'obtenir de façon unilatérale et rétroactive la remise en cause du jugement d'adoption ne fait pas obstacle à ce que les effets de ce jugement d'adoption – notamment sur la filiation – puissent être remis en cause pour l'avenir si certaines conditions sont réunies. Il suffit pour s'en persuader de s'intéresser à la filiation reposant sur l'implication biologique dans l'engendrement. Comme cela a pu être souligné, « *la reconnaissance d'enfant naturel est irrévocable, ce qui n'empêche pas qu'elle puisse être contestée* »³. Cette idée selon laquelle la filiation établie par reconnaissance est irrévocable semble pouvoir s'appliquer à la filiation fondée sur le lien biologique quel que soit son mode d'établissement. En effet, qu'une telle filiation ait été établie par reconnaissance, judiciairement ou encore par l'effet de la loi, elle

¹ V. V° « révocation d'un acte » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 756 : « *Acte unilatéral de rétractation par lequel une personne entend mettre à néant un acte antérieur dont elle est l'unique auteur ou même un contrat auquel elle est partie et qui produit cet effet dans les cas déterminés par la loi* ».

² Dans ce sens, V. par ex. : P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille*, coll. Dalloz action, Dalloz, 2015-2014, p. 836.

³ J. RUBELLIN-DEVICHI, « *Réflexions pour d'indispensables réformes en matière d'adoption* », *D.* 1991, p. 209.

n'est pas révocable. Ni la possibilité de contester la filiation en apportant la preuve qu'elle n'est pas conforme à la vérité biologique, ni la possibilité de rompre la filiation d'origine par le prononcé d'une adoption plénière ne semblent pouvoir remettre cela en question. Un raisonnement similaire est possible pour la filiation de l'enfant supposé conçu dans le cadre d'une AMP avec recours à un tiers donneur. Le fait que l'homme ayant consenti à l'AMP puisse rompre sa filiation s'il parvient à prouver que l'enfant est en réalité le fruit d'une infidélité de sa compagne ne remet pas pour autant en cause l'irrévocabilité de ce type de filiation. Autrement dit, la filiation reposant sur l'engendrement peut être rompue sans pour autant qu'il soit possible de la qualifier de révocable. Dans le même sens, l'irrévocabilité ne devrait pas entraîner l'impossibilité complète de rompre le lien de filiation adoptif si une nouvelle adoption plénière est prononcée avec le consentement des premiers parents adoptifs¹.

B - Divergence avec la définition communément admise

269. Ce n'est pas la pertinence de l'irrévocabilité qui est remise en question. En effet, cette dernière n'est pas en elle-même critiquable dans la mesure où elle n'est que la conséquence de la force de chose jugée acquise par toute décision judiciaire à l'expiration des délais permettant d'exercer les voies de recours². Cela signifie qu'il n'est pas possible de remettre en question le jugement d'adoption par la seule volonté des adoptants dès lors que les délais permettant d'exercer les voies de recours sont passés. Ainsi, une fois écoulé le délai d'appel de quinze jours à compter de la notification de la décision³ ou, en cas d'appel, le délai du pourvoi en cassation de deux mois à compter de la signification⁴, toute contestation par les adoptants du jugement rendu devient impossible. Ces derniers ont donc la possibilité de rétracter leur consentement au cours de cette période⁵. Mais toute contestation devient par la suite impossible, aucun vice ne pouvant être invoqué dans la mesure où ces derniers sont couverts par la décision devenue définitive⁶. De plus, le recours en révision qui « *tend à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et*

¹Dans ce sens, V. par ex. : Y. FAVIER, « Les échecs de l'adoption », *Inf. soc.* mars 2008, n° 146, Heurts et bonheurs de l'adoption, pp. 122-131.

² Art. 500 C. pr.civ.

³ Art. 538 C. pr. civ.

⁴ Art. 612 C. pr. civ.

⁵Civ. 1^{re}, 7 mars 1989, n° 87-14.045, Bull. 1989, I, n° 111, p. 73 ; *Deffrénois* 1989, p. 694, obs. Massip.

⁶ Dans ce sens, V. J. RUBELLIN-DEVICHI, « L'adoption : réflexions sur le rapport Mattei », *LPA* 3 mai 1995, n° 53, p. 13 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Où la portée de l'irrévocabilité de l'adoption plénière suscite encore des difficultés : pour ou contre le recours en révision ? », *D.* 1996, p. 214.

en droit »¹ dans des circonstances particulières² semble également exclu³. Ainsi, l'irrévocabilité entendue *stricto sensu*⁴ implique simplement que les adoptants ne puissent pas décider de façon unilatérale de revenir sur le jugement d'adoption ayant acquis force de chose jugée, ce qui ne souffre pas la critique⁵.

En revanche, l'interprétation élargie qui est faite de cette notion qui conduit à exclure toute rupture du lien de filiation adoptif, entraînant ainsi un traitement différencié des parents dont la filiation a été établie par adoption et des autres, est critiquable. En effet, seule la possibilité pour l'adopté ou les adoptants de rompre le lien de filiation découlant de l'adoption simple, en présence de motifs graves, constitue à proprement parler une révocation de l'adoption.

§2 - L'application exceptionnelle et limitée à l'adoption simple de la révocation

270. Comme cela a été démontré précédemment⁶, la révocation d'une adoption consiste en la possibilité pour les adoptants, l'adopté, ou encore éventuellement la famille d'origine⁷, de remettre en cause par leur seule volonté le jugement d'adoption ayant acquis force de chose jugée. Or, si de même que l'adoption plénière l'adoption simple peut être remise en cause par les voies de recours classiques que sont l'appel et la cassation tant que le jugement n'a pas acquis force de chose jugée⁸, le législateur a également prévu la possibilité expresse de la révoquer.

Cette révocation de l'adoption simple ne peut, bien heureusement, s'appliquer que dans des conditions très restrictives. Or, cette rupture exceptionnelle prévue par le législateur est, en

¹ Art. 593 C. pr. civ.

² Art. 595 C. pr. civ. : « *Le recours en révision n'est ouvert que pour l'une des causes suivantes :*

1. *S'il se révèle, après le jugement, que la décision a été surprise par la fraude de la partie au profit de laquelle elle a été rendue ;*
2. *Si, depuis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait d'une autre partie ;*
3. *S'il a été jugé sur des pièces reconnues ou judiciairement déclarées fausses depuis le jugement ;*
4. *S'il a été jugé sur des attestations, témoignages ou serments judiciairement déclarés faux depuis le jugement.*

Dans tous ces cas, le recours n'est recevable que si son auteur n'a pu, sans faute de sa part, faire valoir la cause qu'il invoque avant que la décision ne soit passée en force de chose jugée ».

³ Dans ce sens, V. CA Pau, 26 juin 1995 : JurisData n° 1996-765094 ; D. 1996, p. 214, comm. Larribau-Terneyre.

⁴ V. V° « révocation d'un acte » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 756 : « *Acte unilatéral de rétractation par lequel une personne entend mettre à néant un acte antérieur dont elle est l'unique auteur ou même un contrat auquel elle est partie et qui produit cet effet dans les cas déterminés par la loi* ».

⁵ Dans ce sens, V. notamment : J. RUBELLIN-DEVICHI, « L'adoption : réflexions sur le rapport Mattei », préc.

⁶ cf. *supra* §§266 et s.

⁷ Mais cette possibilité a été exclue par la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance.

⁸ Art. 543 C. pr. civ.

réalité, la seule possibilité de rupture répondant aux critères dégagés lors de la définition de la révocation réalisée précédemment. En effet, la comparaison entre la révocation de l'adoption et les possibilités existantes de rompre la filiation reposant sur l'engendrement fait ressortir les différences fondamentales qui les séparent et qui permettent d'exclure l'assimilation de ces modes de rupture à des révocations.

Seront donc étudiées, dans un premier temps, les conditions très restrictives dans lesquelles la révocation de l'adoption simple peut intervenir (A). Il sera ensuite démontré que cette possibilité exceptionnelle de rupture est la seule pouvant réellement s'apparenter à une révocation (B).

A - La révocation de l'adoption simple : des conditions très restrictives

271. Situé au sein du chapitre consacré à l'adoption simple¹, l'article 370 du Code civil dispose que « *s'il est justifié de motifs graves, l'adoption peut être révoquée, lorsque l'adopté est majeur, à la demande de ce dernier ou de l'adoptant. Lorsque l'adopté est mineur, la révocation de l'adoption ne peut être demandée que par le ministère public* ». Cet article récemment modifié conserve ainsi la traditionnelle exigence de motifs graves dont la jurisprudence fait une application très stricte (1). Mais il a également vu son domaine d'application restreint par la réforme de 2016 sur la protection de l'enfance². En effet, en dehors de l'hypothèse où elle émane du ministère public, la demande de révocation ne peut plus intervenir qu'à la majorité de l'adopté et ne peut plus être demandée par les membres de la famille d'origine (2).

1 - L'exigence de motifs graves

272. La révocation de l'adoption simple n'est possible que « *s'il est justifié de motifs graves* »³. Le fait que l'adopté et l'adoptant témoignent d'une même volonté de révoquer la filiation ne saurait donc suffire⁴. Ainsi, « *il n'y a pas de révocation par consentement mutuel* »⁵ puisque seuls des motifs graves peuvent justifier la révocation. Cette limitation est bienvenue dans la mesure où la rupture de la filiation ne repose ici sur aucune raison objective comme

¹ Il s'agit du chapitre II du Titre VIII (De la filiation adoptive) du Livre Ier (Des personnes).

² Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance.

³ Art. 370, al. 1, C. civ.

⁴ CA Pau, 6 octobre 1993 : JurisData n° 1993-047767.

⁵ F. GRANET, « Les motifs de révocation d'une adoption simple », *AJfam.* 2002, p. 24.

c'est le cas en matière de rupture de la filiation reposant sur l'engendrement. En effet, cette dernière ne peut intervenir que dans des délais restreints si elle est contraire à la réalité de l'engendrement ou si une autre filiation vient se substituer à celle d'origine au moyen du prononcé d'une adoption plénière¹. Au contraire, la filiation résultant de l'adoption simple peut être rompue sans condition de délais et alors même qu'aucune nouvelle filiation ne vient s'y substituer.

Il est, par conséquent, possible de s'interroger sur le bien-fondé de l'existence d'une possibilité de rompre la filiation résultant de l'adoption simple (b), bien que, fort heureusement, la révocation n'intervienne que de façon exceptionnelle en raison de l'appréciation très restrictive que font les juges du fond des motifs graves² (a).

a) L'appréciation stricte des motifs graves par la jurisprudence

273. Les juges du fond interprètent cette condition de façon stricte et exigent que les motifs invoqués soient « *d'une nature telle qu'ils rendent moralement impossible le maintien des liens créés par l'adoption ou, tout au moins, éminemment souhaitable leur cessation* »³, si bien que le prononcé d'une révocation demeure rare. Ainsi, une simple mésentente⁴ est insuffisante, y compris si elle est profonde et réciproque⁵. Le seul accord de l'adoptant et de l'adopté ne suffit pas non plus à justifier la révocation de l'adoption simple⁶. De plus, il semblerait que les motifs graves justifiant la révocation doivent être imputables uniquement à celui qui n'est pas à l'origine de la demande de révocation pour que celle-ci puisse être prononcée. Ainsi, dans l'hypothèse ici étudiée cela implique, pour que l'adoptant puisse obtenir la rupture du lien de filiation, que les motifs graves dont il doit rapporter la preuve soient

¹ cf. *supra* §§197 et s.

² De jurisprudence constante, les motifs graves relèvent de l'appréciation des juges du fond. V. par ex. : Civ. 1^{re}, 20 mars 1978, n° 76-13.415, Bull. 1978, I, n° 114, p. 93 ; Civ. 1^{re}, 30 juin 1992, n° 90-22.016 ; Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 2009, n° 08-16.067.

³ Ca Nancy, 22 mai 2017, n° 17/01104 ; Il s'agit d'une jurisprudence constante. V. par ex. : Trib. civ. Saverne, 19 janvier 1954 ; D. 1954, 531

⁴ Par ex. : CA Papeete, 7 novembre 2002, n° 412/CIV/00

⁵ Par ex. : CA Versailles, 9 décembre 1999, n° 8885-98 ; CA Rouen 4 mai 2017, n° 15/03706

⁶ CA Versailles, 9 septembre 2010, n° 10/00487

imputables uniquement¹ à l'adopté². Cependant cette imputabilité est appréciée de façon très stricte puisqu'en dépit du constat de la gravité du comportement de l'adopté, les juges du fond peuvent écarter la révocation s'ils jugent que ce comportement est excusable, par exemple s'il résulte d'une enfance difficile³. Il s'agit donc d'une appréciation éminemment subjective et qui n'a que de rares chances d'aboutir à la révocation dans la mesure où quelle que soit la violence d'un conflit il n'est que rarement imputable à une seule personne et peut probablement, dans la majorité des cas, trouver sa justification dans le passé douloureux de l'adopté.

274. Cette interprétation a pour conséquence de n'aboutir que de façon très rare à la révocation d'une adoption simple. La révocation ne doit finalement assurer qu'une « *fonction d'adaptation* »⁴ dans les hypothèses les plus graves pour permettre de façon exceptionnelle de rompre la filiation résultant de l'adoption simple, le maintien de ce lien devant rester le principe. L'adoption pourra notamment être révoquée en l'absence de tout lien affectif entre l'adoptant et l'adopté. Il en va ainsi lorsqu'un ensemble d'éléments traduit « *l'absence de tout sentiment filial et une volonté de nuire à l'adoptant* »⁵ ou encore en cas d' « *indifférence caractérisée, constante, ancienne et solidement démontrée des adoptés envers l'adoptant* »⁶. La révocation a également pu être prononcée en raison de la motivation vénale de l'adoptée et des injures graves prononcées à l'encontre de l'adoptante, l'indifférence reprochée à l'adoptante ne permettant pas de justifier de tels propos⁷.

Cette rigueur des magistrats dans l'appréciation des motifs graves semble adaptée en ce qu'elle ne conduit à rompre le lien de filiation que dans des cas tout à fait exceptionnels. Il est opportun de limiter au maximum les hypothèses dans lesquelles la filiation adoptive peut être rompue pour motifs graves et de ne pas se contenter de mésententes ou conflits, ceux-ci pouvant

¹ La jurisprudence semble exclure la révocation si les responsabilités dans le conflit sont partagées. V. par ex. : CA Paris, 24 février 1994 : JurisData n° 1994-20985 ; CA Paris, 2 juillet 1993 : JurisData n° 1993-022332 ; CA Besançon, 13 mars 2013, n° 11/02498

² V. Par ex., CA Nancy, 22 mai 2017, op. cit. : dans cette affaire les magistrats refusent de prononcer la révocation demandée par l'adoptant aux motifs, notamment, qu'« *il n'est produit aucune pièce topique qui démontrerait que la cessation des relations entre Monsieur G. et sa fille adoptive soit imputable à cette dernière (...)* ». *Contra V. CA Poitiers, 20 mai 2009, n° 08/00799* : dans cette affaire particulièrement dramatique, il est fait droit à la demande en révocation de l'adoptant alors que la cessation des relations avec ses enfants adoptifs a pour origine la dénonciation d'attouchements sexuels perpétrés par l'adoptant sur l'un des adoptés et pour lesquels il a d'ailleurs été condamné. Cette décision, bien qu'elle aille à l'encontre de la tendance générale consistant à ne prononcer la révocation que lorsque la détérioration des relations est uniquement imputable à l'adopté, se justifie par la volonté commune de l'adoptant et des adoptés de rompre tout lien juridique entre eux dans des circonstances particulièrement dramatiques.

³ TGI Paris, 28 octobre 1980, n° 08-0551

⁴ J.-L. PIOTRAUT, « La notion de gravité dans le Code civil », *Gaz. Pal.* 19 septembre 2000, n° 263, p. 4.

⁵ CA Pau, 10 juillet 1997 : JurisData n° 1997-046308

⁶ CA Rouen, 31 mars 1987, *Gaz. Pal.* 1988, n° 2, p. 278

⁷ CA Bordeaux, 7 mars 2002 : JurisData n° 2002-172988

intervenir dans toutes les familles qu'elles soient adoptives ou non. Lorsqu'un conflit intervient dans une famille dont les liens de filiation reposent sur l'engendrement, il est totalement exclu de rompre les liens pour ce motif quelles que soient la gravité du conflit et de ses répercussions sur les liens affectifs existant entre les membres de la famille. Il peut sembler étrange qu'il en aille différemment pour la filiation adoptive. Le fait de limiter la révocation à des cas extrêmes paraît donc opportun.

b) Les interrogations concernant le bien-fondé de la révocation

275. Il est même possible de s'interroger sur le bien-fondé de la possibilité de révoquer l'adoption simple au moins dans certaines hypothèses. En effet, l'adoption simple peut concerner des personnes dans des situations très variées et la révocation peut apparaître très critiquable dans certains cas. Ainsi, contrairement à l'adoption plénière qui ne peut, dans la majorité des cas, porter que sur « *des enfants âgés de moins de quinze ans* »¹, ou dans ces cas particuliers sur un enfant âgé tout au plus de vingt et un ans², « *l'adoption simple est permise quel que soit l'âge de l'adopté* »³. Or, la place de l'adopté et son intégration dans la famille pourra varier du tout au tout selon qu'il a été élevé par la famille adoptive, s'il a une filiation d'origine, s'il reste en relation avec cette dernière ou si seuls les liens de filiation perdurent, ou encore si l'adoption a pour seul objectif de faire bénéficier un adulte des avantages successoraux en résultant⁴. Ainsi, la possibilité de révoquer l'adoption pour motifs graves peut éventuellement sembler opportune aux vues des circonstances, si l'adopté conserve une filiation d'origine ou s'il ne fait l'objet de l'adoption qu'à sa majorité sans avoir été élevé par les adoptants. Il en va différemment s'il a été adopté durant sa minorité alors qu'il n'avait aucune filiation antérieure établie ou encore si en dépit du maintien de sa filiation d'origine, il ne conserve en réalité aucun lien affectif avec sa famille d'origine.

¹ Art. 345, al. 1, C. civ.

² Art. 345, al. 2, C. civ. : « *Toutefois, si l'enfant a plus de quinze ans et a été accueilli avant d'avoir atteint cet âge par des personnes qui ne remplissaient pas les conditions légales pour adopter ou s'il a fait l'objet d'une adoption simple avant d'avoir atteint cet âge, l'adoption plénière pourra être demandée, si les conditions en sont remplies* ».

³ Art. 360, al. 1, C. civ.

⁴ L'article 368 du Code civil confère à l'adopté, à l'égard des adoptants, les mêmes droits successoraux que s'ils étaient leurs enfants biologiques. Il faut toutefois noter que les règles applicables en matière fiscale réduisent l'intérêt du prononcé de l'adoption simple d'un adulte dans la mesure où l'article 786 du Code civil prévoit que « *pour la perception des droits de mutation à titre gratuit, il n'est pas tenu compte du lien de parenté résultant de l'adoption simple* » en dehors d'une liste de cas particuliers énumérés dans le même article. Ainsi, en dehors d'un certain nombre d'exceptions limitativement énumérées, l'adoption simple se verra traitée comme un tiers d'un point de vue fiscal.

Si dans la plupart des hypothèses où l'adopté n'a aucune filiation d'origine préexistante ou ne conserve avec sa famille d'origine aucun lien affectif, ou bien des liens extrêmement distendus, l'adoption plénière sera privilégiée, ce ne sera pas toujours le cas. Il sera par exemple impossible de prononcer une adoption plénière à l'égard d'enfants dont « *la loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France* »¹. Ainsi, des adoptés placés dans des situations identiques peuvent, selon qu'ils ont fait l'objet d'une adoption simple ou d'une adoption plénière, se voir garanti l'impossibilité totale de révoquer leur adoption ou, au contraire, voir celle-ci révoquée. Pour prendre un exemple extrême, un enfant adopté à l'étranger n'ayant aucune filiation antérieure, ou un lien de filiation mais aucun lien affectif avec sa famille d'origine, dont il peut avoir été séparé pendant des dizaines d'années sans aucun contact, peut voir son adoption révoquée. Pourtant, le prononcé d'une adoption simple plutôt que d'une adoption plénière peut n'avoir pour explication que l'inexistence de l'adoption plénière dans le pays d'origine de l'enfant.

Il semble alors très critiquable que le législateur ait autorisé la révocation de l'adoption simple pour motifs graves sans aucune précision, alors même que cette adoption peut revêtir des hypothèses extrêmement différentes, dont certaines peuvent être absolument identiques à celles que recouvre l'adoption plénière pour laquelle la révocation est impossible².

276. Fort heureusement, les juges du fond semblent ne pas être insensibles à de telles hypothèses. Ainsi, dans les motifs d'une décision par laquelle ils refusent de révoquer l'adoption simple d'un enfant haïtien en raison de l'absence de motifs graves, les magistrats de la Cour d'appel de Rouen semblent avoir pris en considération la situation de l'adopté. Ils précisent, en effet, que « *l'adoption, même simple, est une institution (...) qui doit revêtir (...) un caractère de stabilité interdisant toute modification sans raison impérieuse, sans que soient justifiés strictement les motifs graves. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit de l'adoption d'un jeune mineur comme en l'espèce (...). En l'espèce, il n'est pas contestable que l'adoption simple finalement retenue, l'a été pour des raisons juridiques, plus que pour des raisons humaines, l'adoption plénière étant alors impossible en Haïti. La principale différence entre les deux formes d'adoption tient à ce que l'adoption simple maintient le lien de filiation originel, ce qui, en ce qui concerne Andieuleau S. P. G., ne revêt aucun aspect concret puisqu'il apparaît ne plus entretenir aucun lien avec son père haïtien et, sans doute, n'avoir aucune*

¹ Art. 370-3, al. 2, C. civ.

² Art. 359 C. civ.

possibilité de le faire et alors que sa mère haïtienne est décédée »¹. Une telle prise en compte de la situation de l'adopté est opportune en ce qu'elle témoigne une reconnaissance de la situation concrète de ce dernier et la proximité de sa situation avec celle d'un enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière. Pour autant, elle ajoute aux textes dans la mesure où la situation de l'adopté ne semble pas devoir être l'un des éléments pris en compte dans le prononcé de la révocation, l'article 370 du Code civil ne faisant référence qu'aux motifs graves. Il a ainsi pu être jugé que prendre en considération les conséquences de la révocation pour l'adopté revenait à ajouter au texte de l'article 370 du Code civil².

277. Il semblerait par conséquent préférable que le législateur, s'il estime nécessaire de maintenir la possibilité de révoquer l'adoption simple, la restreigne dans certaines hypothèses. Il a, par exemple, été proposé d'interdire la demande de révocation « *après un certain temps de possession d'état* », pour les adoptés mineurs³, l'idée étant de ne plus accepter les demandes en révocation des adoptions simples prononcées en faveur d'adoptés mineurs une fois écoulée une durée suffisante. Bien que cette proposition soit intéressante, elle ne paraît pas prendre en compte l'intégralité de la problématique en ce qu'elle met de côté les adoptés majeurs ayant été élevés par leurs adoptants mais seulement adoptés à leur majorité. En effet, la place de l'adopté dans la famille dépend davantage du rôle effectif joué par l'adoptant durant sa minorité que de la date à laquelle le lien de filiation est établi.

Par analogie avec la fin de non-recevoir empêchant la contestation de la filiation non conforme à la réalité de l'engendrement dès lors que le titre est corroboré par une possession d'état ayant duré au moins cinq ans⁴, toute possibilité de révocation de l'adoption simple pour motifs graves pourrait être exclue dès lors qu'a existé une possession d'état – dont la durée serait à déterminer – durant la minorité de l'enfant. Cela permettrait de distinguer la situation particulière des adoptés simples ayant été élevés par les adoptants au cours de leur minorité. L'analogie avec l'impossibilité de contester la filiation reposant sur l'engendrement apparaît particulièrement pertinente car, de même que cette filiation ne peut être contestée que lorsqu'elle n'est pas conforme à la réalité de l'engendrement, l'adoption simple ne peut être révoquée que lorsque l'élément ayant *a priori* conduit à la création du lien de filiation, à savoir le lien affectif, disparaît. Par conséquent, si la remise en cause de la filiation fondée sur l'engendrement est limitée dans le temps, tout particulièrement lorsqu'une possession d'état a

¹ CA Rouen, 4 mai 2017, n° 15/03706 : JurisData n° 2017-010073

² CA Dijon, 28 janvier 1997 : JurisData n° 1997-043812

³ M. LE BIHAN-GUÉNOLÉ, « La révocation de l'adoption », *JCP G* 27 novembre 1991, n° 48, I, 3539.

⁴ Art. 333, al. 2, C. civ.

existé durant la minorité de l'enfant, une telle limitation apparaît tout aussi justifiée en matière de filiation adoptive. C'est également ce qui justifie l'exclusion de la possibilité de révoquer l'adoption plénière. En effet, ce type d'adoption ne pouvant intervenir qu'au profit d'un enfant mineur ou d'un enfant majeur ayant entretenu une relation particulière avec ses adoptants au cours de sa minorité, elle implique nécessairement l'existence d'une possession d'état.

Ainsi, l'existence de la révocation étant critiquable, tout particulièrement lorsque l'adopté a été élevé par ses adoptants, il est heureux que la condition de l'existence de motifs graves soit appréciée de façon très stricte afin de la limiter à des hypothèses exceptionnelles. La réforme de 2016¹ sur la protection de l'enfance va également dans le bon sens en ce qu'elle est venue restreindre les hypothèses dans lesquelles la révocation peut être prononcée.

2 - La restriction du champ de la révocation accrue par la réforme de 2016

278. Le législateur a opéré une modification de l'article 370 du Code civil en 2016². Il apparaît à la fois simplifié et plus restrictif que celui antérieurement applicable.

Auparavant la demande de révocation était possible pendant la minorité de l'enfant à la demande de ce dernier ou d'un membre de sa famille d'origine et à la demande des adoptants au-delà des quinze ans de l'adopté. Le ministère public pouvait également demander la révocation de l'adoption mais uniquement au cours de la minorité de l'adopté. Il en résultait ainsi une révocation à plusieurs vitesses dans la mesure où la demande de révocation n'était ouverte que pendant la minorité de l'enfant au ministère public et à la famille d'origine de l'adopté, à partir des quinze ans de l'adopté aux adoptants et à tout âge à l'adopté³.

Au contraire, toute révocation est désormais impossible durant la minorité de l'adopté, à l'exception toutefois de la demande qui émanerait du ministère public⁴. De plus, la possibilité pour les membres de la famille d'origine de demander la révocation de l'adoption simple a été supprimée, en dépit du fait que certains aient souhaité le maintien de la possibilité pour la

¹ Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance.

² Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance.

³ V. ancien art. 370 C. civ (version en vigueur du 6 juillet 1996 au 16 mars 2016) : « *S'il est justifié de motifs graves, l'adoption peut être révoquée, à la demande de l'adoptant ou de l'adopté, ou, lorsque ce dernier est mineur, à celle du ministère public.*

La demande de révocation faite par l'adoptant n'est recevable que si l'adopté est âgé de plus de quinze ans.

Lorsque l'adopté est mineur, les père et mère par le sang ou, à défaut, un membre de la famille d'origine jusqu'au degré de cousin germain inclus, peuvent également demander la révocation. »

⁴ Art. 370, al. 2, C. civ.

famille d'origine d'intervenir « *en cas de dysfonctionnement de l'adoption simple* »¹. La révocation ne peut plus être demandée que « *lorsque l'adopté est majeur, à la demande de ce dernier ou de l'adoptant* »². Si seul le refus des parents adoptifs est pertinent ici, il n'en demeure pas moins que les restrictions apportées par le législateur à la révocation – que ce soit celles qui concernent les auteurs possibles de la demande de révocation ou encore son exclusion au cours de la minorité de l'enfant – reflètent une volonté de limiter encore davantage la possibilité de revenir sur le jugement d'adoption simple, tout particulièrement pendant la minorité de l'adopté. Cette réticence à révoquer l'adoption simple ne fait finalement que confirmer une tendance déjà présente auparavant puisque déjà en 1966³ la révocation ne pouvait être prononcée que de façon tout à fait exceptionnelle en présence de motifs graves.

279. Ainsi, les modifications opérées par la loi de 2016 sur la protection de l'enfance qui interdisent désormais toute demande de révocation pendant la minorité de l'adopté – à l'exception d'une demande émanant du ministère public – vont dans le sens de la protection de l'adopté mineur. Cependant, elles ne vont pas assez loin. En effet, une fois atteint sa majorité, l'adopté peut voir sa filiation adoptive rompue quelle que soit sa situation. Cela semble d'autant plus critiquable que la possibilité de rompre la filiation reposant sur l'engendrement, quand bien même elle ne serait pas conforme à la réalité de l'engendrement, est limitée dans le temps⁴. Il est par conséquent très rare de pouvoir rompre la filiation de l'enfant majeur, puisque la seule possibilité pour rompre une telle filiation passés les délais de prescription est le prononcé d'une adoption plénière. Or, son prononcé est impossible au-delà des quinze ans de l'adopté en dehors de certains cas particuliers où elle peut être prononcée jusqu'à ses 21 ans⁵. Cette constatation de la possibilité pour les parents adoptifs de rompre la filiation adoptive à la majorité de l'enfant, tandis que cela est exclu en matière de filiation fondée sur l'engendrement, peut sembler pour le moins paradoxale. D'autant plus que, à l'inverse, la rupture par les parents de

¹C. BRUNETTI-PONS, « La proposition de loi relative à la protection de l'enfant : analyse sous l'angle de l'adoption », *Gaz. Pal.*, 6 janvier 2015, n° 6, p. 5.

Bien que le bien-fondé de la suppression de cette possibilité autrefois offerte à la famille d'origine soit sujet à discussion, elle ne sera pas développée dans la mesure où c'est le refus de l'enfant par la famille adoptive qui pose question.

² Art. 370, al. 1, C. civ.

³ Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption.

⁴ V. Les délais de prescription des actions en contestation de la filiation : art. 333 C. civ en présence d'une possession d'état conforme au titre, art. 334 C. civ. qui renvoie à l'art. 321 C. civ. à défaut de possession d'état. Il en résulte qu'en dehors d'hypothèses où la filiation de l'enfant a été établie au-delà des huit ans de l'enfant, la contestation de la filiation par les parents est exclue. Seul l'enfant pourra contester sa filiation puisqu'à son égard le délai est suspendu au cours de sa minorité (art. 321 C. civ.).

⁵ Art. 345, al. 2, C. civ.

la filiation basée sur l'engendrement est possible pendant la minorité de l'enfant et est exclue pour la filiation adoptive.

Ainsi, la rupture de la filiation découlant de l'adoption simple par la révocation n'est possible que dans des hypothèses très limitées. Elle apparaît, en outre, comme la seule possibilité de rompre la filiation prévue par le droit français à pouvoir être assimilée avec une révocation entendue *stricto sensu*.

B - La révocation de l'adoption simple : seule illustration de la révocation entendue *stricto sensu*

280. La révocation de l'adoption simple permet de rompre le lien de filiation établi par le jugement d'adoption à l'initiative de l'adoptant. Sa seule volonté est toutefois insuffisante puisque des motifs graves doivent être constatés. De plus, il ne peut en faire la demande durant la minorité de l'adopté. Pour autant, il s'agit bien d'une demande unilatérale qui, si elle remplit certaines conditions, peut conduire à la rupture de la filiation établie. Tout comme la rupture de la filiation biologique qui ne peut découler que d'un jugement – ce dernier pouvant donner droit à la demande en contestation de la possession d'état, en contestation de la paternité ou, beaucoup plus exceptionnellement de la maternité, ou encore prononcer une adoption plénière ayant pour effet de rompre les liens de filiation unissant l'enfant à sa famille d'origine – la révocation de l'adoption simple est prononcée par un juge.

281. Toutefois, ces jugements diffèrent en ce que la rupture de la filiation fondée sur l'engendrement ne sera possible que si cette dernière se révèle non conforme à la vérité biologique ou si l'enfant n'a pas été conçu dans le cadre de l'AMP à laquelle l'homme à l'égard duquel sa filiation est établie a consenti¹, ou si un nouveau lien de filiation est substitué aux liens d'origine par le prononcé d'une adoption plénière². Or, il s'agit d'éléments qui ne dépendent pas de la volonté des parents désirant rompre le lien de filiation. En effet, la conformité ou non à la réalité de l'engendrement est une donnée objective sur laquelle la volonté des parents n'a aucune prise. De même, le prononcé de l'adoption plénière présuppose le consentement à l'adoption donné par les parents mais n'interviendra pas forcément dans la mesure où le consentement à l'adoption n'entraîne pas de façon automatique le prononcé d'une adoption plénière. Il ne pourra avoir lieu que si des adoptants potentiels sont trouvés et si les

¹ cf. *supra* §§206 et s.

² cf. *supra* §§229 et s.

magistrats jugent le prononcé d'une adoption plénière conforme à l'intérêt de l'enfant. Ainsi, le consentement à l'adoption est une expression directe de la volonté des parents, mais il est insuffisant. La suite donnée à ce consentement ne dépendra plus des parents puisque la rupture du lien ne résulte pas de leur volonté. Autrement dit, la volonté de rompre le lien est un élément nécessaire, puisque ce sont les parents qui en sont à l'origine – de par leur action en contestation ou leur consentement à l'adoption – mais non suffisant.

Il pourrait être avancé qu'il n'y a pas de réelle différence entre la révocation et la rupture de la filiation biologique car l'exigence de motifs graves en matière de révocation, tout comme en matière de rupture de la filiation reposant sur l'engendrement, constitue un élément extérieur indépendant de la volonté des parents. Un tel raisonnement conduit à assimiler toute rupture de filiation à une révocation et, par conséquent, à en déduire que l'irrévocabilité entraîne l'impossibilité totale de rompre le lien de filiation. Pourtant, une telle assimilation ne paraît pas justifiée car en matière de révocation de l'adoption simple, il s'agit de revenir sur le lien de filiation en raison de motifs suffisamment graves reprochés à l'adopté pour rendre moralement impossible le maintien du lien, notamment en raison de l'absence de liens affectifs. Il s'agit finalement de prendre acte de l'échec¹ total d'une « greffe² vainement tentée »³ et de la volonté de l'adoptant de rompre le lien.

Au contraire, la filiation fondée sur l'engendrement ne peut être rompue en raison de l'absence totale de sentiment filial ou d'indifférence solidement installée, comme c'est le cas pour la filiation découlant de l'adoption simple. La nature et la qualité des rapports entre parents et enfant ne peuvent conduire à rompre le lien de filiation, du moins pas à elles seules. En effet, le consentement à l'adoption peut très bien trouver sa source dans l'indifférence ou l'absence de sentiment parental, mais cette donnée est indifférente et le consentement à l'adoption, bien qu'il soit un préalable nécessaire au prononcé de l'adoption, ne saurait suffire. La rupture du lien d'origine est soumise à la condition que soit créé un nouveau lien de substitution permettant d'offrir une nouvelle famille à l'enfant. À défaut, en dépit du consentement donné à l'adoption, l'enfant restera lié à ses parents⁴. Au contraire, la révocation de l'adoption simple n'est pas

¹ Sur les raisons pouvant expliquer l'échec d'une adoption V. : V. FOUADA, *Notions de réussite et d'échec dans la filiation adoptive*, coll. Questions contemporaines, L'Harmattan, 2002, pp. 91-108.

² Cette expression de greffe est utilisée par le Professeur Cornu pour qualifier les filiations découlant de l'adoption et de la procréation médicalement assistée : V. G. CORNU, « Les filiations par greffe : adoption et procréation médicalement assistée », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, pp. 131-140.

³E.S. DE LA MARNIERRE, note sous Civ. 1re, 10 juillet 1973 : JCP G 74, II, 17689.

⁴ À moins, comme cela a été expliqué précédemment, que ces derniers ne puissent apporter la preuve de la non-conformité du lien à la vérité biologique dans le cadre d'une action en contestation.

soumise à une telle condition, peu importe que l'adopté soit toujours lié à sa famille d'origine ou non.

Ainsi, la différence entre la rupture du lien de filiation au moyen du prononcé d'une nouvelle adoption plénière et une révocation semble indiscutable. En effet, la possibilité prévue par le législateur de rompre unilatéralement le lien découlant de l'adoption simple, dans des circonstances particulières tenant au comportement jugé particulièrement grave, correspond à la définition précédemment dégagée de la révocation. Il en va différemment de la rupture de la filiation en raison du prononcé d'une adoption plénière qui ne saurait être assimilée à une révocation. Pour autant, ce n'est pas la solution choisie tant par le législateur que par la jurisprudence qui privilégient une définition extensive de la révocation. En effet, il est communément admis que l'irrévocabilité fait obstacle au prononcé d'une nouvelle adoption plénière ce qui aboutit à l'impossibilité totale de rompre la filiation de l'adopté mineur.

Section 2 - L'impossible rupture de la filiation de l'adopté mineur

282. Le fait que la révocabilité soit très encadrée et ne permette de rompre que de façon exceptionnelle l'adoption simple ne doit pas laisser penser que c'est l'irrévocabilité qui justifie l'impossibilité de rompre la filiation. Il a, en effet, été démontré que le terme de révocation ne saurait recouvrir toutes les hypothèses de rupture de la filiation. La révocation de l'adoption se réduit à la situation où le parent a la possibilité de remettre unilatéralement en cause l'adoption en raison du seul comportement de l'enfant¹. Ainsi, irrévocabilité et impossibilité de rompre le lien de filiation ne sont pas synonymes. La révocation est une notion plus restreinte. Ainsi, l'exclusion de toute rupture du lien pendant la minorité de l'enfant ne peut se justifier par son irrévocabilité. C'est l'appréciation extensive qui en est faite qui conduit à exclure toute rupture de la filiation de l'adopté mineur. Or, cette appréciation extensive a des conséquences très critiquables puisqu'elle conduit à exclure totalement le prononcé d'une nouvelle adoption plénière, ce dont la jurisprudence déduit, de façon encore plus critiquable, l'impossibilité pour les parents adoptifs de remettre l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance (§1).

Certainement conscient de la rigueur de telles solutions, le législateur a mis en place un palliatif en permettant à l'adopté, dans certains cas, de faire ultérieurement l'objet d'une

¹ cf. *supra* §§266 et s.

adoption simple. Cela permet ainsi à l'adopté de voir superposer à son premier lien de filiation adoptive un second lien (§2).

§1 - Les conséquences critiquables de l'appréhension extensive de la notion d'irrévocabilité

283. L'irrévocabilité entendue comme l'impossibilité pour une personne de demander de façon unilatérale la rupture de la filiation adoptive en raison de motifs graves n'est pas la définition qui a été retenue. Le législateur et la jurisprudence en ont une conception beaucoup plus large. En effet, si le premier a déduit de la notion d'irrévocabilité l'impossibilité de prononcer une seconde adoption plénière (A), la jurisprudence est allée encore plus loin en déduisant de cette première impossibilité celle pour les parents adoptifs de remettre leur enfant à l'ASE (B). Il en résulte non seulement un verrouillage complet de la filiation découlant de l'adoption plénière, et plus généralement de la filiation de tout adopté pendant sa minorité, mais également une impossibilité pour l'enfant adopté d'acquérir le statut de pupille de l'État par la volonté de ses parents.

A - La conséquence principale : l'impossibilité de prononcer une nouvelle adoption plénière

284. L'appréhension extensive de la notion d'irrévocabilité qui consiste à penser qu'elle a pour conséquence d'empêcher le prononcé d'une nouvelle adoption plénière apparaît très critiquable à plusieurs égards (2). Pour autant, cette impossibilité n'en est pas moins fondée dans la mesure où elle est directement déduite de la lettre d'un texte (1).

1 - Une impossibilité légalement fondée

285. La question qui a pu se poser est celle de savoir si l'irrévocabilité de l'adoption prévue à l'article 359 du Code civil entraîne l'impossibilité de rompre les liens adoptifs et, par conséquent, l'impossibilité pour l'enfant de faire l'objet d'une nouvelle adoption en cas d'échec de la première. La réponse à cette question semble positive – bien qu'il soit permis de s'interroger sur son opportunité – l'impossibilité de rompre le lien de filiation adoptif étant communément admise dès lors que le jugement d'adoption est passé en force de chose jugée,

tant par la doctrine¹ que par la jurisprudence². Une telle solution s'explique par l'interprétation faite des articles 359 et 346 du Code civil.

En effet, le deuxième alinéa de l'article 346 du Code civil spécifie qu'« *une nouvelle adoption peut être prononcée soit après décès de l'adoptant, ou des deux adoptants, soit encore après décès de l'un des deux adoptants, si la demande est présentée par le nouveau conjoint du survivant d'entre eux* ». Or, le fait que cet article précise dans quels cas une nouvelle adoption plénière peut être prononcée, laisse *a contrario* entendre que le prononcé d'une seconde adoption plénière est impossible en dehors de ces cas³. Pourtant, préciser qu'un enfant dont le ou les adoptants sont décédés peut faire l'objet d'une seconde adoption semble superflu dans la mesure où il est difficile de voir ce qui justifierait une solution inverse. Quant à l'adoption par le nouveau conjoint de l'adoptant survivant, elle aurait pu être permise dans les mêmes conditions que celle de l'enfant dont l'un des parents est décédé par le nouveau conjoint du parent survivant⁴.

286. Cette surprenante précision apportée par le législateur a pour conséquence de totalement empêcher la rupture du lien de filiation créé par l'adoption plénière. En effet, de façon classique et ainsi que cela a été montré précédemment⁵, lorsque la filiation repose sur l'engendrement les parents ne peuvent, par la simple expression de leur volonté, remettre en cause le lien de filiation les unissant à leurs enfants. Cependant, ils peuvent unilatéralement contester leur lien de filiation qui pourra être rompu s'il s'avère contraire à la réalité de l'engendrement ou, ensemble, consentir à l'adoption de l'enfant dont la filiation sera rompue si ce dernier fait l'objet d'une adoption plénière. S'il est normal que la possibilité de contester unilatéralement la filiation en raison de l'absence de responsabilité des parents adoptifs dans l'engendrement de l'enfant soit écartée, il apparaît plus contestable que la possibilité de voir leur filiation rompue si une nouvelle adoption plénière est prononcée leur soit refusée. En réalité, exclure cette possibilité pour les enfants adoptés verrouille complètement leur filiation, puisque le prononcé d'une adoption plénière constitue le seul moyen de rompre une filiation

¹ Dans ce sens, V. I. CORPART, « La réforme du 5 juillet 1996 relative à l'adoption : refonte d'ensemble ou retouche ? », *LPA*, 25 novembre 1996, n° 142, p. 5 ; F. MONÉGER, « Regard critique sur la réforme de l'adoption », *RDSS* 1997, p. 1 ; J.-F. MATTEI, *Rapport sur le projet de loi relative à l'adoption*, Ass. nat., 15 décembre 1995, p. 139 et s. ; F. EUDIER, « Adoption », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, p. 371 et s. *Contra* V. par ex. : P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille, op. cit.*, pp. 836-837.

² Civ. 1^{re}, 7 mars 1989, n° 87-14.045, Bull. 1989, I, n° 111, p. 73 ; *Deffrénois* 1989, p. 694, obs. Massip.

³ Dans ce sens, V. J. MASSIP, « Les nouvelles règles de l'adoption », *LPA*, 14 mars 1997, n° 32, p. 4.

⁴ Art. 345-1, 3°, C. civ. : « *L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise : lorsque 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* ».

⁵ cf. *supra* §§197 et s.

sans passer par la voie d'une action en contestation. Un tel verrouillage est contestable car les parents adoptifs, de même que les parents dont la filiation est fondée sur l'engendrement, peuvent être amenés à ne plus vouloir ou pouvoir assumer leur enfant et ainsi souhaiter rompre le lien de filiation qui les unit à lui. « *Est-il logique de donner à une filiation résultant d'une fiction de la loi une force plus grande qu'à la filiation véritable résultant des liens du sang ?* »¹. Cela conduit, en effet, à rendre la filiation adoptive plus rigide qu'une filiation fondée sur l'engendrement, y compris si cette dernière est judiciairement établie.

Ainsi, l'ajout par la loi de 1976 de ce second alinéa semble peu opportun dans la mesure où rien ne semblait interdire le prononcé d'une adoption dans les cas spécifiquement prévus par l'article précité et où ces précisions conduisent, en revanche, à exclure le prononcé d'une seconde adoption plénière en dehors de ces cas, interdisant ainsi toute rupture du lien de filiation adoptive.

2 - Une impossibilité critiquable

287. Bien que l'impossibilité pour l'enfant adopté de façon plénière de faire l'objet d'une nouvelle adoption découle directement de la lecture *a contrario* de l'article 346, elle n'en est pas moins critiquable. En effet, l'appréciation extensive de la notion d'irrévocabilité opérée par cet article n'est confortée par aucun autre texte (a), mais surtout, elle se révèle contraire à l'intérêt de l'enfant (b).

a) L'inadéquation avec la logique d'ensemble des textes

288. L'impossibilité de prononcer une adoption plénière en dehors des cas prévus par l'alinéa 2 de l'article 346 du Code civil est d'autant plus surprenante qu'elle ne se retrouve dans aucun autre texte.

Ainsi, l'article 347 du Code civil prévoit que peuvent être adoptés « *les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption* », « *les pupilles de l'État* » et « *les enfants déclarés abandonnés* ». En réalité, la mention des enfants dont les parents ont valablement consenti à l'adoption et des enfants déclarés abandonnés est superflue car la catégorie des pupilles de l'État visée par l'article 347 deuxièmement les englobe. En effet, l'article L. 224-4 du Code de l'action sociale et des familles prévoit en son deuxièmement que sont notamment admis en qualité de pupilles de l'État « *les enfants dont la*

¹J. MASSIP, « Les nouvelles règles de l'adoption », préc.

filiation est établie et connue, qui ont expressément été remis au service de l'aide sociale à l'enfance en vue de leur admission en qualité de pupille de l'État par les personnes qui ont qualité pour consentir à leur adoption, depuis plus de deux mois » et, en son sixièmement, «*les enfants recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance en application des articles 381-1 et 381-2 du Code civil*¹ ». Or, l'article 348 du Code civil prévoit que «*lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de son père et de sa mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption* ».

Tous les articles précités précisent quels sont les enfants qui peuvent être adoptés, à savoir tous les enfants admis en qualité de pupille de l'État dont font notamment partie les enfants dont les parents ont valablement consenti à l'adoption. Or, aucun de ces articles ne distingue les parents liés à leurs enfants par une filiation adoptive des autres. Les parents adoptifs sont bien les père et mère de l'enfant et sont bien liés à lui par un lien de filiation puisque «*l'adoption (pléniaire) confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine* »². Ils devraient donc se voir attribuer toutes les prérogatives incombant aux titulaires de l'autorité parentale, dont le consentement à l'adoption prévue à l'article 348 du Code civil fait partie. Priver les parents adoptifs de la possibilité de consentir à l'adoption de leur enfant revient finalement à dire que «*les parents adoptifs n'ont pas les prérogatives et les pouvoirs des parents par le sang* »³. Ainsi, en dehors de l'article 346, aucun article ne semble exclure la possibilité que des enfants adoptés fassent l'objet d'une nouvelle adoption pléniaire si cela est possible. Il est difficile de comprendre pourquoi ces dispositions ne trouveraient à s'appliquer qu'aux enfants dont la filiation repose sur l'engendrement et pourquoi un enfant adopté en serait exclu. En effet, les parents adoptifs sont des parents comme les autres et devraient, par conséquent, disposer des mêmes prérogatives que tous les autres parents disposant de l'autorité parentale.

Dans le même sens, l'article 370-5 du Code civil relatif à l'adoption internationale définit l'adoption pléniaire comme celle rompant «*de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant* » sans qu'il soit fait mention de l'irrévocabilité du lien adoptif. Il ne semble pas, par conséquent, que l'impossibilité totale de remettre en cause la filiation découlant du prononcé d'une adoption pléniaire aille de soi.

¹ Ces deux articles visent la déclaration de délaissement parental.

² Art. 356, al. 1, C. civ.

³J. RUBELLIN-DEVICHI, «*Réflexions pour d'indispensables réformes en matière d'adoption* », préc.

289. De plus, la corrélation communément admise entre irrévocabilité et impossibilité de rompre la filiation adoptive semble relever d'une large confusion des notions. Cette confusion découle de la logique simpliste qui conduit à admettre que l'irrévocabilité de l'adoption plénière interdit toute rupture du lien de filiation et que, au contraire, l'adoption simple étant révocable la rupture de la filiation qui en résulte est possible. Si on applique cette logique à la lettre, l'irrévocabilité de l'adoption plénière devrait faire obstacle à ce que l'adopté puisse faire l'objet d'une nouvelle adoption plénière, tandis que la révocabilité de l'adoption simple devrait autoriser le prononcé d'une adoption plénière. Pourtant, l'article 346 du Code civil qui semble exclure le prononcé d'une adoption en dehors de l'hypothèse du décès de l'adoptant ou des deux adoptants s'applique aussi bien à l'adoption plénière, qu'à l'adoption simple puisque l'article 361 du même code le prévoit expressément. Ainsi, ni l'enfant adopté de façon plénière, ni celui adopté simplement ne peuvent faire l'objet d'une nouvelle adoption en dehors des cas spécifiquement prévus par l'article 346. Le fait que la première soit irrévocable en vertu de l'article 356 du Code civil et que la seconde soit révocable en vertu de l'article 370 du même code est en réalité indifférent. Ainsi, le fait de déduire d'une lecture combinée des articles 346 et 359 que l'irrévocabilité de l'adoption plénière entraîne l'impossibilité totale de rompre la filiation qui en résulte ne semble pas opportun puisque cette impossibilité s'avère déconnectée du caractère irrévocable ou non de l'adoption.

290. L'article 346 du Code civil est donc le seul texte allant dans le sens d'un traitement différencié entre les enfants adoptés et ceux qui ne le sont pas. Ce texte conduit ainsi à instaurer une confusion entre la notion d'irrévocabilité et la possibilité, quand certaines conditions particulières sont remplies, de remettre en cause la filiation adoptive. Mais l'article 346 du Code civil est surtout critiquable en ce que la distinction qu'il conduit à opérer entre les enfants adoptés et ceux qui ne le sont pas n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant.

b) La non-conformité à l'intérêt de l'enfant

291. La restriction par le législateur de la possibilité pour un enfant adopté de faire l'objet d'une adoption plénière semble s'expliquer par le souci d'éviter que l'adoption plénière ne devienne « *une adoption à l'essai* »¹. Il peut, en effet, sembler choquant que l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption – et qui a, par conséquent, déjà subi un rejet de la part de ses parents

¹ Cette expression se retrouve dans les écrits de divers auteurs, V. par ex. : J.-F. MATTEI, *Rapport sur le projet de loi relative à l'adoption*, préc., p. 139 ; H. BOSSE-PLATIÈRE et M. SCHULZ, « Fasc. 24 : Filiation adoptive - L'adoption co-parentale - L'adoption de l'enfant du conjoint », in *J-Cl C. civ.*, n° 76.

par le sang, même s'il peut n'en garder aucun souvenir – puisse à nouveau être rejeté par sa famille adoptive. Cela peut, par ailleurs, faire craindre que les adoptants soient moins scrupuleux dans leur décision de recueillir un enfant s'ils savent qu'en cas d'échec ils pourront redonner l'enfant à l'adoption. Une telle dérive a été observée dans certains États des États-Unis où le faible encadrement légal a permis la propagation du phénomène de la « réadoption »¹. Certains enfants, par le biais de petites annonces diffusées sur internet et en raison de la possibilité d'opérer un transfert de garde par un simple document des parents sans le contrôle d'aucune autorité, peuvent connaître une succession de famille. Cette situation peut ou non s'accompagner d'une modification du lien de filiation. Une telle dérive n'est évidemment pas souhaitable.

292. Toutefois, il serait réducteur de penser que la possibilité pour un enfant adopté de faire l'objet d'une nouvelle adoption plénière entraînerait nécessairement de telles dérives.

D'abord, souscrire à un tel raisonnement conduit à donner bien peu de crédit aux adoptants, à leur volonté de bien faire et à leur désir de fonder une famille unie, alors même que le prononcé de l'adoption constitue bien souvent l'aboutissement de très nombreuses années de tentative de conceptions déçues et d'attente de la venue d'un enfant adoptable. Ensuite, et surtout, ce raisonnement occulte les conditions très strictes qui encadrent le prononcé d'une adoption plénière et qui rendent totalement impossible la consécration d'une soi-disant adoption à l'essai.

Comme cela a été expliqué précédemment², le prononcé d'une adoption plénière suppose, outre le consentement à l'adoption des parents, non seulement de trouver des adoptants potentiels, mais encore que le prononcé d'une adoption plénière soit dans l'intérêt de l'enfant puisque c'est seulement si cette condition est remplie que les magistrats prononceront l'adoption³. Ainsi, le prononcé d'une nouvelle adoption plénière ne pourrait en réalité concerner que de très rares hypothèses dans la mesure où les problèmes révélant l'échec de la première adoption n'apparaissent *a priori* que lorsque l'adopté a atteint un certain âge, et non lorsqu'il est encore en bas âge. Trouver des adoptants pourra donc poser problème. De plus, même en présence d'adoptants potentiels, si les magistrats estiment que le prononcé d'une nouvelle adoption n'est pas dans l'intérêt de l'adopté, ils ne doivent pas la prononcer. Cela pourra, par exemple, être le cas si l'adopté rejette l'idée d'une nouvelle adoption ou encore si des expertises

¹S. PRZYCHODNY, *États-Unis, enfants jetables*, France 5, 2016.

² cf. *supra* §§229 et s.

³ Art. 353, al. 1, C. civ.

psychologiques révèlent qu'il n'est pas prêt et que, par conséquent, le prononcé d'une nouvelle adoption aurait toutes les chances de se solder par un échec.

Ainsi, l'ouverture de la possibilité pour les adoptés de faire l'objet d'une nouvelle adoption plénière ne pourrait en réalité que très rarement aboutir, et uniquement dans des hypothèses où une nouvelle adoption serait effectivement dans l'intérêt de l'enfant. Dans tous les autres cas, la filiation initiale serait maintenue. Il est donc critiquable de considérer que la possibilité pour l'adopté de faire l'objet d'une nouvelle adoption en dehors de l'hypothèse du décès de l'adoptant ou des adoptants rendrait possible une adoption à l'essai et de ne pas ouvrir cette possibilité dans les rares cas où elle serait effectivement possible puisque, par définition, elle serait alors nécessairement dans l'intérêt de l'enfant. Il est certain qu'il est souhaitable qu'une filiation, une fois établie, ne soit jamais rompue, qu'il s'agisse d'une filiation fondée sur l'engendrement ou d'une filiation adoptive car une telle rupture implique nécessairement un rejet de l'enfant et donc un vécu douloureux pour ce dernier. Mais la solution n'est pas de fermer les yeux sur un dysfonctionnement aussi important que le rejet de l'enfant par ses parents. « *C'est le maintien artificiel d'un lien artificiel, et l'on sait ce qu'a d'illusoire ce genre d'acharnement* »¹. Le fait que ces derniers soient responsables de sa venue au monde ou non est indifférent. Dans tous les cas, l'intérêt de l'enfant commande de permettre sa remise à l'ASE si telle est la volonté des parents et si l'aide apportée par les services de l'aide sociale à l'enfance s'est révélée insuffisante. L'enfant pourrait ainsi, si cela est dans son intérêt, faire l'objet d'une adoption plénière ce qui aurait pour conséquence de rompre les liens existants avec les précédents adoptants.

293. Ce raisonnement est tout à fait adapté à l'enfant ayant fait l'objet d'une première adoption plénière dans la mesure où cet enfant n'a aucun autre lien de filiation établi. On peut, en revanche, s'interroger sur l'opportunité de permettre le prononcé d'une adoption plénière lorsque la première adoption est une adoption simple. En effet, dans ce cas, si l'adopté avait une filiation d'origine, ces liens sont maintenus. Se pose alors la question de savoir qui devrait consentir à l'adoption et quelles seraient les conséquences d'un tel consentement. Il ne semble pas faire de doute que le consentement à l'adoption devrait émaner de l'adoptant puisque ce dernier « *est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté* »². Or, le droit de consentir à l'adoption est, comme le droit de consentir au mariage de l'enfant, une prérogative exceptionnelle de l'autorité

¹Th. REVET, « Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption », *RTD Civ.* 1996, p. 999.

² Art. 365, al.1, C. civ.

parentale. Cependant, dans la mesure où l'adoption plénière « *confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine* »¹, son prononcé aurait pour conséquence de rompre tous les liens de filiation préexistant. Ainsi, les membres de la famille d'origine de l'adopté simple verraient la filiation qui les unit rompue alors même qu'eux-mêmes n'avaient consenti qu'à une adoption simple. Cela peut sembler très critiquable, essentiellement si l'adopté et sa famille d'origine avaient conservé des liens affectifs. À l'inverse, une adoption plénière peut sembler opportune si l'adopté et sa famille d'origine n'avaient conservé aucun lien affectif ou encore en l'absence de toute filiation d'origine puisque l'adopté se trouve alors, dans les faits, dans la même situation que l'enfant adopté de façon plénière. Mais, ce problème n'en est pas réellement un puisque l'adoption plénière est soumise à l'appréciation des juges du fond qui ne la prononceront que s'ils l'estiment conforme à l'intérêt de l'enfant. Elle serait, par exemple, probablement exclue si son prononcé conduisait à rompre la filiation unissant l'enfant à sa famille d'origine alors qu'elle joue encore un rôle dans sa vie.

Ainsi, quelle que soit la situation de l'enfant, l'ouverture de la possibilité pour l'adopté de faire l'objet d'une adoption plénière ne conduirait à la rupture de sa filiation adoptive que dans des hypothèses exceptionnelles où le prononcé d'une telle adoption serait dans son intérêt. L'exclusion d'une telle possibilité est donc très critiquable. Cependant, le fait que l'interprétation faite par la jurisprudence de l'irrévocabilité conduise à refuser la remise de l'enfant à l'ASE l'est encore davantage.

B - La conséquence subsidiaire : l'impossibilité pour les adoptants de remettre l'enfant à l'ASE

294. Les conséquences de l'interprétation extensive de l'irrévocabilité de l'adoption plénière vont encore plus loin que l'impossibilité pour l'enfant de faire l'objet d'une nouvelle adoption plénière en dehors de l'hypothèse du décès de son ou ses adoptant(s). En effet, certains magistrats ont cru bon de déduire de l'irrévocabilité de l'adoption plénière l'impossibilité pour les adoptants de remettre l'enfant à l'ASE et de consentir à son adoption. Cette solution, de même que l'exclusion du prononcé d'une nouvelle adoption plénière, se révèle non conforme à l'intérêt de l'enfant (2). Mais, contrairement à l'interdiction d'une nouvelle adoption, elle est d'autant plus critiquable qu'elle ne repose sur aucun texte et procède en réalité d'une confusion des notions (1).

¹Art. 356, al. 1, C. civ.

1 - Une impossibilité déduite de façon erronée par la jurisprudence

295. Les conséquences de l'appréhension extensive de la notion de révocation vont encore plus loin que le rejet du prononcé d'une nouvelle adoption plénière. En effet, certaines juridictions ont estimé que l'irrévocabilité de l'adoption plénière avait pour effet d'exclure la possibilité pour les adoptants de remettre l'enfant à l'ASE en vue de son admission en qualité de pupille de l'État. Pourtant, de même que l'interdiction de prononcer une nouvelle adoption, l'interdiction ainsi faite aux adoptants de remettre leur enfant à l'ASE et de consentir à son adoption conduit à traiter de façon différente les parents adoptifs des autres parents alors même que cette différence de traitement n'apparaît nulle part dans les textes.

Les magistrats ont certainement cru tirer la juste conséquence de l'interdiction faite par l'article 346 de prononcer une adoption plénière en dehors de l'hypothèse du décès du ou des adoptant(s). Il pourrait, en effet, être avancé que si l'adopté ne peut pas faire l'objet d'une nouvelle adoption plénière du vivant de ses adoptants, il semble logique que ces derniers ne puissent pas consentir à son adoption.

296. Cependant, c'est oublier que la remise à l'ASE par les parents et le consentement de ces derniers à l'adoption de leur enfant ne suffisent pas pour qu'une adoption plénière soit prononcée. Certes, cela conduit à conférer à l'enfant le statut de pupille, ce qui le rend du même coup adoptable, mais l'adoption plénière peut très bien ne jamais être prononcée.

Ainsi, même dans l'hypothèse que semble – de façon critiquable – valider l'article 346 selon laquelle l'irrévocabilité de l'adoption plénière interdit le prononcé d'une nouvelle adoption plénière et la rupture du lien, cela ne doit pas conduire à exclure *de facto* la possibilité pour les adoptants de remettre leur enfant à l'ASE et de consentir à son adoption. En effet, si le pupille de l'État est adoptable le prononcé effectif d'une adoption plénière suppose notamment de trouver des adoptants mais également que les magistrats estiment que le prononcé d'une telle adoption est dans l'intérêt de l'enfant¹. Ainsi, il est tout à fait possible qu'un enfant adopté soit admis en qualité de pupille de l'État sans pour autant que sa filiation adoptive ne soit rompue.

Cette position jurisprudentielle ne semble donc pas fondée juridiquement. En outre, elle est d'autant plus critiquable qu'elle se révèle contraire à l'intérêt de l'enfant.

¹ Art. 353, al. 1, C. civ.

2 - Une déduction non conforme à l'intérêt de l'enfant

297. Le fait d'envisager qu'un enfant ayant déjà fait l'objet d'une adoption puisse être à nouveau adopté peut à première vue sembler contraire à son intérêt. En effet, une telle succession de liens de filiation peut faire craindre des répercussions négatives sur sa construction, d'autant plus s'il a fait l'objet d'un premier rejet par ses parents d'origine puis par ses parents adoptifs. Toutefois, il ne faut pas oublier que la seule volonté des parents ne suffit pas à entraîner la rupture de la filiation. Cette dernière ne peut intervenir que si une adoption plénière est prononcée¹. Or, cela ne sera possible que si une telle adoption s'avère conforme à l'intérêt de l'enfant². Si, au contraire, les magistrats estiment que l'adoption plénière n'est pas dans l'intérêt de l'enfant, elle ne pourra être prononcée et par conséquent la filiation établie antérieurement sera maintenue. La remise de l'enfant à l'ASE n'implique donc pas nécessairement que l'enfant sera adopté de façon plénière par la suite et, par conséquent, que la filiation initiale sera rompue.

À défaut, ou encore en l'absence d'adoptants potentiels, l'enfant pourrait bénéficier du statut protecteur de pupille de l'État tout en conservant un lien de filiation avec ses précédents adoptants. À l'inverse, le fait de maintenir l'enfant dans la famille, en dépit de l'échec de l'adoption, ne peut que faire craindre des maltraitances ou des négligences dans la prise en charge de l'enfant qui conduiront à terme à son placement. Dans des situations extrêmes ayant entraîné une déclaration de délaissement parental ou un retrait total de l'autorité parentale, l'adoption de cet enfant pourrait même être envisagée³ bien que la possibilité d'une telle adoption ne soit pas certaine⁴. Si l'on admet cette possibilité, l'adoption plénière d'un enfant ayant fait l'objet d'une première adoption plénière serait possible mais uniquement si elle ne découle pas de la volonté des adoptants et que l'enfant a été placé dans une situation suffisamment grave pour entraîner son admission en qualité de pupille de l'État. Mme le

¹ cf. *supra* §§229 et s.

² V. art. 353, al. 1, C. civ.

³ L'article 347 du Code civil dispose que les pupilles de l'État et les enfants ayant été déclarés abandonnés dans les conditions des articles 381-1 et 381-2 peuvent être adoptés. Or, l'article L. 224-4, 5°, du Code de l'action sociale et des familles dispose que « *les enfants dont les parents ont fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale en vertu des articles 378 et 378-1 du Code civil et qui ont été recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance en application de l'article 380 dudit code* » sont admis en qualité de pupille de l'État.

⁴ L'opinion selon laquelle l'enfant adopté de façon plénière pourrait faire l'objet d'une nouvelle adoption à l'issue de son admission en qualité de pupille de l'État suite à un retrait total de l'autorité parentale ou à une déclaration judiciaire de délaissement n'est, cependant, pas partagée de façon unanime. V. I. CORPART, « La réforme du 5 juillet 1996 relative à l'adoption : refonte d'ensemble ou retouche ? », préc. Cette auteure considère qu'avant que ne soit ouverte la possibilité pour l'enfant adopté plénièrement de faire l'objet d'une adoption simple « *si l'adoptant manquait à ses devoirs éducatifs, on mettait en place des mesures d'assistance éducatives puis l'enfant était remis au service de l'aide sociale à l'enfance sans espoir de modification de sa situation juridique* ».

Professeur Neirinck a pu écrire à cet égard que dans une pareille situation « *la volonté des adoptants est totalement indifférente et les magistrats doivent uniquement s'attacher à l'intérêt de l'enfant. C'est toujours l'opportunité de le faire échapper à sa famille maltraitante qui commande la solution retenue* »¹. S'il semble impossible de ne pas souscrire à cette opinion, il paraît en revanche extrêmement critiquable que l'intérêt de l'enfant à être sorti d'une famille qui le rejette n'est pris en considération que lorsque le comportement des adoptants met effectivement en danger le développement de l'enfant. Si l'intérêt de l'enfant est effectivement ce qui prime et non la sanction des parents défaillants, pourquoi ne pas prendre acte de la volonté des adoptants de remettre l'enfant à l'ASE en raison de l'échec de l'adoption – ce qui constitue à tout le moins un risque de danger – au lieu d'attendre que la problématique mise en exergue par le refus ainsi exprimé se traduise par une mise en péril suffisamment importante pour donner lieu à un retrait de l'autorité parentale ou à une déclaration de délaissement. En outre, plus l'admission en qualité de pupille de l'État est repoussée et plus les chances pour l'enfant de se voir offrir un nouveau départ par le prononcé d'une nouvelle adoption s'amenuisent. Il semble donc davantage souhaitable de ne pas attendre qu'une situation aussi dramatique ne se présente et n'impose le placement si elle peut être évitée en prenant acte de la volonté des parents adoptifs de se séparer de l'enfant et en l'admettant au plus tôt en qualité de pupille de l'État, de même que le serait n'importe quel enfant².

298. Même dans l'hypothèse où l'adoption est exclue – que ce soit parce qu'elle est impossible faute d'adoptants ou parce qu'elle ne serait pas dans l'intérêt de l'enfant – autoriser la remise de l'enfant à l'ASE et le consentement à son adoption par ses parents adoptifs reste souhaitable puisque cela lui permet de bénéficier du statut protecteur de pupille de l'État. De plus, dans cette hypothèse l'enfant conserve sa filiation ainsi que son état civil. Or, c'est en cela que la remise de l'enfant à l'ASE apparaissait autrefois le plus critiquable. En effet, la loi de 1966 a prévu pour les parents remettant leur enfant à l'ASE en vue de son admission en qualité de pupille de l'État, « *la possibilité de demander le secret de l'état civil de l'enfant* »³. Si cette pratique ne conduisait pas à une rupture de plein droit de la filiation d'origine de l'enfant⁴, le lien ne demeurerait en réalité « *qu'à l'état potentiel* »⁵ puisque l'ignorance dans laquelle était tenu l'enfant sur l'identité de ses parents l'empêchait de se prévaloir des effets attachés à sa

¹C. NEIRINCK, « L'irrévocabilité de l'adoption en question », *RDSS* 2006, p. 1076.

²Dans ce sens, V. par ex. : F. MONÉGER, « Regard critique sur la réforme de l'adoption », préc.

³Ancien art. 55, 5°, Code de la famille et de l'aide sociale.

⁴Seul le prononcé d'une adoption plénière pouvait conduire la rupture du lien de filiation d'origine.

⁵G. LAUNOY, « Fasc. unique : Actes de l'état civil. - Actes de naissance. - Acte de naissance des enfants trouvés. - Enfants trouvés et pupilles de l'État », in *J-Cl C. civ.*, n° 23.

filiation. Cette situation était critiquable car l'enfant était alors privé de son état civil d'origine – peu importe l'âge auquel il était remis à l'ASE – ce qui constituait nécessairement un élément déstabilisant au regard de sa construction dans la mesure où « *l'identité civile contribue nécessairement à asseoir le sentiment de permanence de l'individu* »¹. La possibilité de demander le secret lors de la remise de l'enfant à l'ASE a par la suite été limitée à la remise de l'enfant de moins d'un an². Cependant, la modification de l'état civil de naissance de l'enfant était utilisée de manière beaucoup plus étendue par les services chargés de l'aide sociale à l'enfant en raison de l'interprétation très large qui a pu être faite des textes et de l'absence de directives claires en la matière. En effet, l'article 81 du Code de la Famille et de l'Aide sociale – qui prévoyait que toute personne engagée dans le service de l'aide sociale à l'enfance était tenue de respecter le secret professionnel – a été interprété comme pouvant conduire à opposer le secret professionnel aux pupilles de l'État eux-mêmes. Cette interprétation a ainsi justifié pendant de longues années la modification de l'état civil de pupilles, en y inscrivant parfois des informations erronées, alors même que le secret de leur état civil avait pu ne jamais être demandé³. Il en a résulté que la privation de parents s'accompagnait presque systématiquement d'une privation de son identité. La remise de l'enfant à l'ASE a donc longtemps été synonyme d'ignorance de l'enfant sur son histoire, et de modifications arbitraires de son état civil, ce qui explique une méfiance généralisée sur les conséquences de la remise aux services de l'aide sociale à l'enfance.

Toutefois, ce n'est plus la logique qui prévaut aujourd'hui. Cette possibilité de remise de l'enfant dans le secret a été définitivement supprimée par la loi du 22 janvier 2002⁴. Le secret n'est plus envisageable que dans le cadre de l'accouchement sous le secret, c'est-à-dire dans un contexte où la filiation de l'enfant à l'égard de sa mère biologique n'est pas établie. À l'inverse, dès lors que la filiation de l'enfant est établie à l'égard de ses parents, il est impossible de demander le secret sur son état civil. Mais le changement de logique est plus profond puisque la prévalence du secret en matière d'aide sociale à l'enfance a laissé place à une mise en avant de l'importance pour l'enfant de connaître ses origines. Ainsi, désormais la remise de l'enfant à l'ASE et le consentement à son adoption ne sont plus synonymes de changement de l'état civil de ce dernier. L'enfant conserve son identité et l'ensemble de son état civil. Ce dernier ne

¹D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Étude du droit des personnes et de la famille*, LGDJ, Paris, 2000, p. 14.

² Ancien art. L. 224-5, 4°, CASF (version en vigueur du 23 décembre 2000 au 23 janvier 2002).

³ Sur les sources de la règle du secret et l'application arbitraire qui en a été faite V. par ex. : M.-L. RASSAT, « Du droit des pupilles de l'État à la connaissance de leurs origines », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, pp. 683-697.

⁴ Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002.

pourra être modifié que dans l'hypothèse où l'enfant ferait l'objet d'une nouvelle adoption plénière, ce qui – comme cela a été expliqué précédemment – est loin d'être automatique.

299. Ainsi, le raccourci opéré par certains magistrats qui conduit à refuser l'admission d'un enfant adopté de façon plénière en qualité de pupille de l'État à la demande de ses parents adoptifs est extrêmement critiquable en ce qu'il ne semble en rien conforme à l'intérêt de l'adopté. Cela conduit à priver ce dernier d'un statut protecteur alors même que la situation où les parents adoptifs sont prêts à remettre l'enfant à l'ASE semble nécessairement devoir conduire, à terme, à un placement de ce dernier. Cela aboutit à privilégier une situation précaire par rapport à un statut stable et protecteur.

Cette problématique du blocage qui entoure l'échec d'une adoption plénière ne semble pas avoir totalement échappé au législateur puisqu'il a tenté d'atténuer les effets néfastes que peut avoir sur l'enfant l'impossibilité de rompre la filiation résultant de l'adoption plénière en lui ouvrant la possibilité de faire l'objet d'une adoption simple.

§2 - Le palliatif : la superposition d'un nouveau lien de filiation

300. L'appréciation très large qui est faite de la notion d'irrévocabilité a pour inconvénient, alors même que l'adoption plénière dont l'enfant a fait l'objet se serait soldée par un échec, de faire obstacle au prononcé d'une seconde adoption plénière, empêchant ainsi la création de liens nouveaux. Afin d'atténuer la rigueur de cette solution, le législateur a introduit la possibilité de prononcer une adoption simple « *s'il est justifié de motifs graves* »¹.

La confusion autour de la notion de révocation évoquée précédemment² est si importante que certains auteurs ont pu apparenter le prononcé d'une adoption simple à une révocation ou, du moins, à une atténuation de l'irrévocabilité de l'adoption plénière. Elle a ainsi pu être qualifiée de « *fausse révocation* »³. Il a encore pu être dit que « *l'adoption plénière peut quand même voir son irrévocabilité amoindrie par le prononcé d'une nouvelle décision judiciaire* »⁴.

Pourtant, le prononcé postérieur d'une adoption simple n'a rien d'une révocation, ni même d'une atténuation de l'irrévocabilité de l'adoption plénière. En effet, l'irrévocabilité n'est aucunement remise en question ni, de façon plus large, le lien créé par le prononcé de l'adoption

¹ Art. 360, al. 2, C. civ.

² cf. *supra* §269.

³ H. BOSSE-PLATIÈRE, « Fasc. 26 : Adoption plénière - adoption simple - effets », in *J-Cl C. civ.*, n° 27.

⁴ J.-L. PIOTRAUT, « La notion de gravité dans le Code civil », préc.

plénière. C'est d'ailleurs là toute la spécificité de l'adoption simple : elle crée un nouveau lien de filiation qui, sans rompre ceux préexistants, vient s'y superposer.

Tout au plus, le prononcé de l'adoption simple prévu par l'article 360 du Code civil atténue la rigueur des effets que le législateur et la jurisprudence ont entendu donner à l'irrévocabilité de l'adoption plénière en donnant « *une deuxième chance* »¹ à l'enfant dont l'adoption plénière s'est soldée par un échec. En effet, cette possibilité prévue en 1996² « *pour sortir de l'impasse que le législateur a ainsi lui-même créée* »³ crée une autre filiation qui vient s'ajouter à la première⁴. Cela permet d'offrir à l'enfant dont la première adoption s'est soldée par un échec une nouvelle famille, ce qui permet d'atténuer la rigueur résultant de l'impossibilité de rompre les liens de l'adoption plénière.

301. Cependant, on peut s'interroger sur le réalisme d'une telle solution dans la mesure où est alors maintenu un lien purement juridique avec la première famille adoptive auquel vient se superposer un second lien de filiation adoptive. Il n'est pas difficile d'imaginer la confusion que pourrait faire naître une telle situation pour l'enfant ou encore les tensions entre les deux familles adoptives⁵. Ainsi que cela a été souligné, « *c'est sans doute mieux que la situation antérieure, mais il aurait été tout de même plus simple d'accepter pour des situations exceptionnelles de revenir sur le principe de l'irrévocabilité de l'adoption plénière* »⁶. Cette critique semble d'autant plus légitime que, comme cela a été démontré précédemment⁷, le fait d'ouvrir aux adoptants la même possibilité que pour les parents dont la filiation repose sur l'engendrement de remettre un enfant à l'ASE et de consentir à son adoption, ne constituerait pas plus une révocation de la filiation adoptive que les mêmes faits ne constituent une révocation de la filiation fondée sur l'engendrement.

302. De plus, se pose la question de savoir si tous les enfants dont l'adoption s'est soldée par un échec remplissent les conditions permettant d'être adopté une seconde fois en la forme simple. Au-delà de la problématique liée à la question de l'existence de personnes

¹I. CORPART, « La réforme du 5 juillet 1996 relative à l'adoption : refonte d'ensemble ou retouche ? », préc.

²Loi du 5 juillet 1996 n° 96-604.

³J. MASSIP, « Les nouvelles règles de l'adoption », préc.

⁴Art. 364, al. 1, C. civ. : « *L'adopté reste dans sa famille d'origine et y conserve tous ses droits, notamment ses droits héréditaires* ».

⁵Dans ce sens, V. F. BOULANGER, « Le bilan mitigé d'une réforme : la loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 modificatrice du droit de l'adoption », *D.* 1996, p. 307 : « *Il ne vaut mieux pas songer à ce que pourrait être la situation de ce mineur étrangement relié à la fois à une première et une deuxième famille adoptante* ».

⁶F. MONÉGER, « Regard critique sur la réforme de l'adoption », préc. Dans le même sens, V. aussi : Th. REVET, « Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption », préc.

⁷cf. *supra* §§283 et s.

souhaitant adopter de façon simple des enfants ayant un passé si lourd, se pose celle de savoir ce que recouvre la notion de « motifs graves » contenue dans l'alinéa 2 de l'article 360 du Code civil. Or, de jurisprudence constante, l'existence de motifs graves est soumise à l'appréciation *in concreto* des juges du fond¹. Il convient, par conséquent, de tenter de déterminer ce que recouvre cette notion de motifs graves afin de voir dans quelles hypothèses l'enfant adopté dans un premier temps de façon plénière pourra faire l'objet d'une adoption simple.

Si, dans un premier temps, le législateur avait entendu soumettre le prononcé d'une adoption simple postérieurement à une adoption plénière à un « échec avéré » de cette dernière, cette expression a, lors des débats parlementaires², été abandonnée au profit de celle de « motifs graves », aujourd'hui présente à l'article 360 du Code civil. Ce choix pouvait laisser présager un usage de l'adoption simple plus large que dans les seules hypothèses d'échecs avérés. Pour autant, la jurisprudence semble opérer une interprétation stricte des motifs graves qui la conduit en réalité à ne prononcer d'adoption simple presque que dans des hypothèses d'échecs de l'adoption plénière préalablement prononcée. En effet, le prononcé d'une adoption simple est exclu dans de simples hypothèses de reconstitution familiale alors que les relations entre l'adopté et ses adoptants persistent. La Cour d'appel de Paris, le 16 janvier 2003³, a ainsi rejeté la demande en adoption simple de la nouvelle épouse de l'adoptant dans une espèce où la résidence de l'adopté avait été fixée chez sa mère adoptive et où, bien que les relations entre la mère et la fille soient conflictuelles, elles n'avaient pas entraîné de modification de résidence. L'adopté ayant conservé des liens avec les deux adoptants, la nouvelle demande d'adoption était simplement motivée par une reconstitution familiale. Le prononcé de l'adoption simple a donc été refusé car il n'était pas justifié par l'échec de l'adoption.

La jurisprudence est, en revanche, plus hésitante lorsque l'un des adoptants n'entretient plus aucune relation avec l'adopté. En effet, le Tribunal de grande instance de Paris⁴ a rejeté la demande en adoption simple du nouveau conjoint de la mère adoptive en dépit du désintérêt moral et financier du père adoptif. Cette décision pouvait donc laisser penser que la jurisprudence entendait exclure le prononcé d'une adoption plénière dans toutes les hypothèses de reconstitution familiale et ne l'autoriser que dans des hypothèses où l'échec de l'adoption plénière privait l'enfant de toute prise en charge par ses adoptants. Pourtant, la Cour d'appel de

¹ V. par ex. : CA Versailles, 25 mars 2004 : JurisData n° 2004-241188 ; CA Papeete, 15 décembre 2005 : JurisData n° 2005-299274.

² *Débats parlementaires. Séance du 24 avril 1996*, coll. Journal officiel de la République française, p. 2213.

³ CA Paris, 16 janvier 2003, n° 2002/06063 ; *AJ fam.* 2003, p. 181, obs. F. B ; *RTD. civ.* 2003, p. 280, obs. Hauser.

⁴ TGI Paris, 15 mars 2000 : JurisData n° 2000-123007 ; *RTD civ.* 2001, p. 122, obs. Hauser ; *D.*2001. somm. 1874, obs. Honneron.

Poitiers a rendu un arrêt dans le sens opposé¹ en faisant droit à la demande en adoption simple du nouveau conjoint de la mère adoptive. En l'espèce, aux termes d'un protocole d'accord intervenu à l'occasion du divorce, le père adoptif ne contribuait plus à l'entretien des enfants et n'entretenait plus aucune relation avec ces derniers. Cette décision autorise l'adoption simple alors même que l'adoption plénière ne saurait être qualifiée d'échec dans son ensemble dans la mesure où les liens avec l'un des adoptants sont maintenus et la prise en charge affective et économique des adoptés assurée. Toutefois, l'une des filiations adoptives n'a plus qu'une existence purement juridique puisque le père n'assume plus aucune prise en charge des enfants. Ainsi, il semble qu'il soit possible de parler d'échec de l'adoption plénière prononcée au profit du père. Cette décision ne paraît pas, par conséquent, aller à l'encontre de l'idée selon laquelle l'adoption simple de l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière ne peut pas être prononcée dans un unique but de reconstitution familiale. Certes, en l'espèce, la famille est recomposée suite au divorce puis au remariage de la mère adoptive, mais cette reconstitution s'accompagne d'une disparition des relations avec le père. La création du lien d'adoption simple vient donc compenser juridiquement un vide que le beau-père comblait déjà dans les faits. Une telle interprétation des motifs graves s'apparente, par ailleurs, à celle qui est faite des motifs graves permettant le prononcé de la révocation de l'adoption simple². Autrement dit, cela revient à permettre la superposition d'un nouveau lien de filiation adoptive dans des hypothèses où la première adoption aurait pu être révoquée s'il s'était agi d'une adoption simple. Elle joue ainsi parfaitement son rôle d'atténuation de la rigueur des effets de l'impossibilité de prononcer une nouvelle adoption plénière.

La jurisprudence semble être allée encore plus loin en prononçant l'adoption simple d'un enfant par l'ex-concubine de son père adoptif suite à la séparation du couple et à la prise en charge affective exclusive de l'enfant par cette dernière. La Cour d'appel de Versailles³ a pris en considération le fait que la belle-mère de l'enfant avait pris part à la décision de l'adopter et avait été la seule à prendre soin de lui durant les trois années ayant précédé le jugement en adoption, tandis que le père adoptif n'entretenait plus aucune relation avec l'enfant. Une telle décision peut sembler surprenante en ce qu'elle donne force juridique au lien entre enfant et beau-parent postérieurement à la rupture du couple. Toutefois, il faut noter la spécificité de ce cas d'espèce puisque, en raison de la qualité de concubin du couple au moment du prononcé de

¹CA Poitiers, 29 mai 2001, n° 00/03187 ; D.2002, somm. 1874, obs. Henneron.

² cf. *supra* §§273-274.

³CA Versailles, 25 mars 2004, n° 03/05625 ; *Dr. Fam.* 2004, p. 219, note Murat ; *RTD civ.* 2004, p. 497, obs. Hauser.

l'adoption, l'adoption plénière n'avait été prononcée qu'à l'égard de l'un de ses membres alors même que la concubine avait dans les faits assuré la fonction maternelle à l'égard de l'enfant dès son adoption et avait participé au processus adoptif. Cette décision illustre donc l'appréciation *in concreto* opérée par les juges du fond.

303. Si l'appréciation *in concreto* opérée par les juges du fond permet d'atténuer les effets de l'appréhension extensive de l'irrévocabilité, il faut à nouveau noter une inégalité entre les enfants adoptés et ceux dont la filiation repose sur l'engendrement. En effet, en dehors de l'hypothèse de l'adoption par le conjoint de l'adoptant de l'enfant n'ayant été adopté que par une seule personne, qui peut intervenir sans conditions particulières¹, les enfants ayant fait l'objet d'une adoption plénière ne peuvent faire l'objet d'une adoption simple qu'en présence de motifs graves². À l'inverse, aucune restriction n'est apportée à la possibilité pour l'enfant dont la filiation repose sur l'engendrement de faire l'objet d'une adoption simple. A condition, s'il est mineur, que l'adoption soit jugée dans son intérêt et que ses parents y consentent – s'il est majeur son seul consentement sera suffisant – il peut être adopté de façon simple alors même qu'il aurait déjà deux liens de filiation établis. Le législateur a même expressément prévu la possibilité pour le nouveau conjoint de l'un des parents d'adopter de façon simple l'enfant puisqu'il a dégagé une exception au principe selon lequel « *l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale* »³ dans une telle hypothèse. Ainsi, à condition que le magistrat le juge dans son intérêt, l'enfant ayant une filiation fondée sur l'engendrement peut être lié juridiquement à une personne jouant un rôle dans son quotidien alors même que sa prise en charge est déjà assurée par ses parents biologiques. À l'inverse, seuls des motifs graves peuvent justifier le prononcé de l'adoption simple d'un enfant ayant une filiation adoptive.

Les règles relatives tant à la rupture de la filiation adoptive qu'à la création ultérieure d'un nouveau lien adoptif sont donc très rigoureuses et marquent une différence nette entre les règles relatives à la filiation fondée sur l'engendrement et celles régissant la filiation adoptive. Il n'est, d'ailleurs, pas même certain que l'adoption simple de l'adopté majeur soit permise dans la mesure où les juges du fond ont pu écarter l'application de l'alinéa 2 de l'article 360 du Code civil à l'adopté majeur⁴. Certainement embarrassé par le passé troublé que suppose le prononcé d'une première adoption, le législateur a cru bon d'enfermer la filiation de l'enfant adopté dans un carcan de règles qui se révèlent peu adaptées à l'hypothèse, qui n'est malheureusement pas

¹ Art. 360, al. 3, C. civ.

² Art. 360, al. 2, C. civ.

³ Art. 360, al. 1, C. civ.

⁴ V. par ex. : TGI paris, 15 mars 2000 : JurisData n° 2000-123007

un cas d'école, où l'après adoption ne s'avérerait pas être un long fleuve tranquille¹. De même que le Professeur Hauser, il semble difficile de ne pas s'interroger sur ce qui justifie que « *le lien adoptif soit plus fort (et finalement plus nuisible !) que le lien biologique* »². Cette interrogation se pose de façon d'autant plus pressante que c'est bien pour l'enfant adopté – précisément en raison de sa vulnérabilité – que la souplesse et la réactivité de la règle sembleraient les plus importantes.

¹ Le professeur Savatier a, à cet égard, souligné qu' « *il est plus difficile de greffer que de semer* » in R. SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, coll. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2^e éd., 1963, p. 211.

² J. HAUSER, « Du sens de la réforme de 1996 : adoption simple sur adoption plénière », *RTD Civ.* 2001, p. 122.

Conclusion du chapitre II

304. L'impact de l'absence de lien affectif entre adoptant et adopté sur la rupture de la filiation adoptive demeure très marginal. En effet, les adoptants ne peuvent obtenir la rupture de leur filiation que de façon tout à fait exceptionnelle puisque seule la filiation de l'enfant majeur peut être rompue et uniquement si elle résulte d'une adoption simple. Il est, à l'inverse, impossible de rompre la filiation de l'enfant adopté de façon plénière quel que soit son âge, ainsi que celle de l'adopté simple mineur. Cela s'explique par l'appréhension erronée qui est faite de la notion de révocation comme englobant toute possibilité de rompre la filiation adoptive. Cette conception extensive conduit à considérer que seule la filiation résultant du prononcé d'une adoption simple peut être rompue puisqu'elle seule est révocable et que, à l'inverse, la filiation résultant de l'adoption plénière ne peut être rompue en raison de son caractère irrévocable.

305. De l'appréhension extensive de la notion de révocation résulte tout d'abord que seule la filiation de l'adopté simple peut être rompue puisqu'elle est la seule à pouvoir être révoquée. Cette rupture est, en outre, exceptionnelle puisqu'elle n'est possible qu'à l'égard de l'adopté majeur et uniquement en raison de motifs graves, lesquels sont entendus par la jurisprudence comme l'absence de lien affectif imputable à l'adopté. Toutefois, cette révocation est critiquable car, bien qu'elle soit strictement encadrée, elle est possible quelles que soient l'histoire et la situation effective de l'adopté. Pourtant, le fait que l'enfant ait été adopté en bas âge ou à un jeune âge implique nécessairement que des liens affectifs et éducatifs aient, au moins un temps, uni les adoptants et l'adopté en raison du rôle joué par les premiers durant l'enfance du second. Les différents protagonistes ont un passé commun, une histoire, que l'apparition de conflits, quelle qu'en soit la puissance, ne devrait pas pouvoir balayer, y compris à la majorité de l'adopté. De même qu'il est impossible pour des parents dont la filiation repose sur l'engendrement de rompre leur filiation passés certains délais, tout particulièrement si le titre est corroboré par une possession d'état, à moins qu'une autre filiation ne lui soit substituée par le prononcé d'une adoption plénière, cela devrait être exclu pour des parents adoptifs ayant pris soin de l'enfant depuis son plus jeune âge. À l'inverse, la possibilité pour l'adoptant de rompre la filiation unilatéralement peut se justifier dans des cas où l'adoption intervient entre adultes consentants dans un but, *a priori*, principalement patrimonial. La prise en compte de l'absence de lien affectif afin de révoquer l'adoption simple ne devrait donc pas dépendre de

l'âge de l'adopté au moment de la demande de révocation, mais de l'existence ou non d'une possession d'état d'enfant au cours de la minorité de l'adopté.

306. La révocation n'étant possible qu'à l'égard de l'adopté simple majeur, de l'appréhension extensive de la notion de révocation résulte également l'impossibilité de rompre la filiation de l'adopté mineur. En effet, elle a pour conséquence d'exclure la possibilité de rompre la filiation adoptive par le prononcé d'une adoption plénière. Mais la jurisprudence est allée encore plus loin, en déduisant de l'irrévocabilité de l'adoption plénière l'impossibilité pour les adoptants de remettre l'enfant à l'ASE en vue de son admission en qualité de pupille de l'État. L'appréhension extensive de la notion de révocation apparaît donc extrêmement critiquable tant sur le plan juridique que sur celui de la recherche de l'intérêt de l'enfant puisqu'elle conduit à exclure l'intégration de l'enfant dans une nouvelle famille, alors même que cela pourrait être conforme à son intérêt, et à le priver du statut protecteur de pupille de l'État. Toutefois, la prise en compte de l'absence de lien affectif réapparaît dans le palliatif prévu par le législateur en cas d'échec d'une première adoption. Il a, en effet, prévu la possibilité de superposer un nouveau lien de filiation à celle déjà établie par le prononcé d'une adoption simple si des motifs graves le justifient. L'absence de lien affectif est donc également prise en compte lorsque l'adopté est mineur, mais elle ne permet pas de rompre la filiation adoptive, seulement de lui superposer une nouvelle filiation.

À l'inverse, l'abandon de l'appréhension extensive de la notion de révocation permettrait une prise en compte de l'absence du lien affectif afin de rompre la filiation de l'adopté par le prononcé d'une nouvelle adoption plénière lorsque cela est conforme à l'intérêt de l'enfant. Cela ne remettrait pas pour autant en cause le strict encadrement dont fait l'objet la rupture de la filiation adoptive puisqu'elle serait limitée à cette hypothèse durant la minorité de l'enfant et serait même restreinte durant la majorité de l'enfant en ne permettant la révocation pour motifs graves de l'adoption simple qu'en l'absence de possession d'état au cours de la minorité de l'enfant.

CONCLUSION DU TITRE II

307. La rupture d'une filiation établie est très encadrée. La prise en compte de l'absence de lien affectif entre le parent et l'enfant reste donc limitée. Cela se traduit par un encadrement strict de la possibilité pour le parent de refuser la filiation établie. Toutefois, cet encadrement varie selon que la filiation est fondée sur l'engendrement ou est adoptive.

308. Lorsque la filiation repose sur l'engendrement, la possibilité de la rompre dépend principalement de sa conformité à la réalité de l'engendrement. Ainsi, si la personne à l'égard de laquelle la filiation est établie n'est pas responsable de la venue au monde de l'enfant, sa filiation pourra par principe être rompue au moyen d'une action en contestation, à condition d'apporter la preuve qu'elle n'est pas biologiquement liée à l'enfant ou que ce dernier n'a pas été conçu dans le cadre de l'AMP à laquelle elle a consenti. Toutefois une telle rupture est en réalité très théorique concernant la filiation maternelle, et reste en pratique circonscrite à la filiation paternelle. En outre, la possibilité de rompre une telle filiation reste limitée dans le temps, bien que cette limite puisse être pondérée au moyen du contrôle de proportionnalité effectué par les juges du fond afin de s'assurer que l'application des délais de prescription ne porte pas, en l'espèce, une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties.

En revanche, lorsque la personne à l'égard de laquelle la filiation est établie est responsable de l'engendrement de l'enfant ou que les actions permettant de contester sa filiation sont prescrites, la rupture de la filiation ne pourra intervenir que de façon exceptionnelle. En effet, en dehors de l'hypothèse de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, ce type d'adoption n'est conçu que comme un moyen de rompre tous les liens de filiation antérieurs de l'enfant. De plus, l'adoption plénière par le conjoint de l'un des parents n'est possible que dans des hypothèses très restreintes qui excluent la possibilité pour l'autre parent d'y consentir et, ainsi, de rompre sa filiation. L'adoption plénière ne peut donc permettre de rompre la filiation des parents à leur demande que de façon bilatérale et implique, par conséquent, en dehors de quelques exceptions, la nécessité d'obtenir le consentement de chacun d'eux. En outre, elle ne peut concerner que des enfants relativement jeunes et ne sera possible à l'égard d'un enfant de plus de treize ans qu'en obtenant son consentement. La rupture de la filiation par l'adoption plénière est donc exceptionnelle.

309. Le prononcé d'une adoption plénière permettant la rupture de la filiation établie quelle que soit la situation au regard de la réalité de l'engendrement, il serait compréhensible

qu'il puisse également constituer un mode de rupture de la filiation adoptive. En effet, l'adoptant n'a, par définition aucune responsabilité dans la venue au monde de l'enfant, la contestation de sa filiation est donc exclue. En revanche, en cas d'échec de l'adoption, il serait opportun de prévoir la possibilité pour l'enfant de faire l'objet d'une seconde adoption. Pourtant, le législateur fait une appréhension extensive de la notion de révocation en l'assimilant à toute possibilité de rompre la filiation. Il déduit par conséquent de l'irrévocabilité de l'adoption plénière une impossibilité pour l'adopté de faire l'objet d'une nouvelle adoption. Toute rupture de la filiation résultant d'une adoption plénière est donc exclue. À l'inverse, le droit prévoit la possibilité de rompre la filiation résultant de l'adoption simple lorsque l'adopté est majeur en révoquant ladite adoption si des motifs graves le justifient. La rupture de la filiation adoptive est donc encore plus encadrée que celle de la filiation fondée sur l'engendrement puisqu'elle est impossible à l'égard de l'adopté mineur, et uniquement de façon exceptionnelle à l'égard de l'adopté simple majeur.

310. S'il est justifié que la rupture de la filiation soit strictement encadrée et que, par conséquent, l'absence de lien affectif ne suffise pas à la remettre en cause, la rupture de la filiation devrait être possible dès lors que cela s'avère conforme à l'intérêt de l'enfant. Ainsi, l'impossibilité pour un parent de rompre unilatéralement la filiation fondée sur l'engendrement en consentant à l'adoption plénière de l'enfant par le conjoint de son autre parent, de même que l'impossibilité de rompre la filiation adoptive par le prononcé d'une nouvelle adoption ne se justifient pas.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

311. L'encadrement du refus et, par conséquent, la prise en compte du lien affectif varie selon le moment et la façon dont le refus du statut de parent s'exprime. En effet, sa prise en compte est plus limitée lorsque le refus s'exprime antérieurement à l'établissement de la filiation qu'une fois le lien de filiation établi.

312. Le refus du statut de parent peut tout d'abord s'exprimer avant l'établissement de la filiation lorsque les parents empêchent la venue au monde de l'enfant. Le lien affectif est alors pris en compte de manière inégale. Ainsi, l'absence d'investissement affectif par n'importe lequel des membres du couple sera suffisante pour empêcher la naissance de l'embryon *in vitro*. En revanche, la venue au monde de l'embryon *in utero* ne peut être empêchée que par la femme qui le porte. Seul le projet maternel est donc déterminant. Toutefois, la prise en compte du refus maternel d'investir affectivement l'embryon est limitée à compter de douze semaines de gestation, l'interruption de la grossesse n'étant alors plus possible que de façon exceptionnelle pour des raisons médicales.

La puissance du lien affectif maternel se retrouve également lorsque le refus s'exprime à la naissance de l'enfant par le non-établissement de la filiation à son égard. Bien que le refus de l'homme soit facilité par le fait qu'un comportement passif de sa part suffit le plus souvent à éviter l'établissement de sa filiation, l'effectivité du refus maternel apparaît bien supérieure. En effet, contrairement à l'homme responsable de l'engendrement, grâce à l'accouchement sous le secret, il est en pratique très difficile de lui imposer l'établissement de sa filiation. De plus, son refus rayonne sur le reste de la famille en rendant très difficile l'établissement de la filiation paternelle.

313. La prise en compte du lien affectif est en revanche plus limitée une fois la filiation établie à l'égard de l'enfant. L'absence de lien affectif ne permet de rompre la filiation fondée sur l'engendrement que de façon limitée. D'une part, la contestation de leur filiation par les personnes non responsables de la venue au monde de l'enfant est limitée dans le temps. D'autre part, la rupture de la filiation des personnes responsables de la venue au monde de l'enfant n'est, quant à elle, possible que de façon exceptionnelle puisque l'enfant doit pour cela être adopté de façon plénière. Cela exclut, par conséquent, presque totalement la possibilité pour l'accouchée de rompre sa filiation.

La prise en compte du lien affectif est encore plus limitée en matière de filiation adoptive puisque sa rupture n'est possible que de façon exceptionnelle en raison de l'appréhension extensive qui est faite de la révocation par le législateur qui exclut la possibilité pour l'adopté de faire l'objet d'une nouvelle adoption plénière. La filiation adoptive ne peut donc être rompue que par la révocation. Or, elle n'est possible qu'à l'encontre de l'adoption simple et uniquement lorsqu'elle est justifiée par des motifs graves et que l'adopté est majeur.

314. Ainsi, le lien affectif n'est pas totalement indifférent puisque son absence peut permettre d'empêcher sa venue au monde ou l'établissement de sa filiation et, plus rarement, de rompre la filiation. Cette prise en compte limitée se justifie par la nécessité de maintenir une certaine stabilité de la filiation, celle-ci étant devenue, corrélativement à la fragilisation du lien conjugal, « *le point d'appui majeur du besoin humain de sécurité* »¹. Le lien affectif est, en revanche, amené à jouer un rôle plus important dans le refus de la fonction attachée au statut de parent.

¹I. THÉRY et A.-M. LEROYER, *Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalités. Le droit face aux nouvelles valeurs de la responsabilité générationnelle*, 2014, p. 31.

PARTIE II - LE REFUS DE LA FONCTION PARENTALE

315. Alors même que la filiation de l'enfant à l'égard de son parent est bien établie et que ce dernier ne cherche pas à la remettre en question, son refus de l'enfant peut s'exprimer par le refus d'accomplir la fonction parentale en principe attachée à son statut de parent. Une telle situation est loin d'être anecdotique. Les statistiques montrent que plus d'un enfant de parents séparés sur cinq ne garde aucun contact avec son père¹.

316. La fonction parentale est une notion complexe et mouvante qui fluctue au fil du temps selon l'âge de l'enfant. À sa naissance, la fonction parentale peut s'exercer par un premier acte symbolique qui consiste pour les parents en la transmission de leur nom. Puis, tout au long de la minorité de l'enfant, sa fragilité suppose une prise en charge complète comprenant aussi bien sa prise en charge financière que celle de sa personne et de ses biens. Ensuite, lorsque l'enfant atteint la majorité, l'autorité parentale disparaît et, avec elle, la prise en charge de la personne de l'enfant et des biens de ce dernier. Pour autant, selon la situation de l'enfant, les parents peuvent continuer à assurer sa prise en charge financière et cet aspect de leur fonction parentale peut persister tout au long de la vie de l'enfant si ce dernier se trouve dans une situation de besoin. En outre, quel que soit l'âge de l'enfant, le décès du parent donne lieu à une ultime obligation résultant de la fonction inhérente à son statut de parent : la transmission de son patrimoine.

317. Certains de ces aspects présentent la particularité de ne pouvoir être dissociés du lien affectif. Ils peuvent donc être qualifiés de subjectifs, en ce sens qu'ils sont indissociables de la psychologie du parent, de son affectivité. Ainsi, Cornu définit ce qui est subjectif comme ce « *qui s'apprécie en une personne* »². C'est le cas des aspects de la fonction parentale qui ne se retrouvent que durant la minorité de l'enfant car ils n'ont vocation qu'à pallier la vulnérabilité temporaire liée à son jeune âge³. Il s'agit de la prise en charge quotidienne de l'enfant et de ses biens qui comporte aussi bien son éducation que toutes les décisions à prendre le concernant. C'est un aspect primordial de la fonction parentale, puisqu'il vise à accompagner l'enfant vers

¹A. RÉGNIER-LOILIER, « Quand la séparation des parents s'accompagne d'une rupture du lien entre le père et l'enfant », *Population et Sociétés. Bulletin mensuel d'information de l'INED*, mai 2013, n° 500.

²V. V° « subjectif » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF.

³Dans ce sens, V. G. CORNU, *Droit civil. La famille*, coll. Domat, Droit privé, Montchrestien, 9^e éd., 2006, p. 150, n° 72. V. également : Dictionnaire en ligne du CNRS, URL : <http://atilf.atilf.fr>, V° « subjectif » : « *qui se fonde sur des critères personnels, qui dépend de la conscience du sujet* ».

l'autonomie en assurant sa protection, son bon développement et son éducation¹. Cette prise en charge quotidienne est en principe assurée par les parents au moyen de l'autorité parentale² et, plus précisément, en exerçant celle-ci. Cet aspect de la fonction parentale est empreint d'une grande subjectivité car il suppose de la part du parent qui exerce l'autorité parentale qu'il éprouve de l'attachement, de l'affection pour son enfant. C'est d'ailleurs parce que le parent est supposé être le plus à même de s'attacher à l'enfant et de vouloir le protéger que c'est à lui que revient en principe cette mission³. Cet aspect de la fonction parentale, parce qu'il repose nécessairement sur l'affectivité du sujet⁴, est éminemment subjectif. Son exécution ne peut, par conséquent, être imposée au parent. Pour autant, dès lors que cela est possible le législateur reste indifférent à la qualité du lien. Ce n'est que lorsqu'il est forcé de le prendre en compte, car il devient impossible de l'ignorer, qu'il prend acte de l'absence de lien affectif.

318. À l'inverse, les autres aspects de la fonction parentale apparaissent dissociables du lien affectif. Il est donc possible de les qualifier d'objectifs car ils peuvent être imposés au parent indépendamment de sa psychologie et de sa volonté⁵. C'est tout d'abord le cas pour la transmission et de la modification du nom. En effet, la transmission du nom à l'enfant présente avant tout un caractère symbolique et peut tout à fait être imposée au parent indépendamment de sa volonté de prendre part à la vie de l'enfant. Une fois ce nom attribué, il est encore possible d'en empêcher toute modification puisque, contrairement à l'exercice de l'autorité parentale, l'absence de modification du nom ne suppose aucun acte positif de la part du parent. En revanche, la prise en charge financière de l'enfant suppose un rôle actif de la part du parent qui consiste en la prise en charge des besoins de l'enfant en nature ou sous la forme d'une somme d'argent. Au demeurant, cet aspect de la fonction parentale présente également un caractère

¹ Dans ce sens, V. : R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 3^e éd., 1964, p. 185 « (...) la mission d'accomplir l'être humain qu'ils ont mis au monde a le caractère auguste qu'implique son rôle fondamental dans le développement de l'humanité ».

² Art. 371-1 C. civ. : « L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.

Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ».

³ Dans ce sens, V. par ex. : J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, p. 5 in A.-M. LEROYER, « L'enfant confié à un tiers : de l'autorité parentale à l'autorité familiale », *RTD Civ.* 1998, p. 587 : « par la naissance, Dieu forme l'amour naturel qui unit les parents à l'enfant (...) cet ordre de la naissance (...) est le fondement de tous leurs devoirs ».

⁴ V. V^o « subjectif » in *Le nouveau petit Robert* : « Propre à un ou plusieurs sujets déterminés (et non à tous les autres) ; qui repose sur l'affectivité du sujet ».

⁵ V. V^o « objectif » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit. : « qui existe en soi, indépendamment de la psychologie et de la volonté des personnes ». V. aussi : V^o « objectif » in *Le nouveau petit Robert* : « Se dit d'une description de la réalité (ou d'un jugement sur elle) indépendante des intérêts, des goûts, des préjugés de la personne qui la fait ».

objectif car il est tangible, mesurable. Son exécution peut donc être imposée au parent indépendamment de la qualité du lien qui unit le parent à l'enfant. Un raisonnement similaire peut être appliqué à la transmission du patrimoine du parent lors de son décès puisque, en raison de son caractère pécuniaire, cet aspect de la fonction parentale peut totalement être dissocié de la qualité du lien existant entre l'enfant et son parent et être imposé en dépit de la volonté contraire de ce dernier.

Le législateur français tire pleinement parti du caractère objectif de ces aspects de la fonction parentale en faisant découler la transmission du patrimoine et la prise en charge financière de l'enfant directement du lien de filiation et en ne laissant qu'une place résiduelle à la volonté des parents. La dévolution de l'autorité parentale, l'existence ou non d'un lien affectif et l'écoulement du temps sont, par conséquent, presque totalement indifférents : le seul fait pour le parent d'être lié juridiquement à l'enfant par l'effet de la filiation lui impose de remplir ces aspects objectifs de la fonction parentale.

319. Ainsi, il sera possible d'observer un certain rejet de la prise en compte du lien affectif par le droit dans les aspects objectifs de la fonction parentale, aussi bien que dans ses aspects subjectifs. En effet, le droit impose aux parents les aspects objectifs de la fonction parentale en ne prenant en considération la qualité du lien unissant parent et enfant que de façon très insuffisante (Titre 1). En dépit de leur indissociabilité de l'affectivité du parent, un constat similaire peut être fait concernant les aspects subjectifs de la fonction parentale car le droit ne prend acte de l'absence de lien affectif que lorsque cela se révèle absolument nécessaire (Titre 2).

TITRE I - L'EFFET RESTREINT DE L'ABSENCE DE LIEN AFFECTIF DANS LES ASPECTS OBJECTIFS DE LA FONCTION PARENTALE

320. Si l'aspect le plus évident de la fonction parentale est d'assurer le bon développement de l'enfant mineur par sa prise en charge quotidienne au moyen de l'exercice de l'autorité parentale¹, la fonction de parent comprend également d'autres aspects. Ces aspects, parce qu'ils peuvent être complètement dissociés du lien affectif, peuvent être qualifiés d'objectifs. Le parent doit notamment prendre financièrement en charge l'enfant. Mais sa fonction revêt également un autre aspect attaché à la transmission : tout d'abord la transmission du nom qui permet de marquer symboliquement l'appartenance de l'enfant à une famille au commencement de sa vie ; ensuite, la transmission du patrimoine parental à l'enfant, dernière mission remplie par le parent en cette qualité.

321. Le fait que ces aspects objectifs de la fonction parentale puissent être dissociés du lien affectif et, par conséquent, imposés aux parents, n'implique pas qu'il en aille nécessairement ainsi. Certains États, notamment les pays anglo-saxons², rattachent le nom à l'exercice de l'autorité parentale et les parents disposent donc d'une certaine liberté en la matière. Il en va de même du refus des parents de transmettre leur patrimoine à leurs enfants, les parents disposant dans ces pays, d'une liberté bien plus grande en la matière.

À l'inverse, le législateur français fait le choix d'appréhender ces aspects objectifs de la fonction parentale comme découlant directement de la filiation, laissant ainsi très peu de place à la volonté parentale. C'est tout particulièrement le cas de la transmission du nom. « *D'un point de vue technique, les règles en vigueur réalisent en principe ce modèle comme un effet automatique et impératif de la filiation, à peine tempéré par quelques correctifs prenant en compte la volonté* »³. En effet, à partir du moment où la filiation est établie, le nom de l'enfant ne sera laissé au choix des parents que si ce dernier a deux liens de filiation. À l'inverse, s'il n'en a qu'un, le parent transmet automatiquement son nom à l'enfant sans pouvoir s'y opposer.

¹ cf. *supra* §§476 et s.

² Dans ce sens, V. « La transmission du nom patronymique », Les documents de travail du Sénat, série législation comparée, n° LC 69, 2000 ; A. BRETONNEAU et J. LESSI, « Noms patronymiques : du changement dans le changement », *AJDA* 2014, p. 444 ; G. SUTTON, « Le nom aux États-Unis. Rapport présenté aux Journées 1986 de l'Association Famille et droit sur le nom patronymique », *RTD civ.* 1990, p. 427 ; F. BOULANGER, *Autorité parentale et intérêt de l'enfant. Histoire, problématique, panorama comparatif et international*, coll. Coup de cœur, Edilivre à Paris, 2008, p. 105.

³G. GOUBEAUX, « Le nom », in *Droit de l'enfant et de la famille. Hommage à M.-J. Gebler*, Presses universitaires de Nancy, 1998, p. 25.

De même, en matière de successions, l'enfant français est en principe assuré d'hériter d'une partie du patrimoine parental grâce à la protection que lui confère la réserve héréditaire. Un constat identique peut être dressé en matière de prise en charge financière. En effet, le parent est tenu de prendre l'enfant en charge financièrement en assurant son entretien, cette obligation pouvant même se poursuivre au-delà de la majorité de l'enfant. Même une fois cette obligation éteinte, le parent doit venir en aide à son enfant si celui-ci se trouve dans une situation de besoin.

322. Pourtant, le choix fait par le législateur français d'objectiver autant que possible ces aspects de la fonction parentale en les imposant aux parents, sans prendre en compte la qualité du lien affectif unissant parent et enfant, doit pouvoir se justifier. Il peut, par exemple, en aller ainsi lorsque la prise en charge financière de l'enfant ou la transmission du patrimoine à ce dernier sont imposés au parent en raison de la vulnérabilité de l'enfant. Le fait d'empêcher la modification du nom transmis peut également se justifier par le fort sentiment d'identité que l'enfant attache à ce dernier. À défaut, l'exclusion de toute prise en compte du lien affectif ne se justifie pas et une subjectivisation devrait être opérée.

Or, il ressort de l'étude des règles régissant ces aspects de la fonction parentale que le législateur exploite pleinement leur caractère objectif en les dissociant de façon presque systématique de la qualité du lien affectif. Certes, le lien affectif affleure parfois, mais dans des proportions si timides que sa prise en compte demeure insuffisante dans de nombreuses hypothèses. En effet, le refus par un parent de la prise en charge financière de son enfant (chapitre 1) ainsi que de la transmission de son nom ou de son patrimoine (chapitre 2) restent presque impossibles, peu importe l'ampleur de la détérioration de leur relation affective.

Chapitre I - Le refus de la prise en charge financière

323. Ainsi que l'énonçait Loysel, « *qui fait l'enfant doit le nourrir* ». Cette charge qui pèse sur les personnes dont l'union a abouti à la naissance d'un enfant constitue le volet économique de la prise en charge de l'enfant qui vise, tout comme l'autorité parentale, à pallier la vulnérabilité naturelle de l'enfant qui l'empêche, sauf cas exceptionnel, de subvenir seul à ses besoins¹. À cette obligation spécifique des parents à l'égard de leurs enfants, appelée obligation d'entretien, s'ajoute une obligation alimentaire de portée plus générale qui, en cas de besoin, engage les ascendants à l'égard de leurs descendants et, réciproquement, les descendants à l'égard de leurs ascendants. Bien que ces deux obligations partagent de nombreux points communs et que certains aient pu estimer qu'elles présentaient une nature commune², elles doivent être distinguées principalement en raison de leur différence d'objets et de la force variable de la contrainte qu'elles font peser sur les parents.

Contrairement à la prise en charge matérielle et quotidienne de l'enfant qui suppose que le parent soit en contact avec son enfant et éprouve de l'affection pour lui³, sa prise en charge financière est totalement dissociable de la qualité du lien affectif puisqu'elle peut être assurée par le versement d'une somme d'argent. En raison de ce caractère objectif, elle peut être imposée au parent alors même que celui-ci n'entreprendrait plus aucun contact avec son enfant. Cette dissociabilité du lien affectif est pleinement exploitée par le législateur puisqu'il n'exonère le parent de son obligation que dans des hypothèses très limitées et a prévu des procédures permettant d'en forcer l'exécution (section 1). Le législateur, contrairement aux autres aspects de la prise en charge de l'enfant qui découlent de l'autorité parentale, impose même cette obligation aux parents au-delà de la minorité de l'enfant. Elle pèse donc sur les parents tout au long de la vie de celui-ci (section 2).

Pourtant, si dans certains cas l'objectivation⁴ de cet aspect de la fonction parentale se justifie en raison de la vulnérabilité de l'enfant, liée à son âge ou à son état de besoin, davantage de subjectivisation gagnerait à être insufflée dans les autres cas.

¹P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, coll. Précis, Dalloz, 2^e éd., 2014, p. 433, n° 807.

² Dans ce sens, V. notamment : J. PÉLISSIER, *Les obligations alimentaires. Unité ou diversité*, LGDJ, Paris, 1961. *Contra* V. F. DERRIDA, *L'obligation d'entretien. Obligation des parents d'élever leurs enfants*, Dalloz, Paris, 1952.

³ cf. *infra* §§476 et s.

⁴ Ce terme est entendu ici comme l'action de détacher l'obligation de l'affectivité du parent, par opposition à l'action de subjectiver (V. dictionnaire en ligne du CNRS, URL : <http://atilf.atilf.fr>, V° « subjectiver » : « rendre subjectif ; faire dépendre d'un état de conscience » ; V° « subjectif » in *Le nouveau petit Robert* : « *Propre à un ou plusieurs sujets déterminés (et non à tous les autres) ; qui repose sur l'affectivité du sujet* ».)

Cela vaut aussi bien pour la filiation fondée sur le principe procréatif que pour la filiation adoptive. L'enfant adopté sous la forme simple se trouve toutefois dans une situation particulière car l'adoption simple ne rompt pas le lien de filiation unissant l'enfant à ses parents d'origine. Par conséquent, tant ses parents adoptifs que ses parents d'origine ont une obligation de prise en charge financière à son égard. Le fait de consentir à l'adoption simple de son enfant ne permet donc pas d'être déchargé de la prise en charge économique de l'enfant. Seulement, l'obligation des parents d'origine devient subsidiaire par rapport à celle des parents adoptifs¹. Cette particularité énoncée, il n'y a pas lieu de distinguer la prise en charge financière de l'enfant selon la nature de la filiation.

Section 1 - La possibilité de contraindre la prise en charge financière de l'enfant

324. Si la prise en charge financière de l'enfant s'effectue en principe en nature au cours des jeunes années de l'enfant, en raison son caractère pécuniaire, peut aisément être dissociée du lien affectif unissant parent et enfant. En effet, quand bien même le parent ne partagerait pas le quotidien de l'enfant et n'aurait plus aucun contact avec ce dernier, il est tout à fait possible de lui imposer la prise en charge financière de l'enfant en exigeant de sa part le versement d'une somme d'argent.

C'est d'ailleurs cette possibilité de faire prendre, à la prise en charge financière de l'enfant, la forme d'une somme d'argent qui permet d'en imposer l'accomplissement aux parents et la distingue ainsi nettement des autres aspects de la prise en charge de l'enfant. En effet, si une prise en charge en nature ne saurait être imposée aux parents faute de moyens, mais également parce que ce serait contraire à l'intérêt de l'enfant, il en va différemment d'une prise en charge qui peut être assurée par le versement d'une somme d'argent et dont l'exécution n'implique pas nécessairement le bon vouloir, la capacité, ni même l'affection du parent.

Le législateur est ainsi allé au bout de l'objectivation de l'obligation de prise en charge financière puisqu'il a prévu des procédures permettant de forcer son exécution (§1) et ne l'a

¹ Pour davantage de précisions sur ce point V. par ex. C. RIEUBERNET, « Cumul de créances alimentaires dans l'adoption simple », *LPA*, 19 novembre 2010, n° 231, p. 5 ; C. LE DOUARON, « Qui adopte l'enfant doit le nourrir (en partie) », *Dalloz actualité*, 6 mai 2010 ; P. MURAT, « La subsidiarité de l'obligation du père par le sang de l'enfant adopté simplement », *Dr. Fam.* 2010, n° 7-8, comm. 115 ; S. VALORY, « La contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant adopté en la forme simple par les parents biologiques peut être partielle », *RJPF*, 1^{er} juin 2010, n° 6.

exclue que dans de rares exceptions ne prenant en compte le lien affectif que de manière très résiduelle (§2).

§1 - La possibilité de contraindre l'exécution de l'obligation de prise en charge financière

325. Dans l'immense majorité des cas, l'obligation de prise en charge financière de l'enfant n'a pas à être imposée aux parents. Elle n'implique donc pas nécessairement la fixation d'une pension alimentaire. Elle s'effectue le plus souvent de façon naturelle, par la prise en charge spontanée des besoins financiers de l'enfant, qu'il vive encore avec ses parents ou non. Tant qu'il vit sous leur toit, cette prise en charge s'exercera en nature puis, une fois qu'il aura quitté le domicile familial, les parents lui verseront une aide financière afin de subvenir à ses besoins jusqu'à ce qu'il soit indépendant financièrement ou s'il se retrouve postérieurement dans une situation de besoin.

Toutefois, lorsque l'enfant ne vit pas avec l'un de ses parents – en raison de leur séparation ou s'il a quitté de lui-même le domicile familial à l'âge adulte – un contentieux peut apparaître lorsque le parent ne remplit pas son obligation de prise en charge financière de façon spontanée. L'enfant ne bénéficiant plus de « *la plénitude de la prise en charge spontanée dont il bénéficiait au sein du foyer familial* »¹, la fixation judiciaire d'une pension alimentaire et le recours à une exécution forcée peuvent s'imposer. Si la pension alimentaire n'est pas versée, le parent assurant la charge de l'enfant ou, une fois la majorité atteinte, l'enfant majeur lui-même pourront agir en vue d'imposer le respect par le parent de son obligation².

Si c'est tout particulièrement lorsque la prise en charge de l'enfant prend la forme d'un versement d'une somme d'argent que son caractère contraignant ressort, l'inexécution de l'obligation de prise en charge financière est également envisageable lorsqu'elle s'effectue en nature. En dépit du fait que les développements de ce chapitre porteront essentiellement sur l'obligation prenant la forme d'une pension alimentaire, il apparaît donc nécessaire de l'aborder.

Il conviendra donc de montrer qu'il existe des moyens permettant de forcer l'exécution de la prise en charge financière de l'enfant par ses parents, que cette prise en charge s'effectue en nature (A) ou grâce au versement d'une pension alimentaire (B).

¹C. NEIRINCK, « Créance d'entretien de l'enfant et vie sentimentale des parents débiteurs », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz, LexisNexis éd., 2012, p. 445.

² Art. 373-2-5 C. civ.

A - La possibilité de forcer la prise en charge financière en nature

326. La prise en charge financière de l'enfant mineur s'effectue en principe en nature¹. L'enfant naît dans la famille et est élevé en son sein. Les parents fournissent alors naturellement à l'enfant un logement et tout le confort qui l'accompagne, ils le nourrissent, le vêtent et le font profiter de leur niveau de vie, puisqu'il vit effectivement avec eux. Cela distingue l'obligation d'entretien de l'obligation alimentaire qui ne s'exercera en nature que si le débiteur est dans l'impossibilité de verser une pension alimentaire². Cette situation se retrouve jusqu'à ce que ce dernier quitte le domicile familial. Même en cas de séparation des parents, la prise en charge de l'enfant continue, au moins en partie à s'accomplir en nature. En effet, le parent chez lequel la résidence habituelle de l'enfant est fixée continuera d'assurer l'entretien de l'enfant en nature tandis que cette modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale empêchera le parent chez lequel l'enfant ne réside pas de façon habituelle de remplir son obligation d'entretien en nature en dehors des moments où il exerce son droit de visite et d'hébergement.

327. Dans la plupart des cas, cette prise en charge en nature ne soulève aucun contentieux, d'autant plus qu'elle est facilitée par les aides financières dont peuvent bénéficier les familles avec enfant. Il n'en va différemment que lorsque les ressources parentales ne sont pas employées à l'entretien de l'enfant. C'est notamment le cas lorsque les aides sociales sont détournées de leur objectif premier. Il existe dans une telle hypothèse des moyens permettant de contraindre l'utilisation à bon escient de ces ressources.

C'est tout d'abord le cas de l'accompagnement en économie sociale et familiale qui est venu remplacer en 2007³ l'ancienne tutelle aux prestations sociales. Il s'agit de l'une des possibilités offertes par l'aide à domicile prévues par l'article L. 222-3 du Code de l'action sociale et des familles dont peuvent bénéficier les familles lorsque la santé, la sécurité, l'éducation ou l'entretien de l'enfant l'exigent⁴. En l'occurrence, l'accompagnement en économie sociale et familiale a vocation à aider la famille à mieux gérer son budget afin de pouvoir assurer l'entretien de l'enfant. Il s'agit d'une mesure administrative qui ne peut, par

¹Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, coll. Droit civil, LGDJ, Lextenso éditions, 6^e éd., 2018, p. 799, n° 1781.

² Art. 210 C. civ. : « Si la personne qui doit fournir des aliments justifie qu'elle ne peut payer la pension alimentaire, le juge aux affaires familiales pourra, en connaissance de cause, ordonner qu'elle recevra dans sa demeure, qu'elle nourrira et entretiendra celui auquel elle devra des aliments ».

³ Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance.

⁴ Art. L. 222-2, al. 1, CASF.

conséquent, être attribuée à la famille que sur sa demande ou à tout le moins avec son accord¹. Contrairement à la mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget, cette mesure administrative ne comprend pas de transfert d'argent² : les parents continuent de percevoir dans leurs mains les prestations sociales.

Si l'accompagnement en économie sociale et familiale s'avère insuffisant, il sera possible pour le juge d'ordonner que les prestations soient versées en tout ou partie à une personne physique ou morale qualifiée appelée déléguée aux prestations familiales³. Le rôle de ce délégué est donc de se substituer aux parents, puisqu'il perçoit à leur place les prestations, en s'efforçant de recueillir leur adhésion afin d'assurer que les prestations sont utilisées dans l'intérêt de l'enfant en répondant « *aux besoins liés à l'entretien, à la santé et à l'éducation des enfants* »⁴. Mais, cette substitution n'a pas vocation à durer puisque le second aspect de son rôle est d'exercer auprès de la famille « *une action éducative visant à rétablir les conditions d'une gestion autonome des prestations* »⁵.

La Cour de cassation est venue réaffirmer le caractère subsidiaire de cette mesure d'accompagnement judiciaire, par rapport à la mesure administrative d'accompagnement en économie sociale et familiale, déjà énoncé par l'article 375-9-1 du Code civil⁶. Elle a en effet estimé qu'en désignant un délégué aux prestations familiales « *sans constater que la mesure d'accompagnement en économie sociale et familiale prévue par l'article L. 222-3 du Code de l'action sociale et des familles n'apparaissait pas suffisante, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale* »⁷. Il apparaît donc nécessaire, avant d'avoir recours à la mesure judiciaire, d'avoir tenté la mesure administrative sans succès. Si une telle solution apparaît tout à fait opportune lorsque les parents sont à l'origine de la demande d'accompagnement ou y ont donné leur accord, il est possible de s'interroger sur la solution qui pourrait être apportée dans l'hypothèse où les parents refusent de coopérer à la mesure. En effet, puisque la mesure administrative ne peut être mise en œuvre qu'à la condition que les parents y donnent leur

¹ *Ibid.*

² M. EYMENIER et P. VERDIER, *La réforme de la protection de l'enfance*, Berget-Levrault, 2012, p. 78.

³ Art. 375-9-1, al. 1, C. civ.

⁴ Art. 375-9-1, al. 2, C. civ.

⁵ Art. 375-9-1, al. 2, C. civ.

⁶ Art. 375-9-1, al. 1, C. civ. : « *Lorsque les prestations familiales ou le revenu de solidarité active servi aux personnes isolées mentionnées à l'article L. 262-9 du Code de l'action sociale et des familles ne sont pas employés pour les besoins liés au logement, à l'entretien, à la santé et à l'éducation des enfants et que l'accompagnement en économie sociale et familiale prévu à l'article L. 222-3 du Code de l'action sociale et des familles n'apparaît pas suffisant, le juge des enfants peut ordonner qu'ils soient, en tout ou partie, versés à une personne physique ou morale qualifiée, dite « délégué aux prestations familiales »* ».

⁷ Civ. 1^{ère}, 20 octobre 2010, n° 09-66.133, Bull. 2010, I, n° 205 ; LPA n° 23, 2 février 2011, p. 7, note Rogue ; Dr. Fam. 2010, n° 12, comm. 193, comm. Maria ; L'essentiel Droit de la famille et des personnes n° 11, 15 décembre 2010, p. 1, obs. Batteur.

accord, l'application stricte de la solution de la Cour de cassation reviendrait à priver de tout recours dans l'hypothèse où les parents détournent les prestations sociales et refusent l'aide à domicile. Le législateur, ici encore, semble donc nier l'hypothèse où les parents ne souhaiteraient pas le mieux pour leur enfant. Toutefois, d'une part il est à supposer que confrontée à une telle situation la jurisprudence ferait preuve de souplesse, d'autre part, il est fort probable que dans l'hypothèse où le parent détournerait sciemment les prestations sociales et refuserait toute proposition d'aide à domicile, le refus de l'enfant irait en réalité bien au-delà de celui de la prise en charge financière de ce dernier. Les solutions les plus adaptées seraient alors probablement à chercher, non pas dans des mesures d'accompagnement au budget, mais dans celles touchant à la protection de l'enfance.

328. Toutefois, les problèmes soulevés par la prise en charge en nature sont très spécifiques en ce qu'ils sous-tendent une problématique d'ordre social et ne sont *a priori* pas liés aux relations familiales. À l'inverse, la majeure partie du contentieux sous-tend des problématiques relationnelles entre les membres de la famille. En effet, dès lors que la prise en charge financière prend la forme d'une pension alimentaire et que cette dernière n'est pas exécutée, cela s'explique le plus souvent par des conflits familiaux entre les deux parents ou entre l'enfant et l'un de ses parents. Le droit intervient alors pour forcer la prise en charge financière de l'enfant par le parent en lui imposant le versement d'une pension alimentaire.

B - La possibilité de forcer la prise en charge financière sous forme de pension alimentaire

329. En dehors de l'hypothèse où le versement d'une pension alimentaire est prévu par le juge aux affaires familiales à l'occasion du jugement de divorce, le seul fait de devoir recourir au juge afin d'obtenir la fixation d'une pension alimentaire marque un certain délitement du lien affectif entre le parent et l'enfant puisqu'il suppose que la prise en charge de l'enfant par le parent ne se fasse pas spontanément. Cela peut intervenir aussi bien durant la minorité de l'enfant que pendant sa majorité s'il n'a pas encore atteint son indépendance financière ou s'il se retrouve ultérieurement dans une situation de besoin. La prise en charge financière de l'enfant est alors imposée au parent, selon les cas en vertu de son obligation alimentaire ou de son obligation d'entretien, par la fixation d'une pension alimentaire.

Cette obligation apparaît particulièrement contraignante pour les parents. Contrairement au reste de la prise en charge de l'enfant, elle ne nécessite pas de partager un quotidien avec ce dernier, ou même d'éprouver de l'affection pour lui. En effet, parce qu'il s'agit d'une obligation

financière, elle peut être quantifiée (1), ce qui permet de savoir quel est le contenu exact de l'obligation parentale et de forcer son exécution (2).

1 - Une obligation quantifiable fixée en justice

330. De par sa nature pécuniaire, la prise en charge financière de l'enfant peut être exigée en justice au moyen d'une action en paiement d'une contribution à l'entretien de l'enfant ou d'une action en paiement d'aliments.

Durant la minorité de l'enfant, « *en cas de séparation des parents, ou entre ceux-ci et l'enfant, la contribution à son entretien et à son éducation prend la forme d'une pension alimentaire versée, selon les cas, par l'un des parents à l'autre, ou à la personne à laquelle l'enfant a été confié* »¹. Ainsi, le parent chez lequel l'enfant ne réside pas est tenu au versement d'une pension alimentaire au titre de son obligation d'entretien. Toutefois, le fait que l'enfant bénéficie d'une résidence alternée n'exclut pas nécessairement le versement d'une pension alimentaire². Ce n'est que si les ressources des parents ainsi que la prise en charge en nature par chacun d'eux lorsque l'enfant réside chez lui sont équivalentes, que la résidence alternée permettra d'écarter le versement d'une pension alimentaire³. Dans le même sens, le fait que l'enfant soit confié ou même placé chez un tiers ne met pas, en principe, fin à l'obligation d'entretien de ses parents, bien que la prise en charge en nature soit alors rendue impossible⁴.

L'action en paiement d'une contribution à l'entretien de l'enfant majeur peut, quant à elle, être engagée, soit par l'enfant majeur lui-même sur le fondement des articles 203 ou 371-2 du Code civil qui créent à son bénéfice un droit à l'entretien et à l'éducation, soit par le parent assumant à titre principal la charge de l'enfant sur le fondement de l'article 373-2-5 du même code. L'action en paiement d'aliments est, pour sa part, engagée par l'enfant sur le fondement des articles 205 et 207 du Code civil.

331. Le montant de la pension alimentaire, qu'elle soit due au titre de l'obligation d'entretien ou de l'obligation alimentaire, est soumis à l'appréciation souveraine des juges du

¹ Art. 373-2-2, al. 1, C. civ.

² Dans ce sens, V. par ex. H. FULCHIRON, « L'autorité parentale rénovée (commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale) », *Defrénois*, 15 août 2002, n° 15, p. 959.

³ Pour quelques exemples d'exclusion de la pension alimentaire en cas de résidence alternée : CA Paris, 4 juillet 2002 : JurisData n° 2002-187443 ; CA Douai, 16 février 2012, n° 11/03092 : JurisData n° 2012-009668.

Une étude a mis en évidence que cette situation n'est pas rare car dans 70 % des hypothèses de résidence alternée aucune pension alimentaire n'est versée. V. C. MOREAU, B. MUNOZ-PEREZ et E. SERVERIN, « La résidence en alternance des enfants de parents séparés », *Études et Statistiques Justice* 2004, n° 23.

⁴ Art. 375-8 C. civ.

fond¹. Dans les deux cas les magistrats doivent se fonder sur les mêmes critères de proportionnalité² à savoir les ressources du créancier et les besoins du débiteur³. En raison de leur différence d'objet, les besoins de l'enfant ne seront toutefois pas appréciés de façon identique puisque l'obligation d'entretien doit en principe permettre l'éducation de l'enfant et non seulement pourvoir à ce qui est nécessaire à sa vie. Les points de départ différents de ces deux obligations entraînent, par ailleurs, des répercussions sur le moment où les ressources du débiteur et du créancier doivent être appréciées. En matière d'obligation alimentaire, les ressources du parent et les besoins de l'enfant seront nécessairement appréciés au jour de la demande. En revanche, en matière d'obligation d'entretien, le moment où les ressources sont appréciées peut varier⁴.

332. En raison de l'absence de prévision par le législateur d'éléments précis permettant d'apprécier les ressources du débiteur et les besoins de l'enfant, la mission des magistrats n'est pas aisée. La diversité importante, à situations équivalentes, des montants fixés qui en résulte n'est pas toujours comprise par les justiciables et leurs avocats. Cette situation a poussé la Chancellerie à établir une table de référence relative aux pensions dues au titre de l'obligation d'entretien – laquelle a été annexée à la circulaire du 12 avril 2010⁵ – dans le but d'unifier la jurisprudence⁶. Toutefois, en 2013, la Cour de cassation a fermement rappelé d'une part la prépondérance de l'appréciation souveraine des juges, qui ne peuvent lui substituer l'application systématique d'une table de référence, et d'autre part les critères légalement fixés sur lesquels les magistrats doivent baser leur décision⁷.

¹V. par ex. Civ. 2^e, 2 mars 1994, n° 92-19.313, Bull. civ. II, n° 77 ; *RTD civ.* 1994, p. 847, note Hauser ; Civ. 1^{ère}, 8 octobre 2008, n° 06-21.912 et 07-16.646, *RLDC* n° 55, 1^{er} décembre 2008, note G. S.

²C. RIEUBERNET, « Proportionnalité et obligation alimentaire », *Deffrénois*, 30 avril 2016, n° 8, p. 424.

³ Art. 371-2 C. civ (obligation d'entretien) et art. 208 C. civ (pension alimentaire).

⁴ S'agissant d'une pension due pour l'avenir, comme en matière d'obligation alimentaire, les ressources du débiteur doivent être appréciées au jour où les magistrats statuent (Civ. 1^{ère}, 12 avril 2012, n° 11-17.002 ; Civ. 1^{ère}, 7 octobre 2015, n° 14-23.237, Bull. 2016, I, n° 837 ; *Dalloz actualité*, 25 octobre 2015, note Da Silva ; *RLDC* n° 132, 14 décembre 2015). À l'inverse, lorsqu'il s'agit de fixer le montant d'une pension pour une période passée, les ressources du débiteur peuvent être appréciées à une date antérieure à celle du jugement (Civ. 1^{ère}, 7 décembre 2011, n° 10-26.105 ; *RLDC* n° 90, 1^{er} février 2012).

⁵Circulaire CIV/06/10, 12 avril 2010.

⁶ Dans ce sens, V. I. SAYN et C. BOURREAU-DUBOIS, « Présentation de la table de référence pour fixer le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants », *AJ fam.*, novembre 2010, p. 458.

⁷Civ. 1^{ère}, 23 octobre 2013, n° 12-25.301, Bull. 2013, I, n° 203 : « (...) en fondant sa décision sur une table de référence, fût-elle annexée à une circulaire, la cour d'appel, à laquelle il incombait de fixer le montant de la contribution litigieuse en considération des seules facultés contributives des parents de l'enfant et des besoins de celui-ci, a violé, par fausse application, le texte susvisé » ; *Dr. Fam.* 2013, n° 12, comm. 162, note Neirinck ; *LPA* n° 243, 5 décembre 2013, p. 12, note Massip ; *RLDC* n° 113, 1^{er} mars 2014, comm. Douris ; *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes* n° 11, 15 décembre 2013, p. 1, note Bateur ; *LPA* n° 258, 26 décembre 2013, p. 10, note Hisquin.

Se pose alors la question de savoir si cette décision doit être interprétée comme excluant totalement la possibilité pour les magistrats d'utiliser la table de référence pour fixer le montant de la contribution à l'entretien de l'enfant, ou si elle exclut simplement la possibilité pour les magistrats d'y faire référence dans leur motivation. Enfin, elle pourrait également être interprétée de façon bien moins radicale. La Cour de cassation pourrait, en effet, avoir uniquement cassé la décision rendue en appel car elle estimait que cette dernière avait fondé sa décision sur la seule table de référence. La référence à cet outil serait alors possible, mais il ne pourrait en revanche constituer le seul fondement de la décision des juges du fond¹. Cette dernière interprétation semble être celle devant être retenue. En effet, l'impossibilité totale d'utiliser la table de référence ou de l'évoquer dans la décision peut sembler quelque peu extrême dans la mesure où une jurisprudence antérieure semblait avoir validé le recours aux barèmes à l'occasion de la réception en France de décisions allemandes ayant motivé le montant des pensions fixées grâce au recours à un barème². Bien que ces arrêts aient été rendus relativement à l'ordre public international, ils permettent de penser que la référence à un outil de calcul est possible à condition de tenir compte des données concrètes de l'espèce³. La Cour de cassation, en 2013, n'aurait ainsi fait que rappeler que la fixation du montant de l'obligation d'entretien, de même que toute autre obligation alimentaire, ne saurait résulter de l'application systématique d'un barème. Il en résulte que ce dernier ne peut constituer qu'un outil à leur disposition, qu'ils sont libres d'utiliser ou non, et ne les dispense en aucun cas de fonder leur décision sur les éléments légalement fixés, à savoir les ressources des parents et les besoins de l'enfant.

La prise en compte des circonstances particulières à l'espèce est d'autant plus nécessaire que la table de référence élaborée en 2010 ne prend pas en compte toutes les situations possibles, ce qui est fort compréhensible compte tenu du fait qu'elle ne vise qu'à établir un modèle facultatif, simple, pouvant servir de base commune aux avocats ainsi qu'aux magistrats⁴. Elle est notamment inadaptée aux parents aux revenus les plus faibles et, inversement aux revenus les plus élevés, puisqu'elle évalue le coût de l'enfant et le répartit

¹ Sur les questions soulevées par l'arrêt du 23 octobre 2013 V. A. BATTEUR, « La Cour de cassation défavorable à l'utilisation inconditionnelle des tables de références pour le calcul des pensions alimentaires », *L'essentiel Droit de la famille et des personnes* 15 décembre 2013, n° 11, p. 1.

² Civ. 1^{re}, 19 octobre 1982, n° 81-13.947, Bull. civ. I, n° 290 ; Civ. 1^{re}, 26 janvier 1994, n° 91-11.390, Bull. Civ. I, n° 30, p. 23.

³ Dans ce sens, V. I. SAYN, « Fondements et conséquences juridiques de la table de référence », *AJ fam.*, novembre 2010, p. 464.

⁴ I. SAYN et C. BOURREAU-DUBOIS, « Présentation de la table de référence pour fixer le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants », préc.

entre les parents à proportion de leurs revenus respectifs¹ et du nombre d'enfants pouvant bénéficier de l'obligation d'entretien² ce qui pourrait conduire, dans le premier cas, à fixer des pensions trop modestes pour assurer l'entretien et l'éducation de l'enfant et, dans le second cas, à fixer des pensions excédant les besoins d'entretien et d'éducation de l'enfant³.

Ce contentieux, s'il ne concerne que les pensions dues au titre de l'obligation d'entretien, témoigne néanmoins des difficultés que soulève la fixation d'une pension alimentaire, quelle que soit l'obligation au titre de laquelle cette pension est due. Il met surtout en exergue la tension qui existe entre la tentation d'une objectivation totale, qui s'exprime ici par le recours aux tables de référence, et la nécessité de conserver une certaine subjectivité en prenant en compte la situation *in concreto*.

333. Bien que la prise en charge financière de l'enfant demeure moins floue que les autres aspects de sa prise en charge, le montant fixé reste discutable en raison de la relativité des critères étudiés. De plus, le fait de pouvoir exiger le paiement d'une pension dont le montant est clairement fixé ne garantit pas l'exécution de cette décision par le parent.

C'est la raison pour laquelle le législateur sanctionne par deux ans d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende l'abandon de famille⁴, c'est-à-dire « *le fait pour une personne, de ne pas exécuter une décision judiciaire, une convention judiciairement homologuée ou une convention prévue à l'article 229-1 du Code civil lui imposant de verser au profit d'un enfant mineur, d'un descendant (...) une contribution (...) en demeurant plus de deux mois sans s'acquitter intégralement de cette obligation* »⁵. Outre cette sanction pénale, le législateur a prévu des voies d'exécution privilégiées permettant de forcer le parent à accomplir son obligation de prise en charge financière.

¹ V. C. BOURREAU-DUBOIS, « Les fondements économiques de la table de référence », *AJ fam.*, novembre 2010, p. 460.

² V. I. SAYN, « Fondements et conséquences juridiques de la table de référence », préc. : « *la somme que chaque parent doit affecter à l'entretien de la totalité de ses enfants est de 18, 31, ou 40 % de ses revenus selon qu'ils sont 1, 2 ou 3 enfants* ».

³I. SAYN et C. BOURREAU-DUBOIS, « Présentation de la table de référence pour fixer le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants », préc.

⁴ Sur le délit d'abandon de famille V. par ex. A. SANNIER, « Tour d'horizon du délit d'abandon de famille en 2014 », *Gaz. Pal.*, 16 septembre 2014, n° 259, p. 16.

⁵ Art. 227-3 C. pén.

2 - Des voies d'exécution privilégiées

334. En cas de non-paiement par le parent de la pension judiciairement fixée par une décision exécutoire¹, l'enfant ou le parent qui en a la charge principale, dispose de voies de recours privilégiées. En effet, la vocation alimentaire de l'obligation d'entretien permet d'appliquer à son recouvrement, outre les voies d'exécution classiques, les voies d'exécution forcée de la créance alimentaire².

335. Ainsi, depuis 1973³ une procédure de paiement direct, plus simple et moins onéreuse que les voies d'exécution classiques⁴, est ouverte aux créanciers alimentaires. Elle leur permet d'obtenir, sans recourir au juge, le recouvrement des termes à échoir de leur pension et, le cas échéant, des termes échus pour les six derniers mois avant la notification de la demande⁵. Le paiement direct consiste pour le créancier à se faire payer directement le montant de la pension par les tiers débiteurs de sommes liquides et exigibles envers le débiteur de la pension. La mise en œuvre du paiement direct n'est en principe possible que dès lors qu'au moins une échéance se trouve impayée⁶. Cette condition ne pourra être écartée qu'en cas d'accord du débiteur de la pension, homologuée par le juge, à la mise en place de la procédure de paiement direct⁷. Ainsi, dès lors qu'une échéance de la pension alimentaire se trouve impayée, le créancier peut faire notifier la sommation de paiement direct au tiers débiteur – le plus souvent l'employeur du parent débiteur de l'obligation – par tout huissier de justice de son lieu de résidence, sans qu'il soit besoin d'adresser au préalable au parent débiteur de la pension une sommation de payer⁸. La contribution peut donc être directement prélevée sur le salaire du parent débiteur. Il devient alors impossible pour ce dernier de s'y soustraire.

Toutefois, cette procédure⁹ permettant de forcer l'accomplissement de la prise en charge financière de l'enfant, bien que très intéressante pour le créancier en raison de sa rapidité et de

¹ Civ. 2^e, 6 janvier 1988, n° 86-16.806, Bull. civ. II, n° 1.

² Dans ce sens, V. 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 Bruxelles, 1998, p. 581.

³ Loi n° 73-5, 2 du 2 janvier 1973 relative au paiement direct de la pension alimentaire.

⁴ Dans ce sens, V. par ex. A. LEBORGNE, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, coll. Précis, Dalloz Sirey, 1^{re} éd., 2009, p. 475, n° 1230 ; P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille*, coll. Dalloz action, Dalloz, 2015 2014, p. 1255, n° 321.11.

⁵ Civ. 1^{re}, 22 octobre 2009, n° 08-19.559, Bull. civ. I, n° 249 ; *AJ fam.* 2010, p. 80, obs. Gallmeister.

⁶ Art. L. 213-1, al. 1^{er}, C. pr. exéc.

⁷ Art. R. 213-9, C. pr. exéc.

⁸ Civ. 2^e, 24 février 2005, n° 02-18.173, Bull. civ. II, n° 42, *Dr. Fam.* 2005, comm. 74, obs. Larribau-Terneyre.

⁹ Pour davantage de précisions sur la procédure de paiement direct V. P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille, op. cit.*, pp. 1257 et s., n° 321.41 et s. ; A. LEBORGNE, *Voies d'exécution et procédures de distribution, op. cit.*, pp. 474 et s., n° 1230 et s.

son caractère relativement peu onéreux, n'est pas adaptée à toutes les situations, notamment lorsque le parent débiteur n'est pas salarié ou s'il s'avère introuvable. Le législateur, conscient de cet état de fait, a prévu une procédure de recouvrement public des pensions alimentaires¹ en cas d'échec total ou partiel des autres modes de recouvrement. Elle permet au créancier de la pension d'en obtenir le paiement par le comptable public, lequel devra ensuite mettre en œuvre ses propres moyens de recouvrement à l'encontre du parent débiteur².

336. Dans le souci d'une plus grande protection contre les pensions alimentaires impayées, de nombreux textes³ ont récemment prévu des mesures visant à garantir encore davantage le recouvrement des pensions alimentaires. À titre d'exemple, une allocation dite « de soutien familial » se substitue désormais à l'obligation d'entretien lorsque le débiteur demeure introuvable⁴. Une agence nationale de recouvrement des pensions alimentaires a également été créée afin de conseiller et aider les créanciers de pensions impayées à en obtenir le paiement.

L'obligation de prise en charge financière peut toutefois être écartée dans un certain nombre de cas. Mais, ces exceptions à l'obligation de prise en charge financière demeurent rares et tiennent essentiellement à des critères objectifs liés aux ressources.

§2 - Les rares exceptions à l'obligation de prise en charge

337. Les hypothèses dans lesquelles les parents peuvent être exonérés de la prise en charge financière de leur enfant sont très rares. Alors même que le parent serait privé de l'exercice ou même de la titularité de l'autorité parentale, et par voie de conséquence de l'administration légale, il demeure en principe tenu de son obligation de prise en charge financière à l'égard de l'enfant⁵. Il s'agit également de l'un des seuls aspects de la fonction parentale qui demeure lorsque la filiation est judiciairement établie ou lorsqu'elle est établie plus d'un an après la naissance de l'enfant puisque, dans un tel cas, en dehors de l'hypothèse

¹ Loi n° 75-618 du 11 juillet 1975 relative au recouvrement public des pensions alimentaires.

² Pour davantage de précisions sur la procédure de recouvrement public des pensions alimentaires V. P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille, op. cit.*, pp. 1259 et s., n° 321.61 et s. ; M. CAMASSES, *Essai sur la modernisation de l'obligation d'entretien*, thèse, Université des sciences sociales de Toulouse, 2003, pp. 278 et s., n° 438 et s.

³ Décret n° 2016-842 du 24 juin 2016 relatif à la garantie contre les impayés de pensions alimentaires et modifiant les dispositions relatives à l'allocation de soutien familial ; Loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017 ; Décret n° 2017-532 du 12 avril 2017 relatif à la revalorisation de l'allocation de soutien familial et du montant majoré du complément familial.

⁴ Art. D. 523-2, 1°, CSS

⁵ Dans ce sens, V. par ex. B. PY, « La délégation de l'autorité parentale et l'obligation d'entretien des père et mère à l'égard de leur enfant mineur », *RDSS* 1996, p. 229.

d'une déclaration conjointe, l'autre parent « *reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale* »¹. La prise en charge financière de l'enfant est donc un aspect de la fonction parentale très fortement dissocié de la situation familiale et affective. Ainsi que le souligne M. le Professeur Vincent Egéa, « *les limites apportées à la liberté individuelle en la matière sont révélatrices du caractère inconditionnel du lien de filiation* »². La jurisprudence a d'ailleurs eu l'occasion de préciser que, même en cas d'abandon de l'enfant depuis sa naissance, les parents restaient tenus de la prise en charge financière de leur enfant tant que la filiation n'a pas été rompue par le prononcé d'une adoption plénière³. Cela s'explique par le fait que le législateur fait directement découler l'obligation d'entretien de la filiation⁴.

Ainsi, il importe peu que le parent ait l'exercice ou même la titularité de l'autorité parentale, le simple fait que le lien de filiation soit établi suffit pour faire peser sur celui-ci l'obligation d'entretien. Les modalités d'exercice de l'autorité parentale ne sont pas pour autant indifférentes puisqu'elles ont des répercussions sur la forme que prend l'obligation d'entretien⁵, mais elles n'ont en revanche aucun impact sur son existence. Par ailleurs, la prise en charge financière de l'enfant peut même aller jusqu'à s'imposer alors même que la filiation ne serait pas établie. En effet, le versement de subsides peut être imposé à l'homme qui a eu des relations sexuelles avec la mère de l'enfant pendant la période de conception⁶. Or, ainsi que cela a précédemment été démontré⁷ les subsides ne sont en réalité qu'une pension alimentaire qui ne dit pas son nom.

La prise en charge financière de l'enfant par ses parents est donc un aspect de la fonction parentale dont il est très rare d'être exonéré. Cela s'explique par son objectivation presque totale. En effet, la qualité du lien affectif n'est prise en considération que de façon très résiduelle, puisque seul le comportement grave de l'enfant permet de remettre en cause sa prise en charge financière. De plus, cette prise en compte du comportement de l'enfant ne permet que d'écarter l'obligation alimentaire, puisqu'elle est tout à fait exclue en matière d'obligation d'entretien (B). En dehors de cette hypothèse, l'exonération des parents de leur obligation de

¹ Art. 372, al. 2 et 3, C. civ.

² V. ÉGÉA, « L'impératif en droit de la famille », *RRJ*, 1er mars 2004, n° 2, p. 701, n° 59.

³ *CA Besançon, 30 mai 2007* : JurisData n° 2007-345321 ; *JCP* 2008, IV, 1129.

⁴ Dans ce sens, V. G. CORNU, *Droit civil. La famille, op. cit.*, p. 210, n° 104 ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, LGDJ, 2^e éd., 1998, p. 905, n° 1354 ; B. PY, « La délégation de l'autorité parentale et l'obligation d'entretien des père et mère à l'égard de leur enfant mineur », préc.

⁵ cf. *supra* §§325 et s. : selon que la résidence de l'enfant est fixée ou non chez le parent l'obligation d'entretien pourra s'effectuer en nature ou par le biais d'une pension alimentaire.

⁶ Art. 342, al. 1, C. civ.

⁷ cf. *supra* §136.

prise en charge financière n'est possible que pour des raisons objectives liées aux ressources du parent ou de l'enfant (A).

A - L'exclusion de la prise en charge pour des raisons objectives liées aux ressources

338. Les parents pourront être exonérés de la prise en charge financière de l'enfant, qu'elle découle de leur obligation d'entretien ou de l'obligation alimentaire, en cas d'insuffisance des ressources du parent (2) ou encore lorsque l'enfant dispose de ressources suffisantes (1). Il s'agit des seules hypothèses permettant aux parents d'être exonérés de leur obligation d'entretien à l'égard de l'enfant, l'objectivation de cette obligation est donc totale.

1 - La suffisance des ressources de l'enfant

339. Concernant l'obligation alimentaire cette limite est évidente. Puisqu'en vertu des articles 205 et 207 du Code civil les parents ont l'obligation de venir en aide, à tout âge, à leur enfant s'il est dans le besoin, il est donc évident que cette obligation ne pèse pas sur eux si l'enfant dispose des ressources nécessaires à son existence.

340. En revanche, en matière d'obligation d'entretien, cette limite n'est pas aussi évidente car la situation de besoin de l'enfant ne semble pas être une condition permettant la mise en œuvre de cette obligation. En effet, l'article 203 du Code civil n'y fait aucune référence, se contentant d'affirmer l'existence de cette obligation sans plus de précision. L'article 371-2 du Code civil, quant à lui, précise que la contribution des parents doit avoir lieu à proportion des ressources des parents et des besoins de l'enfant. Ce n'est donc pas la situation de besoin de l'enfant qui semble être requise ici. Le législateur se contente d'affirmer que le montant de l'obligation d'entretien des parents doit se faire en fonction des besoins de l'enfant. Ainsi, l'enfant n'a en aucun cas à prouver son état de besoin pour que l'obligation d'entretien joue.

Pour autant, il ressort des textes aussi bien que de la jurisprudence que l'état de besoin de l'enfant n'est pas indifférent en matière d'obligation d'entretien car les ressources parentales n'ont en réalité qu'une vocation subsidiaire à subvenir aux besoins – aussi bien éducatif que vitaux – de l'enfant. Ils seront donc financièrement déchargés de leur devoir d'entretien à l'égard de l'enfant si le patrimoine de ce dernier est suffisamment important pour que ses

revenus permettent d'y pourvoir¹. En effet, l'entretien et l'éducation de l'enfant constituent une charge du droit de jouissance légale sur les biens du mineur² à l'exclusion des biens que l'enfant acquiert par son travail, de ceux qui lui sont donnés ou légués sous la condition expresse que les parents n'en jouiront pas et de ceux qu'il reçoit au titre de l'indemnisation d'un préjudice extrapatrimonial dont il a été victime³. Cela signifie que ce sont en principe les revenus des biens frugifères de l'enfant qui ont vocation à financer son entretien et son éducation. Ce n'est donc que s'ils s'avèrent insuffisants que les parents devront les financer eux-mêmes⁴.

Toutefois, l'exonération des parents de leur obligation d'entretien en raison des ressources de l'enfant n'est pas systématique. En effet, les magistrats de la Cour d'appel de Versailles ont, en 2011, écarté l'exonération d'un père de son obligation d'entretien à l'égard de ses filles – respectivement âgées de 17 et 21 ans – alors que chacune d'elles disposait d'un capital de 135 000 euros constitué par leur grand-père. Les magistrats estiment « *que le patrimoine détenu par chacune des filles leur a été constitué par leur grand-père (...) dans une intention libérale manifeste ; que ces sommes ne sont donc pas destinées à assurer leur entretien jusqu'à ce qu'elles soient autonomes et n'ont pas vocation à pallier les carences de leur père dans l'exécution de ses propres obligations à leur égard* »⁵. Ainsi, les magistrats ont décidé d'exclure toute prise en compte du patrimoine des enfants, ne faisant pas même référence aux revenus éventuels du capital de chacune d'elles. Cette solution, bien qu'elle puisse surprendre en ce qu'elle « *introduit ainsi une dimension subjective dans une matière habituellement dominée par des considérations objectives* »⁶, s'explique probablement par les circonstances de fait dans la mesure où le père, qui cherchait à être exonéré de son obligation d'entretien, disposait de ressources confortables. Mais, la rareté du contentieux en la matière empêche de savoir avec certitude s'il ne s'agit là que d'une décision isolée ou d'une nouvelle tendance, renforçant encore davantage la contrainte que l'obligation d'entretien fait peser sur les parents. En effet, il est très rare que les enfants disposent de ressources personnelles, ces cas se réduisant dans la très grande majorité des cas à l'hypothèse des orphelins d'un ou de deux

¹Civ., 30 novembre 1910, D. 1912, I, p. 74 ; Dans ce sens, V. également : G. CORNU, *Droit civil. La famille*, *op. cit.*, pp. 217, n° 107.

² Art. 386-3, 2°, C. civ.

³ Art. 386-4 C. civ.

⁴TGI Paris, 25 mai 1974, cité in M.-J. GEBLER, « L'obligation d'entretien des parents à l'égard de leurs enfants majeurs qui poursuivent des études », *D.* 1976, chron., p. 133.

⁵CA Versailles, 17 février 2011, n° 10/00515 : *JurisData* n° 2011-002015 ; *JCP G* n° 13, 28 mars 2011, p. 328, obs. Kessler.

⁶*JCP G* n° 13, 28 mars 2011, p. 328, obs. Kessler.

parents¹. Les cas où les parents peuvent être exonérés de leur obligation d'entretien et d'éducation en raison des ressources de leur enfant restent par conséquent très exceptionnels et le seront encore davantage à l'avenir si une telle jurisprudence venait à se répéter.

341. Ainsi, le fait que les ressources de l'enfant soient suffisantes pour couvrir ses besoins aussi bien vitaux qu'éducatifs peut, en principe, permettre aux parents d'être exonérés aussi bien de leur obligation d'entretien que de leur obligation alimentaire. Mais, même lorsque l'enfant se trouve dans un état de vulnérabilité financière, l'obligation du parent pourra être écartée en raison de l'insuffisance de ses ressources.

2 - L'insuffisance des ressources parentales

342. L'obligation d'entretien aussi bien que l'obligation alimentaire peuvent se trouver limitées par l'insuffisance des ressources des parents. Toutefois, en raison de leur différence d'objet mais également du moment où elles interviennent dans la vie de l'enfant, ce constat soulève des problématiques particulières concernant l'obligation d'entretien.

Cela nécessite de traiter séparément l'incidence de l'insuffisance des ressources parentales sur l'obligation d'entretien (a) et sur l'obligation alimentaire (b).

a) L'incidence sur l'obligation d'entretien

343. En raison de l'objet particulier de l'obligation d'entretien et du fait qu'elle joue dès la naissance de l'enfant et peut durer de nombreuses années, les situations dans lesquelles les parents peuvent rencontrer des difficultés à assumer la prise en charge financière de leur enfant sont variées et appellent des remarques différentes.

344. Tout d'abord, durant le jeune âge de l'enfant il serait très réducteur d'affirmer que les parents qui ne possèdent aucune fortune ne sont pas tenus à l'entretien et à l'éducation de leur enfant. En effet, la lutte contre la pauvreté constitue une obligation des États qui sont donc tenus de pallier l'absence de ressources des parents. En effet, les textes internationaux font peser sur l'État une obligation positive d'assurer pour toute personne le respect de leur

¹ Dans ce sens, V. M.-J. GEBLER, « L'obligation d'entretien des parents à l'égard de leurs enfants majeurs qui poursuivent des études », préc. ; M. MONTEIL, *L'orphelin mineur*, thèse, Université Toulouse Capitole, 2018, p. 115, n° 217.

droit à un niveau de vie suffisant¹. Ce droit est notamment reconnu à l'article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et par l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966. De plus, l'enfant – au sens de la personne mineure – fait l'objet d'une protection particulière. Ce droit lui est, en effet, spécifiquement reconnu à l'article 27 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989. La protection contre la pauvreté est également garantie par les textes européens², notamment à l'article 30 de la Charte sociale européenne et à l'article 31 du même texte qui garantit le droit au logement.

Par conséquent, en France, de nombreuses aides sont prévues afin de lutter contre la pauvreté en général, mais aussi des aides spécifiques aux familles avec enfant. Le plus souvent ces aides visent la famille dans son ensemble. Il en va ainsi des allocations familiales, du complément familial, de l'allocation de soutien familial ou encore de l'allocation de parent isolé. Le fait que l'ensemble de la famille soit le plus souvent visé semble opportun dans la mesure où il serait illusoire de distinguer son intérêt de celui de l'enfant, l'intérêt de ce dernier étant « *que ses propres parents puissent l'élever dans des conditions de vie décentes* »³. En effet, l'enfant profite du niveau de vie de la cellule familiale et le faire bénéficier d'un niveau de vie supérieur à celui de ses parents n'aurait pas de sens. Certaines aides ont toutefois vocation à faire face à une situation particulière concernant exclusivement l'enfant. Il en va ainsi des prestations liées à l'accueil du jeune enfant, de l'allocation pour enfant handicapé ou encore de l'allocation de rentrée scolaire⁴.

Ainsi, l'État ayant la responsabilité de lutter contre la pauvreté, il serait très simplificateur d'affirmer que les parents n'ayant pas de ressources personnelles ne sont pas tenus d'entretenir leur enfant. Simplement ils ne seront tenus que de ce qu'ils peuvent offrir, en faisant partager à leur enfant la vie qu'ils mènent⁵.

345. L'accomplissement de cette obligation peut devenir plus difficile au fur et à mesure que l'enfant grandit et que ses besoins augmentent. Certes, des bourses sur critères sociaux peuvent être attribuées aux étudiants, ils peuvent également être exonérés des frais

¹A. GOUTTENOIRE, « La protection internationale de l'enfant contre la pauvreté », in *Droits de l'enfant et pauvreté*, sous la dir. de C. NEIRINCK, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2010, p. 41.

²J.-P. MARGUENAUD, « Textes communautaires et européens », in *Droits de l'enfant et pauvreté*, sous la dir. de C. NEIRINCK, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2010, p. 31.

³M.-C. RENOUX, *Réussir la protection de l'enfance avec les familles en précarité*, Ed. de l'atelier/Ed. ouvrières, Ed. Quart Monde, 2008, p. 16.

⁴ Sur les aides apportées par l'État à la famille V. W. MASTOR, « Dispositions internes », in *Droits de l'enfant et pauvreté*, sous la dir. de C. NEIRINCK, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2010, p. 22.

⁵F. DERRIDA, *L'obligation d'entretien. Obligation des parents d'élever leurs enfants*, op. cit., p. 313.

d'inscription, mais ces aides sont insuffisantes pour permettre à un jeune adulte qui ne vivrait plus chez ses parents de pourvoir à elles seules à la totalité de ses besoins. Les plus brillants et les plus motivés parviendront tant bien que mal à finir des études supérieures en travaillant parallèlement à leurs études mais, bien souvent, cela se répercutera sur leurs résultats et limitera par conséquent leurs ambitions. Au-delà du minimum normalement garanti par les aides de l'État qui assurent en principe la subsistance et une éducation minimale à l'enfant, les besoins de ce dernier seront donc bien forcés de s'aligner sur les possibilités offertes par les ressources parentales. Ainsi, le manque de ressources parentales peut contraindre l'enfant à opter pour une formation ou des études proches du domicile familial, certains parents se trouvant dans l'impossibilité de financer un logement séparé ou même de longues études à leurs enfants. Le manque de ressources peut même rendre impossible la poursuite d'études ou conduire l'enfant à suivre des formations de durée limitée afin de pourvoir à son entretien lui-même le plus rapidement possible.

Ainsi, les ressources du débiteur de la pension étant un élément majeur permettant d'en déterminer le montant : « *l'instruction, que les père et mère doivent donner à leurs enfants, dépend de leur propre fortune* »¹. Tous les enfants ne bénéficient donc pas des mêmes conditions d'entretien et d'éducation. Ainsi, le problème de la durée de l'obligation d'entretien ne se pose en réalité que lorsque les parents disposent de ressources suffisantes².

346. L'accomplissement de cette obligation peut s'avérer particulièrement difficile lorsqu'en raison du contexte elle doit prendre la forme du versement d'une somme d'argent. Cela est notamment le cas lorsque l'un au moins des parents ne vit plus quotidiennement avec l'enfant. Il en ira notamment ainsi en cas de rupture, lorsque ce dernier vit avec des tiers – en raison d'un placement par exemple – ou encore lorsque le jeune adulte souhaite quitter le domicile familial afin de poursuivre ses études. Dans ce cas, la continuation de l'obligation d'entretien sous forme de pension alimentaire est le principe mais il est possible que le parent ne dispose pas de ressources suffisantes pour assurer l'entretien de l'enfant autrement qu'en nature, en partageant son quotidien avec lui. Si les ressources du parent sont trop faibles il pourra être exonéré du paiement de cette pension.

Toutefois, il convient de préciser que le défaut d'activité professionnelle, volontaire ou non, ne permet pas systématiquement au parent d'être exonéré de son obligation d'entretien.

¹*Ibid.*, p. 179.

² Dans ce sens, V. notamment : E. DU PONTAVICE, *L'autonomie du droit de la famille*, coll. Université de Paris-Sud, Éditions techniques et économiques, 1974, p. 222.

Tout d'abord, celle-ci peut s'effectuer en nature lorsque cela est possible et, ensuite, l'exonération du paiement d'une pension est soumise à l'appréciation des juges du fond en fonction des ressources du parent et des besoins de l'enfant¹. Or, l'inemploi n'est pas toujours synonyme d'absence de ressources.

De plus, le fait que le parent chez lequel l'enfant réside ait des ressources suffisantes pour assurer la prise en charge de l'enfant, ou même le fait que celles-ci soient supérieures à celles de l'autre parent, ne suffit pas à exclure la contribution de ce dernier². Seule une impossibilité matérielle d'assurer cette obligation peut permettre de l'exclure.

347. Dans toutes les hypothèses précitées, il ne s'agit pas d'un refus d'accomplir la prise en charge financière de l'enfant dans la mesure où le montant de l'obligation d'entretien est justement fonction de leurs ressources et des besoins de l'enfant. Cela ressort d'ailleurs des éléments constitutifs de l'infraction d'abandon de famille qui sanctionne le défaut de paiement de la pension alimentaire fixée. En effet, pour que l'infraction soit constituée, un élément moral est exigé : le défaut de paiement doit avoir été intentionnel. Or, l'intention suppose la réunion de trois éléments : le parent doit avoir eu connaissance de la décision lui imposant le paiement, il doit ensuite avoir eu conscience du défaut de paiement et, enfin, il ne doit pas se trouver dans l'impossibilité absolue d'exécuter son obligation³. À l'exception de l'hypothèse où l'absence de ressources du parent lui est imputable⁴, lorsque les ressources du parent ne lui permettent pas de remplir son obligation, ce dernier élément fait défaut.

L'accomplissement de l'obligation alimentaire peut également se heurter à l'insuffisance des ressources parentales.

b) L'incidence sur l'obligation alimentaire

348. Contrairement à l'obligation d'entretien qui – du moins durant les jeunes années de l'enfant – s'effectue en principe en nature, l'obligation alimentaire s'accomplit en principe sous la forme du versement d'une pension alimentaire. De même que cela a été expliqué en matière d'obligation d'entretien, le versement d'une somme d'argent peut s'avérer extrêmement difficile pour des parents ayant de faibles ressources. Ainsi, dans la mesure où le

¹Civ. 1^{re}, 8 octobre 2008, n° n° 07-16.646 et 06-21.912, Bull. 2008, I, n° 218 et 219 ; *RLDC* n° 55, 1^{er} décembre 2008, note G. S.

²Civ. 1^{re}, 21 novembre 2018, n° 17-27.054, Publié au Bull. ; *RJPF* n° 2, février 2019, p. 39, comm. Corpart.

³P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille, op. cit.*, pp. 2020-2021, n° 622.42.

⁴ Dans une telle hypothèse le parent pourrait être poursuivi pour organisation frauduleuse de son insolvabilité sur le fondement de l'article 314-7 du Code pénal : *Crim.*, 24 mars 2004, n° 03-82.077, Bull. crim., n° 78, *D.* 2004, somm. 2756, obs. Mirabail.

premier alinéa de l'article 208 du Code civil dispose que « *les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit* », si le parent apporte la preuve de la faiblesse de sa fortune¹ il pourra être totalement déchargé de cette obligation alors même que l'enfant se trouverait dans le besoin.

349. Toutefois, conscient de la difficulté supérieure que présente l'accomplissement de l'obligation alimentaire sous la forme du versement d'une pension par rapport à une prise en charge en nature, le législateur a également prévu que « *si la personne qui doit fournir des aliments justifie qu'elle ne peut payer la pension alimentaire, le juge aux affaires familiales pourra, en connaissance de cause, ordonner qu'elle recevra dans sa demeure, qu'elle nourrira et entretiendra celui auquel elle devra des aliments* »². Ainsi, si l'indépendance et l'autonomie de la personne dans le besoin, sur les plans autres que financier, est maintenue lorsque cela est possible, l'impossibilité pour le parent de verser une pension alimentaire à son enfant dans le besoin peut entraîner une prise en charge en nature et donc un retour de l'enfant au domicile familial.

Si cette solution subsidiaire n'est pas non plus réalisable, le parent se trouvera entièrement déchargé de son obligation alimentaire à l'égard de son enfant, faute d'être en capacité d'assumer sa prise en charge financière. C'est alors la solidarité sociale qui vient en principe pallier, autant que faire se peut, la solidarité familiale³.

350. Ainsi, les parents peuvent exceptionnellement se trouver déchargés tant de l'obligation alimentaire que de l'obligation d'entretien pour des raisons objectives liées à leurs ressources ou à celles de leur enfant. Bien qu'elle soit très restreinte, une raison plus subjective, liée au comportement de l'enfant, peut permettre aux parents d'être déchargés de leur obligation à son égard. Elle ouvre au juge la possibilité de pondérer la force de l'obligation de prise en charge et marque ainsi un affleurement de la prise en compte lien affectif dans cet aspect de la fonction parentale. Toutefois, cela concerne uniquement l'obligation alimentaire.

¹CA Grenoble, 18 janvier 1960, D. 1960, jurispr., p. 273.

² Art. 210 C. civ.

³ Sur la solidarité sociale V. par ex. L. LEVENEUR, « Art. 205 à 209 : Aliments. - Obligation alimentaire. - Conditions d'existence. », in *J-Cl C. civ.*, n° 4.

B - L'exclusion de la prise en charge en raison du manquement grave de l'enfant : l'affleurement du lien affectif en matière d'obligation alimentaire

351. Ainsi que cela a été précédemment montré, la prise en charge financière de l'enfant est un aspect de la fonction parentale très contraignant pour les parents puisqu'elle leur est imposée dès lors que leur filiation à l'égard de l'enfant est établie sans considération du rôle qu'ils jouent dans la vie de l'enfant et, par conséquent, de la qualité du lien affectif qui les unit. Toutefois la qualité du lien n'est pas totalement indifférente en matière d'obligation alimentaire. Bien que le législateur ne nomme pas expressément le lien affectif, cette notion affleure à l'article 207 du Code civil.

En effet, la réciprocité de l'obligation alimentaire entraîne un certain droit de regard sur le comportement du créancier d'aliments. Ainsi, « *quand le créancier aura lui-même manqué gravement à ses obligations envers le débiteur, le juge pourra décharger celui-ci de tout ou partie de la dette alimentaire* »¹. Les parents peuvent donc, lorsque le comportement de leur enfant témoigne de graves manquements à leur égard, être déchargés totalement ou partiellement de leur obligation de prise en charge². La jurisprudence précise que les manquements allégués doivent être commis à l'égard du débiteur qui les invoque. La faute commise à l'encontre d'une autre personne ne saurait être invoquée. Ainsi, l'abandon par leur fille de son propre enfant ne permet pas à ses parents d'invoquer les manquements graves de leur fille afin d'être déchargés de leur obligation alimentaire à son égard³.

352. Si une jurisprudence fournie permet d'appréhender avec une assez grande précision quels sont les manquements des ascendants qui permettent aux enfants d'obtenir la décharge de l'obligation alimentaire qu'ils ont à leur égard⁴, la jurisprudence relative aux manquements graves des enfants est assez pauvre, bien qu'elle fournisse néanmoins quelques

¹ Art. 207, al. 2, C. civ.

² Sur ce point V. par ex. : M. KORNPROBST, H. BOSSE-PLATIÈRE et A. MULLOT-THIÉBAUD, « Obligation alimentaire », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n° 182 et s. ; L. LEVENEUR, « Art. 205 à 209 : Aliments. - Obligation alimentaire. - Conditions d'existence. », *op. cit.*, n° 91.

³ CA Paris, 7 mai 1987 : JurisData n° 1987-022172.

⁴ V. par ex. TGI Villeurbanne, 19 juillet 1977, *Gaz. Pal.* 1978, 1, somm. p. 208 ; CA Bordeaux, 26 avril 1984 : JurisData n° 1984-041077 ; CA Paris, 25 mai 1987 : JurisData n° 1984-023394 ; CA Versailles, 8 décembre 1988 : JurisData n° 1988-048414 ; CA Reims, 2 février 1989 : JurisData n° 1989-041202 ; CA Paris, 30 octobre 1996 : JurisData n° 1996-024505 ; CA Grenoble, 6 mai 1997 : JurisData n° 1997-043024 ; CA Bordeaux, 18 juin 1997 : JurisData n° 1997-046885 ; CA Paris, 2 juillet 1997 : JurisData n° 1997-022637 ; CA Toulouse 8 décembre 1997 : JurisData n° 1997-047666 ; CA Montpellier, 2 avril 1998 : JurisData n° 1998-034953 ; CA Paris, 22 octobre 1998 : JurisData n° 1998-024020 ; CA Rennes, 7 février 2006 : JurisData n° 2006-310522 ; CA Colmar, 4 mars 2006 : JurisData n° 2006-305872 ; CA Bourges, 25 janvier 2007 : JurisData n° 2007-355838 ; CA Amiens, 10 octobre 2007 : JurisData n° 2007-345118 ; CA Rennes, 15 mai 2008 : JurisData n° 2008-373318 ; Civ. 1^{re}, 21 novembre 2012, n° 11-20.140

éléments. Les parents pourront, par exemple, être déchargés au moins partiellement de leur obligation dans des hypothèses où les enfants ont manqué à leurs obligations d'honneur et de respect¹. Ainsi, les magistrats ont estimé que des propos injurieux proférés par un enfant à l'encontre de son père justifiaient une réduction de l'obligation alimentaire de ce dernier². Des violences exercées à plusieurs reprises sur les parents constituent également un manquement grave permettant de décharger totalement les parents de leur obligation alimentaire³.

353. Une certaine prise en compte de la qualité du lien affectif ressurgit donc ici puisque l'obligation peut être remise en question, en tout ou partie, dans des cas où le comportement de l'enfant a joué un rôle majeur dans la détérioration du lien affectif qui l'unit au parent. Toutefois, la prise en compte du comportement de l'enfant afin d'écarter l'obligation parentale est restreinte aux cas les plus graves. Ainsi, le seul fait pour un enfant de ne pas témoigner envers ses parents de sentiments d'affection⁴ ou de quitter le domicile familial pour vivre avec un amant et de ne pas donner de nouvelles⁵ ne suffit pas à caractériser des manquements graves.

Cette légère prise en compte de la subjectivité de la situation familiale ne se retrouve qu'en matière d'obligation alimentaire. En effet, la possibilité de décharge du débiteur en raison des manquements graves du créancier n'existe pas en matière d'obligation d'entretien, l'objectivation de cette dernière est donc totale.

354. En dehors de ces hypothèses très limitées, tenant essentiellement à des éléments objectifs liés aux ressources, permettant au parent d'être exonéré de son obligation, la prise en charge financière de l'enfant constitue donc un aspect de la fonction parentale très contraignant pour les parents en raison de sa dimension pécuniaire qui permet d'en imposer l'exécution. La prise en compte de la qualité du lien affectif unissant le parent et l'enfant est presque totalement indifférente puisqu'elle n'est prise en compte que dans des hypothèses particulièrement graves et uniquement en matière d'obligation alimentaire. Cette contrainte exercée sur le parent est d'autant plus importante qu'elle perdure tout au long de la vie de l'enfant.

¹ Art. 371 C. civ. Sur ce point V. L. LEVENEUR, « Art. 205 à 209 : Aliments. - Obligation alimentaire. - Conditions d'existence. », *op. cit.*, n° 91.

² CA Paris, 25 avril 1988 : JurisData n° 1988-022361.

³ CA Pau, 9 septembre 2002, n° 01/00116 : JurisData n° 2002-210318 ; Civ. 1^{re}, 18 janvier 2007, n° 06-10.833 : JurisData n° 2007-036918 ; Bull. civ. I, n° 25 ; *Dr. Fam.* 2007, n° 3, comm. 58, Murat ; *RTD civ.* 2007, p. 328, obs. Hauser ; *AJ fam.* 2007, p. 139, obs. Chénédedé.

⁴ CA Paris, 19 décembre 1986 : JurisData n° 1986-027384.

⁵ CA Toulouse, 21 mars 1984 : JurisData n° 1984-042135.

Section 2 - Une obligation perdurant tout au long de la vie de l'enfant

355. L'enfant mineur, de par sa vulnérabilité, ne peut subvenir lui-même à ses besoins. Par conséquent, la prise en charge financière de ce dernier doit être assurée par ceux qui l'ont mis au monde. Cette prise en charge financière prend une force particulière durant les jeunes années de l'enfant en raison de ses besoins étendus. S'il est certain que ses besoins vitaux doivent être assurés, le jeune enfant doit également être élevé et éduqué par ses parents. L'objectivation de l'obligation d'entretien est alors justifiée, la vulnérabilité liée au jeune âge de l'enfant excluant l'opportunité de prendre en compte la qualité du lien affectif pour pondérer l'obligation parentale (§1).

Mais l'obligation financière des parents à l'égard de l'enfant ne prend pas fin à la majorité de celui-ci. Le législateur prévoit, en effet, que l'obligation d'entretien ne s'arrête pas de plein droit à la majorité de l'enfant et qu'elle s'impose au parent, sans que les critères de sa continuation ne soient clairement déterminés, et sans que le comportement de l'enfant vis-à-vis de son parent ne puisse venir pondérer cette obligation. Pourtant, l'objectivation de l'obligation d'entretien n'est plus justifiée par la vulnérabilité liée au jeune âge de l'enfant. De plus, la vulnérabilité liée à son état de besoin ne saurait être invoquée puisqu'elle fait l'objet d'une autre protection, garantie par l'obligation alimentaire classique pesant sur le parent. Ainsi, si l'objectivation de l'obligation alimentaire peut se justifier du fait de l'impératif de solidarité entre les membres de la famille, celle de l'obligation d'entretien de l'enfant majeur n'apparaît pas justifiée. La double obligation qui pèse sur le parent de l'enfant devenu majeur gagnerait donc à être clarifiée et nuancée (§2).

§1 - La protection justifiée de l'enfant mineur par l'obligation d'entretien

356. En raison de la vulnérabilité inhérente à son jeune âge, de sa naissance à l'âge adulte, la nécessité de la protection de l'enfant mineur ne fait pas de doute. L'obligation d'entretien vise ainsi à garantir ses besoins vitaux, mais également son éducation.

Cette vulnérabilité particulière justifie donc l'étendue de l'objet de cette obligation (B), aussi bien que le fait qu'elle pèse sur le parent dès la naissance de l'enfant quelle que soit l'histoire familiale (A).

A - Une obligation pesant toujours sur le parent dès la naissance de l'enfant

357. De même que l'autorité parentale, l'obligation d'entretien commence à la naissance de l'enfant. Cela se justifie par la vulnérabilité naturelle de l'enfant qui le rend incapable de pourvoir lui-même à son entretien. L'obligation d'entretien vient donc pallier cette vulnérabilité en imposant aux parents d'assurer le paiement de tous les frais permettant l'entretien et l'éducation de l'enfant. Elle est par conséquent due dès la naissance¹. Le fait que la mère ait refusé les versements ne modifie pas cette solution², car l'obligation d'entretien de l'enfant est une règle d'ordre public à laquelle il n'est pas possible de renoncer aussi bien tacitement qu'expressément.

La jurisprudence a d'ailleurs maintes fois rappelé que l'obligation est due dès la naissance quels que soient le moment et le mode d'établissement de la filiation. En effet, l'établissement de la filiation est déclaratif, et non constitutif, du lien de filiation. Le moment de l'établissement de la filiation est donc indifférent puisque l'enfant est en réalité considéré comme étant rattaché à son auteur depuis sa naissance, « *c'est donc dès l'origine que cet auteur doit entretenir son enfant* »³. Cette solution est valable y compris si la filiation du parent auquel la contribution est exigée n'a vu sa filiation établie à l'égard de l'enfant que postérieurement à la naissance de ce dernier⁴. L'obligation d'entretien se distingue ainsi du droit commun des obligations alimentaires qui, en vertu de l'adage « *aliments ne s'arréragent pas* », pose la règle selon laquelle les aliments ne sont dus qu'à compter de la demande du créancier d'aliments dans le besoin et ne peuvent donc être réclamés que pour le futur⁵. À l'inverse, en matière d'obligation d'entretien, la vulnérabilité de l'enfant et le lien particulier qui l'unit à ses parents lui donnent droit à sa prise en charge financière dès sa naissance. Ainsi, il sera possible de

¹ V. par ex. F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, coll. Précis, Dalloz, 8^e éd., 2011, p. 863, n° 902 ; L. LEVENEUR, « Aliments. - Obligation parentale d'entretien », in *J-CI C. civ.*, n° 9. ; P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille, op. cit.*, p. 1218, n° 311.42.

² Civ. 1^{re}, 5 décembre 2012, n° 11-19.779 ; *Gaz. Pal.* 16 mars 2013, n° 122, obs. Casado ; Civ. 1^{re}, 11 juillet 2006, n° 04-14.185, Bull. 2006, I, n° 388, p. 333 ; *AJ fam.* 2006, p. 425, obs. Chénéde ; *RTD civ.* 2006, p. 736, obs. Hauser ; *Dr. Fam.* 2006, comm. n° 203, note Murat.

³ F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille, op. cit.*, p. 683, n° 902.

⁴ Pour des exemples en cas de déclaration judiciaire de paternité : Civ. 1^{re}, 12 juillet 1994, n° 92-17.461, Bull. 1994, I, n° 247 p. 179.

⁵ Civ. 2^e, 29 octobre 1980, n° 79-15.301, Bull. 1980, II, n° 226 ; Civ. 1^{re}, 8 décembre 1993, n° 91-20.710 ; *LPA* n° 32, 16 mars 1994, note Massip ; Civ. 1^{re}, 1er octobre 1996, n° 94-13.217 ; *Dr. Fam.* 1997, comm. 25, obs. Murat ; Civ. 2^e, 6 mars 2003, n° 01-14.664, Bull. 2003, II, n° 46, p. 41 ; *Dr. Fam.* 2003, comm. 142, obs. Murat ; Civ. 1^{re}, 9 décembre 2003, n° 01-10.140 ; *Dr. Fam.* 2004, comm. 71, obs. Murat. ; Civ. 1^{re}, 3 décembre 2008, n° 07-12.042 ; *Dr. Fam.* 2009, n° 3, comm. 28, note Murat.

demander la contribution à l'entretien de l'enfant de manière rétroactive¹. Mais cette possibilité d'exiger la contribution à l'entretien de l'enfant pour une période passée est toutefois limitée par le jeu de la prescription quinquennale de droit commun prévue à l'article 2224 du Code civil².

358. Inversement, et de même que tous les autres aspects de la fonction parentale, cette indissociabilité de la filiation et de l'obligation d'entretien a pour conséquence que la rupture du lien de filiation fait disparaître l'obligation d'entretien. Le jugement prononçant la rupture de la filiation étant déclaratif, la personne dont le lien de filiation à l'égard de l'enfant est rompu peut réclamer la restitution des sommes déjà versées au titre de l'obligation d'entretien dans la mesure où celles-ci se trouvent alors dépourvues de cause³. La jurisprudence se montre toutefois plus sévère avec les auteurs de reconnaissances de complaisance en refusant dans de telles hypothèses d'octroyer le remboursement des sommes déjà versées au motif que l'auteur de la reconnaissance a contracté « *une obligation de conscience dont il doit supporter les conséquences* »⁴.

359. Ainsi, l'obligation d'entretien peut constituer une contrainte particulièrement importante pour les parents dans la mesure où elle pourra être exigée de manière rétroactive quel que soit le moment où la filiation est établie et, si la rupture du lien de filiation conduit en principe à la restitution des sommes précédemment versées à ce titre par le parent dont la

¹CA Paris, 23 janvier 1976 et 18 octobre 1977 ; Gaz. Pal. 1978, 2, p. 369, note Massip ; Civ. 2^e, 20 octobre 1980, Bull. civ. II, n° 226, p. 154 ; JCP 1981, II, 19665, note Jambu-Merlin ; CA Paris, 28 janvier 1982 : JurisData n° 1982-028335 ; Civ. 1^{re}, 12 juillet 1994, n° 92-21.444, Bull. civ. 1994, I, n° 247 ; Civ. 1^{re}, 9 décembre 2003, n° 01.10.140 ; Dr. Fam. 2004, n° 71, obs. Murat ; Civ. 1^{re}, 12 mai 2004, n° 02-17.441 : JurisData n° 2004-023606, Dr. Fam., septembre 2004, comm. 143, note Murat ; Civ. 1^{re}, 28 janvier 2009, n° 07-15.243 : JurisData n° 2009-046772.

²Civ. 1^{re}, 25 mai 2016, n° 15-17.993, Publié au Bull. : JurisData n° 2016-009857 ; Dalloz actualité, 6 juin 2016, obs. Da Silva ; D. 2016, p. 1200, obs. Gallmeister ; Procédures n° 8-9, août 2016, comm. 265, note Douchy-Oudot ; Civ. 1^{re}, 8 juin 2016, n° 14-26.273 ; RTD civ. 2016, p. 601, note Hauser ; Civ. 1^{re}, 22 juin 2016, n° 15-21.783, Publié au Bull. : JurisData n° 2016-012092 ; Dalloz actualité, 6 juillet 2016, obs. Da Silva ; Civ. 1^{re}, 22 juin 2016, n° 15-22.022. Pour un commentaire de ces quatre décisions V. J. PIERROT-BLONDEAU et M. GALVEZ, « Application de la prescription quinquennale à l'action en paiement d'une contribution à l'entretien et à l'éducation exclue de la règle « aliments ne s'arrangent pas » », Gaz. Pal. 25 octobre 2016, n° 37, p. 73. Pour un commentaire sur les deux premières décisions V. A. BATTEUR, « La paternité judiciairement déclarée de plus en plus contestée, mais ses effets sont un peu diminués ! », L'essentiel Droit de la famille et des personnes 6 septembre 2016, n° 8, p. 1.

Déjà sous l'empire du droit antérieur à la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, sur le fondement de l'ancien article 2227 du Code civil : Civ. 1^{re}, 4 octobre 2005, n° 03-13.375, Bull. civ. I, n° 350 : JurisData n° 2005-030063 ; AJ fam 2005, p. 466, obs. Chénéde ; RTD civ. 2005, p. 828, obs. Perrot ; Deffrénois 2006, p. 341, obs. Massip ; Procédures 2005, comm. 278, note Perrot ; Ass. Plén., 10 juin 2005, n° 03-18.922, Bull. 2005, AP, n° 6, p. 15 ; RTD civ. 2006, p. 320, note Mestre ; D. 2006, p. 254, comm. Libhaber.

³Dans ce sens, V. par ex. Civ. 1^{re}, 13 février 1985, n° 83-15.112, Bull. 1985, I, n° 62, p. 60 : JurisData n° 1985-700596.

⁴CA Paris, 2 février 1983 : JurisData n° 1983-021393. Dans ce sens, V. également : Civ. 1^{re}, 21 juillet 1987, n° 16-887, Bull. civ. 1987, I, n° 246 ; D. 1988, p. 225, note Massip ; CA Lyon, 1^{er} février 2010, n° 08/07864.

filiation est rompue, cette restitution peut être écartée s'il était conscient de la non-conformité du lien de filiation établi avec la vérité biologique. L'importance de la protection de l'enfant mineur par l'obligation d'entretien se retrouve également dans son objet puisqu'il s'étend bien au-delà de la garantie de la subsistance de l'enfant.

B - Un objet étendu allant au-delà de l'obligation de garantir la subsistance de l'enfant

360. L'obligation d'entretien présente un objet particulièrement étendu puisqu'elle comprend celui de l'obligation alimentaire qui oblige tout descendant à fournir des aliments à ses ascendants dans le besoin¹ et, réciproquement, à tout ascendant de fournir des aliments à ses descendants dans le besoin², mais va bien au-delà³.

L'obligation d'entretien comprend donc bien évidemment l'obligation de garantir les moyens de subsistance de l'enfant afin d'assurer son intégrité physique et son bon développement. Cela comprend les frais relatifs à la nourriture, au logement, au chauffage, à l'éclairage, ou encore aux soins⁴. Toutefois, la référence aux besoins de l'enfant faite à l'article 371-2 du Code civil, qui précise que la contribution à l'entretien des enfants doit se faire à proportion des ressources des parents « *ainsi que des besoins des enfants* », ne doit pas laisser penser que l'obligation d'entretien se résume aux besoins de l'enfant. Ainsi, cette référence « *n'est pas, dans l'intention du législateur, destinée à limiter le devoir parental aux besoins « vitaux » de l'enfant comme c'est le cas dans le droit commun alimentaire* »⁵.

361. L'objet de l'obligation d'entretien ne s'arrête pas là car elle constitue en réalité la traduction pécuniaire de l'autorité parentale. Or, l'autorité parentale a pour but de permettre le bon développement de l'enfant en garantissant sa protection et son éducation. Elle va donc au-delà de ces frais nécessaires à la survie et au bon développement physique de l'enfant puisque, comme l'autorité parentale, elle comprend également son éducation. Ainsi, l'obligation d'entretien comprend tous les frais relatifs à la formation intellectuelle de l'enfant

¹ Art. 205 C. civ.

² Art. 207, al. 1, C. civ.

³ Dans ce sens, V. par ex. J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, op. cit., p. 883.

⁴ Dans ce sens, V. P. BERTHET, *Les obligations alimentaires et les transformations de la famille*, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2001, p. 33, n° 38 ; J.-L. CHOQUET et I. SAYN, *Obligation alimentaire et solidarités familiales*, LGDJ, 2000, p. 51.

⁵F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, coll. Précis, Dalloz, 8^e éd., 2011, p. 862, n° 901.

et à son apprentissage de la vie en société¹ visant « à donner à l'enfant une autonomie professionnelle qui lui permette de s'assumer financièrement »².

Cette obligation n'est donc pas nécessairement remplie par le simple fait que les parents financent les frais permettant d'assurer un développement minimum à l'enfant. En effet, l'article 371-2 du Code civil dispose que la contribution de chaque parent à l'entretien de l'enfant doit se faire « à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant ». Il en résulte que l'obligation d'entretien doit au minimum couvrir les besoins de l'enfant mais peut également aller bien au-delà en fonction des ressources des parents et de celles de l'enfant.

362. S'il apparaît tout à fait justifié que l'obligation de prise en charge financière de l'enfant pèse de façon aussi importante sur les parents durant sa minorité en raison de sa vulnérabilité et ce, quels que soient son comportement et la réalité affective de sa relation avec ses parents, cela est plus discutable une fois que l'enfant a atteint la majorité. Or, le législateur est venu préciser que l'obligation d'entretien « ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur »³. Par ailleurs, même une fois l'obligation d'entretien éteinte, les parents conservent l'obligation de venir en aide à leur enfant si celui-ci se trouve dans le besoin. L'étude de ce double fondement de l'obligation de prise en charge financière de l'enfant majeur révèle l'existence d'une confusion importante entre obligation alimentaire et obligation d'entretien. Elle permet ainsi de mettre en évidence la nécessité de clarifier et de nuancer la protection de l'enfant majeur.

§2 - La nécessité de clarifier et nuancer la protection de l'enfant majeur

363. Alors que l'émancipation de l'enfant ou, plus classiquement, sa majorité mettent fin à l'autorité parentale, elles n'ont en revanche aucune incidence sur l'obligation financière du parent à l'égard de son enfant.

Or, si l'objectivation de l'obligation alimentaire se justifie puisqu'elle permet de répondre au besoin de protection de l'enfant placée dans une situation de vulnérabilité liée à son état de besoin (A), il en va différemment de l'obligation d'entretien.

En effet, le maintien de l'obligation d'entretien au-delà de la majorité de l'enfant, sans aucune prise en compte du rôle joué par l'enfant dans la détérioration ou dans l'absence de lien

¹ V. P. BERTHET, *Les obligations alimentaires et les transformations de la famille*, op. cit., p. 33, n° 39.

² J.-L. CHOQUET et I. SAYN, *Obligation alimentaire et solidarités familiales*, op. cit., p. 51.

³ Art. 371-2, al. 2, C. civ.

affectif, se révèle plus critiquable. L'objectivation de l'obligation d'entretien n'est plus ici justifiée par la vulnérabilité de l'enfant liée à son jeune âge, puisqu'il est désormais majeur, ni par son état de besoin, puisque l'obligation alimentaire permet d'assurer sa protection dans un tel cas. L'obligation d'entretien devrait donc laisser place à une certaine subjectivité qui permettrait, à tout le moins, de prendre en compte le rôle joué par le comportement de l'enfant dans la détérioration du lien affectif. Cela semble d'autant plus nécessaire que les critères de continuation de l'obligation d'entretien sont aujourd'hui devenus très confus. L'obligation d'entretien mériterait donc d'être clarifiée et nuancée (B).

A - La protection justifiée de l'enfant majeur par l'obligation alimentaire

364. L'obligation des parents de venir en aide à leur enfant dans le besoin résulte de la combinaison des articles 205 et 207 du Code civil. En effet, le premier dispose que « *les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants dans le besoin* » et le second précise que cette obligation est réciproque. Aucune référence à l'âge n'étant faite, cette obligation pèse sur les parents tout au long de la vie de l'enfant. Une fois que l'obligation d'entretien – dont la durée est déjà fort incertaine¹ – a pris fin, l'obligation de prise en charge financière ne prend donc pas complètement fin. Pour autant, l'obligation alimentaire est, à plusieurs égards, moins contraignante pour les parents.

365. Cette moindre contrainte pour les parents se retrouve tout d'abord dans son objet, moins étendu. En effet, l'obligation d'entretien comprend dans son objet celui de l'obligation alimentaire alors que la réciproque n'est pas vraie². Tandis que l'obligation d'entretien vise au développement de l'enfant pour l'accompagner jusqu'à l'âge adulte et comprend par conséquent une visée éducative, l'obligation alimentaire est étrangère à cette « *dynamique créatrice* »³. Elle est en quelque sorte plus « *simple et rudimentaire* »⁴ et donc, *a priori*, moins contraignante financièrement que l'obligation d'entretien.

Pour autant, l'obligation alimentaire ne se réduit pas nécessairement aux seuls aliments au sens premier du terme. Les besoins vitaux ne sont, en effet, plus appréhendés comme le strict minimum vital ou, du moins, ce minimum vital ne peut plus être apprécié comme la seule fourniture de denrées alimentaires ou leur équivalent en argent, dans une société

¹ cf. *infra*. §§370 et s.

² Dans ce sens, V. J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille, op. cit.*, p. 883.

³ *Ibid.*, p. 906.

⁴ G. RAOUL-CORMEIL, « Aliments et notions voisines », *LPA*, 24 juin 2010, n° 125, p. 4.

économiquement développée¹. Il s'agit en réalité de tout ce qui est nécessaire à la vie², cette notion étant susceptible d'évoluer au fil du temps et comprenant désormais le logement, le chauffage, les frais d'habillement, ou encore les frais médicaux³. Si les ressources des parents le permettent, le montant de l'obligation alimentaire pourra finalement s'élever à un montant relativement élevé qui peut faire apparaître discutable la différence de contrainte entre l'obligation alimentaire et l'obligation d'entretien. Mais cette différence de contrainte se retrouve également sur d'autres points.

366. À la différence de l'obligation d'entretien dont le point de départ est fixe⁴, l'obligation alimentaire ne pèse sur les parents que de façon éventuelle. Ce n'est, en effet, que si l'enfant se retrouve un jour dans le besoin que le versement d'aliments pourra être réclamé aux parents. Cela entraîne plusieurs conséquences.

Tout d'abord, l'enfant majeur qui réclame des aliments à ses parents doit apporter la preuve de son état de besoin et, qui plus est, que celui-ci ne lui est pas imputable. L'idée sous-jacente est qu'une fois l'obligation d'entretien éteinte, l'enfant est supposé avoir acquis son indépendance, sa situation de besoin est donc considérée avec méfiance par la jurisprudence afin d'éviter qu'il ne profite plus que de raison de la prise en charge financière par ses parents⁵. Ainsi, les juges du fond vérifient que le majeur n'a pas concouru à sa situation de besoin. Tel est par exemple le cas lorsque le chômage de l'enfant s'explique par sa révocation de ses fonctions en raison de ses absences injustifiées, et de l'abandon de son poste et qu'il refuse des offres d'emploi correspondant à sa qualification et géographiquement proches⁶.

La seconde conséquence de l'absence de point de départ fixe de l'obligation alimentaire est que les aliments ne s'arrangent pas. L'état de besoin est, en effet, présumé de ne pas exister tant que des aliments n'ont pas été réclamés et, à la différence de l'obligation d'entretien, il est par conséquent impossible de les exiger de manière rétroactive.

367. La possibilité pour l'enfant de faire jouer l'obligation alimentaire se justifie donc par l'impératif de solidarité familiale : le parent a fait l'enfant, il semble donc normal qu'il

¹ Dans ce sens, V. J. HAUSER, « Diversité et actualité des aliments en droit moderne », in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 628.

² Civ. 28 février 1938 ; CA Lyon, 13 novembre 1952 ; D. 1953, jurispr., p. 755, note Gervésie.

³ J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille, op. cit.*, p. 894.

⁴ cf. *supra*. §357.

⁵ Dans ce sens, V. par ex. Th. FOSSIER, « La solidarité familiale en faveur du jeune majeur », *LPA*, 28 avril 1999, n° 84, p. 54.

⁶ Civ. 1^{re}, 25 juin 1996, n° 94-17.619 ; D. 1997, p. 455, note D. Bourgault-Coudevylle.

doive lui venir en aide quelle que soit la qualité de leurs liens, lorsque ce dernier se trouve dans une situation de besoin.

Cette obligation est toutefois nuancée par le fait que l'état de besoin de l'enfant ne doit pas lui être imputable mais également par la possibilité pour le parent de demander que cette obligation soit écartée lorsque « *le créancier aura lui-même manqué gravement à ses obligations envers le débiteur, le juge pourra décharger celui-ci de tout ou partie de la dette alimentaire* »¹. Cette possibilité de décharger le parent de tout ou partie de son obligation lorsque l'enfant a gravement manqué à ses obligations à son égard, à la différence de l'obligation d'entretien permet donc de prendre en considération le comportement de l'enfant et la détérioration de sa relation affective avec son parent lorsque le premier a joué un rôle particulièrement important dans le second. L'obligation alimentaire, à la différence de l'obligation d'entretien, ménage ainsi un équilibre opportun entre solidarité familiale et réalité affective, alors même que vulnérabilité dans laquelle se trouve l'enfant en état de besoin aurait pu justifier une objectivation de l'obligation alimentaire.

368. À l'inverse, l'objectivation de l'obligation d'entretien ne saurait se justifier. En effet, l'enfant majeur est protégé contre la survenance d'un état de besoin par l'obligation alimentaire. En outre, du fait de sa majorité, il ne se trouve plus dans une situation de vulnérabilité. Le fait d'imposer au parent l'accomplissement de son obligation d'entretien en excluant toute prise en compte de la situation affective et familiale ne se justifie donc pas.

B - La protection critiquable de l'enfant majeur par l'obligation d'entretien

369. Le fait que le législateur prévoit que la majorité de l'enfant ne met pas automatiquement fin à l'obligation d'entretien pesant sur le parent ne pose pas en lui-même problème. En effet, les évolutions de la société ont eu pour conséquence de retarder l'indépendance financière des enfants, ces derniers faisant aujourd'hui bien souvent des études supérieures ou une formation prolongée avant de rentrer sur le monde du travail. Ainsi, la prolongation de la prise en charge financière de l'éducation des enfants au-delà de la majorité se justifie.

Toutefois, l'obligation d'entretien est critiquable en ce que l'étude de la jurisprudence met en évidence la diversité des critères utilisés pour motiver son maintien au-delà de la majorité de l'enfant. Or, le fait qu'elle ne soit pas maintenue uniquement dans des hypothèses

¹ Art. 207, al. 2, C. civ.

de poursuite d'études conduit à une confusion importante entre cette obligation et l'obligation alimentaire classique.

De plus, il est traditionnellement fait découler de l'absence de réciprocité de l'obligation d'entretien, que la charge de la preuve de la cessation de la situation de besoin de l'enfant pèse sur le parent. Pourtant, si cette règle de preuve se comprend tout à fait tant que l'enfant est mineur, il en va différemment une fois que l'enfant a atteint la majorité, puisqu'il devient plus aisé pour ce dernier d'apporter la preuve de la continuation de ses études. Enfin, dès lors que l'enfant atteint la majorité, l'objectivation totale de l'obligation d'entretien, opérée par l'absence de prise en compte de la qualité du lien affectif, ne se justifie plus par sa vulnérabilité. Il devrait donc être envisagé d'insuffler un minimum de subjectivité dans l'obligation d'entretien, afin de permettre de la pondérer lorsque le comportement de l'enfant le justifie.

Il apparaît donc nécessaire d'une part de clarifier l'obligation d'entretien en précisant le critère justifiant sa prolongation au-delà de la minorité de l'enfant (1) et, d'autre part, de nuancer la protection qu'elle confère à l'enfant en inversant la charge de la preuve et en permettant la prise en compte du comportement de l'enfant afin de pouvoir l'écarter lorsque cela apparaît opportun (2).

1 - La nécessité de clarifier le critère de prolongation au-delà de la minorité

370. L'étude de la jurisprudence permet de mettre en évidence une appréhension extensive de l'obligation d'entretien, celle-ci étant étendue au-delà de la majorité de l'enfant à de nombreuses hypothèses dans lesquelles l'enfant ne poursuit pas d'études. Il en découle une grande imprécision des raisons permettant de justifier le maintien de cette obligation à la majorité (a).

Compte tenu de la rigueur de cette obligation pour les parents, il apparaît nécessaire de clarifier les cas dans lesquels elle peut être maintenue alors même que l'enfant est majeur. Le fait de restreindre cette obligation à l'égard de l'enfant devenu majeur à l'hypothèse où il continue des études¹ présente l'intérêt de circonscrire sa durée mais aussi de la distinguer de l'obligation alimentaire (b).

¹ Le mot « études » doit ici être entendu dans un sens large comme toute formation ayant pour but d'amener à une profession. Cela ne se réduit donc pas aux seules études universitaires.

a) L'imprécision actuelle du critère due à une appréhension jurisprudentielle extensive

371. Dans un premier temps, le législateur semblait avoir prévu que l'obligation d'entretien avait vocation à ne concerner que l'enfant mineur¹, ce qui avait fait douter la doctrine de la possibilité pour l'enfant devenu majeur d'agir contre son père « *pour demander à être mieux éduqué* »². Mais, par la suite, la jurisprudence – consciente de l'inadéquation de la durée de cette protection avec la réalité des jeunes majeurs qui, en raison de la prolongation de leurs études, restaient souvent dépendants de leurs parents au-delà de l'âge de la majorité – avait étendu l'obligation d'entretien des parents à l'égard de leurs enfants au-delà de la majorité lorsqu'ils restaient dans l'impossibilité de pourvoir à leurs besoins³. Ce choix jurisprudentiel a finalement été expressément prévu au second alinéa de l'article 371-2 du Code civil en 2002⁴. Cet article dispose désormais que « *chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que les besoins de l'enfant. Cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur* ».

L'obligation d'entretien peut, par conséquent, perdurer au-delà de la majorité de l'enfant, alors même que l'autorité parentale aura cessé. La jurisprudence le rappelle très régulièrement⁵.

Toutefois le critère justifiant la prolongation de l'obligation d'entretien au-delà de la majorité n'est pas spécifié. S'il apparaît clair que l'obligation d'entretien perdure le temps que l'enfant termine ses études, la jurisprudence a eu tendance à étendre l'obligation d'entretien à d'autres hypothèses, semant ainsi le doute sur son objet.

372. Il est tout d'abord communément accepté que l'obligation d'entretien perdure lorsque l'enfant continue ses études au-delà de l'âge de la majorité lorsqu'il ne peut pas lui-même subvenir à ses besoins⁶. Toutefois la jurisprudence limite l'obligation d'entretien aux cas

¹ Dans ce sens, V. par ex. P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille, op. cit.*, p. 1219, n° 311.52.

² DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, vol. IV, n° 9, cité in J. PRADEL, « L'obligation pour les parents d'entretenir un enfant au-delà de sa majorité pour lui permettre de continuer ses études », *JCP* 1966, I, 2038.

³ V. par ex. *Civ. 2^e*, 7 mars 1962, Bull. civ. II, n° 272, p. 191 ; *CA Paris*, 17 juin 1965 ; *D.* 1966, p. 273 ; *Civ. 2^e*, 18 mai 1967 ; *D.* 1967, p. 633 ; *Civ. 2^e*, 8 février 1989, n° 87-17.771, Bull. 1989, II, n° 32, p. 16 ; *Defrénois* 1989, 34625, note Massip. Dans ce sens, V. également : J. HAUSER, « Jeunes majeurs et vieux mineurs », in *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein. Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruylant Bruxelles, 1998, pp. 315-316.

⁴ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

⁵ *Civ. 1^{re}*, 12 mai 2010, n° 08-21.112 ; *RJPF* n° 9, 1^{er} septembre 2010.

⁶ Un certain nombre d'articles de doctrine reprennent la jurisprudence, très abondante dans la matière. V. par ex. M.-J. GEBLER, « L'obligation d'entretien des parents à l'égard de leurs enfants majeurs qui poursuivent des études », préc. ; J. HAUSER, « L'obligation civile d'entretien du jeune majeur », in *L'enfant, la famille et l'argent*, LGDJ, 1991, pp. 163-174.

où le majeur poursuit des études sérieuses¹, c'est-à-dire des études qui « *correspondent à ses aptitudes et qui sont de nature à lui procurer des perspectives d'emploi* »². Ainsi, la jurisprudence prend notamment en considération la qualité du travail de l'enfant³, ses échecs scolaires et universitaires⁴, ou encore son assiduité⁵. En revanche, dans la mesure où les frais relatifs aux études de l'enfant relèvent de l'obligation d'entretien des parents et non de leur autorité parentale, le choix des études de l'enfant majeur appartient à ce dernier et à lui seul. Ainsi, le fait que les parents ne soient pas consultés et n'aient pas approuvé les choix effectués par le majeur ne doit pas, en principe, avoir de répercussion sur leur obligation d'entretien⁶. Cet argument a pourtant été reçu en 2012 par la Cour d'appel d'Agen pour écarter l'obligation d'entretien du père qui n'avait pas été consulté sur les choix d'études opérés par sa fille⁷. Il aurait en réalité été plus pertinent, dans un tel cas, d'axer l'argumentation sur la mise en cause du sérieux des études poursuivies.

Si l'enfant majeur peut choisir les études de son choix, il semble que l'obligation d'entretien ne puisse jouer que pour des études d'une durée raisonnable, cette limite étant vraisemblablement atteinte lorsque l'enfant obtient « *un diplôme sanctionnant une formation permettant de trouver une situation* »⁸. Ainsi, le financement de la poursuite d'une formation complémentaire telle, par exemple, qu'une spécialisation ou la poursuite d'un nouveau cycle d'étude ne semble pas pouvoir être exigé des parents⁹.

Toutefois, il est parfois difficile de distinguer la frontière qui sépare l'obligation d'entretien de l'établissement de l'enfant¹⁰. L'établissement est pourtant exclu de l'objet de l'obligation d'entretien par l'article 204 du Code civil. Cela signifie que l'obligation des parents de financer l'éducation de leur enfant afin que celui-ci puisse atteindre son autonomie professionnelle et financière ne leur impose pas de verser à ce dernier un capital lui permettant de s'établir¹¹. Pour autant, l'allongement de la durée des études et leur caractère onéreux – il

¹ Dans ce sens, V. Y. FAVIER, « Aide familiale : les temps de la transmission », in *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 388.

² C. NEIRINCK, « Contribution à l'entretien de l'enfant majeur et choix de ses études », *Dr. Fam.* 2012, n° 10, comm. 144 ; Jurisprudence dans ce sens : *Civ. 2^e, 19 octobre 1977* ; *D.* 1978, p. 89 ; CA Paris, 18 mai 2006 ; *RTD civ.* 2006, p. 751, obs. Hauser ; CA Rouen, 19 mai 2011 : JurisData n° 2011-013240.

³ *Civ. 2^e, 20 octobre 1980* ; *JCP* 1981, II, 1965, *op. cit.*

⁴ CA Dijon, 19 octobre 2007, n° 07/00306 ; *Dr. Fam.* 2008, comm. 93, note Burgard.

⁵ CA Bordeaux, 27 septembre 1994, n° 93/004626

⁶ Dans ce sens, V. C. NEIRINCK, « Contribution à l'entretien de l'enfant majeur et choix de ses études », préc.

⁷ CA Agen, 19 avril 2012, n° 11/00855 : JurisData n° 2012-012142 ; *Dr. Fam.* 2012, n° 10, comm. 144.

⁸ Y. DELECRAZ, « L'aide des parents envers les enfants - . - Le financement des études supérieures et la mise à disposition d'un logement », *JCP N* 26 avril 2013, n° 17, p. 1114, n° 107.

⁹ *Civ. 2^e, 26 novembre 1970* ; *D.* 1971, somm., p. 104.

¹⁰ Y. DELECRAZ, « L'aide des parents envers les enfants - . - Le financement des études supérieures et la mise à disposition d'un logement », préc.

¹¹ V. F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille, op. cit.*

est notamment possible de penser aux écoles de commerce – peut parfois conduire les parents à déboursier des sommes très importantes pour augmenter les chances de leurs enfants de trouver un emploi. Le montant de cet investissement parental, en vue du futur professionnel de leur enfant, est alors peu différent de celui du capital qui pourrait être versé à un enfant dans le but que ce dernier s'installe comme artisan. Cette contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant s'apparente alors davantage à « *un entretien à fin d'établissement* »¹ qu'au traditionnel entretien de l'enfant. Bien entendu, il ne pourra en aller ainsi pour la plupart des enfants faute de ressources parentales suffisantes.

373. Mais la jurisprudence va parfois plus loin en étendant la prolongation de l'obligation d'entretien alors même que l'enfant a terminé ses études. Il est ainsi possible de lire que l'obligation d'entretien vise « *tout ce qui est nécessaire pour que l'enfant acquière une autonomie professionnelle* »². Il serait donc possible de penser que l'obligation d'entretien perdure, même après que l'enfant a fini ses études, tant qu'il n'a pas trouvé un emploi lui permettant de subvenir lui-même à ses besoins. Pour autant, soumettre la cessation de l'obligation d'entretien à l'indépendance financière de l'enfant pourrait avoir pour conséquence une prolongation indéfinie de cette obligation. C'est la raison pour laquelle, si l'indépendance financière de l'enfant marque de façon certaine la fin de l'obligation d'entretien, cette obligation peut également cesser alors même que l'enfant n'a pas atteint son indépendance financière. Ainsi, la jurisprudence estime généralement qu'une fois les études de l'enfant terminées, l'obligation d'entretien ne s'impose plus aux parents si l'enfant se trouve au chômage ; c'est alors l'obligation alimentaire qui s'applique³. Certaines juridictions ont toutefois estimé que l'enfant pouvait continuer à bénéficier de l'obligation d'entretien tant qu'il n'a pas trouvé un premier emploi lui permettant de subvenir lui-même à ses besoins⁴. Il semblerait donc l'obligation d'entretien puisse se prolonger au-delà de la majorité de l'enfant même s'il ne fait pas d'études, mais uniquement pendant un délai raisonnable lui laissant le temps de trouver un premier emploi⁵. Mais, si cette période s'éternise, l'obligation d'entretien est alors écartée au profit de l'obligation alimentaire. A plus forte raison, il est certain qu'une

¹J. HAUSER, « L'établissement et l'entretien des enfants majeurs : une famille à titre onéreux ? », *Defrénois* 30 novembre 1999, n° 22, p. 1217.

²Y. FAVIER, « Aide familiale : les temps de la transmission », *op. cit.*, p. 388.

³CA Paris, 29 mars 1985 ; *D.* 1986 ; CA Poitiers, 19 novembre 1986 ; *RDSS* 1987, 667, note Monéger.

⁴CA Paris, 26 avril 1994, n° 92-155 11 ; *RTD civ.* 1994, 582, obs. Hauser ; *Civ. 1^{re}*, 9 février 2011, n° 09-71.102 ; *RLDC* n° 81, 1^{er} avril 2011, note J. G.

⁵CA Paris, 29 octobre 1984, *JurisData* n° 026458 ; CA Paris, 12 mars 1987 ; *JurisData* n° 020913 ; CA Nancy, 15 janvier 1990, n° 1016/89 ; CA Dijon, 19 octobre 2007, n° 07/00306 ; Dans ce sens, V. également : G. CORNU, *Droit civil. La famille, op. cit.*, p. 217, n° 107.

fois que l'enfant a atteint son indépendance financière, s'il se retrouve par la suite au chômage ou qu'il ne peut plus subvenir à ses besoins pour une autre raison, l'obligation d'entretien est exclue et c'est alors l'obligation alimentaire qui pourra être invoquée¹.

Un arrêt de la deuxième chambre civile du 27 janvier 2000 sème toutefois le doute sur la durée pendant laquelle l'obligation d'entretien peut jouer. En l'espèce, l'enfant ne poursuivait pas d'études supérieures mais la Cour de cassation a malgré tout refusé d'écarter l'obligation d'entretien au motif que le père n'apportait pas la preuve que l'enfant occupait « *un emploi régulier lui permettant de subvenir seule à ses besoins* »². Cet arrêt semble donc soumettre la cessation de l'obligation d'entretien à trois conditions, à savoir : l'obtention d'un emploi, que cet emploi soit suffisamment rémunérateur et enfin qu'il s'agisse d'un emploi régulier. La question du sens de l'expression « emploi régulier » se pose alors³.

La jurisprudence va même encore plus loin en étendant l'obligation d'entretien à tous les enfants dans le besoin⁴, notamment lorsque l'enfant reste dépendant financièrement de ses parents en raison d'une maladie⁵, d'un handicap⁶, ou de graves difficultés psychologiques⁷.

374. Cette « *conception extensive* »⁸ de l'obligation d'entretien par la jurisprudence entraîne une grande incertitude concernant aussi bien son objet que sa durée. Il apparaît par conséquent nécessaire de clarifier le critère justifiant la prolongation de l'obligation d'entretien lorsque l'enfant est majeur afin de préciser sa durée mais aussi de la distinguer de l'obligation alimentaire.

b) L'intérêt de la fixation du critère de la continuation des études : délimitation de la durée et distinction de l'obligation alimentaire

375. La difficulté rencontrée pour appréhender l'obligation d'entretien à la lecture de la jurisprudence semble finalement témoigner de la quête par les magistrats de la « *vertu*

¹CA Riom, 28 janvier 1997, n° 96/1082. Sur le changement de fondement de la créance alimentaire chez le jeune adulte V. M. REBOURG, « Le changement de fondement de la créance alimentaire », *LPA*, 24 juin 2010, n° 125, p. 15.

²Civ. 2^e, 27 janvier 2000, n° 96-11.410, Bull. 2000, II, n° 17, p. 11 : JurisData n° 2000-000244 ; *Dr. Fam.* 2000, comm. 73, note Chabault ; *RJPF*, avril 2000, p. 53, note Valory.

³Dans ce sens, V. par ex. C. CHABAULT, « La notion d'emploi régulier ou le maintien de la contribution à l'entretien », *Dr. Fam.* 2000, n° 6, comm. 73.

⁴Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille, op. cit.*, pp. 800, n° 1783.

⁵Civ. 1^{re}, 3 juin 1980, n° 78-15.744, Bull. civ. I, n° 171.

⁶CA Montpellier, 7 novembre 1989 : JurisData n° 003470 ; CA Paris, 1^{er} décembre 1989 : JurisData n° 026729.

⁷CA Paris, 22 février 1983 ; *D.* 1983, inf. rap., p. 450, obs. Bénabent.

⁸Y. DELECRAZ et M. CHETAÏLLE, « Le financement par les parents des études supérieures de leurs enfants », *JCP N*, 6 mai 2011, n° 18, p. 1154 ; Y. DELECRAZ et M. CHETAÏLLE, « Les obligations légales en matière d'aide financière parentale », *RJPF*, 1^{er} juin 2011, n° 6.

aristotélicienne du « juste milieu » »¹, cette recherche les incitant à apprécier la situation au cas par cas. La subjectivité ici insufflée n'est pas opportune car elle conduit à des solutions confuses, si ce n'est contradictoires. De plus, elle ne se justifie pas par la situation de vulnérabilité de l'enfant. En effet, la protection contre l'état de besoin que la jurisprudence cherche à garantir en maintenant l'obligation d'entretien tant que l'enfant n'a pas atteint l'indépendance financière, que ce soit parce qu'il n'a pas encore trouvé d'emploi ou parce que son état de santé l'en empêche, relève en réalité davantage de l'obligation alimentaire.

376. La jurisprudence opère ainsi une confusion entre ces deux obligations². En effet, maintenir l'obligation d'entretien tant que l'enfant n'a pas trouvé d'emploi conduit finalement à appliquer l'obligation d'entretien alors que l'enfant majeur a terminé ses études et n'a, par conséquent, plus besoin de l'aide de ses parents pour les financer. L'enfant n'a alors plus besoin d'une aide à vocation éducative mais uniquement d'aliments³. Or, l'enfant majeur peut, dans ce cas, faire jouer l'obligation alimentaire. La confusion entre les deux obligations est alors complète. Le raisonnement est similaire pour l'obligation d'entretien maintenue en raison d'une maladie car la prise en charge financière des parents ne vise alors pas du tout son éducation⁴. Simplement, les besoins de l'enfant comprennent alors ses frais médicaux, ce qui ne saurait être exclu de la prise en charge résultant de l'obligation alimentaire⁵.

Ainsi, une clarification de l'objet de l'obligation d'entretien permettrait de faire cesser la confusion entre cette obligation et l'obligation alimentaire classique. La continuation de l'obligation d'entretien ne se justifierait alors au-delà de la majorité que tant que l'enfant poursuit des études. Une telle acception de la notion d'entretien semble conforme à sa conception classique dans la mesure où, contrairement à l'obligation alimentaire qui a pour vocation de venir en aide aux membres de la famille dans le besoin, l'obligation d'entretien vise l'entretien et l'éducation de l'enfant. Or, si entretien et éducation vont de pair durant la minorité de l'enfant, au-delà, la continuation de l'entretien se justifie par la continuation de l'éducation. « *L'obligation d'éducation prend alors le pas sur l'autre qui progressivement n'en*

¹R.W. RICHARD OUEDRAOGO, *La notion de devoir en droit de la famille*, Bruylant, 2014, p. 413, n° 789.

² Pour une illustration de la confusion que fait parfois la jurisprudence entre ces deux obligations : CA Limoges, 21 mars 2017, n° 16/00164 : JurisData n° 2017-005402 ; *Dr. fam.* 2017, n° 9, comm. 178, note Neirinck.

³ Dans ce sens, V. Y. DELECRAZ et M. CHETAILLE, « Le financement par les parents des études supérieures de leurs enfants », préc.

⁴ Dans ce sens, V. CA Paris, 22 février 1983 ; *D.* 1983, IR 450, obs. Bénabent. Dans ce sens, V. également : J. HAUSER, « L'obligation civile d'entretien du jeune majeur », *op. cit.*, p. 174 ; M. BURGARD, « Les circonstances dans lesquelles le jeune majeur bénéficie de l'obligation d'entretien », *Dr. Fam.* 2008, n° 7-8, comm. 93 ; A. GANZER, « L'entretien de l'enfant majeur », in *Droit de l'enfant et de la famille. Hommage à M.-J. Gebler*, Presses universitaires de Nancy, 1998, p. 139.

⁵ cf. *supra* §365.

*devient plus qu'un moyen parce que, peu à peu, l'obligation d'entretien se tend vers sa propre destruction : assurer l'indépendance économique du jeune majeur à travers l'essor optimum de l'obligation d'éducation »*¹. L'objectif éducatif de l'obligation d'entretien devrait donc constituer le discriminant permettant de distinguer laquelle de l'obligation d'entretien ou de l'obligation alimentaire de l'article 205 du Code civil est applicable².

377. Si les incertitudes sur l'objet et la durée de l'obligation d'entretien de l'enfant majeur sont critiquables, clarifier ces points ne suffit pas. Il apparaît également nécessaire d'ouvrir la possibilité de nuancer cette obligation car, dès lors que l'enfant est majeur, la vulnérabilité liée à son jeune âge ne justifie plus l'objectivation totale de cette obligation.

2 - La nécessité de nuancer la protection de l'enfant majeur

378. L'obligation d'entretien de l'enfant majeur devrait d'abord être nuancée en inversant la charge de la preuve de la continuation des études de l'enfant. En effet, dès lors que l'enfant devient majeur, la cessation de la vulnérabilité liée à son âge et l'impossibilité de présumer la continuation des études, devraient conduire à faire peser la charge de la preuve sur l'enfant majeur et non plus sur son parent (a).

En outre, la cessation de la vulnérabilité liée au jeune âge de l'enfant ne justifie plus l'absence totale de prise en compte de la situation familiale et affective. L'objectivation de cette obligation ne se justifiant pas, cela devrait conduire à insuffler une certaine subjectivité dans cette obligation. Cette subjectivisation pourrait prendre la forme d'une prise en compte du comportement de l'enfant. Comme en matière d'obligation alimentaire, il pourrait être envisagé d'exonérer le parent de son obligation lorsque le comportement grave de l'enfant le justifie (b).

a) L'inversion de la charge de la preuve de la continuation des études

379. En matière d'obligation d'entretien, il revient en principe au parent qui souhaite mettre fin à son obligation d'apporter la preuve que l'enfant peut subvenir seul à ses besoins, ou que lui-même n'est plus en mesure de verser de contribution en raison d'une modification de ses ressources. Durant la minorité de l'enfant le fait que la charge de la preuve pèse sur le débiteur d'aliments ne souffre pas la critique puisque la vulnérabilité due au jeune âge de l'enfant fait présumer son état de besoin.

¹J. HAUSER, « L'obligation civile d'entretien du jeune majeur », *op. cit.*, p. 166.

²M. CAMASSES, *Essai sur la modernisation de l'obligation d'entretien*, *op. cit.*, p. 188, n° 286.

À l'inverse, dès lors que l'enfant atteint la majorité le fait de continuer à faire peser la charge de la preuve sur le parent devient plus critiquable. En effet, il est alors bien plus aisé pour le parent ayant la charge principale de l'enfant, ou pour l'enfant majeur lui-même, d'apporter la preuve de la continuation des études et de la situation de besoin¹. Ceci est d'autant plus vrai que le fait qu'il soit exigé du parent l'exécution de son obligation d'entretien suppose qu'il n'ait pas spontanément rempli cette obligation. Il est, par conséquent, fort possible que sa relation affective avec l'enfant soit très détériorée, voire même qu'il n'ait plus aucun contact avec ce dernier. Faire peser sur ce parent la charge de la preuve de la cessation de l'état de besoin de l'enfant apparaît donc totalement inadapté.

380. L'inopportunité de la rigueur de cette solution se ressent d'ailleurs en jurisprudence, les magistrats ayant visiblement du mal à faire peser la charge de la preuve de façon systématique sur le parent de l'enfant devenu majeur. La question s'est d'ailleurs posée en doctrine de savoir si la Cour de cassation n'opérerait pas une distinction selon que la pension dont la cessation des versements est souhaitée avait été demandée par le parent qui a la charge de l'enfant majeur, ou que la pension avait été demandée directement par l'enfant majeur². En effet, bien que la jurisprudence admette très majoritairement que, lorsque la pension alimentaire est versée dans les mains du parent ayant la charge de l'enfant, il revient au parent débiteur de l'obligation de prouver que l'enfant peut vivre de façon autonome³, en 2002 un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation a fait peser la charge de la preuve sur le parent ayant l'enfant à charge⁴ et réclamant le versement de la contribution à l'entretien de ce dernier.

¹Dans ce sens, V. J. MASSIP, « Charge de la preuve en cas de demande de suppression de la contribution à l'entretien d'un enfant majeur », *LPA*, 11 septembre 2009, n° 182, p. 12 ; B. F., « Obligation d'entretien post-majoritaire : revirement concernant la charge de la preuve », *AJ fam.* 2002, p. 379.

²Dans ce sens, V. Y. DELECRAZ et M. CHETAILLE, « Le financement par les parents des études supérieures de leurs enfants », préc.

³*Civ. 2^e*, 8 février 1989, n° 87-17.771, Bull. 1989, II, n° 32, p. 16 ; *D.* 1990, p. 185, obs. Bénabent ; *Civ. 2^e*, 29 mai 1996, n° 94-20.511, Bull. 1996, II, n° 115, p. 72 ; *D.* 1997, 455, note Bourgault-Coudeville ; *Civ. 2^e*, 27 janvier 2000, n° 96-11.410, Bull. 2000, II, n° 17, p. 11 ; *Dr. Fam.* 2000, n° 73, note Chabault ; *Civ. 1^{re}*, 22 février 2005, n° 02-17.135, Bull. 2005, I, n° 94 ; *RTD civ.* 2005, p. 379, obs. Hauser ; *AJ fam.* 2005, p. 243, obs. Chénéde ; *Civ. 1^{re}*, 14 février 2006, n° 05-11.001, Bull. civ. I, n° 64, p. 64 ; *Dr. Fam.* 2006, n° 88, note Murat ; *Civ. 1^{re}*, 20 juin 2006, n° 05-17.475, Bull. 2006, I, n° 312, p. 270 ; *RTD civ.* 2006, p. 740, note Hauser ; *Civ. 1^{re}*, 12 décembre 2006, n° 05-11.945, Bull. 2006, I, n° 543, p. 483 ; *RTD civ.* 2007, p. 96, note Hauser ; *Civ. 1^{re}*, 9 janvier 2008, n° 06-19.581, Bull. 2008, I, n° 1, p. 1 ; *JCP G* 2008, II, 10064, note Bazin ; *Dr. Fam.* 2008, comm. 35, comm. Murat ; *Civ. 1^{re}*, 7 novembre 2012, n° 12-17.394, Bull. 2012, I, n° 231 ; *RTD civ.* 2013, p. 96, note Hauser ; *Civ. 1^{re}*, 14 janvier 2015, n° 13-25.139 ; *Civ. 1^{re}*, 28 janvier 2015, n° 14-10.440 ; *L'essentiel Droit de la famille et des personnes*, 15 mars 2015, n° 3, p. 3, note Batteur.

⁴*Civ. 2^e*, 26 septembre 2002, n° 00-21.234, Bull. 2002, II, n° 192, p. 152 ; *AJ fam.* 2002, p. 379, obs. F. B. ; *Defrénois* 2003, p. 613, obs. Massip ; *RTD civ.* 2003, p. 74, obs. Hauser ; *JCP G* 2003, I, 101, n° 8, obs. Berthet ; *JCP G* 2003, II, p. 10093, note Hocquet-Berg ; *RJPF* 2002, n° 12, p. 33, obs. Valory.

À quelques reprises, la Cour de cassation a également pu juger qu'il revenait à l'enfant de démontrer la persistance de son état de besoin lorsque la pension alimentaire est directement versée dans ses mains¹. S'est donc posée la question de savoir s'il s'agissait d'un revirement de jurisprudence ou d'une solution divergente isolée, comme semble l'être celle du 26 septembre 2002 faisant peser la charge de la preuve sur le parent ayant l'enfant majeur à charge². La Cour de cassation a confirmé le caractère isolé de cette solution en 2008³ puis, plus récemment, en 2018⁴.

Il n'en demeure pas moins que les hésitations de la jurisprudence sur ce point témoignent du caractère inadapté de cette solution. Cela se ressent également dans certains arrêts dans lesquels les juges du fond mettent en avant l'absence d'effort de l'enfant majeur pour trouver un emploi et améliorer sa situation pour justifier l'exclusion de l'obligation d'entretien⁵. Cela montre bien l'incohérence de l'appréhension de l'obligation d'entretien puisqu'il est ici attendu de l'enfant majeur qu'il prouve que sa situation de besoin ne lui est pas imputable. C'est donc bien parfois sur lui que pèse la charge de la preuve. Cette solution gagnerait à être systématisée.

381. L'obligation d'entretien pesant sur les parents de l'enfant majeur mériterait d'être nuancée encore davantage que par l'inversion de la charge de la preuve. Le comportement de l'enfant devrait également être pris en considération afin de pouvoir nuancer, ou même exclure, cette obligation parentale lorsque cela paraît opportun.

b) La prise en compte du comportement de l'enfant

382. Ainsi que cela a été souligné, le législateur n'a prévu la possibilité de prendre en compte le comportement de l'enfant que dans le cadre de l'obligation alimentaire classique⁶. Pourtant, la possibilité de nuancer l'obligation d'entretien apparaît tout aussi pertinente. En réalité, elle l'est même davantage.

¹Civ. 1^{re}, 8 avril 2009, n° 08-13.161 ; *Dr. Fam.* 2009, n° 92, note Murat ; *LPA* n° 182, 11 septembre 2009, p. 12, note Massip.

²N. KILGUS, « Disparition des besoins de l'enfant majeur et charge de la preuve », *Dalloz actualité*, 20 novembre 2012.

³Civ. 1^{re}, 9 janvier, 2008, n° 06-19.581, Bull. 2008, I, n° 1, p. 1 : JurisData n° 2008-042167 ; *Dr. Fam.* 2008, comm. 35, Murat.

⁴Civ. 1^{re}, 27 juin 2018, n° 17-20.934 : JurisData n° 2018-011341 ; *Dr. Fam.* 2018, n° 10, note Molière.

⁵V. par ex. : CA Douai, 15 mars 2001 ; *D.* 2002, 1875, obs. Bourgault-Coudeville. Dans ce sens, V. également : Civ. 2^e, 29 mai 1996, n° 94-20.916, Bull. civ. II, n° 114, p. 71 ; *D.* 1997, 455, note Bourgault-Coudeville ; CA Versailles, 27 novembre 1992 ; *Gaz. Pal.* 1993, I, somm. p. 164.

⁶cf. *supra* §351 et s.

En effet, l'objectivation d'une obligation parentale n'est pas nécessairement problématique si elle se justifie. Or, l'obligation alimentaire intervient lorsque l'enfant se trouve dans une situation de vulnérabilité liée à son état de besoin. L'absence de prise en compte de la qualité du lien affectif unissant le parent et l'enfant pourrait alors parfaitement se justifier. Pourtant, ce n'est pas le choix qui a été fait par le législateur puisque celui-ci donne la possibilité au juge d'écarter ou de réduire l'obligation d'entretien lorsqu'il estime que le manquement grave de l'enfant le justifie.

383. À l'inverse, l'objectivation totale de l'obligation d'entretien de l'enfant majeur ne se justifie, ni par la vulnérabilité liée à son jeune âge, ni par la vulnérabilité liée à son état de besoin puisque celle-ci peut être compensée par l'obligation alimentaire. Il apparaît alors critiquable que l'accomplissement de l'obligation d'entretien puisse être exigé par l'enfant majeur sans aucune considération pour son comportement vis-à-vis de son parent. Il paraît alors opportun de donner au juge, comme en matière d'obligation alimentaire, la possibilité de prendre en compte d'éventuels manquements graves de l'enfant afin d'écarter ou diminuer l'obligation d'entretien pesant sur le parent.

Exceptionnellement, certains magistrats semblent d'ailleurs consentir à se pencher sur l'existence d'éventuels manquements graves de l'enfant pouvant conduire à le priver de l'obligation d'entretien. Ainsi, dans un arrêt en date du 21 mars 2017, la Cour d'appel de Limoges s'est interrogée sur l'existence d'éventuels manquements graves dans une affaire pour laquelle il est difficile de savoir s'il s'agissait d'une obligation d'entretien ou d'une obligation alimentaire, puisque les motifs de la Cour se basaient aussi bien sur l'article 203 du Code civil, que sur les articles 205 à 207 du même code relatifs à l'obligation alimentaire¹. D'une part, l'imprécision de cet arrêt illustre parfaitement la confusion qui règne entre l'obligation alimentaire et l'obligation d'entretien². D'autre part, elle est révélatrice du malaise des juges du fond vis-à-vis du caractère inconditionnel de l'obligation d'entretien quel que soit l'âge de l'enfant. En effet, s'il apparaît normal que les parents soient forcés d'assurer l'entretien de l'enfant durant sa minorité quelle que soit la réalité de leurs relations, le fait qu'un enfant devenu majeur puisse exiger le respect de cette obligation sans considération de son comportement est plus discutable.

¹CA Limoges, 21 mars 2017, n° 16/00164 : JurisData n° 2017-005402 ; *Dr. fam.* 2017, n° 9, comm. 178, note Neirinck.

² cf. §376.

Conclusion du chapitre I

384. La prise en charge financière de l'enfant constitue une obligation particulièrement contraignante pour les parents quelle que soit la situation familiale. Peu importe que le parent se soit vu retirer l'autorité parentale, qu'il en soit simplement titulaire ou qu'il vive ou non avec l'enfant. Le simple fait que sa filiation soit établie suffit pour faire peser sur lui l'obligation financière à l'égard de l'enfant.

En raison de sa nature pécuniaire, il est tout à fait possible de la dissocier complètement de la réalité affective. Le législateur exploite totalement ce caractère objectif en imposant la prise en charge financière de l'enfant sans considération de la qualité du lien affectif unissant parent et enfant, quel que soit l'âge de l'enfant. La prise en compte de ce lien ne ressurgit finalement que pour écarter l'obligation alimentaire dans des hypothèses où le comportement de l'enfant majeur a joué un rôle particulièrement grave dans la détérioration de ce lien. En dehors de ces manquements graves de l'enfant, qui ne peuvent permettre d'écarter que l'obligation alimentaire, l'obligation financière du parent n'est écartée, plus largement, que dans de très rares hypothèses tenant à des raisons objectives liées à l'impécuniosité des parents ou à l'absence de besoin de l'enfant. La prise en charge financière de l'enfant est donc un aspect de la fonction parentale presque totalement dénué de subjectivité.

385. Cette objectivation presque totale de l'obligation de prise en charge financière de l'enfant se justifie toutefois lorsqu'il se trouve dans une situation de vulnérabilité liée à son jeune âge ou à son état de besoin. À l'inverse, en dehors de ces situations, l'absence totale de prise en compte du lien affectif n'est pas justifiée. Ainsi, l'objectivation de cette obligation se justifie au cours de la minorité de l'enfant en raison de la vulnérabilité liée à son jeune âge. Une fois l'enfant devenu majeur, la situation de vulnérabilité peut perdurer ou réapparaître si l'enfant se trouve dans un état de besoin. L'objectivation de l'obligation alimentaire classique pourrait donc se justifier. Toutefois, le législateur a ici fait le choix, en raison du caractère réciproque de cette obligation, d'insuffler une part de subjectivité au moyen de la prise en compte du manquement grave de l'enfant.

386. En revanche, l'objectivation totale de l'obligation d'entretien de l'enfant majeur ne se justifie pas et cette obligation mérite, à plusieurs égards, d'être nuancée et même clarifiée. En effet, le passage à la majorité constitue un changement juridique majeur qui n'a pourtant actuellement que peu de prise sur l'obligation d'entretien, le parent souhaitant mettre fin à

l'obligation d'entretien devant apporter la preuve de la cessation de l'état de besoin de l'enfant. Pourtant, le parent auquel l'obligation financière est judiciairement exigée se trouve, au mieux, dans une situation de conflit avec l'enfant. Il est même possible qu'il n'entretienne plus avec lui aucun rapport. Il semble donc extrêmement critiquable d'exiger de sa part la preuve négative de la cessation de l'état de besoin d'un enfant avec qui il entretient, au mieux, des relations conflictuelles. Ce parent semble finalement être traité plus durement que l'autre. En effet, le parent qui conserve des liens affectifs avec son enfant dispose de fait d'un droit de regard sur les études poursuivies par l'enfant, il peut le conseiller, tenter d'orienter ses choix. De plus, une fois l'enfant devenu majeur, le droit ne régit plus leurs rapports, l'autorité parentale ayant pris fin. À l'inverse, en dépit de la majorité de l'enfant, le droit ressurgit dans les rapports entre le parent duquel est exigée une contribution à l'entretien de l'enfant majeur et ce dernier. Le lien de filiation prend alors une épaisseur qui n'existe pas avec le parent avec lequel l'enfant entretient des relations apaisées.

Le fait de ne pas prendre en considération le comportement de l'enfant devenu majeur à l'égard du parent duquel il exige la continuation de l'obligation d'entretien apparaît alors critiquable. Il semblerait opportun de marquer nettement la distinction entre majorité et minorité en inversant la charge de la preuve à compter de la majorité de l'enfant et en écartant l'obligation parentale, comme en matière d'obligation alimentaire, en cas de manquements graves de l'enfant majeur à l'égard de son parent.

De plus, afin de délimiter plus clairement l'obligation d'entretien et d'éviter sa confusion avec l'obligation alimentaire, il apparaît souhaitable d'en restreindre l'application au-delà de la majorité de l'enfant à la seule hypothèse de continuation des études. Dans tous les autres cas, telle que la maladie de l'enfant par exemple, l'obligation alimentaire peut être invoquée.

387. Le rejet de la prise en compte du lien affectif par le législateur se retrouve également dans les autres aspects objectifs de la fonction parentale. En effet, la transmission du nom aussi bien que la transmission du patrimoine étant également dissociables de la qualité du lien affectif, le législateur français a fait le choix d'une objectivation presque totale. Ainsi, il rend presque impossible le refus de la transmission, quelle que soit la réalité affective de la relation parent-enfant.

Chapitre II - Le refus de la transmission

388. « *À la croisée des chemins entre soi et les autres et parce qu'il est porteur d'une histoire* »¹, le nom de famille constitue en quelque sorte le premier patrimoine de l'individu. L'un des premiers actes attachés à la fonction parentale est, en effet, de nommer l'enfant qui vient de naître en lui choisissant un prénom, mais également en choisissant le nom ou les noms de famille qui lui seront transmis. De façon symétrique, au terme de la vie du parent, le dernier acte attaché à la fonction parentale est la transmission du patrimoine à son enfant. Une valeur symbolique très forte lui est traditionnellement attachée et cette transmission est, encore aujourd'hui, considérée comme l'une des fonctions essentielles de la famille². En effet, « *tout héritage a une valeur symbolique, atteste que vous êtes reconnu comme étant dans la famille, de la famille* »³.

De même que la prise en charge financière de l'enfant, ces aspects de la fonction parentale peuvent être qualifiés d'objectifs car ils peuvent être totalement dissociés de la réalité du lien affectif et, par conséquent, être imposés au parent.

389. Si une objectivation totale est possible, cela ne signifie pas qu'il doive nécessairement en aller ainsi. Ainsi, la législation de certains États conçoit davantage le choix du nom de l'enfant et la transmission du patrimoine comme des attributs de l'autorité parentale que comme des éléments découlant uniquement du lien de filiation⁴. Une telle conception conduit à laisser davantage de place à la volonté parentale et, par conséquent, à l'expression de la situation familiale et affective.

L'objectivation totale de ces aspects de la fonction parentale, comme en matière de prise en charge financière, doit être justifiée. En matière de transmission du patrimoine, cette justification pourrait se trouver dans l'aspect symbolique fort qui peut être attaché à la transmission de biens familiaux aux générations futures, ou en raison de la situation de vulnérabilité de l'enfant liée à son jeune âge ou à son état de besoin. En matière de nom, la question se pose en des termes différents car le nom est transmis à la naissance de l'enfant. Or,

¹J.-D. SARCELET et N. BAILLON-WIRTZ, « L'état civil à l'épreuve d'une identité sociale », *in Études offertes à Jacques Combret*, Defrénois, 2017, p. 19.

²Dans ce sens, V. C. PÉRÈS, « Les successions à l'heure des nouvelles mutations de la famille », *in La famille en mutation. Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2014, p. 174 ; R. LE GUIDEC, « Regards sur les fonctions économiques de la famille », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Dalloz, LexisNexis éd., 2012, p. 299.

³J. CARBONNIER, *Droit civil I. La famille*, coll. Thémis droit, Quadrige / PUF, 1989, p. 939.

⁴Sur ce point V. par ex. : F. BOULANGER, *Autorité parentale et intérêt de l'enfant. Histoire, problématique, panorama comparatif et international*, coll. Coup de coeur, Edilivre aParis, 2008, p. 105.

si le refus parental s'exprime de façon si précoce, il se traduit par le non-établissement de la filiation, ce qui exclut la transmission du nom à l'enfant. C'est donc davantage la possibilité de modifier ultérieurement le nom initialement transmis qui pose question. La justification du maintien du nom en dépit de l'absence de lien affectif peut alors se justifier par le fort sentiment d'identité qui y est attaché.

390. Pourtant, le législateur a, ici encore, fait le choix d'une objectivation très importante en traitant ces aspects de la fonction parentale comme des conséquences directes de la filiation. La qualité du lien affectif est donc presque totalement indifférente. En matière de nom, il en résulte une impossibilité pour le parent de refuser son attribution à l'enfant ainsi qu'une modification ultérieure, et ce quelle que soit la réalité du lien affectif qui les unit. Si le nom du parent peut parfois ne pas être attribué à l'enfant ou être ultérieurement modifié, cela ne traduit jamais un refus parental car le législateur n'a tout simplement pas pensé ainsi les règles d'attribution du nom. En matière de transmission du patrimoine, l'objectivation entraîne une impossibilité pour le parent de priver l'enfant d'une portion importante de son patrimoine. En effet, l'atteinte à la réserve héréditaire demeure presque impossible, quelle que soit la réalité affective de la relation parent-enfant et alors même que les modifications successives du droit patrimonial lui ont, en pratique, fait perdre beaucoup de sa valeur symbolique, puisque la transmission du patrimoine n'est désormais plus assurée qu'en valeur.

Ainsi, bien que la prise en compte du lien affectif affleure de façon très résiduelle en matière de transmission, le législateur n'admet que très rarement que cette mission de transmission attachée à la fonction parentale puisse être refusée par les parents, ce qui conduit à l'impossibilité du refus du nom (Section 1) et à une possibilité très limitée de refuser la transmission du patrimoine (Section 2).

Section 1 - L'impossible refus de la transmission du nom

391. Si le choix du nom a longtemps été très strictement encadré, il est aujourd'hui de plus en plus laissé à la volonté des intéressés, aussi bien lors de son attribution initiale qu'ultérieurement. En effet, le principe du nom patronymique a fait place à une liberté dans le choix du nom et son immutabilité de principe est désormais tempérée dans un certain nombre

d'hypothèses, puisqu'une modification du nom est possible¹. En dépit de cette place croissante laissée à la volonté, la façon dont les règles relatives au nom sont organisées, exclut que la non-attribution du nom de l'un des parents ou sa suppression ultérieure traduisent le refus de l'enfant par l'un des parents. La seule volonté est donc impuissante à priver l'enfant de son nom.

En revanche, une rupture de la filiation unissant le parent à l'enfant peut avoir pour conséquence la suppression du nom du parent dont la filiation a été rompue. Ainsi, lorsque le refus de l'enfant par le parent se traduit par une rupture de la filiation, cela peut corrélativement priver l'enfant du nom du parent qui le refuse. La suppression du nom du parent constitue alors une marque additionnelle du refus parental.

Ainsi, malgré une place croissante laissée à la volonté parentale, l'objectivation du nom demeure très importante puisque la seule volonté du parent demeure impuissante à priver l'enfant de son nom afin de traduire son refus (§1). L'absence de lien affectif n'est donc pas prise en compte. La rupture de la filiation demeure la seule possibilité pour le parent de priver un enfant de son nom (§2).

§1 - La seule volonté impuissante à priver l'enfant de son nom

392. Le législateur, en laissant plus de place à la volonté des parents dans le choix du nom de leur enfant, n'a pas pour autant consacré une liberté totale en la matière. S'il permet de ne pas donner son nom à un enfant alors même que sa filiation est établie, ou de supprimer ultérieurement le nom de l'un des parents en modifiant le nom initialement attribué, la façon dont cette faculté est ouverte exclut qu'elle puisse être la traduction d'un refus.

En effet, aussi bien la non-attribution lors du choix initial du nom de l'enfant (A) que la suppression ultérieure du nom de l'un des parents (B) sont incompatibles avec la traduction d'un refus parental.

A - L'exclusion du nom de l'un des parents *ab initio* incompatible avec la traduction d'un refus

393. Avec la consécration de l'immutabilité du nom durant la Révolution², l'attribution du nom a longtemps été marquée par l'absence de place laissée à la volonté des

¹ Dans ce sens, V. M. HERZOG-EVANS, « Autonomie de la volonté et nom. Un plaidoyer », *RRJ* 1997, n° 1, p. 55 ; M. GOBERT, « Le nom ou la redécouverte d'un masque », *JCP G* 1980, I, 2966 ; J. MASSIP, *Répertoire Deffrénois* 1979, pp. 1127 (notre sous CA Paris, 9 mars 1979).

² Loi du 6 Fructidor an II, confirmée par celle du 11 Germinal an XI.

parents¹. En effet, le principe était celui de l'attribution du nom patronymique, autrement dit du nom du père, lorsque l'enfant était légitime mais également lorsque la filiation de l'enfant naturel était établie simultanément à l'égard de ses père et mère. Par conséquent, seul l'enfant naturel pouvait porter le nom de sa mère et uniquement lorsque sa filiation maternelle avait été établie en premier lieu, le principe chronologique s'appliquant alors.

La volonté parentale a par la suite fait une timide percée en 1985², le législateur ouvrant alors la possibilité au parent titulaire de l'exercice de l'autorité parentale de solliciter, à titre d'usage, l'adjonction de son nom à celui porté par l'enfant. Dans l'hypothèse où les deux parents étaient titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, cette adjonction était soumise à l'accord des deux parents ou, en cas de différend, à l'accord du juge aux affaires familiales³. Toutefois, la place laissée à la volonté parentale dans le choix du nom de l'enfant restait très limitée dans la mesure où il ne s'agissait que d'un nom d'usage ne se traduisant par aucune modification de l'état civil et ne pouvant être transmis.

Puis, dans un souci d'égalité entre les hommes et les femmes, la loi de 2002⁴ est venue modifier un droit jugé « *patriarcal et sexiste* »⁵, en faisant disparaître le nom patronymique au profit du nom de famille, et conférer une place bien plus importante à la volonté parentale dans l'attribution du nom de l'enfant. En effet, lorsque la filiation de l'enfant est établie à l'égard des deux parents « *au plus tard au jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément, ces derniers choisissent le nom de famille qui lui est dévolu : soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la*

¹ Pour une remise en cause de l'idée traditionnelle selon laquelle l'immutabilité remontait à une conception ancienne du nom datant de l'Ancien régime V. M. HERZOG-EVANS, « Autonomie de la volonté et nom. Un plaidoyer », préc., p. 56 : l'auteure synthétise la démonstration faite par Anne Lefebvre-Teillard in A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Le nom. Droit et histoire*, PUF, 1990 ; A. GOGOS-GINTRAND, « Le nom et le prénom sont-ils encore des éléments d'identification de la personne ? », in *Personnes et familles du XXI^e siècle*, sous la dir. de J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, coll. Le droit en mouvement, Centre de recherche et d'analyses juridiques éd., 17, p. 18 et s. *Contra* V.Ph. MALAURIE, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, coll. Droit civil, LGDJ, Lextenso, 10^e éd., 2018, pp. 72-73, n° 140.

² Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs.

³ Civ. 1^{re}, 3 mars 2009, n° 05-17.163, Bull. civ. 2009, I, n° 42 : JurisData n° 2009-047352 ; *Dr. Fam.* 2009, n° 5, comm. 57, note Murat ; *JCP G* n° 15, 8 avril 2009, II, 10062, note Garé ; *Procédures* n° 5, mai 2009, comm. 156, note Douchy-Oudot.

⁴ Loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille. Notons que, si c'est ce texte qui a principalement modifié les règles relatives au nom, des modifications et des précisions y ont également été apportées par la loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille, le décret n° 2004-1159 portant application de la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002, l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, la loi de ratification n° 2009-61 du 16 janvier 2009, la circulaire du 25 octobre 2011 (NOR : JUS C1028448C) et, enfin, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe. Sur les apports de ces différents textes V. M.-L. CICLE-DELFOSSÉ, « La dévolution du nom de famille », in *J-CI C. civ.*.

⁵ M. HERZOG-EVANS, « Autonomie de la volonté et nom. Un plaidoyer », préc., p. 61.

limite d'un nom de famille pour chacun d'eux »¹. En cas d'accord entre les parents sur le choix du nom de l'enfant c'est donc leur volonté qui prime et celle-ci peut conduire à l'exclusion du nom de l'un des parents. À l'inverse, en l'absence de déclaration conjointe indiquant le choix opéré par les parents ou en cas de désaccord signalé à l'officier d'état civil, les règles de la dévolution légale trouveront à s'appliquer. Dans la première hypothèse l'enfant prend le nom du premier parent ayant établi sa filiation à son égard ou, en cas d'établissement simultané de ses deux liens de filiation, le nom de son père². En revanche, en cas de désaccord, l'enfant prend le nom de chacun de ses parents, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique³.

394. La volonté joue donc désormais un rôle plus important dans la dévolution du nom de famille. Toutefois, la possibilité d'écarter de façon volontaire le nom de famille de l'un des parents n'apparaît en réalité que lorsque l'enfant dispose d'un double lien de filiation. En effet, le législateur prévoit que dans l'hypothèse où l'enfant n'a de filiation établie qu'à l'égard d'un parent, il prend le nom de ce parent⁴. Dans cette dernière hypothèse il est donc complètement exclu pour le parent unique de priver l'enfant du port de son nom.

À l'inverse, lorsque l'enfant a deux liens de filiation établis au plus tard au jour de sa naissance ou de façon simultanée – en dehors de l'hypothèse où les parents font le choix que l'enfant porte leurs deux noms et de celle d'un désaccord – l'enfant ne portera pas le nom de l'un de ses parents. En effet, en l'absence de choix opéré par les parents sans pour autant qu'un désaccord ait été exprimé, les règles de la dévolution légale conduisent également à exclure un nom : celui de la mère en cas d'établissement simultané des deux liens de filiation et, en cas d'établissements successifs, celui du parent ayant établi sa filiation en second.

395. Au demeurant, le fait que l'enfant ne porte le nom que de l'un de ses parents ne saurait être analysé comme l'expression d'un refus de la part du parent dont l'enfant ne porte pas le nom. En effet, c'est lors de la déclaration de naissance auprès de l'officier de l'état civil que le nom est attribué à l'enfant. Ainsi, le simple fait que les parents disposent d'un choix suppose que la filiation de l'enfant ait été établie et donc, dans la majorité des cas, que les parents acceptent, du moins pour le moment, le statut de parent. En effet, si la double filiation

¹ Art. 311-21, al. 1, C. civ.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ Art. 311-23, al. 1, C. civ.

est établie lors de la déclaration de naissance, cela suppose que la mère n'ait pas accouché sous X et que le père ait reconnu l'enfant.

La seule hypothèse où la filiation pourrait s'imposer si tôt à une personne alors qu'elle ne le souhaiterait pas est celle de l'établissement automatique de la filiation paternelle par le jeu de la présomption de paternité, ce qui suppose que la déclaration de naissance n'ait pas été faite par le mari lui-même¹. Cette dernière hypothèse est d'ailleurs révélatrice de l'impossibilité pour le parent refusant son enfant de lui refuser le port de son nom. En effet, l'établissement de la filiation du fait du jeu de la présomption de paternité est une hypothèse dans laquelle le mari de la femme pourrait en réalité refuser l'enfant, par exemple car il ne s'agit pas de son enfant biologique. Pour autant, du fait de l'établissement automatique de la filiation par le jeu de la présomption de paternité, en l'absence de choix du couple lors de la déclaration de naissance, c'est pourtant son nom qui sera octroyé à l'enfant. De plus, l'expression d'un désaccord ne lui permettrait pas non plus d'empêcher le port de son nom par l'enfant puisque ce dernier prendrait alors le nom de chacun de ses parents dans l'ordre alphabétique.

En définitive, seul un accord entre le mari et son épouse permettrait de n'attribuer que le nom de la mère à l'enfant. En dehors de l'accord de la mère et de son époux sur l'attribution du seul nom de la mère à l'enfant, la seule volonté du mari est donc impuissante à empêcher le port de son nom par l'enfant. À l'inverse, dans toutes les autres hypothèses où la double filiation est établie lors de la déclaration de naissance, le fait que les parents fassent le choix de n'attribuer que le nom de l'un d'eux à l'enfant ne peut traduire un refus de la part du parent dont le nom n'est pas donné à l'enfant puisque la femme – en n'accouchant pas sous X – et le père – en reconnaissant l'enfant – ont montré leur volonté d'être juridiquement reconnus comme les parents de l'enfant. En réalité, un refus de l'enfant qui apparaîtrait si tôt dans la vie de ce dernier ne s'exprimerait pas, de la part du parent, par un refus de le laisser porter son nom mais par un refus d'établir sa filiation et donc un refus du statut de parent² plus qu'un refus lié à la fonction parentale.

396. Ainsi, cette faculté de choix du nom de leur enfant laissée aux parents reste limitée, tout d'abord parce qu'elle n'existe que dans l'hypothèse où la filiation est établie à l'égard des deux parents lors de l'attribution de son nom à l'enfant, ensuite parce que même alors ils ne disposent que d'une possibilité de choix entre différentes options expressément prévues en cas de double filiation. Ils ne peuvent pas, par exemple, décider de ne donner aucun

¹ cf. *supra* §§157 et s.

² cf. *supra* §§114 et s.

de leurs noms à leur enfant puisque le législateur prévoit une solution qui s'imposera à eux en cas d'absence de choix ou de désaccord. De plus, le moment auquel le nom de l'enfant lui est attribué exclut presque complètement la possibilité que le choix du nom d'un seul des parents puisse exprimer un refus de la part du parent dont le nom n'est pas choisi.

Au contraire, les règles relatives à l'attribution du nom ont été prévues de telle façon qu'un conflit opposant deux parents qui souhaiteraient tous deux donner leur nom à l'enfant puisse être aisément résolu. Comme pour beaucoup de règles relatives à l'enfant, les textes semblent avoir été pensés uniquement pour des situations où le conflit serait centré sur le désir de l'enfant et la revendication de liens conformes à la vérité biologique ou symbolique avec ce dernier. C'est, par conséquent, pour l'hypothèse inverse du refus que la législation semble avoir été pensée.

Si le refus des parents de laisser l'enfant porter leur nom ne peut s'exprimer au moment de l'attribution du nom de l'enfant, il est possible de se demander si ce refus peut s'exprimer ultérieurement au moyen d'un changement du nom de l'enfant.

B - L'exclusion du nom de l'un des parents lors du changement de nom incompatible avec la traduction d'un refus

397. En principe, en l'absence de modification de la filiation, le nom attribué à l'enfant est irrévocable. Pour autant quelques exceptions existent, bien qu'elles aient été restreintes. Il est par conséquent possible de se demander si les différentes voies permettant la modification du nom pourraient permettre à un parent de priver l'enfant du port de son nom. Il est d'ores et déjà possible d'exclure la rectification de l'état civil car, bien qu'elle puisse permettre de modifier le nom apparaissant sur l'acte d'état civil, elle vise en réalité à corriger une erreur matérielle¹. Il s'agit par conséquent d'une hypothèse qui exclut *de facto* son utilisation par un parent qui souhaiterait que son enfant cesse de porter son nom.

En revanche, la question ne peut être aussi rapidement tranchée concernant les autres voies permettant la modification du nom. Il sera donc nécessaire de démontrer que le changement en raison de l'accord des deux parents (1) aussi bien que la modification administrative (2) ne sauraient traduire un refus de l'enfant de la part du parent.

¹ Art. 99-1, al. 1, C. civ.

1 - Le changement de nom en raison de l'accord des parents à l'occasion de l'établissement d'un second lien de filiation

398. Il existe une hypothèse où la volonté des deux parents peut conduire à modifier le nom initialement attribué à l'enfant. En effet, lorsque le second lien de filiation n'est établi que postérieurement à l'attribution du nom de l'enfant qui, par conséquent, ne peut être que celui du seul parent ayant établi sa filiation à l'égard de l'enfant à l'origine, « *les parents peuvent, par déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil, choisir soit de lui substituer le nom de famille du parent à l'égard duquel la filiation a été établie en second lieu, soit d'accoler leurs deux noms, dans l'ordre choisi par eux, dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux* »¹. Cette possibilité leur est ouverte durant toute la minorité de l'enfant.

L'accord des parents peut donc conduire à changer le nom de l'enfant, soit en y ajoutant le nom du second parent, soit en le substituant par ce dernier. Si, dans le premier cas, le changement de nom lui permettra de témoigner du nouveau lien de filiation créé tout en conservant le nom initialement donné à l'enfant, dans le second cas, le nom jusque-là donné à l'enfant – qui était la conséquence de sa filiation unilinéaire – est remplacé par le nom du second parent, privant ainsi l'enfant du nom de l'un de ses parents.

399. Pour autant, une telle substitution ne saurait *a priori* traduire un quelconque refus de la part du parent ayant établi sa filiation en premier lieu. En effet, il s'agit en réalité de renforcer symboliquement le nouveau lien juridique créé en second lieu, c'est-à-dire, dans l'immense majorité des cas, celui du père. Comme lorsque le nom du père est le seul nom transmis à l'enfant, c'est « *un peu la couronne que la mère place elle-même sur la tête de son enfant, en affirmation de fidélité et marque de procréation* »². L'hypothèse dans laquelle la mère n'ayant pas accouché sous le secret souhaiterait que l'enfant porte le nom de son père afin de traduire son rejet de l'enfant semble, en effet, peu probable.

Le nom peut également être modifié grâce à une procédure administrative qui permet à toute personne justifiant d'un intérêt légitime d'obtenir l'autorisation de changer de nom par décret³.

¹ Art. 311-23, al. 2, C. civ.

² G. CORNU, *Droit civil. Les personnes*, coll. Domat, Droit privé, Montchrestien, 13^e éd., 2007, p. 136, n° 59. Dans ce sens, V. également : A.-M. LEROYER, « Mariage - Personnes du même sexe - Adoption - Nom - État civil - Livre de famille », *RTD Civ.* 2013, p. 675.

³ Art. 61 C. civ.

2 - La procédure administrative de changement de nom réservée à l'enfant ayant un intérêt légitime à changer de nom : l'affleurement du lien affectif

400. La procédure administrative de changement de nom peut être engagée par l'enfant majeur souhaitant obtenir la modification de son nom. Mais elle peut également l'être au cours de sa minorité par ses parents, en leur qualité de représentants légaux¹.

Le changement de nom est sous le contrôle de l'autorité administrative qui ne l'autorisera que si elle estime que l'enfant a un intérêt légitime à changer de nom. La jurisprudence a pu, par exemple, estimer qu'il y avait un intérêt légitime à changer de nom pour modifier un nom présentant un caractère ridicule² ou à consonance étrangère³, pour retrouver un nom d'origine lorsqu'il a été francisé⁴, pour perpétuer un nom en voie d'extinction ayant été porté par un ascendant⁵.

401. Plus récemment, les magistrats ont fait droit à des demandes de changement de nom en cas de circonstances exceptionnelles pour un motif d'ordre affectif⁶. C'est l'enfant qui doit avoir un intérêt légitime à changer de nom, et non le parent demandeur. Dans ce sens, c'est le motif d'ordre affectif invoqué par ou pour l'enfant qui est retenu par les magistrats.

Cette prise en compte du lien affectif doit être saluée puisqu'elle permet de mettre en adéquation le nom de l'enfant et sa situation familiale et affective. Cela peut avoir une valeur symbolique forte pour celui-ci, puisqu'il est possible qu'il vive douloureusement le fait de porter le nom d'une personne qui, en dépit du lien de filiation, n'a jamais – ou peu – pris soin de lui.

402. Toutefois, cette prise en compte du lien affectif reste très circonscrite puisqu'elle ne peut émaner que de l'enfant majeur ou, durant sa minorité, de son représentant légal. En cas d'exercice conjoint, la demande de modification doit en principe être initiée avec l'accord des

¹ Il s'agit donc uniquement des parents ayant l'administration légale, puisque la représentation du mineur relève de la mission de l'administrateur légal de l'enfant (art. 388-1-1 C. civ.). Pour agir, le parent doit donc être titulaire de l'exercice de l'autorité parentale (art. 382 C. civ.), puisqu'à défaut il n'a pas l'administration légale.

² CE, 29 septembre 2003 ; *Gaz. Pal.* 2004, somm. 1360.

³ CE, 21 avril 1997, n° 160716 ; JurisData n° 1997-050238 ; *JCP* 1997, I, p. 4052, n° 4, obs. Teyssie.

⁴ CE, 22 juin 2012, n° 335238 et 347939 ; JurisData n° 2012-013556.

⁵ CE, 23 novembre 2011, n° 34068.

⁶ CE, 12 décembre 2012, n° 357865 ; *RTD civ.* 2013, p. 344, obs. Hauser ; *LPA*, 5 août 2014, p. 10, obs. Dekeuwer-Défossez ; CE, 8 mars 2012, n° 342126 ; *RTD civ.* 2012, p. 504, obs. Hauser ; CE, 31 janvier 2014, n° 362444 ; JurisData n° 2014-001622 ; *Dr. Fam.* 2014, Focus 10, obs. Lamarche ; *D.* 2014, p. 1175, obs. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2015, 2014, p. 332, obs. Hauser ; *LPA*, 5 août 2014, p. 10, obs. Dekeuwer-Défossez ; *CAA Paris*, 21 mars 2019, n° 18PA01787 ; *RJPF* n° 5, mai 2019, comm. Corpart.

deux parents s'ils sont tous deux titulaires de l'autorité parentale¹. Elle peut toutefois être initiée par un seul parent si celui-ci obtient l'autorisation du juge des tutelles², qui devra alors apprécier si une telle procédure est ou non dans l'intérêt de l'enfant. En cas d'exercice exclusif, l'administrateur légal unique de l'enfant semble aujourd'hui pouvoir agir seul, sans qu'il soit besoin d'obtenir l'autorisation de l'autre parent ou, à défaut, du juge des tutelles³.

À l'inverse, cela exclut la demande du parent qui n'aurait pas l'administration légale, soit parce qu'il n'a pas l'exercice de l'autorité parentale, soit parce qu'il n'a pas la titularité de l'autorité parentale elle-même⁴. C'est pourtant celui qui semble être le plus enclin à souhaiter la modification du nom de l'enfant afin que ce dernier ne porte plus son nom. Le souhait d'une rupture symbolique aussi forte avec un enfant mineur semble, en effet, supposer que la relation entre le parent et l'enfant soit inexistante et que le parent ne joue aucun rôle dans la prise en charge de l'enfant. Les décisions aboutissant à la suppression du nom d'un parent semblent d'ailleurs l'illustrer, puisque la demande émane toujours de l'enfant majeur ou, lorsqu'il est mineur, de l'autre parent et non pas du parent portant le nom dont la suppression est demandée⁵, à moins que ce changement ait pour objectif l'attribution aux enfants d'un nom que la loi ne permettait pas aux parents de donner lors de l'attribution initiale⁶.

403. L'ouverture au parent privé de l'exercice de l'autorité parentale de la possibilité de demander la modification du nom du jeune enfant en son nom personnel pourrait donc être envisagée. En effet, réserver l'initiative de la demande de modification de son nom à l'enfant devenu majeur, et ainsi ignorer la qualité du lien affectif, à moins qu'il ne souhaite lui-même

¹ L'accord du second parent pourra être écarté s'il n'est pas titulaire de l'autorité parentale en raison d'un retrait de celle-ci. Dans ce sens, V. CE, 4 décembre 2009, n° 309004 ; *RTD civ.* 2010, p. 297, obs. Hauser ; *AJDA* 2009, p. 2323, obs. Brondel.

² Art. 2, 7°, du décret n° 94-52 du 20 janvier 1994.

³ Pendant un temps la jurisprudence retenait une solution inverse (CE, 27 juillet 2005, n° 265340 ; *RTD civ.* 2005, p. 753, obs. Hauser). Toutefois, la réforme de l'administration légale de 2016 semble exclure la nécessité pour l'administrateur légal unique d'obtenir l'autorisation du juge des tutelles (Dans ce sens, V. C. DOUBLEIN, « Changement de nom par décret au profit du mineur », *AJ fam.* 2016, p. 113 sous Civ. 1^{re}, 9 septembre 2015, n° 14-19.876). En effet, l'autorisation judiciaire n'est plus requise que pour les actes expressément désignés à l'article 387-1 du Code civil et ceux pour lesquels le juge des tutelles décide d'étendre la nécessité d'obtenir son autorisation « *s'il l'estime indispensable à la sauvegarde des intérêts du mineur, en considération de la composition ou de la valeur de son patrimoine, de l'âge du mineur ou de sa situation familiale* » (art. 387-3 C. civ.). Une telle analyse semble par ailleurs être confirmée par le décret n° 2016-185 du 23 février 2016 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille puisqu'il est venu modifier l'article 2 du décret n° 94-52 du 20 janvier qui dispose désormais que la demande de changement de nom doit être accompagnée de « *l'autorisation du juge des tutelles lorsque l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents et que la demande est présentée par un seul d'entre eux* ».

⁴ Seuls pourront agir les parents qui sont titulaires de l'exercice de l'autorité parentale puisqu'ils ont de ce fait l'administration légale, ce qui leur permet de représenter l'enfant en justice.

⁵ Pour des demandes émanant de l'autre parent : CE, 27 juillet 2005, n° 265340, *op. cit.* ; CE, 4 décembre 2009, n° 309004, *op. cit.* Pour des demandes émanant de l'enfant : CE, 31 janvier 2014, n° 362444, *op. cit.*

⁶ CE, 8 mars 2012, n° 342126 ; *RTD civ.* 2012, p. 504, obs. Hauser.

voir son nom modifié, se justifie par la protection du sentiment d'identité que peut attacher l'enfant à son nom. Passé un certain temps, le nom porté par l'enfant constitue une partie de son identité qu'il doit être le seul à pouvoir remettre en cause. Dans la mesure où l'enfant majeur a la capacité de demander la modification de son nom, il n'apparaît donc pas judicieux d'étendre au parent la possibilité d'en faire la demande.

À l'inverse, durant sa minorité, l'enfant ne peut demander la modification de son nom. Cette demande ne pourra donc émaner que de son représentant légal. Ainsi, en cas d'inaction de ce dernier, l'enfant peut grandir avec un nom en complète inadéquation avec sa réalité familiale et affective, alors même que l'autre parent pourrait souhaiter la modification du nom de l'enfant. Or, il est possible de considérer que le sentiment d'identité que l'enfant attache à son nom va en augmentant avec les années.

La possibilité pour le parent non titulaire de l'exercice de l'autorité parentale de demander la modification du nom de l'enfant au cours de ses jeunes années ménagerait donc un juste équilibre entre prise en compte de la qualité du lien affectif et protection du sentiment d'identité de l'enfant. Ouvrir la possibilité au parent privé de l'exercice de l'autorité parentale d'agir en son nom propre pour demander la modification du nom du jeune enfant pourrait, en effet, permettre à l'autorité administrative de modifier le nom de l'enfant si elle le juge dans l'intérêt de ce dernier, en ne lui attribuant que celui du parent qui fait réellement partie de sa vie. De plus, le consentement de l'enfant de plus de treize ans serait nécessaire¹, ce qui permettrait de s'assurer que la modification de son nom ne porte pas atteinte à son sentiment d'identité en dépit des nombreuses années pendant lesquelles il l'a porté.

Mais, en l'état actuel du droit comme de la jurisprudence, la rupture de la filiation demeure la seule possibilité de refuser le port de son nom par l'enfant.

§2 - La rupture de la filiation : seule possibilité de refuser le port de son nom par l'enfant

404. La transmission du nom étant liée à la filiation, il semble tout à fait logique qu'une modification de sa filiation entraîne un changement du nom de l'enfant. Toutefois, il apparaît que la modification résultant de la création d'un nouveau lien de filiation, bien qu'elle puisse entraîner la modification du nom de l'enfant, est incompatible avec un refus du port de son nom par le parent dont la filiation était auparavant établie. Ainsi, une simple modification de la filiation par l'ajout de liens supplémentaires ne permet pas au parent de refuser le port de

¹ Art. 61-3, al. 1, C. civ.

son nom par son enfant. Seule la rupture du lien unissant le parent et l'enfant peut permettre de traduire le refus parental par le changement du nom de l'enfant. Toutefois, cette hypothèse reste très limitée en raison d'abord des hypothèses très restreintes dans lesquelles la filiation pourra être rompue, mais également parce que la rupture du lien de filiation n'entraîne pas de façon systématique le changement de nom de l'enfant.

Ainsi, si la rupture de la filiation constitue la seule voie permettant au parent de priver l'enfant du port de son nom (A), cette voie reste extrêmement limitée (B).

A - L'insuffisance de la modification de la filiation : nécessité d'une rupture

405. Si la modification de sa filiation par ajout d'un nouveau lien peut parfois entraîner un changement du nom de l'enfant, ce changement apparaît en réalité incompatible avec l'hypothèse d'un refus de son nom de la part du parent dont la filiation a été initialement établie. Il en va ainsi tant lorsque le nouveau lien de filiation établi est fondé sur la procréation (1), que lorsqu'il résulte du prononcé d'une adoption simple (2).

1 - L'incompatibilité de l'établissement d'une filiation fondée sur la procréation avec un refus du nom

406. Un nouveau lien de filiation fondé sur la procréation peut être établi soit volontairement au moyen d'une reconnaissance – le plus souvent paternelle – de l'enfant devant l'officier de l'état civil, soit judiciairement au moyen d'une action en recherche de maternité ou, le plus souvent, de paternité. Selon que la modification de la filiation résulte ou non de l'intervention judiciaire, le changement de nom pourra être requis devant différentes autorités. Il convient donc de distinguer le changement de nom en cas d'établissement volontaire de la filiation (a) et en cas d'établissement judiciaire de la filiation (b). Toutefois, il sera démontré que, dans les deux cas, il est exclu que le changement de nom obtenu traduise un refus parental.

a) Le changement de nom en cas d'établissement volontaire de la filiation

407. Le législateur avait initialement prévu la possibilité pour le parent ayant établi son lien de filiation dans un second temps de saisir le juge aux fins de modification du nom de l'enfant en l'absence d'accord de l'autre parent. Il s'agissait, par conséquent, de contourner le blocage provoqué par le refus du premier parent de voir modifier le nom qu'il avait lui-même transmis à l'enfant. Cela témoigne bien du fait que ces règles relatives aux changements du

nom n'ont pas pour vocation de permettre à un parent de refuser le port de son nom à son enfant, mais plutôt de renforcer symboliquement le lien (paternel) créé en second lieu. Mais, l'ordonnance du 4 juillet 2005¹, est venue abroger le texte² qui prévoyait cette possibilité lorsque la filiation établie dans un second temps n'est pas judiciairement établie³. Ainsi, lorsque le second lien de filiation a été établi de façon volontaire au moyen d'une reconnaissance de l'enfant auprès de l'officier de l'état civil, la modification de son nom ne peut être demandée au juge. La suppression de cette modification judiciaire est la solution qui a été choisie par le législateur afin de mettre fin à l'inégalité qui régnait entre les enfants dont les parents étaient mariés – le nom de ces derniers ne pouvant faire l'objet d'une modification judiciaire car une telle possibilité n'était ouverte qu'aux enfants naturels⁴ – et les enfants naturels.

408. Dès lors – en dehors de l'hypothèse d'un accord entre les parents qui, ainsi que cela a été expliqué, ne saurait traduire un refus⁵ – la seule possibilité pour obtenir la modification du nom de l'enfant est d'entamer une procédure administrative de changement de nom. La suppression presque complète de la possibilité de modifier judiciairement le nom a ainsi poussé les demandeurs, aussi bien que l'autorité administrative, à utiliser cette procédure dans des hypothèses pour lesquelles elle n'était pas jusque-là utilisée. Certains ont ainsi dénoncé le « *dévoiement* »⁶ de la procédure administrative de changement de nom et estiment qu'elle constitue désormais le droit commun du changement de nom⁷.

De façon identique à l'hypothèse où cette procédure est utilisée en dehors de toute modification de la filiation de l'enfant⁸, il semble exclu qu'elle puisse être utilisée par le parent dont la filiation était déjà établie pour priver l'enfant de son nom puisque c'est *a priori* ce parent qui prenait jusque-là soin de l'enfant. En admettant toutefois que ce parent souhaite priver l'enfant du port de son nom, cela devra être soumis tout d'abord au contrôle éventuellement opéré par le juge des tutelles sur la conformité d'une telle procédure à l'intérêt de l'enfant, mais

¹ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

² Ancien art. 334-3 C. civ.

³ cf. *infra* §409 qui précise la façon dont le nom de l'enfant peut être modifié suite à l'établissement judiciaire d'un second lien de filiation.

⁴ Ancien art. 334-3, al. 1, C. civ.

⁵ cf. *supra* §§398-399.

⁶ J. HAUSER, « Changement administratif et changement judiciaire : vers une théorie générale des changements de nom ? », *Dr. et patr.* 1 octobre 2013, n° 229. Dans le même sens, V.L. GAREIL-SUTTER, « Du changement de nom de famille découlant d'un changement de filiation : appel au législateur pour un pas de plus... », *D.* 2015, p. 744 : l'auteure parle de « *détournement de procédure* ».

⁷ J. HAUSER, « Rectification, changement de nom et procédure administrative : des procédures différentes », *RTD Civ.* 2015, p. 850.

⁸ cf. *supra* §§400 et s.

également en raison du contrôle systématique de l'autorité administrative qui n'accordera le changement de nom que si elle estime que l'enfant a un intérêt légitime à l'obtenir.

En revanche, la possibilité de demander au juge la modification du nom de l'enfant a été maintenue lorsqu'un nouveau lien de filiation est judiciairement établi.

b) Le changement de nom en cas d'établissement judiciaire de la filiation

409. De façon surprenante¹ en 2005 le législateur a, parallèlement à la suppression de la modification judiciaire du nom, créé un nouvel article 331 du Code civil prévoyant la possibilité pour le juge en cas d'établissement judiciaire de la filiation de statuer sur le nom de l'enfant. L'établissement judiciaire de la filiation est donc désormais la seule hypothèse dans laquelle le juge est compétent pour statuer sur le nom de l'enfant en cas de désaccord des parents. Le législateur a donc substitué à l'inégalité de traitement qui existait jusque-là entre les enfants légitimes et les enfants naturels, une nouvelle inégalité entre les enfants dont la filiation est judiciairement établie et les autres.

Lorsqu'un deuxième lien de filiation est judiciairement établi, le juge pourra donc modifier le nom originellement attribué à l'enfant, qui était nécessairement jusque-là celui du premier parent ayant établi sa filiation, soit en y ajoutant le nom du second parent, soit en le remplaçant par ce dernier. Mais, ici encore, quand bien même la modification judiciaire du nom pourrait éventuellement conduire à supprimer le nom de l'un des parents en lui substituant celui du parent dont la filiation est judiciairement établie, ce changement ne traduirait pas un refus du parent dont le nom est supprimé puisque l'un des deux parents sera nécessairement opposé à ce changement, faute de quoi le changement de nom aurait été opéré par déclaration conjointe en vertu de l'article 311-23 du Code civil². Or, soit c'est le parent dont la filiation est judiciairement établie qui souhaite la substitution de son nom à celui de l'autre parent et ce dernier s'y oppose, ce qui exclut tout refus de la part de ce dernier, soit c'est ce dernier qui souhaite la substitution de son nom par le nom du parent dont la filiation a judiciairement été établie. Cette dernière hypothèse semble fort peu probable mais, en imaginant qu'elle se rencontre, il y a de plus fortes chances que cette volonté traduise le souhait de voir le lien entre

¹ Des auteurs soulignent le manque de logique de cette disposition V. par ex. : J. MASSIP, « Incidences de l'ordonnance relative à la filiation sur le nom de famille », *Dr. Fam.* 2006, n° 1, étude 8 ; F. CHÉNEDÉ, « Conséquences de l'établissement judiciaire de la paternité naturelle sur le nom de l'enfant : quelques dispositions transitoires », *AJ fam.* 2007, p. 141 (note sous *Civ. 1^{re}*, 9 janvier 2007, n° 02-21.174) ; G. RAOUL-CORMEIL, « Réflexions sur le nom de l'enfant mineur », *RRJ* 2006, p. 791.

² Sur l'incompatibilité du changement de nom par déclaration conjointe avec l'expression d'un refus cf. *supra* §§398-399.

l'enfant et le parent dont la filiation a été judiciairement établie renforcé de façon symbolique qu'un refus que l'enfant continue à porter son nom.

Ici encore, ces règles témoignent bien du fait que les règles relatives au nom ont été pensées pour un contentieux qui opposerait des parents qui souhaiteraient que l'enfant porte leur nom et non l'inverse.

De même que la reconnaissance et les actions visant à l'établissement d'une filiation créent un nouveau lien de filiation sans pour autant rompre celui préexistant¹, le prononcé d'une adoption simple crée un nouveau lien de filiation sans pour autant rompre celui ou ceux précédemment établis puisque le lien adoptif vient alors s'y superposer.

2 - L'incompatibilité du prononcé d'une adoption simple avec un refus du nom

410. Le premier alinéa de l'article 363 du Code civil dispose que « *l'adoption simple confère le nom de l'adoptant à l'adopté en l'ajoutant au nom de ce dernier* ». Ainsi, en principe, le fait pour le parent de consentir à l'adoption simple de son enfant² ne peut lui permettre d'obtenir la suppression de son nom. Cela est toutefois possible dans certaines hypothèses particulières.

Tout d'abord, la suppression du nom de l'un des parents d'origine peut intervenir si l'adopté porte un double nom composé du nom de chacun de ses parents d'origine. En effet, dans une telle hypothèse « *le nom conféré à l'adopté résulte de l'adjonction du nom de l'adoptant à son propre nom, dans la limite d'un seul nom pour chacun d'eux* »³. Cela signifie que le nom de l'un des parents d'origine de l'adopté devra être supprimé. Toutefois, dans la mesure où « *le choix du nom adjoint ainsi que l'ordre des deux noms appartient à l'adoptant, qui doit recueillir le consentement personnel de l'adopté âgé de plus de treize ans* »⁴, la suppression du nom de l'un des parents d'origine ne peut être assimilée à un refus de ce dernier puisqu'il ne se trouve pas à l'initiative de cette suppression. En effet, la suppression de son nom résulte du choix opéré par l'adoptant et de l'accord de l'adopté si ce dernier est âgé de plus de treize ans.

¹ Notons que cette affirmation ne vaut que dans l'hypothèse où l'enfant n'a qu'un seul lien de filiation établi. En cas de double filiation, une action en contestation sera au préalable nécessaire afin de rompre l'un des liens et permettre l'établissement d'un nouveau lien.

² Notons que le consentement des parents biologiques à l'adoption simple de leur enfant n'est nécessaire que durant la minorité de l'enfant.

³ Art. 363, al. 2, C. civ.

⁴ *Ibid.*

Ensuite, le juge peut décider « *que l'adopté ne portera que le nom de l'adoptant* »¹. Pour autant, toute éventualité de refus de la part du ou des parents d'origine doit ici aussi être écartée car la suppression du nom d'origine n'est qu'une possibilité offerte au juge qui ne peut être demandée que par l'adoptant².

411. Dans ces deux hypothèses, bien que la volonté du parent d'origine soit indifférente vis-à-vis de la modification du nom de l'enfant, puisque d'une part il ne peut être à son initiative et puisque, d'autre part, son accord n'est pas nécessaire, la possibilité de supprimer son nom en cas d'adoption simple permet une certaine prise en compte de la qualité du lien affectif. Il semble toutefois souhaitable que l'indifférence ou, à plus forte raison, l'accord du parent d'origine à la suppression de son nom soient pris en considération dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant par le juge. En effet, il est possible de penser que l'enfant, s'il est encore jeune, aura tout intérêt à voir substituer au nom d'un parent d'origine qui ne souhaite plus avoir ce lien symbolique avec lui, le nom d'un parent d'adoption qui s'engage à prendre soin de lui. De plus, à partir des treize ans de l'enfant la nécessité d'obtenir son consentement³ permet de garantir le respect du sentiment d'identité que celui-ci attache à son nom. Ainsi, si l'enfant donne son accord il semble préférable que le magistrat valide la suppression du nom du parent d'origine.

Dans ces deux hypothèses où la suppression du nom de l'un ou des deux parents d'origine peut intervenir, bien qu'elle puisse traduire le délitement de la qualité du lien affectif, cette suppression ne peut réellement s'analyser comme un refus de leur part en raison des conditions qui l'entourent. En revanche, la rupture de son lien de filiation par l'un des parents aboutit en principe à la perte par l'enfant du nom traduisant cette filiation. Cette disparition du nom constitue donc bien une conséquence du refus de l'enfant. Pour autant, cette règle de principe présente d'importantes limites.

B - Les limites au refus du nom en cas de rupture de la filiation

412. La jurisprudence considère que la rupture du lien de filiation unissant le parent à l'enfant conduit en principe à la modification du nom de l'enfant si ce dernier portait le nom

¹ Art. 363, *in fine*, C. civ.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

du parent ayant rompu le lien¹. Pour autant cette possibilité de refus de nom par le parent reste très limitée. Elle l'est d'abord par les conditions extrêmement restrictives permettant la rupture d'une filiation établie (1). Elle l'est ensuite par le fait que, même lorsqu'une rupture du lien de filiation est possible, elle n'entraîne pas de façon systématique la suppression du nom du parent dont la filiation a été rompue (2).

1 - Une possibilité limitée par les hypothèses restreintes de rupture de la filiation

413. Cette possibilité pour le parent de priver l'enfant du port de son nom est en elle-même limitée par les conditions entourant la rupture d'un lien de filiation. En effet, la possibilité de rompre un lien de filiation reste assez limitée, aussi bien en ce qui concerne la filiation adoptive que la filiation fondée sur la procréation.

En matière de filiation adoptive le lien de filiation ne peut être rompu s'il découle d'une adoption plénière. En effet, une telle adoption étant irrévocable, les magistrats en déduisent l'impossibilité de rompre la filiation qui en découle. La rupture du lien de filiation découlant d'une adoption n'est donc possible qu'en présence d'une adoption simple. Mais même dans cette hypothèse, la rupture du lien n'est qu'exceptionnelle puisque la révocation de l'adoption n'est possible qu'une fois l'enfant majeur et en présence de motifs graves².

En matière de filiation fondée sur la procréation les possibilités de rupture sont quelque peu plus étendues, notamment si la filiation n'est pas, en réalité, conforme à la vérité biologique. Ainsi, une telle filiation peut être contestée, à condition toutefois que l'enfant n'ait pas été conçu au moyen d'une insémination artificielle avec recours à un tiers donneur et que les délais de contestation ne soient pas écoulés³. En revanche, la rupture de la filiation conforme à la vérité biologique ne peut intervenir que dans des circonstances exceptionnelles puisqu'elle nécessite que tous les titulaires de l'autorité parentale aient consenti à l'adoption de l'enfant et qu'une adoption plénière ait été prononcée⁴.

414. Finalement le refus du nom ne concerne donc, dans l'immense majorité des cas, que l'homme. En effet, outre le fait que les femmes n'ont le plus souvent pas la possibilité de

¹Chambre des requêtes, 18 mars 1913 ; Civ. 1^{re}, 16 juin 1998, n° 96-16.277, Bull. 1998, I, n° 215, p. 149 ; JurisData n° 1998-002740 ; JCP G 1999, I, p. 101, obs. Farge ; JCP G 1998, II, p. 10157, note Gutmann ; Dr. Fam. 1998, comm. 151, note Murat ; D. 1998, somm. p. 355, obs. Granet ; D. 1999, p. 360, note Massip ; RTD civ. 1998, p. 879, obs. Hauser ; Gaz. Pal. n° 1, 1999, p. 143, note Sainte-Rose.

²cf. *supra* §§271 et s.

³cf. *supra* §§214 et s. (interdiction de la contestation de la filiation de l'enfant conçu dans le cadre d'une AMP avec tiers donneur) et §§218 et s. (limitation dans le temps des actions en contestation de la filiation).

⁴cf. *supra* §§ 229 et s.

refuser *a posteriori* le nom faute de l'avoir transmis¹, la rupture de la filiation fondée sur la procréation ne concerne les femmes que de façon très marginale². Puisqu'il est extrêmement rare qu'une femme ait un lien de filiation établi à l'égard d'un enfant dont elle n'a pas accouché – cela constituant même une infraction pénalement sanctionnée – les cas où les femmes peuvent contester leur lien de filiation le sont tout autant. La seule possibilité dont les femmes disposent pour rompre leur filiation à l'égard d'un enfant est donc que l'enfant face l'objet d'une adoption plénière. Or, cela suppose d'une part de consentir à son adoption et d'être suivie dans ce choix par le père de l'enfant et, d'autre part, que l'enfant trouve des adoptants, ce qui sera de plus en plus compliqué son âge avançant.

Si la filiation adoptive ne connaît une telle inégalité selon que l'adoptant est une femme ou un homme, sa rupture est en revanche tout à fait exceptionnelle puisqu'elle ne peut concerner qu'un enfant majeur adopté de façon simple et nécessite des motifs graves. Ainsi, la rupture de la filiation et, par voie de conséquence, le refus du nom concernera dans l'immense majorité des cas des hommes dont la filiation est fondée sur la procréation.

415. Il est finalement assez rare de pouvoir rompre un lien de filiation établi : impossible lorsque le lien de filiation découle d'une adoption plénière, que l'enfant a été conçu avec recours à un tiers donneur ou encore si le lien est conforme à la vérité biologique ; tout à fait exceptionnel lorsqu'il découle d'une adoption simple ; possible mais limité par l'écoulement du temps lorsque le lien de filiation fondée sur la procréation n'est pas conforme à la vérité biologique. Il est donc très rare pour le parent de pouvoir priver *a posteriori* l'enfant du port de son nom en obtenant la rupture de son lien de filiation.

De plus, le caractère exceptionnel du refus du nom est encore renforcé par les hypothèses dans lesquelles le nom de l'enfant n'est pas modifié alors même que l'un de ses liens de filiation a été rompu.

2 - L'absence de systématisme du changement de nom en cas de modification de la filiation

416. Le changement du nom en raison de la modification de la filiation de l'enfant est d'abord limité par les hypothèses très restrictives dans lesquelles la rupture du lien de filiation est possible. Il l'est ensuite par l'absence de systématisme du changement de nom lors de la

¹ INSEE Focus n° 23, 1^{er} septembre 2015, site : insee.fr : 83% des enfants nés en 2014 portent le nom de leur père, un peu plus de 10 % portent le nom de leurs deux parents et 6,5 % le nom de leur mère uniquement. Ainsi, le nom de la mère n'est transmis qu'à un peu plus de 16,5 % des enfants.

² cf. *supra* §§200 et s.

rupture du lien de filiation. En effet, il existe de nombreuses hypothèses dans lesquelles l'enfant pourra continuer à porter le nom du parent en dépit de la rupture du lien de filiation.

417. Tout d'abord, le changement du nom de l'enfant ne peut lui être imposé dès lors qu'il a atteint la majorité. En effet, si en cas de modification de la filiation le consentement de l'enfant de plus de treize ans à son changement de nom n'est pas exigé¹, « *l'établissement ou la modification du lien de filiation n'emporte cependant le changement du nom de famille des enfants majeurs que sous réserve de leur consentement* »². Ainsi, un enfant majeur dont la filiation serait victorieusement contestée pourrait néanmoins s'opposer à son changement de nom et conserver le nom de celui auquel il n'est plus juridiquement lié³. La Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion de préciser le moment où l'âge de l'enfant doit être apprécié, à savoir à la date du jugement modifiant la filiation. Peu importe, par conséquent, qu'il ait été mineur au moment de la saisine de la juridiction⁴. Il est donc impossible de priver un enfant majeur du port de son nom contre sa volonté, quand bien même le lien de filiation aurait été rompu.

418. À l'inverse, la rupture de la filiation à l'égard d'un enfant mineur entraîne en principe la modification de son nom⁵, bien que celui-ci puisse entraîner le versement de dommages et intérêts lorsque la filiation contestée est le fruit d'une reconnaissance de complaisance⁶. Toutefois, la jurisprudence semble apporter un tempérament à ce principe puisqu'elle a pu accepter face à l'accord de toutes les personnes intéressées, que le nom d'un homme soit conservé par l'enfant en dépit de la rupture du lien de filiation qui les unissait car une telle solution était conforme à l'intérêt de l'enfant⁷. S'il est possible de se demander si une telle solution a vocation à rester isolée, il ne semble pas que ce soit le cas, car la Cour de cassation, de même que les juridictions du fond, semblent également soumettre la suppression

¹ Art. 61-3, al. 1, C. civ. : « *Tout changement de nom de l'enfant de plus de treize ans nécessite son consentement personnel lorsque ce changement ne résulte pas de l'établissement ou d'une modification d'un lien de filiation* ».

² Art. 61-3, al. 2, C. civ.

³ V. par ex. : Civ. 1^{ère}, 27 novembre 2001, n° 00-12.012, Bull. civ. 2001, I, n° 293 : JurisData n° 2001-011876 ; Deffrénois 2002, art. 37478, p. 192, obs. Massip ; RTD civ. 2002, p. 71, obs. Hauser ; CA Rennes, 7 février 2012, n° 10/01202 : JurisData n° 2012-001780. Une telle solution a également été appliquée à une espèce où la présomption de paternité aurait dû être écartée et où l'ex-mari de la mère avait demandé la rectification de l'état civil durant la majorité de l'enfant : TGI Chaumont, 30 mars 2010, n° 10/00053 : JurisData n° 2010-016704 ; Dr fam. 2010, comm. 141, note Massip ; Deffrénois 2011, art. 39230, n° 2, p. 818, obs. Massip.

⁴ Civ. 1^{ère}, 5 septembre 2018, n° 17-21.140 ; AJ fam. octobre 2018, p. 547, obs. Saulier.

⁵ CA Rennes, 7 février 2012, n° 10/01202, *op. cit.*

⁶ CA Riom, 16 janvier 2018, n° 17/00694 ; RJPF n° 6, juin 2018, note Corpart.

⁷ CA Paris, 12 janvier 2006 ; RTD civ. 2006, p. 277, obs. Hauser.

du nom jusqu'alors porté à sa conformité à l'intérêt de l'enfant en se livrant à une appréciation *in concreto* de ce dernier¹.

419. Ainsi, si le refus d'un parent du port de son nom par l'enfant semble pouvoir s'exprimer au moyen de la rupture de la filiation, dont il n'est alors qu'une conséquence. Mais, même alors, la suppression du nom du parent est loin d'être systématique. En effet, d'une part elle ne peut s'imposer à l'enfant que durant sa minorité et, d'autre part, même pendant la minorité la suppression du nom peut être écartée si elle est jugée contraire à l'intérêt de cet enfant. Le refus de cette part symbolique de la fonction parentale apparaît alors impossible dès lors que, même lorsque la personne est déchargée du statut de parent et que, par conséquent, elle ne devrait plus avoir à remplir la fonction parentale, cette part symbolique peut continuer à lui être imposée.

Cela peut surprendre si le nom est appréhendé comme appartenant au parent ou, plus généralement, à sa famille². Dans cette hypothèse, la transmission par un parent de son nom à sa progéniture témoigne tout à la fois de l'ascendance de l'enfant et de l'appartenance de ce dernier à une lignée. Si cette acception peut séduire lorsque l'on songe au moment de la transmission du nom, il en va différemment une fois un certain temps écoulé depuis cette dernière. En effet, le temps passant, le nom devient une part importante de l'individu qui le porte, il peut être très attaché à son nom, indépendamment de la conformité de sa filiation à la vérité biologique et de ses sentiments pour le parent concerné³. Avec l'écoulement du temps, le nom devient « *beaucoup moins un problème d'identification que d'identité, c'est-à-dire de rapport avec soi-même* »⁴. Composante de l'identité de l'enfant, élément de sa personnalité⁵,

¹Civ. 1^{re}, 17 mars 2010, n° 08-14.619, Bull. civ. 2010, I, n° 64 : JurisData n° 2010-002011 ; *Dr. fam.* 2010, n° 6, comm. 102, Murat ; *RTD civ.* 2010, p. 521, obs. Hauser ; *CA Rennes*, 7 février 2012, n° 10/01202 : JurisData n° 2012-001780. Dans ce sens, V. également : M.-L. CICILE-DELFOSSÉ, « La dévolution du nom de famille », *op. cit.*, n° 94.

²C'était d'ailleurs la vision dominante au XIX^e siècle : V. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Le nom. Droit et histoire*, *op. cit.*, pp. 172 et s. Mais aujourd'hui l'assimilation du nom à la propriété est rejetée V. par ex. Ph. JESTAZ, « A propos du nom patronymique : diagnostic et pronostic », *RTD Civ.* 1989, p. 269.

³Sur la montée de la prise en compte de l'élément psychologique en matière de nom et, plus généralement, d'état civil, V. D. GUTMANN, « Identité civile et identité familiale », *LPA* 28 avril 1999, n° 84, p. 37 ; J.-D. SARCELET et N. BAILLON-WIRTZ, « L'état civil à l'épreuve d'une identité sociale », *op. cit.*, p. 21.

⁴M. GOBERT, « L'attribution du nom : égalité ou liberté ? », *LPA* 23 mai 2001, n° 102, p. 4.

⁵Dans ce sens, V. J.-J. LEMOULAND, « Le choix du prénom et du nom en droit français », in *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, sous la dir. de J. POUSSON PETIT, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 635 ; Ph. JESTAZ, « A propos du nom patronymique : diagnostic et pronostic », préc. ; F. ZÉNATI, « Le crépuscule du patronyme », *RTD Civ.* 1986, p. 208. Mais cette conception est relativement récente : *contra* V. par ex. J. CARBONNIER, *Droit civil I. La famille*, *op. cit.*, pp. 422-423.

dont la finalité « *est devenue plus individuelle que familiale* »¹, le nom n'appartient pas exclusivement à celui qui l'a transmis ou à sa famille. L'obtention par le parent de la rupture du lien de filiation est donc bien plus signifiante de l'éloignement de l'enfant que la suppression du nom commun à l'enfant, à celui qui fut son parent, mais également à beaucoup d'autres individus. Le nom n'est qu'un élément qui peut éventuellement consolider le lien de filiation². Le fait de soumettre, en cas de rupture de la filiation, le changement de nom à l'accord de l'enfant majeur ou à sa conformité à l'intérêt de l'enfant mineur semble donc préserver un juste équilibre entre les intérêts en présence.

420. Le respect de ces intérêts ne semble toutefois pas incompatible avec certaines modifications. Lorsque le lien de filiation est rompu, le fait de soumettre la modification du nom de l'enfant majeur à son accord est opportun. La nécessité de son accord pourrait même être étendue dès ses treize ans. Le nom étant une composante importante de l'identité de l'enfant, dès lors qu'il atteint un certain âge, son désaccord à cette modification devrait en empêcher la réalisation. Cela serait d'ailleurs conforme à la position jurisprudentielle consistant à vérifier que le changement de nom de l'enfant mineur est conforme à l'intérêt de ce dernier. À l'inverse, la modification du nom de l'enfant devrait pouvoir être demandée par le parent alors même que le lien de filiation est maintenu. Actuellement, cette modification n'est possible qu'à l'initiative de l'enfant. Ces modifications permettraient de laisser davantage de place à l'expression de la volonté du parent, comme de l'enfant.

De même, des modifications visant à prendre en compte la situation familiale et affective réelle peuvent être envisagées concernant la transmission du patrimoine. En effet, la possibilité pour le parent de refuser la transmission de son patrimoine à son enfant reste pour l'heure très limitée.

Section 2 - Le refus limité de la transmission du patrimoine

421. Les successions étant « *comme l'ombre portée, sur le terrain patrimonial, des liens de famille* »³, la fragilité de ces liens du vivant du parent pourra se traduire par la volonté

¹J.-J. LEMOULAND, « Le choix du prénom et du nom en droit français », *op. cit.*, p. 635 Dans ce sens, V. également : D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Étude du droit des personnes et de la famille*, LGDJ, Paris, 2000.

²C. BAS, « Les séquelles de la suppression de la procédure judiciaire de changement de nom », *RLDC*, 1 avril 2007, n° 37.

³C. PÉRÈS, « Les successions à l'heure des nouvelles mutations de la famille », *op. cit.*, p. 174.

de priver son enfant de la transmission de son patrimoine en gratifiant des tiers de son vivant ou à son décès. Le parent est, par principe, libre de disposer de son patrimoine comme il l'entend. Toutefois, le caractère objectif de la transmission du patrimoine permet au législateur français d'imposer au parent la dévolution à l'enfant, en sa qualité d'héritier réservataire¹, d'une partie de son patrimoine. Le parent ne peut donc disposer librement que de la part de son patrimoine qui n'est pas réservée par la loi, appelée quotité disponible².

Le choix fait par le législateur est donc celui de l'objectivation de la transmission du patrimoine puisqu'il empêche le parent d'exhérer son enfant, quel que soit l'âge de ce dernier et quelles qu'aient été leurs relations du vivant du parent. L'importance de cette idée est telle que ce droit de l'enfant est protégé alors même qu'il n'a pas encore de filiation établie avec le *de cuius* au moment du partage³.

Pourtant, l'absence de nuances de ce droit que confère la réserve à l'enfant sur le patrimoine de son parent, peine aujourd'hui à se justifier. En effet, les règles du droit des successions ont toujours trouvé leur justification dans l'intérêt du *de cuius* ou l'intérêt général, jamais dans l'intérêt personnel de l'enfant. L'héritage ne vise « *non point à procurer à l'héritier un enrichissement que ne justifie ni son travail ni son talent, mais à illustrer et à conforter la solidarité familiale, à garantir la meilleure exploitation des biens et à consoler chacun de sa condition de mortel* »⁴. Or, la réserve n'étant aujourd'hui plus garantie qu'en valeur, elle instaure en réalité un droit essentiellement monétaire, et par conséquent détaché de la symbolique autrefois attachée à la transmission du patrimoine. Cette protection simplement pécuniaire de l'enfant mineur se justifie malgré tout en raison de la vulnérabilité liée à son âge. En revanche, il en va différemment du droit purement monétaire garanti à l'enfant majeur. En effet, la protection de ce dernier ne peut se justifier qu'en raison d'une situation de vulnérabilité liée à un état de besoin. Il apparaît alors opportun d'insuffler une certaine subjectivité dans les règles relatives à la transmission du patrimoine de l'enfant majeur.

L'objectivation de la protection de l'enfant majeur par la réserve en dépit de la disparition presque complète de sa valeur symbolique apparaît donc critiquable (§1) et invite à prendre davantage en compte la réalité du lien affectif dans la transmission du patrimoine (§2).

¹Art. 912, al. 1, C. civ.

²Art. 912, al. 2, C. civ.

³ L'établissement de la filiation étant rétroactif, l'enfant est alors considéré comme ayant été omis de la succession de son auteur et pourra donc en demander la nullité ou simplement demander à recevoir sa part (art. 887-1, al. 1, C. civ.) dès lors que le partage est intervenu après l'entrée en vigueur de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006. (Dans ce sens, V. Civ. 1^{re}, 11 avril 2018, n° 17-19.313, Publié au Bull. : JurisData n° 2018-005623 ; *Dalloz actualité*, 18 mai 2018, obs. Guiguet-Schiélé ; *AJ fam.* 2018, p. 357, obs. Levillain ; *Dr. Fam.* 2018, n° 7-8, comm. 187, comm. Nicod.)

⁴M. GRIMALDI, « La représentation de l'héritier renonçant », *Defrénois*, 15 janvier 2008, n° 1, p. 25.

§1 - La persistance de la protection de l'enfant majeur par la réserve en dépit de la disparition presque complète de sa valeur symbolique

422. La loi garantit à l'enfant, en sa qualité d'héritier réservataire, quel que soit son âge, la dévolution d'une part du patrimoine de son parent¹. Ce dernier ne peut donc exhériter complètement son enfant. Il ne peut disposer librement que de la quotité disponible².

Le droit français est très protecteur de l'enfant, puisqu'afin d'assurer le respect de cette réserve, il prévoit la reconstitution fictive du patrimoine du parent en prenant en compte toutes les libéralités que ce dernier a pu effectuer de son vivant et la possibilité pour l'enfant de demander la réduction de toute donation ou legs portant atteinte à sa réserve héréditaire. Toutefois, la réserve de l'enfant ne le protège plus que contre une exhérédation en valeur, ce qui marque une disparition presque totale de l'aspect symbolique de la réserve qui visait à assurer la transmission à l'enfant d'une partie minimale du patrimoine familial. Désormais, la réserve n'assure plus à l'enfant qu'une protection monétaire (A).

Toutefois, il est possible d'observer une certaine persistance de la valeur symbolique de la réserve, le législateur prévoyant la possibilité pour l'enfant d'éviter la perte de la propriété ou de la jouissance de certains biens. Toutefois, celle-ci se révèle extrêmement résiduelle, puisqu'elle ne vise que des libéralités consenties au conjoint survivant, ce qui laisse l'enfant démuné face aux autres gratifiés (B).

A - La protection par la réserve héréditaire : une transmission du patrimoine garantie uniquement en valeur

423. Le législateur protège de façon importante l'enfant contre la volonté de son parent de l'exhériter, que ce soit en gratifiant des personnes de son vivant, ou en leur léguant ses biens à son décès. L'enfant est tout d'abord protégé contre la soustraction de biens à la masse de calcul de la quotité disponible et de la réserve, aussi bien du vivant du parent qu'après son décès. En effet, le législateur prévoit la reconstitution fictive du patrimoine du parent en y réunissant fictivement toutes les libéralités consenties du vivant du parent. De plus, il préserve cette masse de calcul en ne mettant en possession des biens du parent décédé que les enfants, en excluant toute autre personne de la saisine en présence d'un enfant. Une fois déterminés le montant de la réserve et de la quotité disponible, l'enfant est protégé de toute atteinte en valeur

¹ Art. 912, al. 1, C. civ.

² Art. 912, al. 2, C. civ.

à sa réserve puisqu'il peut demander la réduction des libéralités excessives. Les gratifiés concernés seront alors tenus au versement d'une indemnité de réduction.

Ainsi, l'enfant est protégé d'une exhérédation, mais uniquement en valeur, par la protection que lui garantit le législateur contre les soustractions de biens (1) et par la possibilité dont il dispose de demander la réduction des libéralités excessives (2).

1 - La protection contre les soustractions de biens : la reconstitution et la préservation de la masse de calcul garantie

424. Le législateur protège tout d'abord les héritiers réservataires contre les soustractions de biens des bénéficiaires de donations en assurant la réunion fictive de toutes les donations à la masse de calcul de la réserve héréditaire (a). Mais il protège également l'héritier réservataire contre les bénéficiaires de legs en réservant au premier la saisine. Cela permet de vérifier la validité du titre des légataires et de n'effectuer le paiement des legs qu'après s'être assuré de la préservation de la réserve (b).

a) La protection contre les donataires : la reconstitution par la réunion fictive des donations

425. La masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible se compose de « *tous les biens existants au décès du donateur ou du testateur* »¹. À ces biens, il convient de réunir fictivement ceux « *dont il a été disposé par donation entre vifs (...) d'après leur état à l'époque de la donation et leur valeur à l'ouverture de la succession, après qu'en ont été déduites les dettes ou les charges les grevant* »². Bien que le Code civil ne le précise pas, il convient également de déduire de cette masse les dettes laissées par le défunt et les charges de la succession, et non uniquement celles grevant les libéralités³. Le seul fait de prévoir la réunion fictive des libéralités faites par le de cujus de son vivant montre la volonté du législateur de protéger les héritiers réservataires. En effet, la réunion fictive des donations permet d'augmenter la masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible d'autant et, si cela

¹ Art. 922, al. 1, C. civ.

² Art. 922, al. 2, C. civ.

³ M. NICOD et S. DEVILLE, « Réserve héréditaire - Réduction des libéralités », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n° 25.

s'avère nécessaire¹, d'opérer une réduction de ces libéralités si elles se révèlent porter atteinte à la réserve. Cette réunion fictive des libéralités faites du vivant du *de cuius*, quelle que soit leur ancienneté, garantit l'efficacité de la réserve héréditaire. À défaut, il suffirait au donateur de donner l'intégralité de ses biens de son vivant pour refuser toute transmission de son patrimoine à ses enfants. La réunion fictive assure donc la reconstitution fictive du patrimoine du *de cuius* à son décès et permet ainsi la protection de la réserve héréditaire.

Cette protection de l'héritier réservataire est particulièrement importante et distingue le système français de celui de nombreux autres États qui limitent dans le temps les donations devant être réunies à la masse de calcul au décès du donateur. À titre d'exemples, l'Allemagne, la Pologne et la Grèce limitent la réunion fictive aux donations faites dans les dix ans précédant le décès du donateur. Aux Pays-Bas et en Suisse, cette limite est de cinq ans, tandis qu'en Autriche elle se réduit à deux ans².

De plus, cette réunion fictive a un très large domaine, puisqu'elle concerne l'ensemble des donations entre vifs consenties par le défunt³. Ainsi la personne du gratifié est indifférente, de même que le caractère rapportable ou non de la donation⁴.

426. Les règles de la réunion fictive sont également particulièrement protectrices car elles assurent la réunion de toutes les donations à la masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible, quelle que soit leur nature⁵. Toutefois, sont exclues de la qualification de libéralités certaines notions qui peuvent pourtant s'y apparenter.

Ainsi, ne doivent pas être réunies fictivement à la masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible les sommes versées au titre de l'obligation d'entretien⁶, bien que ces sommes, en raison de leur montant, puissent parfois s'apparenter en pratique à des libéralités et générer

¹ L'article 923 du Code civil pose le caractère subsidiaire et chronologique de la réduction des libéralités faites entre vifs : « *Il n'y aura jamais lieu à réduire les donations entre vifs, qu'après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les dispositions testamentaires ; et lorsqu'il y aura lieu à cette réduction, elle se fera en commençant par la dernière donation, et ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes* ».

² Pour une étude comparée du traitement des donations entre vifs lors de la succession du donateur, V. R. FRANK, « Les donations entre vifs au détriment des enfants réservataires du donateur », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz, LexisNexis, 2012, p. 120.

³ V. par ex. M. NICOD et S. DEVILLE, « Réserve héréditaire - Réduction des libéralités », *op. cit.*, n° 31.

⁴ Dans ce sens, V. *Civ. 1^{re}*, 5 janvier 1999, n° 96-22.054. Le fait que les donations aient été faites en avancement de parts ou hors parts n'a d'intérêt qu'au stade de l'imputation puisque ce critère permet de déterminer si la donation doit s'imputer sur la quotité disponible ou sur la réserve du gratifié afin de déterminer s'il est porté ou non atteinte à la réserve globale.

⁵ Doivent être réunies à la masse de calcul les donations-partages (Art. 1077-2, al. 1, C. civ.), les donations de biens présents par contrat de mariage ou encore les donations entre époux en cours de mariage. Depuis un revirement de jurisprudence en date de 1997, doit également être réuni à la masse de calcul l'usufruit contenu dans une clause de réversion d'usufruit (*Com.*, 2 décembre 1997, n° 96-10.072, Bull. civ. 1997, IV, n° 318, p. 276 ; *Deffrénois* 1998, art. 36782, note Chappert ; *D.* 1998, 263, note Tixier).

⁶ Art. 852, al. 1, C. civ.

de fortes inégalités entre les enfants¹. L'enfant lésé pourra alors tenter de les voir requalifier en libéralité².

Le législateur exclut également de la réunion fictive les avantages que les époux peuvent retirer de leur régime matrimonial³, alors même que les notions d'avantages matrimoniaux et de donations entre époux sont susceptibles de se recouper⁴. Cette « *fiction disqualificative* »⁵ permet d'exclure les avantages matrimoniaux de la réunion fictive à la masse de calcul de la quotité disponible et de la réserve. Pour autant, conscient de la proximité des notions de donation entre époux et d'avantages matrimoniaux ainsi que des inégalités qu'une différenciation systématique pourrait engendrer, le législateur fait produire aux avantages matrimoniaux les effets des donations entre vifs en présence d'enfants non communs⁶. L'assimilation de l'avantage matrimonial à la donation entre vifs dans cette hypothèse permet d'assurer le respect des droits des enfants non communs qui, à défaut, seraient définitivement privés d'une part du patrimoine de leur auteur. Pour autant, il est possible de s'interroger sur le bien-fondé de l'exclusion de son application aux enfants communs. Certes, lorsque les enfants sont communs, la transmission du patrimoine obéré par l'exclusion des avantages matrimoniaux de la réunion fictive ne l'est en principe que momentanément, puisque cette part du patrimoine parental sera à terme transmise aux enfants lors du décès du second parent. Toutefois, il n'en ira réellement ainsi qu'à condition que le dernier décédé des parents n'ait pas dilapidé son patrimoine⁷. Dans le même esprit, le législateur protège les enfants des éventuelles soustractions de biens du patrimoine de leur parent qui pourraient intervenir par le biais d'un changement de régime matrimonial plus favorable au conjoint survivant, en soumettant ce

¹ cf. *supra* §345.

² Sur ce point, V. par ex. : Y. FAVIER, « Aide familiale : les temps de la transmission », in *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, pp. 388-389 ; Y. DELECRAZ et M. CHETAILLE, « Le financement par les parents des études supérieures de leurs enfants », *JCP N*, 6 mai 2011, n° 18, p. 1154 ; Y. DELECRAZ, « L'aide des parents envers les enfants - . - Le financement des études supérieures et la mise à disposition d'un logement », *JCP N* 26 avril 2013, n° 17, p. 1114.

³ Art. 1527, al. 1, C. civ. Pour une vision critique de cette qualification V. par ex. : N. PETRONI-MAUDIÈRE, « Pour une nouvelle analyse de la clause de réversibilité d'usufruit au profit du conjoint survivant », *Deffrénois*, 15 mars 2006, n° 7, p. 549 ; C. FARGÉ, « La clause de réversibilité d'usufruit : une technique souple à la disposition des praticiens », *Deffrénois* 31 octobre 2005, n° 20, p. 1560.

⁴ Dans ce sens, V. Q. GUIGUET-SCHIELÉ, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux. Essai sur une fiction disqualificative*, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2015, p. 266, n° 292.

⁵ Q. GUIGUET-SCHIELÉ, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux. Essai sur une fiction disqualificative, op. cit.*

⁶ Art. 1527, al. 2, C. civ.

⁷ Dans ce sens, V. Q. GUIGUET-SCHIELÉ, « Titularité de l'action en retranchement : de l'incohérence à l'hypocrisie », *Gaz. Pal.*, 9 juin 2015, n° 160, p. 5 ; J. CASEY, « Les actions au bénéfice des enfants contre le conjoint survivant », *AJ fam.*, juin 2018, p. 335 : l'auteur souligne le caractère désuet et naïf de l'idée selon laquelle les enfants communs retrouveront les biens objets des avantages matrimoniaux au décès du second parent.

changement à l'homologation du juge si les époux ont des enfants mineurs ou des enfants majeurs qui s'opposent à ce changement de régime¹.

427. La jurisprudence adopte également une attitude protectrice des droits des héritiers réservataires en prévoyant que toutes les donations faites du vivant du donateur doivent être fictivement réunies à la masse quelle que soit leur forme. Ainsi, peu importe que le formalisme qui régit en principe les donations² soit respecté ou non. Dès lors que ces actes sont valables³, la donation qu'ils opèrent doit être réunie à la masse de calcul. À l'inverse, si leurs conditions de validité ne sont pas remplies ils pourront être annulés. Tout acte visant au dépouillement irrévocable, sans contrepartie et dans une intention libérale du donateur en faveur d'une autre personne qui l'accepte⁴ doit donc être fictivement réuni à la masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible⁵.

L'idée qui sous-tend cette réunion fictive des donations quelle que soit leur forme est de protéger le droit de gage des successibles contre toute dissimulation d'éléments du patrimoine du *de cuius*, laquelle est grandement facilitée par le non-respect des conditions de forme de la donation⁶. Le choix par le parent du recours aux donations non notariées peut, en effet, s'expliquer par l'intention de ce dernier de faciliter au donataire la soustraction du bien donné à la masse de calcul.

428. La preuve d'une donation qui ne revêt pas la forme notariée étant plus difficile à apporter, le législateur ainsi que la jurisprudence ont prévu des facilités de preuve au profit des héritiers réservataires. Tout d'abord, la jurisprudence estime que l'héritier réservataire qui cherche à prouver une donation fait valoir un droit propre pour la défense de sa réserve.

¹ Art. 1397 C. civ.

² Art. 931 C. civ. : « *Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité* ».

³ Sur les conditions de validités des donations non notariées V. par ex. : P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *Droit civil. Tome 2. Régimes matrimoniaux. Successions - Libéralités.*, LGDJ, 29^e éd., 2016, pp. 329 et s., n° 762 et s. ; I. NAJJAR, « Donation », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2008 ; Ph. MALAURIE et C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 7^e éd., 2016, pp. 247 et s., n° 417 et s.

⁴ cf. définition de la donation entre vifs donnée par l'article 894 C. civ.

⁵ Cela concerne aussi bien les donations déguisées (V. par ex. : *Civ. 1re, 24 novembre 1987*, Bull. civ. I, n° 309 ; *RTD civ.* 1989, 803, obs. Patarin), que les donations indirectes (*Civ. 1re, 27 mai 1961*, Bull. civ. I, n° 268 ; *D.* 1962, 657, note Boulanger), ou encore les dons manuels (*Civ. 1re, 27 mai 1961*, Bull. civ. I, n° 268 ; *D.* 1962, 657, note Boulanger).

⁶ Sur la difficulté pour le notaire en charge du règlement de la succession d'appréhender le patrimoine du défunt V. : G. BONNET, « L'appréhension du patrimoine successoral par le notaire », *AJ fam.* 2006, p. 369.

N'agissant pas en qualité d'ayant cause du *de cuius* il est considéré comme un tiers à la convention et peut de ce fait établir la preuve de la donation par tous moyens¹.

Mais le législateur se montre encore davantage protecteur des héritiers réservataires lorsqu'il s'agit de les protéger contre les autres héritiers réservataires, puisqu'il pose une présomption irréfragable de gratuité et de dispense de rapport à l'encontre de toute aliénation consentie par le défunt à l'un de ses descendants « *soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdus, ou avec réserve d'usufruit* »². Cette présomption irréfragable de gratuité est particulièrement protectrice des autres héritiers réservataires, puisqu'elle implique une réunion systématique de ce type d'acte à la masse de calcul, alors même qu'ils auraient en réalité pu être faits à titre onéreux, ce qui les exclut en principe du patrimoine du parent. À l'inverse, ici, les héritiers réservataires peuvent exiger la réunion de ces actes à la masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible sans avoir à rapporter la preuve qu'il s'agit bien d'une donation.

429. La protection particulière des héritiers réservataires contre leurs cohéritiers se retrouve également dans les sanctions du recel³. L'héritier receleur est doublement sanctionné puisque, d'une part, il est « *réputé accepter purement et simplement la succession, nonobstant toute renonciation ou acceptation à concurrence de l'actif net* » et, d'autre part, il est privé des biens ou des droits détournés ou recelés⁴. Cette seconde sanction est particulièrement intéressante puisqu'elle permet, outre la réunion de la donation dissimulée à la masse de calcul, d'opérer un déséquilibre du partage au détriment de l'héritier receleur en le privant des biens recelés. Toutefois, en vertu du deuxième alinéa de l'article 778 du Code civil, le recel ne pourra être constitué que si la donation est rapportable ou réductible. Une telle solution peut sembler logique dans la mesure où seules les donations rapportables ou les donations non rapportables, mais réductibles, sont *a priori* susceptibles de porter atteinte aux droits des cohéritiers du donataire. Toutefois, cette solution est critiquable en ce qu'elle ne tient pas compte du fait que la réunion fictive d'une donation, alors même qu'elle ne serait ni rapportable ni réductible, peut

¹ Civ., 13 août 1866, DP 1866, 1, 465 ; Req., 18 mars 1872, DP 1872, 1, 309 ; Civ. 1^{re}, 24 novembre 1987, n° 86-10.635, Bull. 1987, I, n° 309, p. 221 ; JCP 1989, II, 21214, note Testu ; Civ. 1^{re}, 31 mars 1992, n° 90-17.714, Bull. 1992, I, n° 98, p. 65 ; JCP 1993, I, 3676, n° 3, obs. Testu.

² Art. 918 C. civ.

³ La jurisprudence donne une définition assez large du recel. Il peut être caractérisé par « *toute manœuvre dolosive, toute fraude commise sciemment et qui a pour but de rompre l'égalité du partage, quels que soient les moyens employés pour y parvenir* » (Civ. 1^{re}, 20 février 1996, n° 94-10.262, Bull. 1996, I, n° 102, p. 70 ; RTD civ. 1996, p. 447, obs. Patarin ; Defrénois 1996, art. 36387, obs. Champenois), ou encore par « *tout procédé tendant à frustrer les cohéritiers d'un bien de la succession* » (Civ. 1^{re}, 4 mai 1977, n° 76-10.320, Bull. 1977, I, n° 208, p. 164). Sur cette définition V. également : M. GRIMALDI, *Droit des successions*, LexisNexis, 7^e éd., 2017, p. 405, n° 515.

⁴ Art. 778, al. 1, C. civ.

entraîner la réductibilité d'une autre libéralité. Ainsi que le souligne le Professeur Grimaldi, le donataire qui garde le silence dans une telle hypothèse est sans aucun doute blâmable s'il est également le bénéficiaire de la donation réductible « *car il a cherché à en détourner la portion réductible de la masse partageable* »¹. À l'inverse, si le bénéficiaire de la libéralité réductible est un tiers, l'héritier qui garde le silence est tout autant lésé que le reste de ses cohéritiers et l'élément intentionnel ne saurait donc être constitué. Il semblerait, par conséquent, plus opportun d'étendre l'application du recel à tous les types de donations, peu importe qu'elles soient rapportables ou réductibles. Cela présenterait l'avantage de permettre au juge de sanctionner le donataire dont la dissimulation lui permettrait d'éviter la réduction d'une autre libéralité dont il a été gratifié.

À la différence de la protection des héritiers réservataires contre les donations entre vifs faites par le parent, qui est malaisée dans la mesure où les biens objets des donations sont par définition déjà sortis du patrimoine du parent lors de l'ouverture de la succession, la protection des héritiers réservataires contre les legs est plus aisée. En effet, les biens objets des legs sont protégés contre l'éventuelle dissimulation des légataires par la saisine dont bénéficient les héritiers réservataires.

b) La protection contre les légataires : la préservation par la saisine

430. Lors du décès du *de cuius* les différentes personnes appelées à la succession ne peuvent pas immédiatement se saisir matériellement des biens qu'ils pensent leur revenir. En effet, seules les personnes qui viennent à la succession et qui sont titulaires de la saisine le peuvent. La saisine se définit comme l'« *investiture de la possession de l'hérédité qui (...) fonde le successeur saisi à exercer d'emblée les prérogatives attachées à sa qualité (not. à appréhender matériellement tous les biens de la succession) sans avoir à accomplir la moindre formalité* »². La saisine permet donc à la personne qui en est titulaire non seulement d'entrer immédiatement en possession des biens du défunt, mais également d'exercer les droits et obligations de ce dernier³. Toutefois, il ne s'agit pas à proprement parler d'une possession effective, mais davantage d'une sorte d'habilitation à posséder⁴. À l'inverse, les personnes

¹M. GRIMALDI, *Droit des successions, op. cit.*, p. 405, note de bas de page n° 33.

²V. V° « Saisine » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF.

³P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *Droit civil. Tome 2. Régimes matrimoniaux. Successions - Libéralités.*, op. cit., p. 191, n° 404.

⁴Dans ce sens, V. C. BRENNER, « La succession », in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir.*, Dalloz éd., 2004, p. 448. Sur les difficultés de définition de cette notion V.J. MAURY, « Réquisitoire contre la saisine », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, pp. 335-344.

venant à la succession du *de cuius* qui n'ont pas la saisine doivent demander la délivrance de leurs legs et ainsi voir leur titre vérifié avant de pouvoir entrer en possession des biens qui leur reviennent, voire se faire envoyer en possession s'il s'agit de l'État.

Or, en présence d'enfants, ces derniers seront nécessairement titulaires de la saisine¹. Le parent ne peut en décider autrement, les règles d'attribution de la saisine étant d'ordre public². Par conséquent, les légataires ne pourront prétendre aux biens légués qu'en demandant la délivrance aux héritiers réservataires. Cela permettra aux héritiers de n'effectuer cette délivrance que lorsqu'ils se seront assurés de la validité du titre des légataires.

431. De plus, la délivrance doit être distinguée du paiement du legs. En effet, tandis que la première n'est qu'une opération purement juridique qui a pour objet de reconnaître les droits du légataire, le second n'interviendra qu'au stade des opérations de partage, autrement dit dès lors que les héritiers réservataires se seront assurés que la libéralité n'est pas sujette à réduction³. Ainsi, le fait que les héritiers réservataires soient seuls titulaires de la saisine leur permet de protéger leur réserve de toute appropriation prématurée des biens de la part des légataires et fait ainsi de la saisine « *une mesure de police juridique propre à défendre l'intégrité de la succession contre les empiétements injustifiés* »⁴. Toutefois, cela n'est vrai que si les légataires n'ont pas également la qualité d'héritier réservataire. En effet, dans une telle hypothèse la qualité d'héritier réservataire du légataire lui confère la saisine. La saisine étant indivisible⁵, il entre immédiatement en possession de la totalité de l'hérédité et n'a par conséquent pas à demander la délivrance de son legs. Il en résulte que les autres héritiers réservataires ne sont pas à l'abri d'une éventuelle dilapidation du bien par leur cohéritier insolvable, alors même que la libéralité de ce dernier aurait éventuellement pu être sujette à réduction.

Ainsi, le législateur protège d'abord les héritiers réservataires contre la soustraction de biens afin de garantir le contenu de la masse sur laquelle le calcul de la réserve et de la quotité

¹ Art. 1004 C. civ.

² Dans ce sens, V. M. GRIMALDI, *Droit des successions, op. cit.*, p. 330. Le mandat posthume constitue toutefois une exception à ce principe.

³ Civ. 1^{re}, 10 juillet 1968, Bull. n° 211 : « *la délivrance d'un legs est une mesure essentiellement provisoire, qui n'enlève aux héritiers et autres intéressés aucun des moyens de forme et de fond qu'ils peuvent avoir à proposer pour faire établir leurs droits dans la succession* ».

⁴ H. VIALLETON, « La place de la saisine dans le système dévolutif français actuel », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier. Tome II*, Dalloz, 1961, p. 286.

⁵ Selon la formule de la Cour de cassation, la saisine porte sur « *l'universalité de l'hérédité* ». V. par ex. : Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1961, Bull. n° 136 ; Civ. 1^{re}, 20 mars 1984, n° 83-11.143, Bull. 1984, I, n° 108 ; Civ. 1^{re}, 31 janvier 1989, n° 87-11.829, Bull. 1989, I, n° 55, p. 35 ; Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, n° 90-13.135, Bull. 1991, I, n° 159, p. 104 ; Civ. 1^{re}, 20 novembre 2001, n° 99-17.212, Bull. 2001, I, n° 288, p. 182 ; Civ. 1^{re}, 10 octobre 2012, n° 11-17.891, Bull. 2012, I, n° 200.

disponible s'opère. Mais la protection de la réserve s'opère également, et surtout, grâce aux moyens prévus par le législateur pour protéger les héritiers réservataires contre l'excès des libéralités. Toutefois, cette protection n'empêche pas la privation de l'enfant par son parent de biens en nature, puisque la réduction des libéralités excessives a lieu par principe en valeur.

2 - La protection contre l'excès de libéralités par leur réduction en valeur

432. Une fois la masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible fictivement reconstituée¹, il convient de procéder à l'imputation des libéralités afin de déterminer s'il est ou non porté atteinte à la réserve². La protection des héritiers réservataires contre l'excès des libéralités consenties par le *de cuius* est alors assurée par le législateur au moyen de la faculté qu'ils ont de demander la réduction en valeur des libéralités portant atteinte à leur réserve.

Il convient à ce stade de préciser que certaines règles particulières d'imputation peuvent permettre de réduire l'amplitude de la réserve individuelle d'un des enfants, ce qui peut s'apprécier comme une voie d'exhérédation partielle. Toutefois, ces techniques ne seront pas ici développées car elles ne font que réduire l'amplitude de la réserve sans pour autant remettre en question le concept de réserve en tant que tel³. À l'inverse, l'excès des libéralités pourrait condamner l'existence même de la réserve individuelle d'un enfant si le législateur ne lui donnait pas la possibilité de demander la réduction des libéralités y portant atteinte.

433. Ainsi, l'enfant, en sa qualité d'héritier réservataire, est protégé contre un éventuel refus de son père ou de sa mère de lui transmettre son patrimoine par la possibilité dont il dispose de demander la réduction des libéralités excessives qui porteraient atteinte à sa réserve⁴. Par conséquent, cette action ne lui est ouverte que s'il accepte la succession puisqu'en cas de renonciation il devient étranger à celle-ci et perd tous ses droits à réserve.

Sa demande en réduction ne protège que sa part individuelle de réserve et non celle de ses co-réservataires. Ils peuvent toutefois faire une demande collective qui vaudra pour chacun

¹ cf. *supra* 425 et s.

² Sur les règles d'imputation V. les articles 919 et s. du Code civil.

³ Il est fait ici référence à la possibilité de réduire l'amplitude de la réserve individuelle d'un enfant en gratifiant un autre enfant, qui renoncerait à la succession, d'une libéralité rapportable. La quotité disponible et la réserve sont alors calculées comme si le gratifié n'avait pas renoncé (art. 919, al. 2, C. civ.). L'amplitude de la réserve individuelle de l'enfant acceptant non gratifié est alors réduite par rapport à ce qu'elle aurait été si l'enfant renonçant n'avait pas été gratifié ou si la libéralité n'avait pas été rapportable.

⁴ Art. 921, al. 1, C. civ.

d'entre eux¹. Si la réduction n'est pas automatique et suppose une demande², celle-ci n'est soumise par le Code civil à aucun formalisme particulier. Ainsi, bien qu'elle puisse emprunter la voie judiciaire au moyen d'une assignation dirigée contre le gratifié devant le tribunal de grande instance du lieu d'ouverture de la succession, ce n'est pas une nécessité. Elle peut être exprimée directement auprès du gratifié dont la libéralité est sujette à réduction ou du notaire en charge du règlement de la succession³ de façon explicite ou non. Ainsi, le seul fait de demander « *l'ouverture des opérations de comptes, liquidation et partage (...) ainsi que le rapport des donations* » manifeste la volonté de voir procéder à la réduction⁴.

La réduction s'opère dans l'ordre inverse de celui des imputations, autrement dit en commençant par la libéralité la plus récente⁵. Par conséquent, sont en priorité réduits les legs – puisqu'il s'agit des libéralités les plus récentes – sans aucune distinction entre le type de legs⁶ et proportionnellement au montant de chaque legs, à moins que le disposant n'en ait décidé autrement⁷. Si la réduction des legs est insuffisante à reconstituer la réserve, les libéralités faites entre vifs seront également réduites en commençant par la dernière donation, et ainsi de suite en remontant des plus récentes aux plus anciennes⁸. Si cela s'avère nécessaire à la protection de la réserve, des donations, même très anciennes, pourront donc être réduites⁹.

434. Toutefois, cela ne veut pas pour autant dire que les donataires seront forcés de restituer le bien dont ils ont été gratifiés, ni que les légataires seront privés de leur legs. En effet, depuis la loi de 2006¹⁰, l'article 924 du Code civil dispose que le gratifié « *doit indemniser les héritiers réservataires à concurrence de la portion excessive de la libéralité, quel que soit l'excédent* ». La réduction s'effectue donc en principe en valeur, ce qui implique que le gratifié peut conserver le bien objet de la libéralité à condition d'être en mesure de payer l'indemnité de réduction. La réduction n'aura lieu en nature que si le gratifié en décide ainsi « *lorsque le bien donné ou légué lui appartient encore et qu'il est libre de toute charge dont il n'aurait pas*

¹M. GRIMALDI, *Droit des successions, op. cit.*, p. 691, n° 904.

²Civ. 1^{re}, 21 janvier 1969, Bull. 1969, n° 34 ; Civ. 1^{re}, 20 octobre 1982, Bull. 1982, I, n° 299 ; D. 1983, 120, note Rémy ; *Defrénois* 1983, art. 33061, note Breton ; *RTD civ.* 1983, 771, obs. Patarin.

³*Patrimoine*, coll. Mémento pratique, Francis Lefebvre, 2017, p. 988, n° 22707.

⁴Civ. 1^{re}, 10 janvier 2018, n° 16-27.894, Publié au Bull. ; *Dalloz actualité*, 22 janvier 2018, obs. Guiguet-Shielé.

⁵Art. 924-4, al. 1, C. civ.

⁶Art. 926 C. civ.

⁷Art. 927 C. civ.

⁸Art. 923 C. civ.

⁹ Cela distingue le système français du système allemand, plus protecteur du droit des donataires puisque les donations ne peuvent pas être réduites lorsqu'elles ont été faites plus de dix ans avant la mort du disposant. Sur ce point V. R. FRANK, « Les donations entre vifs au détriment des enfants réservataires du donateur », *op. cit.*, p. 115.

¹⁰Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

déjà été grevé à la date de la libéralité, ainsi que de toute occupation dont il n'aurait pas déjà fait l'objet à cette même date »¹ ou si le gratifié se révèle insolvable. Dans ce second cas, les réservataires pourront exercer l'action en réduction ou en revendication contre les tiers ayant acquis les biens auprès du gratifié². En raison du principe de la réduction en valeur, il est donc aisé pour le parent de priver ses enfants des biens de la succession³. La réserve est ainsi « monétarisée, fongibilisée »⁴. Les héritiers réservataires sont, par conséquent, relativement bien protégés contre la volonté de leur parent de les exhérer, mais uniquement en valeur. L'aspect symbolique de la réserve en sort considérablement affecté, la transmission transgénérationnelle et la dimension affective des biens familiaux s'effaçant au profit d'une transmission monétaire.

435. Cette protection de l'enfant contre le refus de son parent de lui transmettre son patrimoine est d'autant plus importante que le droit d'agir en réduction n'est pas personnel à l'héritier réservataire et est donc transmis à ses successeurs à son décès⁵. Or, cette possibilité offerte aux enfants d'agir en réduction en leur qualité d'ayant cause de leur parent peut s'avérer fort utile lorsque ce dernier tente de les priver de la transmission du patrimoine familial en renonçant lui-même à agir en réduction contre des libéralités consenties par ses parents. À condition de prouver l'intention frauduleuse ayant animé la renonciation du parent, il est alors possible pour les enfants d'agir en réduction en lieu et place de leur auteur, la fraude de ce dernier leur rendant inopposable sa renonciation⁶.

436. L'enfant dont l'un des parents s'est remarié est particulièrement susceptible d'être lésé lors du décès de ce parent. En effet, ce dernier peut être tenté de priver son enfant de la transmission de son patrimoine en le vidant en tout ou partie par le biais d'avantages matrimoniaux au profit de son nouveau conjoint. C'est la raison pour laquelle le législateur a prévu, au deuxième alinéa de l'article 1527 du Code civil, une « action en réduction spéciale

¹ Art. 924-1 C. civ.

² Art. 924-4 C. civ.

³ Dans ce sens, V. F. SAUVAGE, « Le déclin de la réserve héréditaire précipité par la loi du 23 juin 2006 », *JCP N*, 18 juillet 2008, n° 29, p. 1248.

⁴ M. GRIMALDI, « Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », *D.* 2006, p. 2551.

⁵ Art. 921, al. 1, C. civ.

⁶ *Civ. 1^{re}*, 4 février 1992, n° 90-15.760, Bull. 1992, I, n° 41, p. 30 ; *D.* 1993, Somm. 227, obs. Vareille ; *RTD civ.* 1992, p. 432, note Patarin.

des avantages matrimoniaux »¹ au bénéfice de l'enfant non commun aux époux, appelée action en retranchement. Cette demande de réduction peut être faite jusqu'au décès du conjoint survivant², ce qui laisse la possibilité à l'enfant non commun de laisser le bénéficiaire des avantages matrimoniaux en jouir jusqu'à son décès en ne récupérant les biens concernés qu'au moment où ils seraient autrement transmis aux successeurs du bénéficiaire. Il s'agit là, pour l'héritier réservataire qui n'est pas issu du conjoint survivant, d'une protection supplémentaire qui déroge à la règle selon laquelle les avantages matrimoniaux ne sont pas considérées comme des donations³. Cette dérogation permet de réunir fictivement les avantages matrimoniaux à la masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible⁴ et d'en obtenir la réduction en cas d'atteinte à la réserve. Le législateur a préféré prendre en compte le risque effectif menaçant les droits des héritiers réservataires non communs aux deux époux, bien que cela conduise à appliquer à l'avantage matrimonial le régime des donations. Mais là encore cette protection n'est garantie qu'en valeur.

437. Ainsi, la protection que la loi offre aux héritiers réservataires est très efficace, mais se révèle essentiellement être une protection en valeur. Cela interroge sur l'opportunité de maintenir un droit de l'enfant sur le patrimoine de son parent quelle que soit la relation qu'ils ont entretenue tout au long du vivant de ce dernier. En effet, si l'importance symbolique de la transmission de biens familiaux peut se comprendre, le fondement d'un droit purement monétaire sur le patrimoine de son parent décédé, allant à l'encontre de la volonté de ce dernier, quelle que soit la situation familiale et l'âge de l'enfant, peine à trouver sa justification. Pour autant, demeurent quelques voies qui laissent persister, mais de façon extrêmement résiduelle, la valeur symbolique de la réserve héréditaire.

¹M. NICOD et S. DEVILLE, « Réserve héréditaire - Réduction des libéralités », *op. cit.*, n° 115. Dans ce sens, V. également : M. GRIMALDI, *Droit des successions, op. cit.*, p. 623, n° 793 : « Lorsqu'elle (la réduction) frappe un avantage matrimonial, en présence d'un enfant issu d'une autre union, on parle de retranchement ». ; J. CASEY, « Retranchement en valeur et refus du principe de concentration des demandes », *AJ fam.* 2017, p. 78 ; B. BEIGNIER et S. TORRICELLI-CHRIFI, *Libéralités et successions*, LGDJ, 4^e éd., 2017, p. 127, n° 198 ; C. JUBAULT, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, coll. Domat, Droit privé, Montchrestien, 2^e éd., 2010, p. 51, n° 69. ; J. CASEY, « Les actions au bénéfice des enfants contre le conjoint survivant », *préc.*, p. 334.

² Art. 1527, al. 3, C. civ.

³ Art. 1527, al.1, C. civ.

⁴ cf. *supra* §§425 et s.

B - La persistance très résiduelle de la valeur symbolique de la réserve héréditaire : une protection limitée aux libéralités faites au conjoint survivant

438. Si la réduction de l'excès des libéralités ne donne en principe lieu qu'à une indemnité de réduction, à moins que le gratifié n'en décide autrement, quelques rémanences de l'aspect symbolique de la réserve héréditaire demeurent. Le législateur prévoit, en effet, la possibilité pour l'enfant d'éviter la perte de la propriété ou de la jouissance de certains biens lorsque le gratifié est le conjoint du parent. Cette possibilité demeure, toutefois, très limitée dans la mesure où elle ne peut jouer que dans des hypothèses restreintes.

Ainsi, le législateur prévoit la possibilité pour l'enfant de substituer des parts d'usufruit à une libéralité en pleine propriété (1) et de convertir l'usufruit dont a été gratifié le conjoint en rente viagère (2).

1 - La protection de la propriété par la substitution de parts d'usufruit à une libéralité en pleine propriété : une faculté réservée à l'enfant non commun

439. Dans un objectif de protection de la propriété en nature des enfants non issus des deux époux, le législateur a prévu à l'article 1098 du Code civil la possibilité pour ces derniers de substituer à l'exécution de la libéralité faite en propriété au conjoint survivant l'abandon de l'usufruit de la part de succession qu'ils auraient recueillie en l'absence de conjoint survivant. Cette faculté permet aux héritiers réservataires du *de cuius* d'éviter la sortie définitive de biens du patrimoine familial. Le fait de substituer à la donation en pleine propriété leur part d'usufruit leur permet, en effet, de conserver la nue-propriété d'un maximum de biens afin d'en récupérer la pleine propriété au décès du conjoint de leur auteur. La valeur symbolique de transmission du patrimoine familial traditionnellement attachée à la réserve se retrouve donc ici, puisque la substitution de parts d'usufruit a pour but de permettre à l'enfant de retrouver la pleine propriété du bien au décès du gratifié.

440. Toutefois, le champ d'application de l'article 1098 du Code civil s'avère restreint puisque, outre le fait qu'il ne peut être invoqué que par les enfants non communs, la substitution ne peut être requise par les héritiers réservataires que si la libéralité a été faite en propriété. Elle est donc totalement exclue lorsque le défunt a décidé de son vivant de gratifier son conjoint de la totalité de l'usufruit. La substitution ne pourra, en réalité, avoir lieu que si la libéralité porte sur la quotité disponible ordinaire, soit un quart de la succession en pleine propriété. La jurisprudence a, en effet, logiquement exclu le jeu de la substitution de l'usufruit

à la pleine propriété dans l'hypothèse où le conjoint survivant a déjà été gratifié de l'usufruit du patrimoine du défunt¹. Par conséquent, elle ne peut jouer lorsque le conjoint survivant a été gratifié du quart de la succession en pleine propriété et des trois quarts en usufruit. Elle ne peut pas non plus jouer lorsque le défunt n'a pas décidé de son vivant de quelle quotité disponible spéciale il comptait gratifier son conjoint. Dans une telle hypothèse, le choix entre les trois options prévues par l'article 1094-1 du Code civil est laissé au conjoint survivant. Or, la Cour de cassation a estimé que le simple fait d'ouvrir l'option au conjoint excluait la possibilité pour les héritiers réservataires de faire jouer la substitution car cette option « *comporte la faculté pour le gratifié de recueillir une libéralité d'un montant supérieur à l'usufruit de la totalité de la succession et, par là même, exclut, sans équivoque, l'application de l'article 1098* »². Ainsi, peu importe que le conjoint ait, finalement, opté pour le quart de la succession en pleine propriété, dès lors que l'option lui était ouverte, la substitution ne peut être obtenue par les héritiers réservataires.

La protection de la propriété des héritiers réservataires sur les biens compris dans la succession du défunt est donc très limitée, puisqu'elle ne peut jouer que lorsque la personne gratifiée est le conjoint et que le défunt a précisé qu'il entendait gratifier celui-ci du quart en pleine propriété. Cette résurgence de la symbolique de la réserve reste donc très circonscrite.

441. La libéralité en pleine propriété n'est pas la seule façon de priver l'enfant des biens de famille. Il peut, en pratique, en aller de même de la libéralité consentie en usufruit si l'enfant ne récupère pas la pleine propriété du bien avant son décès. Ce risque se rencontre notamment lorsque le parent gratifie d'une libéralité en usufruit une personne d'un âge proche, ou même inférieur, à celui de son enfant. Le législateur protège l'enfant d'un tel risque en lui permettant de convertir l'usufruit en rente viagère afin de pouvoir récupérer la pleine propriété d'un bien. Toutefois, là encore, cette protection reste très limitée puisqu'elle ne trouve à s'appliquer que lorsque le gratifié est le conjoint survivant du parent.

¹Civ. 1^{re}, 3 juin 1986, Bull. 1986, I, n° 154, p. 154 ; *RTD civ.* 1987, 580, obs. Patarin ; *D.* 1987, I, jurisp. 33, note Morin ; *Defrénois*, 1987, I, 58, note Morin ; *JCP* 1987, II, 20891, note Rambure ; *Civ.* 1^{re}, 4 octobre 1988, Bull. I, n° 270 ; *RTD civ.* 1989, 610, obs. Patarin ; *Defrénois* 1989, art. 34424, p. 167, note Morin.

²*Civ.* 1^{re}, 3 décembre 1996, n° 94-21.799, Bull. 1996, I, n° 437, p. 304 ; *RTD civ.* 1997, p. 981, obs. Patarin ; *D.* 1997, Somm., p. 366, obs. Vareille ; *JCP* 1998, I, 133, n° 12, obs. Le Guidec ; *Defrénois* 1997, 817, obs. Champenois.

2 - La protection de la jouissance par la conversion de l'usufruit du conjoint en rente viagère

442. Parce que la privation de la jouissance d'un bien peut également être très mal vécue par l'enfant et, selon les circonstances, équivaloir à une exhérédation de son vivant, le législateur assure dans une certaine mesure la protection de la jouissance de l'héritier réservataire en lui permettant de convertir l'usufruit dont est gratifié le conjoint survivant en rente viagère. Il permet ainsi à l'enfant de récupérer la jouissance des biens dont il n'aurait eu, à défaut, que la nue-propriété.

La conversion en rente viagère peut alors s'avérer intéressante car, non seulement les libéralités en usufruit peuvent avoir pour conséquence de priver de façon durable l'enfant de la jouissance des biens, mais elles représentent également une charge importante puisque le nu-propriétaire demeure tenu des grosses réparations en vertu de l'article 605 du Code civil¹. Le législateur prévoit donc la possibilité pour chaque enfant de demander, avant le partage², la conversion en rente viagère de l'usufruit dont le conjoint survivant a été gratifié³, sans qu'il soit possible pour le *de cuius* de priver l'enfant de cette faculté⁴.

La possibilité offerte à l'enfant de convertir l'usufruit dont est gratifié le conjoint survivant, en le protégeant contre la privation factuelle de biens familiaux, constitue donc une rémanence de l'aspect symbolique de la réserve héréditaire.

443. Dans une logique identique, la conversion en rente viagère ou en capital du droit d'usage et d'habitation découlant du droit viager au logement du conjoint est également possible. Seulement, l'accord du conjoint est nécessaire puisque la conversion a lieu par convention⁵. Il semble d'ailleurs nécessaire de noter ici que le droit viager au logement dont bénéficie le conjoint survivant, à condition que le défunt n'en ait disposé autrement par testament authentique⁶, peut s'avérer particulièrement attentatoire aux droits des enfants lorsque le logement des époux constitue l'essentiel du patrimoine du défunt comme c'est souvent le cas. En effet, le droit d'usage et d'habitation dont bénéficie le conjoint survivant porte aussi bien sur le logement principal que sur les meubles le garnissant, peu importe que leur valeur excède les droits successoraux du conjoint dans la succession puisque « *le conjoint*

¹ Sur les effets délétères que peut avoir une libéralité en usufruit V. par ex. : S. FERRÉ-ANDRÉ, « L'usufruit dans les libéralités à l'épreuve du temps », in *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 397.

² Art. 760, al. 1, C. civ.

³ Art. 759 C. civ.

⁴ Art. 759-1 C. civ.

⁵ Art. 766 C. civ.

⁶ Art. 764, al. 1, C. civ.

n'est pas tenu de récompenser la succession à raison de l'excédent »¹. Le droit viager d'usage et d'habitation peut donc conduire à priver les héritiers réservataires de l'essentiel du patrimoine de leur auteur jusqu'au décès du conjoint. Ainsi, s'il ne prévoit pas des aménagements à ce droit viager, le défunt peut en pratique faire de la réserve héréditaire de ses enfants une coquille presque vide, du moins de leur vivant, si son conjoint est jeune et que son patrimoine se compose principalement du logement principal². La conversion peut donc s'avérer particulièrement intéressante si les enfants souhaitent jouir des biens concernés avant le décès du conjoint, notamment lorsque ce dernier a un âge relativement proche du leur puisque, dans un tel cas, ils risquent en réalité de ne jamais pouvoir jouir des biens objets des libéralités.

Une remarque identique vaut également lorsque le conjoint a été gratifié du quart de la succession en pleine propriété et des trois quarts en usufruit ou de la totalité de la succession en usufruit. Ici, quelle que soit l'étendue du patrimoine du *de cujus*, si le conjoint se situe dans la même tranche d'âge que les héritiers réservataires, ces derniers pourront être totalement privés de la jouissance des biens de la succession de leur auteur, à moins d'opérer une conversion en rente viagère. Or, le montant de cette dernière pourra s'avérer particulièrement important en raison du jeune âge du conjoint survivant.

444. La rémanence de la symbolique de la réserve héréditaire reste donc très circonscrite puisqu'elle ne peut jouer que dans des hypothèses très restreintes. Elle suppose, en tout état de cause, que l'enfant dispose de liquidités suffisantes pour opérer la conversion de l'usufruit. Surtout, de même que la substitution de parts d'usufruit à une libéralité en pleine propriété, la conversion de l'usufruit en rente viagère ou en capital ne protège l'enfant que contre la libéralité consentie au conjoint survivant. L'enfant n'est donc pas protégé par l'exhérédation juridique – opérée par la libéralité consentie en pleine propriété – et l'exhérédation pratique – qui peut être opérée par la libéralité consentie en usufruit – lorsque le gratifié est autre que le conjoint survivant. La protection de l'enfant par la réserve héréditaire demeure, par conséquent, une protection essentiellement en valeur. Le fait de laisser persister un tel droit, presque entièrement dénué de valeur symbolique, au profit de l'enfant sur le patrimoine de son parent sans aucune considération pour le comportement de l'enfant et la réalité du lien affectif unissant ce dernier au parent peine donc à trouver une justification.

¹Art. 765, al. 3, C. civ.

²Dans ce sens, V. N. LEVILLAIN, « Familles recomposées : difficultés pratiques liées au droit viager au logement », *AJ fam.*, juin 2018, p. 323.

En outre, la prise en compte du lien affectif affleure de plus en plus, ce qui conduit à nuancer la force de la protection conférée par la réserve héréditaire. Toutefois, cette prise en compte n'intervient que de manière ponctuelle. Elle demeure le plus souvent soumise à l'accord de l'enfant. Lorsque son accord est écarté, cela relève davantage d'une tolérance du législateur que d'une réelle prise en compte de la réalité de la situation familiale. La subjectivité insufflée par la prise en compte du lien affectif reste donc insuffisante au regard de la disparition précédemment observée de la valeur symbolique autrefois attachée à la réserve héréditaire.

§2 - L'affleurement encore insuffisant de la prise en compte du lien affectif

445. Dès lors que la disparition presque totale de la valeur symbolique attachée à la réserve héréditaire est constatée, le maintien systématique de celle-ci au bénéfice de l'enfant majeur sans aucune considération pour la situation familiale apparaît critiquable. D'autant plus qu'elle n'est ni d'ordre public international français¹, ni de valeur conventionnelle² et que, même dans l'ordre interne, son caractère d'ordre public est aujourd'hui extrêmement discuté³. Une certaine prise en compte de la réalité du lien affectif affleure toutefois.

Cette prise en compte peut se retrouver dans la possibilité d'écarter le droit à réserve de l'enfant lorsque celui-ci y consent. Cette tendance à la contractualisation⁴ peut, en effet, permettre au parent de favoriser d'autres personnes que l'enfant, ce qui peut s'expliquer par la situation familiale. Mais cette possibilité reste en principe soumise à l'acceptation de l'enfant. Il ne sera, dans la plupart des cas, possible de se passer de son accord que lorsqu'un comportement particulièrement grave de sa part permettra de l'écarter de la succession pour cause d'indignité.

La prise en compte du lien affectif peut également se retrouver dans la tolérance dont font preuve le législateur et la jurisprudence vis-à-vis de certaines techniques permettant de contourner les règles classiques de transmission du patrimoine.

¹ Dans ce sens, V. M. GRIMALDI, « La réserve héréditaire ne relève pas de l'ordre public international », *RTD Civ.* 2018, p. 189.

² CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, affaire n° 6833/74, § 53 : « L'article 8 (art. 8) n'exige pas pour autant qu'un enfant ait droit à une certaine part de la succession de ses auteurs voire d'autres proches parents ».

³ Dans ce sens, V. C.-M. PÉGLION-ZIKA, « Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ? », *RTD Civ.*, mars 2018, I, p. 19 ; P. CATALA, « Le droit successoral entre son passé et son avenir », in *Le monde du droit, écrits rédigés en l'honneur de Jean Foyer*, Economica, 2008, pp. 229 et s., n° 721 ; A. TANI, « La réserve héréditaire : règle d'ordre public ou règles impérative ? », *Dr. Fam.* 2018, n° 10, p. 32 ; P. CATALA, « La réforme des successions et des libéralités et le droit de l'entreprise », *LPA*, 28 juin 2007, n° 129, p. 3.

⁴ Dans ce sens, V. P.-M. REVERDY, « La contractualisation de la transmission successorale », *LPA*, 14 février 2007, n° 33, p. 4.

Ainsi, la prise en compte du lien affectif dans la transmission du patrimoine à l'enfant majeur reste encore insuffisante, puisqu'elle reste le plus souvent soumise à sa volonté (A), ou à la tolérance du législateur et des magistrats vis-à-vis de techniques permettant de contourner les règles classiques de transmission du patrimoine (B).

A - La prise en compte du lien affectif dans les règles classiques de transmission encore majoritairement soumise à la volonté de l'enfant

446. Dans la très grande majorité des cas, la réalisation du souhait du parent de privilégier des tiers ne pourra intervenir que si l'enfant y consent (1).

En dehors d'hypothèses extrêmes, la situation familiale et la détérioration, ou même l'absence, de relation affective entre l'enfant majeur et le parent restera totalement ignorée puisque l'enfant pourra, dans tous les cas, faire respecter son droit à réserve en réclamant le versement d'une indemnité de réduction à tous les gratifiés dont la libéralité porte atteinte à son droit à réserve. Toutefois, il existe une exception puisque, lorsque l'enfant a eu un comportement d'une particulière gravité, il sera possible de l'exclure de la succession pour indignité (2).

1 - Le principe : La réalisation de la volonté du parent soumise à l'acceptation de l'enfant

447. L'enfant peut de lui-même renoncer à la protection patrimoniale que lui confère sa qualité d'héritier réservataire. Si cette renonciation peut être conçue comme une stratégie de transmission¹, elle peut également traduire l'acceptation par l'enfant de la volonté de son parent de privilégier d'autres personnes dans un contexte de délitement, voire d'absence, du lien affectif. Elle offre ainsi une occasion de prendre en compte la réalité du lien affectif.

L'acceptation de l'enfant peut d'abord s'exprimer par sa renonciation à la totalité de la succession. Toutefois, en renonçant à la succession de son auteur, l'enfant ne lui offre pas nécessairement la garantie que sa volonté de gratifier des tiers sera respectée. En effet, les descendants de l'enfant pouvant venir en représentation de leur auteur, ils pourront bénéficier en ses lieu et place de son droit à réserve. Ainsi, si le parent souhaitait gratifier des personnes autres que les descendants de son enfant, sa volonté ne sera pas nécessairement entièrement respectée (a).

¹ Dans ce sens, V. J.-M. MATHIEU, « « Je renonce donc... je transmets » - . - La renonciation comme mode d'optimisation de la transmission », *JCP N*, 7 décembre 2012, n° 49, p. 1391.

L'acceptation de l'enfant peut également s'exprimer par sa renonciation, expresse ou tacite, à agir en réduction des libéralités portant atteinte à son droit à réserve. Mais, là encore, cette renonciation se révèle très encadrée et ses effets limités (b).

a) Le renoncement de l'enfant à la succession : une garantie inégale de prise en compte de la situation familiale et affective selon la personne des gratifiés

448. En renonçant à ses droits sur la succession de son parent, l'enfant peut favoriser le respect de la volonté de son auteur. Toutefois, le renoncement de l'enfant ne sera pas suffisant si ce dernier a lui-même des descendants, puisque ces derniers peuvent alors venir en représentation de leur parent. Si le *de cuius* avait exprimé sa volonté de gratifier une autre personne que ses petits-enfants, le respect de sa volonté impliquera que les descendants de son enfant renoncent également à la succession. À l'inverse, s'il souhaite gratifier ses petits-enfants, le renoncement de son enfant suffira. Celui-ci pourra même renoncer par anticipation à ses droits au bénéfice de sa progéniture en donnant son consentement à une libéralité transgénérationnelle.

L'expression par le parent de la réalité de sa situation familiale et affective n'aura donc pas les mêmes chances de réalisation selon qu'il entend privilégier les descendants de son enfant (β) ou de toutes autres personnes (α).

α - Le renoncement de l'enfant insuffisant à garantir la volonté du parent de gratifier d'autres personnes que ses descendants en présence de petits-enfants

449. Le renoncement par l'enfant à sa réserve héréditaire peut s'exprimer par le renoncement à la succession elle-même. L'enfant peut tout d'abord renoncer à ses droits dans la succession de son parent en n'optant pas dans les dix années suivant l'ouverture de la succession. Une fois ces dix années écoulées, il ne pourra plus agir et sera alors réputé renonçant¹. L'enfant peut également renoncer expressément à la succession avant l'écoulement du délai de l'option en adressant sa renonciation à la succession au tribunal dans le ressort duquel la succession s'est ouverte ou s'il la fait devant notaire².

Toutefois, même dans une telle hypothèse, cela ne signifie pas nécessairement que la situation familiale et affective du parent sera prise en compte. Certes, les règles de calcul de la

¹ Art. 780, al. 1 et 2, C. civ.

² Art. 804 C. civ.

quotité disponible et de la réserve en cas de renoncement d'un enfant vont, depuis la réforme du 23 juin 2006, davantage dans le sens d'une prise en compte grandissante de la volonté du parent puisque l'enfant renonçant n'est plus compté dans le calcul de la réserve et de la quotité disponible¹.

450. Cette tendance reste limitée par la présence de petits-enfants. Ces derniers peuvent, en effet, décider de venir à la succession en lieu et place de leur auteur par le mécanisme de la représentation². En effet, afin de favoriser la transmission des patrimoines aux générations les plus jeunes, la loi du 23 juin 2006 a ouvert la représentation aux enfants du renonçant³.

Si le *de cuius* ne souhaitait pas privilégier ses petits-enfants, le renoncement de son enfant ne se traduit donc pas nécessairement pour le parent par une prise en compte plus importante de sa volonté. Le droit de l'enfant sur la succession de son parent se transfère à ses propres enfants sans considération, là encore, pour la qualité de la relation affective unissant grand-parent et petit-enfant. Cette possibilité de représentation systématique transfère le droit d'héritier de l'enfant – déjà fort critiquable⁴ – à ses descendants. Elle est d'autant plus critiquable qu'elle ouvre un droit uniquement monétaire sur le patrimoine du parent sans possibilité de prendre en compte la situation familiale. Lorsque l'enfant a lui-même des descendants, le respect de la volonté du parent est donc soumis à l'acceptation de son enfant, mais également à celle des descendants éventuels de ce dernier.

À l'inverse, si la volonté du parent était de privilégier ses petits-enfants, la prise en compte de sa situation affective et familiale est garantie par la seule renonciation de son enfant à ses droits.

¹Jusqu'à la réforme du 23 juin 2006, le renonçant était pris en compte dans le calcul de la réserve en vertu d'une jurisprudence ancienne (Civ. 18 février 1818, Juris. Gén., V° successions, n° 1028). Les autres héritiers réservataires acceptant de se partager sa part de réserve voyaient par conséquent la leur augmenter. Depuis 2006, en dehors de l'hypothèse où l'héritier renonçant est représenté ou a été gratifié d'une libéralité avec clause de rapport, en cas de renonciation, l'enfant qui renonce n'est pas pris en compte dans le calcul de la réserve et de la quotité disponible (art. 913, *in fine*, C. civ.), ce qui provoque l'augmentation de la quotité disponible. Sur ce point V. par ex. B. VAREILLE, « Nouveau rapport, nouvelle réduction », *D.* 2006, p. 2565 ; E. FONGARO et M. NICOD, « Réserve héréditaire - Quotité disponible », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz, n° 44 et s. ; D. VIGNEAU, « Les nouvelles règles de la dévolution successorale », *D.* 2006, p. 2556.

² Art. 754 C. civ.

³ V. S. GAUDEMET, « La représentation successorale au lendemain de la loi du 23 juin 2006 », *Deffrénois*, 30 septembre 2006, n° 18, p. 1366.

⁴M. GRIMALDI, « La représentation de l'héritier renonçant », préc.

β - La volonté du parent de favoriser ses petits-enfants garantie par le renoncement de l'enfant

451. Le respect de sa volonté est là encore soumis à l'acceptation de son enfant. Cette acceptation pourra s'exprimer par sa renonciation à la succession, ainsi que cela vient d'être montré, ses descendants n'ayant alors qu'à venir en ses lieu et place par le mécanisme de la représentation. Mais l'enfant peut également renoncer à tout ou partie de ses droits sur la succession de son parent en donnant son consentement à une libéralité-partage transgénérationnelle.

Cette technique consiste pour l'enfant à renoncer à tout ou partie de ses droits en consentant à ce que ses descendants en soient gratifiés¹. Quelle que soit l'ampleur du renoncement à la protection conférée par la réserve, la libéralité transgénérationnelle « *requiert le consentement, dans l'acte, de l'enfant qui renonce à tout ou partie de ses droits, ainsi que de ses descendants qui en bénéficient* »². Cette possibilité pour un parent de transmettre les droits revenant en principe à son enfant aux descendants de ce dernier n'est prévue par le Code civil que de son vivant aux articles 1078-4 et suivants.

Pour autant, la Cour de cassation est venue préciser qu'un testament-partage³ pouvait également être transgénérationnel⁴. Le testament, acte en principe unilatéral, ne pourra – paradoxalement – dans un tel cas réaliser la volonté du *de cuius* que si l'enfant privé de ses droits y consent. En effet, à défaut, les descendants de l'enfant ne pourront être allotis que sur la quotité disponible puisque l'enfant pourra demander la réduction de la part portant atteinte à sa réserve⁵. Dans cette dernière hypothèse, la passivité de l'enfant suffit alors à le priver de la protection de sa réserve puisqu'il lui suffit de ne pas demander la réduction.

L'enfant peut également permettre l'expression par son parent du délitement ou de l'absence de relation affective entre eux en renonçant à agir en vue de la protection de son droit à réserve.

¹ Art. 1078-4, al. 1, C. civ. : « Lorsque l'ascendant procède à une donation-partage ses enfants peuvent consentir à ce que leurs propres descendants y soient allotis en leur lieu et place, en tout ou partie ».

² Art. 1078-5, al. 2, C. civ.

³ Art. 1079 et 1080 C. civ.

⁴ Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2012, n° 11-23.396, Bull. 2012, I, n° 237 ; *RTD civ.* 2013, p. 164, obs. Grimaldi ; *AJ fam.* 2013, p. 58, obs. Levillain ; *Dalloz actualités*, 20 novembre 2012, obs. Marrocchella ; *Defrénois* n° 10, 30 mai 2013, note Vareille.

⁵ Dans ce sens, V. M. GRIMALDI, « Un testament-partage peut être transgénérationnel », *RTD civ.* 2013, p. 164.

b) Le renoncement de l'enfant à agir en réduction des libéralités excessives : une renonciation très encadrée aux effets limités

452. La volonté du parent de privilégier toute autre personne que son enfant, en empiétant sur tout ou partie du droit à réserve de ce dernier, ne pourra être respectée qu'à condition que l'enfant y consente.

453. Là encore, l'acceptation par l'enfant de l'atteinte portée à sa réserve pourra se traduire par son abstention à exercer les voies de recours dont il dispose en vue de faire réduire les libéralités excessives. En effet, la protection de la réserve ne se fait pas de façon automatique dès lors que les libéralités s'avèrent porter atteinte à celle-ci. Quelles que soient les libéralités consenties, l'enfant doit en demander la réduction afin de faire respecter ses droits. Ainsi, si l'enfant n'en fait pas la demande dans les cinq ans suivant l'ouverture de la succession, ou dans les deux ans suivant le jour où il a eu connaissance de l'atteinte portée à la réserve, sans jamais pouvoir excéder dix ans à compter du décès¹, l'action sera prescrite. L'inaction de l'enfant au-delà du délai de prescription entraîne, par conséquent, la perte de ses droits à réserve. En renonçant ainsi tacitement à ses droits, le réservataire consent à l'atteinte portée à la protection que lui confère la réserve héréditaire². La même logique et les mêmes délais de prescription sont applicables à l'action en retranchement, cette dernière n'étant qu'une variante de l'action en réduction. Toutefois, l'action en retranchement présente la particularité de pouvoir être exercée jusqu'au décès du bénéficiaire³. L'abstention de l'enfant peut donc exprimer une renonciation seulement temporaire à exercer la protection à laquelle il a droit.

454. L'enfant peut également renoncer de façon expresse à tout ou partie de ses droits à réserve. Cela permet d'être assuré que la volonté du parent sera respectée sans avoir à attendre l'écoulement des délais de prescription des actions en réduction ou en retranchement.

Ainsi, depuis 2006⁴, l'héritier réservataire peut également limiter la protection que lui accorde la réserve en renonçant à agir en réduction avant même que la succession ne soit ouverte. Cette renonciation est toutefois encadrée puisqu'elle doit être faite « *au profit d'une ou plusieurs personnes déterminées* »⁵, ce qui interdit de renoncer de façon générale à agir en réduction pour toute atteinte à la réserve quelle que soit la personne gratifiée. Elle peut, en

¹ Art. 921, al. 2, C. civ.

² Dans ce sens, V. M. NICOD et S. DEVILLE, « Réserve héréditaire - Réduction des libéralités », *op. cit.*, n° 105.

³ Art. 1527, al. 3, C. civ.

⁴ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

⁵ Art. 929, al. 1, C. civ.

revanche, avoir une portée très étendue quant à la portion de réserve engagée puisqu'elle peut ne viser « *que la réduction d'une libéralité portant sur un bien déterminé* »¹, une fraction seulement de la réserve ou aller jusqu'à viser « *une atteinte portant sur la totalité de la réserve* »². Ainsi, bien que la renonciation puisse porter sur la totalité de la réserve, elle demeure encadrée puisqu'elle ne vaut que pour la libéralité visée par la renonciation ou les libéralités faites aux personnes au profit desquelles la renonciation a été faite. Par conséquent, si la libéralité visée par l'acte ou les libéralités dont ont été gratifiées les personnes visées par l'acte se révèlent, après application des règles d'imputation, ne pas porter atteinte à la réserve du renonçant, la renonciation ne produira aucun effet. Dans le même sens, si la ou les libéralités visées ne portent atteinte qu'à une partie de la réserve, la renonciation anticipée à l'action en réduction ne produira effet qu'à hauteur de celles-ci³.

De plus, en dépit d'une controverse doctrinale sur ce point⁴, il semble aujourd'hui certain que les conséquences liquidatives de l'action en réduction demeurent relativement protectrices de l'héritier réservataire puisqu'en renonçant de manière anticipée à l'action en réduction, il ne renonce qu'à sa part dans l'indemnité de réduction⁵ et non, ainsi que cela avait été avancé par certains, à sa part de réserve. Autrement dit, la renonciation ne revient pas à accepter que toute la fraction réductible s'impute sur sa réserve⁶, mais seulement la part pour laquelle il aurait normalement été indemnisé. La consécration de cette portée liquidative restreinte est, par conséquent, favorable à l'héritier réservataire renonçant puisqu'elle conduit

¹ Art. 929, al. 2, C. civ.

² *ibid.*

³ Art. 930-2, al. 1, C. civ.

⁴ Pour une synthèse de cette controverse V. par ex. : J.-F. PILLEBOUT, « À propos de la renonciation à l'action en réduction - . - Une fâcheuse controverse », *JCP N*, 14 mars 2008, n° 11, act. 279 ; F. SAUVAGE, « Les prolongements liquidatifs de la renonciation anticipée à l'action en réduction - . - Retour sur une « Fâcheuse controverse » », *JCP N*, 28 mars 2008, n° 13, act. 328.

⁵ Dans ce sens, V. réponse ministérielle n° 22306 du 12 août 2008 ; A. STORME MICHELEZ, « La renonciation anticipée à l'action en réduction et la renonciation à l'action en retranchement dix ans après », *JCP N*, 17 juin 2016, n° 24, p. 1198 ; B. BEIGNIER et S. TORRICELLI-CHRIFI, « La renonciation anticipée à l'action en réduction : l'audace récompensée », *JCP N*, 17 juin 2016, n° 24, p. 1199 ; P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *Droit civil. Tome 2. Régimes matrimoniaux. Successions - Libéralités.*, *op. cit.*, p. 306

⁶ Dans ce sens, V. N. LEVILLAIN, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N*, 10 novembre 2006, n° 45, p. 1349 ; D. VIGNEAU, « Précision ministérielle sur la portée liquidative de la renonciation anticipée à l'action en réduction - . - Fin du danger ? », *JCP N n° 10*, 6 mars 2009, p. 1106 ; V. ZALEWSKI, « La renonciation anticipée à l'action en réduction : imputation et/ou réduction ? », *Defrénois*, 30 novembre 2007, n° 22, p. 1587. *Contra* V. I. DAURIAC, « La renonciation anticipée de l'action en réduction », *D.* 2006, p. 2574 ; B. VAREILLE, « Portée liquidative de l'action en réduction : attention, danger ! », *Defrénois* 30 janvier 2008, n° 2, p. 159.

à ne soustraire à sa réserve que la part qu'il aurait normalement eue dans l'indemnité de réduction et non la totalité de la libéralité bénéficiaire de la renonciation¹.

L'encadrement important de la renonciation anticipée à l'action en réduction en cas d'atteinte à la réserve ressort également de l'exigence d'un consentement actif de la part de l'héritier réservataire doublé d'un formalisme original. En effet, la renonciation doit être établie par « *acte authentique spécifique reçu par deux notaires différents* »², doit être « *signée séparément par chaque renonçant en présence des seuls notaires* »³ et mentionner « *précisément ses conséquences juridiques pour chaque renonçant* »⁴, faute de quoi elle est considérée comme nulle⁵.

455. Les héritiers réservataires non issus du conjoint survivant de leur auteur peuvent également renoncer à demander la réduction de l'avantage matrimonial excessif à laquelle ils peuvent normalement prétendre jusqu'au décès du conjoint survivant⁶. Cette renonciation anticipée de l'action en retranchement présente la particularité de pouvoir être temporaire. En effet, le dernier alinéa de l'article 1527 du Code civil prévoit que l'enfant non commun peut « *renoncer à demander la réduction de l'avantage matrimonial excessif avant le décès de l'époux survivant* » dans les mêmes conditions que celles prévues pour la renonciation à l'action en réduction aux articles 929 à 930-1 du Code civil. Cette renonciation n'en est en réalité pas vraiment une puisqu'elle n'engage le renonçant qu'à suspendre l'exercice de son action jusqu'au décès du bénéficiaire de l'avantage⁷. Il s'agit donc d'une renonciation uniquement temporaire ayant pour but de permettre au conjoint survivant de jouir des avantages concédés par son conjoint jusqu'à son décès. Une fois ce dernier décédé, l'enfant pourra en revanche

¹ Pour reprendre l'exemple utilisé par le Professeur Sauvage in F. SAUVAGE, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *AJ fam.* 2006, p. 355 : « Une personne décède en laissant deux enfants dont un a renoncé par anticipation à agir en réduction contre toute libéralité adressée à la concubine du de cujus. Le défunt laisse 180 de biens existants et a consenti à une donation à sa concubine de 120 ». La masse de calcul est donc de 300, le taux de quotité disponible de 1/3 (soit 100), la réserve globale de 2/3 (soit 200) et la réserve individuelle de chacun des enfants de 1/3 (soit 100). La donation de 120 faite à la concubine s'impute d'abord sur la quotité disponible et l'absorbe intégralement. Le surplus (soit 20) est en principe réductible. Chaque enfant devrait donc en principe obtenir 90 (biens existants divisés par le nombre d'enfants, soit 180/2) auxquels s'ajoute sa part dans l'indemnité de réduction (soit 20/2 = 10). Mais ici l'un des enfants a renoncé à agir en réduction et sera donc privé de son indemnité de réduction. Il obtiendra uniquement 90 et la concubine 110 (montant de la libéralité réduit de dix). À l'inverse si l'analyse retenue avait été qu'en renonçant à agir en réduction, l'héritier réservataire renonce à sa part de réserve, il n'aurait obtenu que 80 et la concubine 120. La logique liquidative retenue est donc plus favorable au renonçant.

² Art. 930, al. 1, C. civ.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ Art. 930-2, al. 1, C. civ.

⁶ Art. 1527, al. 3, C. civ.

⁷ A. STORME MICHELEZ, « La renonciation anticipée à l'action en réduction et la renonciation à l'action en retranchement dix ans après », préc., n° 12.

exercer l'action en retranchement afin que l'avantage ne tombe pas dans le patrimoine des héritiers du bénéficiaire.

Pour autant, cette spécificité de la renonciation à l'action en retranchement ne semble pas devoir s'analyser comme une impossibilité pour l'enfant non commun de renoncer définitivement à l'exercice de son action en retranchement. En effet, l'action en retranchement n'est en définitive qu'une expression particulière de l'action en réduction. De plus, il serait pour le moins surprenant que le législateur ait prévu la possibilité de renoncer définitivement à agir en réduction contre la libéralité faite à un tiers et l'ait exclue pour le conjoint survivant¹.

456. Ainsi, le respect de la volonté du parent d'exhérer en tout ou partie son enfant est soumise à l'acceptation de ce dernier. Le regard réprobateur que porte le législateur sur un tel comportement ne fait alors pas de doute : le parent qui ne souhaiterait pas transmettre son patrimoine à son enfant se trouve dans une situation jugée tout à fait anormale, qui ne peut être tolérée que si l'enfant, lui-même, y consent. Tout, dans les règles précitées, semble d'ailleurs montrer que cette renonciation de l'enfant est essentiellement appréhendée par le législateur sous l'angle de la transmission du patrimoine à ses propres descendants. Pourtant, l'allongement de la durée de vie et les recompositions familiales fréquentes peuvent entraîner un assèchement du lien juridique unissant parent et enfant. Ils peuvent ne plus avoir aucun contact, voire ne jamais en avoir eu, ce qui est *a fortiori* également vrai vis-à-vis des petits-enfants. Le délitement de la relation peut également être imputable, au moins en partie, aux descendants. Le fait de soumettre la réalisation de la volonté du parent au bon vouloir de sa descendance constitue donc une solution particulièrement aride et dépourvue de nuances. Que la dévolution légale se fonde sur l'affection présumée se comprend aisément, mais que cette présomption d'affection soit érigée en principe inébranlable en matière de dévolution volontaire, à moins que l'enfant ne renonce à son droit, sans aucune pondération possible, ne semble pas se justifier.

Pourtant, la seule nuance apportée à ce principe dans les règles classiques de transmission du patrimoine réside dans la possibilité d'exclure l'enfant majeur de la succession de son auteur en raison d'un comportement particulièrement grave de celui-ci.

¹ Dans ce sens, V. O. HOAREAU et Ph. VAN STEENLANDT, « La renonciation anticipée à l'action en retranchement », *JCP N* 12 décembre 2008, n° 50, p. 1357, n° 20 ; B. VAREILLE, « Avantage matrimonial », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz ; M. MATHIEU et F. COLLARD, « Fasc. 350 : Succession. - Action en retranchement. - Renonciation anticipée », in *J-CI Liquidations*, n° 20 et s.

2 - L'exception : le comportement particulièrement grave de l'enfant

457. Si, en principe, à défaut d'acceptation de l'enfant, la situation familiale et le comportement de l'enfant ne permettent en rien de remettre en cause le droit de celui-ci sur sa réserve individuelle, il existe toutefois une exception. Le comportement de l'enfant pourra être pris en considération et conduire à l'exclure de la succession de son parent lorsqu'il a commis des actes suffisamment graves pour que l'indignité soit qualifiée.

L'enfant perd son aptitude à hériter pour cause d'indignité lorsqu'il a été « *condamné, comme auteur ou complice, à une peine criminelle pour avoir volontairement donné ou tenté de donner la mort au défunt* »¹ ou pour « *avoir volontairement porté des coups ou commis des violences ou voies de fait ayant entraîné la mort du défunt sans intention de la donner* »². Lorsque ces conditions sont remplies, l'enfant est automatiquement exclu de la succession. Il peut également l'être, mais uniquement de façon facultative, s'il est condamné, comme auteur ou complice, à une peine correctionnelle pour les faits précités³, s'il est condamné « *pour témoignage mensonger porté contre le défunt dans une procédure criminelle* »⁴, « *pour s'être volontairement abstenu d'empêcher soit un crime soit un délit contre l'intégrité corporelle du défunt d'où il est résulté la mort, alors qu'il pouvait le faire sans risque pour lui ou pour les tiers* »⁵ ou encore « *pour dénonciation calomnieuse contre le défunt lorsque, pour les faits dénoncés, une peine criminelle était encourue* »⁶.

458. L'indignité ne peut donc être soulevée que dans des situations extrêmes, pénalement sanctionnées, attentant ou mettant en danger l'intégrité physique du parent ou remettant injustement en cause sa liberté de circuler par une dénonciation calomnieuse ou un faux témoignage dans une procédure criminelle. Cette prise en compte du comportement de l'enfant permettant de l'exclure de la succession est très objectivée puisque l'accomplissement de l'acte en lui-même reste insuffisant, il doit avoir fait l'objet d'une condamnation pénale.

Si dans les cas prévus par l'article 726 du Code civil le tribunal doit automatiquement prononcer l'indignité, dans ceux prévus par l'article 727 du même code, l'indignité ne sera prononcée que si l'un des héritiers en fait la demande⁷. Mais, dans tous les cas, l'enfant ne sera pas exclu de la succession « *lorsque le défunt, postérieurement aux faits et à la connaissance*

¹ Art. 726, 1°, C. civ.

² Art. 726, 2°, C. civ.

³ Art. 727, 1° et 2°, C. civ.

⁴ Art. 727, 3°, C. civ.

⁵ Art. 727, 4°, C. civ.

⁶ Art. 727, 5°, C. civ.

⁷ Art. 727-1 C. civ.

qu'il en a eue, a précisé, par une déclaration expresse de volonté en la forme testamentaire, qu'il entend le maintenir dans ses droits héréditaires ou lui a fait une libéralité universelle ou à titre universel »¹. La qualité du lien affectif est donc bien sous-jacente ici puisque si le parent pardonne à son enfant, ce dernier peut être réintégré dans ses droits quelle que soit la gravité des actes perpétrés contre son auteur.

Le fait de prendre en considération le comportement de l'enfant afin de l'écarter, dans certains cas, de la succession est opportun. Toutefois, le fait de ne réserver cette prise en compte qu'à des hypothèses aussi extrêmes apparaît très restrictif. La prise en compte du comportement de l'enfant pourrait être élargie à des comportements moins extrêmes que la seule atteinte physique. Il serait, par exemple, possible de s'inspirer des conditions permettant de priver l'enfant d'une libéralité dont il a été gratifié en raison de son ingratitude.

459. Bien qu'il ne s'agisse pas ici d'éviter l'attribution de sa part de réserve à l'enfant, l'étude de l'ingratitude est intéressante en ce qu'elle constitue une hypothèse de prise en compte du comportement de l'enfant pour le priver d'un avantage monétaire. En effet, une donation entre vifs peut être révoquée pour cause d'ingratitude « *si le donataire a attenté à la vie du donateur ; s'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves ; s'il lui refuse des aliments* »². Là encore, tout dépend de la volonté du donateur puisque celui-ci peut demander la révocation ou choisir de maintenir la donation faite au profit de son enfant. Les hypothèses permettant la révocation d'une libéralité sont donc plus larges que celles permettant de l'écarter de la succession pour cause d'indignité, puisque la révocation de la libéralité pour ingratitude peut notamment avoir lieu en cas d'injures graves ou de refus d'aliments.

460. Il pourrait même être envisageable d'étendre encore les conditions de l'indignité facultative en y introduisant davantage de subjectivité par une plus grande prise en compte du lien affectif. Il pourrait, par exemple, être prévue la possibilité pour le juge d'écarter l'enfant majeur de la succession, et donc de son droit à réserve, s'il n'a jamais cherché à renouer avec son parent ou s'il a toujours refusé tout contact avec lui au cours de sa majorité. Cette indignité étant facultative, le juge pourrait toujours refuser de la qualifier en raison de l'histoire familiale, par exemple s'il juge que l'absence de prise de contact de l'enfant avec son parent se justifie par le comportement particulièrement grave du parent au cours de la minorité de l'enfant. Une telle subjectivisation de l'indignité pourrait permettre de laisser davantage de place à la volonté

¹ Art. 728 C. civ.

² Art. 955 C. civ.

du parent dès lors que la distension du lien est imputable, au moins en partie, à l'enfant. Cela présenterait l'intérêt de prendre en considération la réalité familiale. L'enfant et le parent peuvent ne jamais avoir eu de liens ou ne plus en avoir depuis de longues années. Or, s'il est certain que l'enfant mineur doit être protégé, une fois devenu adulte, le rôle qu'il a pu jouer dans la relation affective avec le parent peut être questionné.

461. Il convient ici de noter que, ainsi que cela a été souligné en cas de renonciation de l'enfant à la succession de son parent, l'indignité de l'enfant n'implique pas nécessairement que le parent pourra gratifier plus librement ses proches du fait de l'augmentation de la quotité disponible. En effet, la quotité disponible ne sera pas nécessairement augmentée du fait de l'indignité de l'enfant puisque, si ce dernier a lui-même des enfants, ceux-ci pourront venir en représentation de leur auteur. Là encore, ce droit individuel sur l'héritage de son ascendant du seul fait de l'existence d'un lien de filiation vidé de sa substance affective, sans possibilité de prendre en compte la situation familiale et le lien unissant le grand-parent et les descendants de son enfant interroge.

Outre cette hypothèse de l'indignité successorale, prévue par le droit des successions, l'enfant peut également être privé de la protection de la réserve sans qu'il y ait consenti lorsque le *de cuius* parvient à contourner les règles de transmission du patrimoine. Le législateur, pourtant particulièrement peu enclin à prendre en compte la situation familiale – en dehors de situations extrêmes – dans les règles classiques de transmission, fait preuve d'une tolérance croissante relativement aux techniques juridiques permettant de contourner ces règles classiques.

B - La tolérance croissante vis-à-vis des contournements des règles classiques de transmission du patrimoine

462. Un certain nombre de techniques peuvent permettre au parent d'exhérer son enfant. Toutefois, certaines sont exclues alors même qu'elles auraient pu remplir cette fonction, le législateur et la jurisprudence ne faisant pas preuve de la même tolérance vis-à-vis de toutes les techniques d'exhérédation envisageables. Ainsi, la clause d'accroissement sera exclue de ces développements car elle a perdu beaucoup de son intérêt pratique pour des raisons fiscales dès lors qu'elle n'est pas conclue entre époux ou partenaires¹.

¹ Dans ce sens, V. C. LE GALLOU, « Tontine, libéralité et aléa », *D.* 2005, p. 2263 ; P.-A. COURTOIS, « La protection du concubin survivant », *AJ fam.* 2018, p. 339 ; P. CÉNAC et C. PEYROUX, « La mort de la réserve héréditaire ? », *JCP N*, 4 mars 2011, n° 9, p. 1092.

L'adoption simple ne sera également que très succinctement évoquée car les juges du fond refusent de la prononcer si elle pour but de priver les enfants de l'adoptant d'une partie de son patrimoine¹. La jurisprudence considère, en effet, que l'utilisation de l'adoption simple dans un but uniquement successoral constitue un contournement de l'institution dans la mesure où celle-ci, de même que l'adoption plénière, a pour but la création d'un rapport filial et les juges du fond exercent par conséquent un contrôle relativement rigoureux sur ce point². Lorsque l'adoptant a des descendants les magistrats ont d'ailleurs l'obligation de vérifier « *si l'adoption n'est pas de nature à compromettre la vie familiale* »³. Or, le fait pour le parent de procéder à l'adoption d'une tierce personne dans le seul but de priver ses enfants d'une partie de son patrimoine semble clairement de nature à compromettre la vie familiale. Il serait toutefois envisageable pour le parent d'invoquer, en l'absence de tout contact avec son enfant, l'impossibilité de compromettre une vie familiale inexistante.

D'autres techniques font en revanche l'objet d'une tolérance relativement importante de la part du législateur, aussi bien que des juges du fond, bien qu'elles puissent permettre de contourner les règles classiques de transmission du patrimoine. C'est le cas de l'assurance vie et des techniques sociétaires (1), auxquelles peut également être combinée l'application d'une loi étrangère non protectrice de la réserve (2).

1 - L'assurance vie et les techniques sociétaires

463. Le parent peut d'abord chercher à exhériter son enfant en souscrivant une assurance vie au bénéfice d'une autre personne. En effet, « *le capital ou la rente stipulés payables lors du décès de l'assuré à un bénéficiaire déterminé ou à ses héritiers ne font pas partie de la succession de l'assuré* »⁴. Ils « *ne sont soumis ni aux règles du rapport à succession, ni à celle de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers du contractant. Ces règles ne s'appliquent pas non plus aux sommes versées par le contractant à titre de primes* »⁵. En dépit d'un débat sur la qualification de ces contrats qui prennent des formes s'éloignant de plus en plus des formes du contrat d'assurance classique, la Cour de cassation a refusé de requalifier

¹ CA Montpellier, 2 mai 2018, n° 16/07205 : JurisData n° 2018-007302 ; *Dr. Fam.* 2018, n° 9, note Fulchiron.

² Pour des décisions refusant le prononcé d'une adoption en raison du détournement manifeste de l'institution V. : F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, coll. Précis, Dalloz, 9^e éd., 2018, p. 769, n° 791.

³ Art. 353, al. 3, C. civ.

⁴ Art. L. 132-12 C. ass.

⁵ Art. L. 132-13, al. 1, C. ass.

des contrats d'assurance vie en contrats de capitalisation¹. Les assurances vie constituent donc un moyen d'exhérédation très efficace², puisqu'elles permettent en principe d'exclure de la masse de calcul de la quotité disponible et de la réserve aussi bien les sommes payables au décès de l'assuré que les primes versées par ce dernier de son vivant. Il existe cependant « un garde-fou »³ puisque lorsque les primes sont manifestement exagérées eu égard aux facultés du contractant elles sont traitées comme des libéralités⁴. Toutefois, encore faudra-t-il que l'enfant ait connaissance du contrat et du montant des primes payées⁵. Le contrat pourra également être requalifié en donation indirecte « *si les circonstances dans lesquelles son bénéficiaire a été désigné révèlent la volonté du souscripteur de se dépouiller de manière irrévocable* »⁶. Il en va notamment ainsi lorsque le contractant se sait atteint d'une maladie incurable au jour de la souscription⁷. Ainsi, à condition de ne pas être trop gourmand, afin d'éviter que les primes ne soient qualifiées de manifestement excessives, et d'être prévoyant, en ne souscrivant pas un tel contrat que lorsqu'il sait sa mort imminente, le parent pourra éviter la transmission à son enfant d'une partie de son patrimoine en souscrivant une assurance vie au profit d'une tierce personne.

464. La création d'une société civile permet également de contourner les règles protectrices de la réserve. Elle peut, par exemple, être utilisée pour réaliser un « démembrement croisé »⁸ à l'occasion d'une acquisition en commun entre le *de cuius* et un tiers par l'intermédiaire d'une société civile dont le montant du capital correspond au prix d'acquisition du bien. Les parts sont divisées en pleine propriété entre les deux associés puis ceux-ci procèdent à un échange portant sur l'usufruit. Chacun possède alors la moitié des parts en nue-propriété et l'autre moitié en usufruit. Ainsi, au décès du *de cuius*, l'autre associé récupère la pleine propriété des parts dont il détenait déjà la nue-propriété et conserve l'usufruit de l'autre

¹Ch. Mixte, 23 novembre 2004, n° 01-13.592, 02-11.352, 02-17.507 et 03-13.673, Bull. 2004, mixte, n° 4, p. 9 : JurisData n° 2004-025781, 2004-025782, 2004-025783 et 2004-025784 ; *JCP N* n° 1, 14 janvier 2005, 1003, comm. Grosjean ; *Dr. Fam.* 2005, n° 3, étude 6, comm. Lécuyer ; *JCP G* n° 6, 9 février 2005, doct. 111, comm. Ghestin ; *RLDC* n° 12, 1^{er} janvier 2005, p. 37, comm. Leroy.

² Dans ce sens, V. M. LEROY, « Sécuriser l'exhérédation par l'assurance-vie », *Droit et patrimoine* octobre 2018, n° 284, p. 34.

³ Dans ce sens, V. H. LÉCUYER, « Assurance vie et droit des successions : dyarchie ou symbiose ? », *AJ fam.* 2007, p. 414 ; A. DEPONDT, « Assurance vie : les incohérences du droit positif - (première partie) », *JCP N*, 9 avril 2010, n° 14, p. 1167.

⁴ Art. L. 132-13, al. 2, C. ass.

⁵ Sur les difficultés pour l'enfant de faire protéger sa réserve V. S. FERRÉ-ANDRÉ, « L'assurance vie, le conjoint et les descendants du stipulant », *AJ fam.* 2016, p. 412.

⁶ Ch. mixte, 21 décembre 2007, n° 06-12.769, Bull. mixte, 2007, n° 13 : JurisData n° 2007-042070 ; *JCP N* n° 24, 13 juin 2008, 1222, comm. Pierre et Gentilhomme.

⁷ Dans ce sens, V. P. CÉNAC et C. PEYROUX, « La mort de la réserve héréditaire ? », préc., n° 8 et 9 ; S. HOVASSE, « Assurance vie : attribution bénéficiaire ou donation ? - - Le point sur la jurisprudence récente du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *JCP N*, 16 juillet 2010, n° 28, p. 1244.

⁸ Sur cette technique V. : P. CÉNAC et C. PEYROUX, « La mort de la réserve héréditaire ? », préc., n° 15.

moitié. La création d'une société civile peut également permettre de contourner la présomption irréfragable prévue à l'article 918 du Code civil selon laquelle la vente consentie à charge de rente viagère à un successible en ligne directe constitue une donation déguisée¹. Les hypothèses dans lesquelles la qualification de libéralité indirecte pourra être retenue sont également rares en raison de l'écran que constitue la personnalité morale².

Mais, le risque que fait courir la requalification en libéralité sur le respect de la volonté du *de cuius* pourra entièrement être évité si la succession du défunt se voit appliquer une loi étrangère ne connaissant pas la réserve héréditaire.

2 - Techniques sociétaires et application d'une loi étrangère

465. En présence d'un élément d'extranéité, les techniques sociétaires peuvent être combinées avec les règles du droit international privé afin de tenter de priver les héritiers réservataires de la protection dont ils bénéficient en principe en application de la loi française. Deux affaires soumises à la Cour de cassation en 2017 en fournissent une parfaite illustration. Les règles antérieures à l'entrée en vigueur du règlement européen relatif aux successions étaient alors applicables, si bien que la succession mobilière était soumise à la loi du lieu du dernier domicile du défunt et la succession immobilière à la loi du lieu de situation des immeubles. Dans les deux affaires, le défunt résidait depuis plusieurs décennies en Californie et les biens immobiliers avaient été transférés dans des « family trust »³ permettant ainsi de faire échec à l'application de la loi de situation des immeubles. Le souhait des défunts était clair : privilégier leur épouse et les enfants conçus avec celle-ci au détriment des enfants issus d'une précédente union.

Se posait alors la question de savoir si l'atteinte à la réserve ainsi opérée constituait une atteinte à l'ordre public international français de nature à écarter la loi normalement applicable. La Cour de cassation répond négativement car elle estime « *qu'une loi étrangère désignée par*

¹Civ. 1^{re}, 30 septembre 2009, n° 08-17.411, Bull. 2009, I, n° 199 : JurisData n° 2009-049667 ; JCP Nn° 51, 18 décembre 2009, 1340, obs. Garçon ; *Dr. Fam.* 2009, n° 11, comm. 143, obs. Beignier.

² Sur ce point V. : J.-P. GARÇON, « Technique sociétaire et libéralité indirecte », in *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 429.

³ Il s'agit d'« *une institution typique du droit anglo-américain, étrangère au système juridique français, présente sous des formes variées dans les pays de commonlaw* ». Elle constitue « *un arrangement patrimonial à fins multiples établi par actes entre vifs ou à cause de mort, à l'initiative d'une personne nommée constituant, dont l'objet est de placer certains biens, dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé, sous le contrôle d'un intermédiaire, nommé trustee, qui est investi du pouvoir et du devoir, à charge d'en rendre compte, de gérer ou de disposer conformément à son investiture et à la loi, des biens à lui confiés, lesquels figurent à son nom sur les titres mais constituent une masse distincte qui ne fait pas partie de son patrimoine* ». V. V° « Trust » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit.

la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels »¹. Autrement dit, la Cour de cassation invite les juges du fond à réaliser une appréciation *in concreto* aux fins de déterminer si, au vu des circonstances de l'espèce, la privation de l'enfant de sa réserve est contraire à l'ordre public international. Or, en l'espèce, l'ancienneté et l'importance des liens des défunts avec le pays dont la loi était applicable et l'absence de précarité des enfants lésés ont conduit les magistrats à considérer qu'il n'y avait pas d'atteinte à l'ordre public international français. Par conséquent, le fait pour le parent de vivre à l'étranger peut permettre d'écarter l'application de la loi française et d'éviter la contrainte que représente pour lui la réserve héréditaire.

466. Cela est d'autant plus vrai aujourd'hui dans la mesure où depuis le 17 août 2015 – date d'entrée en vigueur² du règlement européen du 4 juillet 2012³ – la loi applicable est en principe celle du lieu de la dernière résidence habituelle du défunt⁴ sans qu'il ne soit plus distingué entre la succession mobilière et la succession immobilière. Cette notion de résidence habituelle ne va pas sans poser des problèmes d'interprétation. Les magistrats doivent alors procéder à une appréciation globale de toutes les circonstances de faits⁵. Ils font pour cela appel à la technique du faisceau d'indices⁶. Toutefois, la loi de l'État dans lequel le défunt résidait au moment de son décès pourra être écartée lorsqu'il « *résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que, au moment de son décès, le défunt présentait des liens manifestement plus étroits avec un État autre (...)* »⁷. Ainsi, il est possible de penser que le déménagement du parent peu avant sa mort dans le seul but de priver ses enfants de leur réserve ne suffira pas à écarter l'application de la loi française. Mais le parent pourra également échapper à l'application de la

¹ Civ. 1^{re}, 27 septembre 2017, n° 16-13.151 et n° 16-17.198 : JurisData n° 2017-018698 et 018703 ; *Dr. Fam.* 2017, n° 11, p. 28, note Nicod ; *RTD com.* 2018, p. 110, obs. Pollaud-Dulian ; *RTD civ.* 2017, p. 833, obs. Usunier ; *AJ fam.* 2017, p. 598, obs. Lagarde, Meier-Bourdeau, Savouré et Kessler ; *Defrénois* n° 16, 19 avril 2018, p. 49, note Gasté.

² Art. 84 règlement n° 650/2012.

³ Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 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.

⁴ Art. 21, §1, règlement (UE) n° 650/2012.

⁵ Préambule, §24, règlement (UE) n° 650/2012.

⁶ Pour deux exemples d'utilisation de cette technique aboutissant à deux solutions différentes V. : Civ. 1^{re}, 29 mai 2019, n° 18-13.383 ; *RJPF* n° 7-8, juillet-août 2019, p. 61, note Godechot-Patris : les magistrats concluent à l'incompétence des juridictions française car ils estiment que la résidence habituelle du défunt se trouve aux États-Unis ; *TGI Nanterre*, 28 mai 2019, n° 18/01502 : JurisData n° 2019-009635 : à l'inverse, les magistrats concluent à la compétence des juridictions françaises car ils estiment que la résidence habituelle du défunt se situait en France.

⁷ Art. 21, §2, règlement (UE) n° 650/2012.

loi française s'il a une autre nationalité. Le règlement européen lui permet, en effet, dans un tel cas de choisir la loi de l'État dont il possède la nationalité¹. Ainsi, si cette dernière ne connaît pas la réserve, il pourra en priver ses enfants.

Dans tous les cas, la loi applicable pourra être écartée si son « *application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for* »². Concernant, la contradiction avec l'ordre public international français, les arrêts de 2017 fournissent des indices importants. En effet, ils font clairement apparaître que le seul fait qu'une loi permette de priver les enfants de la réserve héréditaire ne permet pas de l'écarter en raison de sa contrariété à l'ordre public, ce que certains auteurs avaient pourtant pu souhaiter³. Il est en revanche possible de penser que l'ordre public international permettrait d'écarter la loi d'un État qui discrimine certains enfants en raison de leur sexe, de l'ordre des naissances ou encore de la qualité de la filiation⁴. La lecture de ces arrêts semble également indiquer qu'une loi privant les enfants de la réserve héréditaire alors que ces derniers se trouvent dans une situation de besoin porterait atteinte à l'ordre public international français et pourrait donc être écartée⁵. Cette solution semble aller dans le sens de l'idée selon laquelle le fait d'imposer au parent la transmission à son enfant d'une partie de son patrimoine quelle que soit la situation familiale ne se justifie que par l'état de vulnérabilité de l'enfant.

467. Dans un contexte où le seul fait de porter atteinte à la réserve de l'enfant ne permet pas d'exclure l'application de la loi étrangère en principe applicable, où le caractère d'ordre public de la réserve est incertain dans l'ordre interne lui-même, et où cette dernière ne garantit plus qu'une protection en valeur, l'absence de souplesse en droit interne, dont font preuve aussi bien le législateur que la jurisprudence, dans la prise en compte de la volonté du parent ne semble plus se justifier. Il est d'ailleurs possible de voir, dans la tolérance dont font preuve le législateur et la jurisprudence vis-à-vis de certaines techniques permettant de contourner les règles classiques de transmission du patrimoine, une contrepartie à la rigidité de celles-ci. Fermer les yeux sur l'entorse au droit à réserve que peuvent constituer certaines

¹ Art. 22, §1, règlement (UE) n° 650/2012.

² Art. 35 règlement (UE) n° 650/2012.

³ V. M. GRIMALDI, « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », *Defrénois*, 30 août 2012, n° 15-16, p. 755.

⁴ Dans ce sens, V. M. GRIMALDI, « La réserve héréditaire ne relève pas de l'ordre public international », préc.

⁵ Dans ce sens, V. F. POLLAUD-DULIAN, « Déshériter ses enfants : mode d'emploi », *RTD com.* 2018, p. 110 ; M. GRIMALDI, « La réserve héréditaire ne relève pas de l'ordre public international », préc. ; D. SINDRES, « Les délices de l'hubris », *D.* 2017, p. 2544 ; D. VINCENT, « Réserve héréditaire et ordre public international. Mise en œuvre des arrêts du 27 septembre 2017 », *Dr. Fam.* 2018, n° 5, étude 13, p. 16.

utilisations de ces techniques, permet, en effet, une certaine expression de la situation familiale et affective réelle.

Il est alors difficile de ne pas voir une certaine hypocrisie dans le maintien de la rigidité des règles traditionnelles de transmission du patrimoine. L'expression de la situation affective et familiale réelle y est limitée à des cas tout à fait extrêmes, puisque l'exclusion de l'enfant de la succession n'est possible qu'en cas d'indignité. Mais, si le parent est suffisamment bien informé – et son niveau d'information sera le plus souvent proportionnel à l'importance de son patrimoine – il pourra contourner, au moins en partie, ces règles de transmission et réduire la part transmise à l'enfant avec lequel il n'a pas de lien à la portion la plus réduite possible.

468. Il peut donc apparaître souhaitable d'insuffler davantage de subjectivité dans les règles classiques de transmission du patrimoine en laissant une place plus importante à l'expression de la situation familiale et affective réelle. Une telle évolution pourrait s'opérer en élargissant les critères de l'indignité facultative¹, mais il serait également possible d'aller plus loin en envisageant une possibilité encore plus large d'écarter le droit à réserve en considération de la situation familiale. La mise en place d'un contrôle de proportionnalité similaire à celui intervenant lorsque la loi étrangère applicable permet d'exhérer l'enfant pourrait alors être envisagée. En cas d'atteinte à la réserve, le juge devrait alors vérifier que l'exhérédation totale ou partielle ne porte pas atteinte à l'ordre public interne. La difficulté majeure serait de déterminer les critères d'appréciation. Ils pourraient comprendre la situation familiale réelle (L'enfant a-t-il vécu avec son parent ? Entretenu des liens avec ? Pendant combien d'années ? Depuis combien de temps ces liens ont-ils cessé ?), le patrimoine du parent, celui de son enfant, l'éventuelle situation de besoin de ce dernier. L'écueil d'une telle solution est de laisser énormément de place à la subjectivité des magistrats.

La suppression de la réserve pourrait également être envisagée en la remplaçant par un droit inspiré du droit de retour légal des frères et sœurs en présence d'un conjoint survivant. Une telle solution permettrait à l'enfant de récupérer des biens en nature ayant appartenu à son parent, voire des biens de famille dont son auteur avait été gratifié, s'ils sont toujours présents dans la succession, ce que ne lui garantit en rien son droit à réserve, les gratifiés pouvant se contenter de verser des indemnités de réduction. L'enfant pourrait ainsi réclamer une portion du patrimoine de son auteur portant uniquement sur des biens présents en nature dans la succession.

¹ cf. *supra* §460.

Dans tous les cas, si l'enfant se trouve dans le besoin il doit pouvoir réclamer une créance d'aliments qui pèserait sur la succession de son auteur. En effet, il semble nécessaire que la dévolution de la succession réponde à un impératif de solidarité familiale. Toutefois, la réserve héréditaire, en garantissant une portion en valeur du patrimoine du parent à l'enfant sans considération de la situation familiale, va bien au-delà de cet impératif.

Conclusion du chapitre II

469. Le droit français exploite pleinement le caractère objectif de la mission de transmission attachée à la fonction parentale en adoptant une attitude très protectrice de l'enfant. En effet, le refus du parent de l'un de ces éléments n'est possible que de façon exceptionnelle tant la prise en compte de la situation familiale et affective reste marginale.

470. Cela est particulièrement vrai concernant la transmission du nom, puisque le législateur ne semble tout simplement pas avoir conçu les règles relatives à la transmission et à la modification du nom de famille avec l'idée que le parent pourrait souhaiter priver l'enfant du port de son nom de famille. Ainsi, les hypothèses où le parent dispose d'une capacité de choix en la matière ne peuvent traduire un refus de sa part. Même en cas de rupture de la filiation, c'est le plus souvent la volonté ou l'intérêt de l'enfant qui prévaut. Cela apparaît toutefois justifié, dans la plupart des cas, par le sentiment d'identité que l'enfant peut attacher à son nom au fil des années. Les modifications proposées ne sont donc pas très importantes et certaines visent même une plus grande protection du sentiment d'identité de l'enfant. Ainsi, il est proposé que la modification du nom de l'enfant, dès lors qu'il atteint l'âge de treize ans, soit toujours soumise à son accord. Toutefois, la prise en compte de la qualité du lien pourrait être améliorée en permettant au parent n'ayant pas l'exercice de l'autorité parentale d'agir en son nom propre pour demander la modification du nom de l'enfant. Cela permettrait au parent de l'enfant mineur d'être à l'origine d'une procédure administrative de changement de nom.

471. Si les règles relatives à la transmission du nom mettent en évidence le fait que le législateur ne les a pas conçues en envisageant l'hypothèse où un parent souhaiterait priver l'enfant du port de son nom, en matière de transmission du patrimoine, à l'inverse, la volonté du législateur d'encadrer et de limiter le refus du parent est omniprésente. Ainsi, le parent ne peut pas, en principe, priver son enfant d'une portion minimum de son patrimoine fixée par le législateur. Seul le contournement de ces règles, le comportement particulièrement grave de l'enfant ou son consentement permettent d'y déroger. Pourtant, au regard de la logique qui sous-tend les évolutions récentes, il est possible de se demander si l'importance de la protection de la transmission au profit de l'enfant sans prise en compte de la réalité du lien affectif unissant le parent et l'enfant se justifie toujours.

En effet, la protection conférée par la réserve héréditaire a connu un affaiblissement important¹. Cela a même conduit certains auteurs à remettre en question son caractère d'ordre public². Il semble en effet certain que les trois objectifs initialement attribués à la réserve héréditaire – à savoir, la solidarité du groupe familial, la conservation des biens dans la famille et l'égalité entre les enfants³ – n'ont pas tous conservé la même intensité puisque la transmission du patrimoine n'est désormais assurée qu'en valeur⁴. Par conséquent, l'objectif de conservation des biens dans la famille perd nettement en intensité⁵ et en valeur symbolique puisqu'il n'est plus assuré par le législateur et dépendra du bon vouloir du parent. L'héritage protégé n'est plus celui « *traditionnellement présenté comme un instrument de cohésion familiale, qui permet de cultiver la mémoire des membres de la famille autour des biens du défunt, d'entretenir le sentiment d'appartenance individuelle à un groupe ou encore de s'inscrire dans une lignée et dans une généalogie qui contribuent à développer le sentiment d'identité* »⁶. La pertinence de son maintien systématique doit donc être questionnée.

Dès lors qu'elle a perdu l'essentielle de sa valeur symbolique, l'objectivation de la transmission du patrimoine ne se justifie plus que par la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve l'enfant. Par conséquent, le droit à réserve de l'enfant mineur ne saurait être remis en question en raison de la vulnérabilité liée à son jeune âge. À l'inverse, une fois l'enfant devenu majeur, seul son état de besoin peut le replacer dans une situation de vulnérabilité.

Par conséquent, l'absence totale de prise en compte de la situation familiale et affective ne se justifie pas dès lors l'enfant est majeur. Il semble opportun d'insuffler davantage de subjectivité afin de pouvoir nuancer le droit à réserve de l'enfant majeur quand cela se révèle opportun. Il serait même possible d'aller au bout de la logique alimentaire⁷ que la réserve semble désormais sous-tendre et permettre au parent d'exhérer son enfant à moins que ce dernier ne se trouve en situation de besoin. Afin de redonner davantage de sens à la transmission, il serait également possible de faire bénéficier l'enfant d'un droit de retour légal sur des biens de son auteur se trouvant encore en nature dans la succession. Si la suppression

¹ Dans ce sens, V. J.G. RAFFRAY, « Quel avenir pour la réserve ? », *JCP N* 1986, I, p. 249.

² V. Ph. MALAURIE et C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, pp. 420-422, n° 721 ; A. TANI, « La réserve héréditaire : règle d'ordre public ou règles impérative ? », *préc.* ; P. CATALA, « La réforme des successions et des libéralités et le droit de l'entreprise », *préc.*

³ V. Ph. MALAURIE et C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, p. 415, n° 710.

⁴ Dans ce sens, V. C.-M. PÉGLION-ZIKA, « Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ? », *préc.*, p. 20

⁵ Dans ce sens, V. H. FULCHIRON, « Réserve et ordre public : protection nécessaire ou protection du nécessaire ? », *Dr. et patr.*, avril 2015, p. 65 ; M. NICOD, « Variations sur la substance de la réserve héréditaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz, LexisNexis, 2012, p. 460. *Contra* V. A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 812.

⁶ C. PÈRÈS, « Les successions à l'heure des nouvelles mutations de la famille », *op. cit.*, pp. 173-174.

⁷ V. B. VAREILLE, « Réflexions sur l'imputation en droit des successions », *RTD Civ.* 2009, p. 1.

pure et simple de la réserve est jugée trop extrême, une appréciation *in concreto* similaire à celle qu'exige désormais la Cour de cassation pour vérifier la conformité de l'inapplication de la réserve à l'ordre public international pourrait également être envisagée. Lorsqu'un parent souhaiterait exhéredier son enfant, les juges du fond pourraient alors faire une appréciation *in concreto* afin de vérifier que l'inapplication de la réserve ne porte pas atteinte à l'ordre public interne. Les magistrats pourraient alors prendre en considération la situation familiale et le rôle qui y a joué l'enfant pour éventuellement écarter l'application de la réserve. Si l'enfant se trouve dans le besoin, il pourrait malgré tout obtenir une créance d'aliments contre la succession. Le rôle attaché à la solidarité familiale serait alors rempli tout en prenant acte de la pauvreté du lien affectif réel.

Certes une telle solution peut sembler choquante puisqu'être exhéredé « *c'est inévitablement être disqualifié comme enfant de son père ou de sa mère* »¹. Toutefois le maintien d'une réserve en valeur comme sorte de lot de consolation de la blessure affective par-delà la mort, « *comme si l'argent pouvait avoir une valeur identitaire ou affective* »², est-elle réellement satisfaisante ? Ne s'agit-il pas, de même que lorsque le législateur et la pratique maintiennent le principe de codécision en matière d'autorité parentale quelle que soit la situation familiale réelle³, de maintenir à tout prix une illusion d'harmonie afin de ne pas être confronté à la triste réalité du délitement de certains liens ?

¹ Sur la logique alimentaire que semble désormais recouvrir la réserve héréditaire V. J.-L. RENCHON, « Transmettre ses « biens » à ses enfants : un devoir devenu désuet ? », in *Personnes et familles - Hommage à Jacqueline Pousson-Petit*, Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2016, p. 321. L'auteur qualifie ainsi la réserve de « *prolongement post mortem de l'obligation alimentaire que le défunt avait de son vivant, envers ses descendants* ».

² *Ibid.* : cet argument est utilisé par l'auteur au soutien de son opposition à un projet de modification de la législation belge visant à ne plus garantir aux héritiers réservataires une réserve en nature.

³ cf. *infra* §§505 et s.

CONCLUSION DU TITRE I

472. Le législateur exploite pleinement le caractère objectif des missions de prise en charge financière et de transmission attachées à la fonction parentale en les encadrant très strictement sans considération pour la qualité du lien affectif. Ce rejet presque total de toute subjectivité ne laisse donc que peu de place au refus parental. En effet, ces aspects de la fonction parentale s'imposent au parent dès lors que sa filiation est établie à l'égard de l'enfant. Peu importe la façon dont cette filiation a été établie et que le parent soit privé de l'exercice ou même de la titularité de l'autorité parentale. La réalité de la relation affective unissant parent et enfant est également presque entièrement indifférente car, si elle commence timidement à affleurer, elle reste encore extrêmement circonscrite.

Mais est-il réellement justifié que le lien de filiation produise des effets aussi importants quelle que soit la réalité affective ? Le fait de forcer la fonction parentale dès lors que cela est possible, ainsi que le fait le législateur, conduit à faire produire des effets extrêmement contraignants à un lien juridique vidé de l'essentielle de sa substance. Si cette objectivation peut se justifier dans certains cas, en raison, par exemple, du sentiment d'identité que l'enfant attache à son nom ou en raison de son état de vulnérabilité. À l'inverse, quand cela ne se justifie pas, il apparaît opportun d'insuffler un peu de subjectivité dans le traitement de ces aspects de la fonction parentale afin de pouvoir nuancer les effets de la filiation quand la situation le justifie.

473. En matière de prise en charge financière et de transmission du patrimoine, il semble primordial de distinguer deux situations : celle de l'enfant mineur celle de l'enfant majeur.

Durant la minorité de l'enfant, la vulnérabilité liée à son jeune âge justifie l'objectivation de l'obligation parentale de prise en charge financière et de transmission du patrimoine.

En revanche, l'enfant devenu majeur ne se trouve plus dans une situation de vulnérabilité liée à son âge. Le maintien d'une protection identique sans aucun regard pour la situation affective et le rôle qu'il y joue ne semble alors plus se justifier. Il ne s'agit toutefois pas de laisser toute place à la liberté individuelle du parent en privant le lien de filiation de tout effet, mais simplement de permettre d'y apporter des nuances en prenant en considération la situation familiale et affective. Le maintien de l'obligation d'entretien peut ainsi se justifier en raison de la continuation des études. Toutefois, la charge de la preuve doit alors être transférée à l'enfant, plus à même d'apporter la preuve de la continuation de ses études que le parent

auquel il réclame une contribution. De plus, même une fois devenu majeur et ses études terminées, si l'enfant se trouve dans une situation de vulnérabilité liée à son état de besoin, il doit pouvoir faire jouer la solidarité familiale. Il semble effectivement que même « *si ce lien ne correspond plus à une réalité affective vécue et partagée, notre système juridique pourrait ou devrait maintenir une certaine solidarité familiale* »¹. Cela justifie la possibilité pour l'enfant de réclamer des aliments à son parent en vertu de l'obligation alimentaire du vivant de ce dernier, ou à sa succession lors de son décès. En revanche, contraindre un parent à laisser à son enfant majeur un pourcentage fixe de son patrimoine quels que soient les liens d'affection les unissant, le montant de son patrimoine, de celui de son enfant, semble excéder de loin la solidarité familiale et ne se justifier par aucune situation de vulnérabilité.

474. En matière de nom, le sentiment d'identité que l'enfant de plus de treize ans peut y attacher justifie l'exclusion de la prise en compte de la qualité du lien affectif une fois un certain nombre d'années écoulées, à moins que l'enfant ne consente lui-même à la modification de son nom. En revanche, il pourrait être opportun d'envisager la possibilité pour le parent non titulaire de l'exercice de l'autorité parentale de demander, en son nom propre, la modification du nom de l'enfant, même en l'absence de rupture de la filiation. L'autorité administrative pourrait alors prendre en compte l'histoire familiale afin de décider si la modification du nom de l'enfant est ou non dans son intérêt. Si l'enfant mineur est âgé de plus de treize ans, cette modification resterait toutefois soumise à son accord.

475. À l'inverse de ces aspects objectifs de la fonction parentale, la prise en charge de l'enfant et de ses biens est empreinte d'une grande subjectivité puisqu'elle apparaît indissociable de la qualité du lien affectif unissant parent et enfant. En effet, elle ne peut être assurée dans l'intérêt de l'enfant que par un parent qui lui est attaché et souhaite le meilleur pour lui. Il en découle une impossibilité du législateur à forcer cet aspect de la fonction parentale. Il pourrait alors sembler logique que ce dernier ait intrinsèquement lié l'exercice de l'autorité parentale à la qualité du lien affectif en raison de leur indissociabilité. Pourtant il n'en est rien, le législateur et la pratique prenant en réalité en compte le lien affectif de façon très inégale selon qu'il est possible de se reposer sur un parent exerçant l'autorité parentale, ou qu'aucun parent n'assume la prise en charge de l'enfant.

¹J.-L. RENCHON, « Transmettre ses « biens » à ses enfants : un devoir devenu désuet ? », *op. cit.*, p. 323.

TITRE II – L’EFFET INÉGAL DE L’ABSENCE DE LIEN AFFECTIF DANS LES ASPECTS SUBJECTIFS DE LA FONCTION PARENTALE

476. Contrairement à la transmission et à la prise en charge financière de l’enfant, la prise en charge de sa personne et de ses biens est indissociable de la qualité du lien affectif unissant parent et enfant. Il s’agit donc d’aspects de la fonction parentale empreints d’une grande subjectivité. En effet, prendre toutes les décisions concernant l’enfant et les biens de ce dernier, assurer sa prise en charge matérielle quotidienne sont autant d’aspects de la fonction parentale qui supposent d’être attaché à l’enfant afin d’avoir à cœur de faire ce qui est le mieux pour lui. De même que, « *en dehors des fidélités cornéliennes ou machinales, les devoirs entre époux – celui d’assistance surtout – ne s’accomplissent, dans leur plénitude, que par amour* »¹, l’entretien et l’éducation de l’enfant sont accomplis par les parents bien plus en raison de l’amour et de la tendresse qu’ils lui portent que de leur sentiment de responsabilité dans sa venue au monde. Compte tenu de sa dimension intrinsèquement liée à l’affect, cet aspect de la fonction parentale ne peut donc être imposé au parent par le législateur.

Il convient alors de s’interroger sur l’attitude du législateur vis-à-vis du parent n’exerçant pas son autorité parentale. En effet, le parent titulaire de l’autorité parentale mais privé de son exercice ne dispose que de prérogatives résiduelles qui, si elles peuvent comprendre un droit de visite, ne lui permettent pas de prendre des décisions relatives à la vie quotidienne de l’enfant et à son éducation puisque son consentement n’est requis que pour l’adoption, le mariage et l’émancipation de l’enfant. Ainsi, le fait qu’un parent refuse d’assurer la prise en charge de la personne de l’enfant ou de ses biens suppose qu’il soit titulaire de l’exercice de l’autorité parentale puisque c’est cet exercice qu’il refuse en s’abstenant de prendre l’enfant en charge.

477. Le refus d’exercer l’autorité parentale sera entendu ici comme la situation où un parent n’exerce pas, de façon volontaire, son autorité parentale, alors même qu’il en a juridiquement l’exercice. Il convient d’exclure le consentement des parents à l’émancipation de l’enfant car, bien que l’émancipation puisse être demandée par les parents et ait pour conséquence de mettre presque complètement fin à l’autorité parentale², elle ne peut être utilisée par les parents pour se soustraire aux obligations résultant de la fonction attachée à leur

¹G. CORNU, « Du sentiment en droit civil », in *L’art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 72.

² Le mineur émancipé reste toutefois soumis à l’autorisation parentale s’il souhaite se marier ou être adopté (art. 413-6 C. civ).

statut de parents. En effet, le deuxième alinéa de l'article 413-2 du Code civil précise que l'émancipation ne peut être prononcée par le juge des tutelles que pour de justes motifs¹. Or, des raisons non conformes à l'intérêt de l'enfant ne sauraient être qualifiées de justes motifs².

478. La réponse du législateur au refus d'un parent d'exercer son autorité parentale varie selon qu'un parent assure effectivement la prise en charge de l'enfant ou qu'aucun parent ne remplit cette fonction auprès de l'enfant. Cela se comprend aisément dans la mesure où les conséquences pour l'enfant sont diamétralement opposées. Dans le premier cas, la prise en charge de l'enfant étant assurée par l'un des parents, il est possible pour le législateur de se reposer sur ce dernier et d'ignorer l'absence de lien affectif avec l'autre parent (chapitre 1). À l'inverse, dans le second cas, la prise en charge de l'enfant n'étant assurée par aucun des deux parents, le législateur ne peut ignorer l'absence de lien affectif et se trouve dans l'obligation d'apporter des solutions pratiques afin que l'enfant soit malgré tout pris en charge (chapitre 2).

¹ La jurisprudence en la matière est loin d'être abondante mais les quelques décisions prononçant une émancipation le font dans le but de permettre au mineur de suivre une formation ou de passer un concours ou un examen nécessitant l'émancipation. V. dans ce sens : CA Pau, 8 mars 2011, n° de RG : 11/00105 et 11/00154.

² Dans ce sens, V. I. CORPART, « Le déclin de l'émancipation des mineurs », *JCP N*, 3 octobre 2003, n° 40, p. 1523, n° 27.

Chapitre I - L'exercice unilatéral de l'autorité parentale

479. Lorsque les deux parents sont titulaires de l'exercice de l'autorité parentale et que seul l'un d'eux l'exerce effectivement, la prise en charge de l'enfant reste assurée par l'autre parent. Une telle situation peut se présenter dès lors que les deux parents ne vivent pas sous le même toit et que l'enfant réside habituellement chez l'un d'eux. Le parent chez lequel l'enfant ne réside pas de façon habituelle peut alors se désintéresser de l'enfant et ne plus assurer la prise en charge de ce dernier. Cette situation peut s'installer de manière très progressive et s'expliquer par de très nombreux facteurs tels, par exemple, que l'absence de quotidien partagé, la distance géographique séparant le parent de l'enfant, le fait que le parent ait fondé une nouvelle famille ou encore qu'il finisse par renoncer à exercer ses droits parentaux en raison des conflits incessants avec l'autre parent ou du rejet par l'enfant lui-même¹.

Bien que les textes ne distinguent absolument pas entre le père et la mère de l'enfant, il s'agit en réalité d'une problématique extrêmement genrée². Dans la très grande majorité des cas, c'est la relation de l'enfant avec son père qui souffrira de la séparation parentale. En effet, bien que les chiffres soient en baisse, la résidence habituelle de l'enfant reste majoritairement fixée chez la mère³. De plus, cette problématique du délitement du lien parent-enfant est loin d'être une hypothèse d'école puisque « *parmi les enfants de parents divorcés, 25 % voient leur père une fois par semaine, 22 % ne le voient que quatre fois par an, 18 % jamais* »⁴. Plus le temps passe après la séparation des parents, plus le lien parent-enfant risque de se déliter. Ainsi, seuls 40 % des enfants majeurs nés d'une union rompue voient leur père au moins une fois par mois contre 67 % pour la mère⁵. Entre 18 et 21 ans, 19 % des enfants de parents séparés ne voient jamais leur père ; entre 30 et 34 ans ce chiffre passe à 33 %⁶.

Conscient de ce risque de délitement du lien parent-enfant, le législateur affiche clairement sa volonté d'éviter une telle situation en favorisant la prise en charge de l'enfant par

¹ Dans ce sens, V. I. CORPART, « Les dysfonctionnements de la coparentalité », *AJ fam.* 2009, p. 155.

² Dans ce sens, V. A. DIONISI-PEYRUSSE et M. PICHARD, « Autorité parentale et stéréotypes de genre : la part du droit », *AJ fam.* 2014, p. 174 ; J. LEONETTI, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, La documentation française, 2009, p. 51 ; C. MARTIN, *L'après divorce. Lien familial et vulnérabilité*, coll. Le sens social, Presses universitaires de Rennes éd., 1997, pp. 163 et s. ; I. THÉRY, *Le démariage. Justice et vie privée*, Éditions Odile Jacob éd., 1996, pp. 246 et s.

³ M. GUILLONNEAU et C. MOREAU, *La résidence des enfants de parents séparés. De la demande des parents à la décision du juge*, Ministère de la justice, novembre 2013, p. 5 : « Dans le cadre de ces 6042 décisions définitives, la résidence chez la mère a été prononcée dans 71 % des situations, la résidence en alternance dans 17 % des situations, la résidence chez le père dans 12 % des situations (...) ».

⁴ J. LEONETTI, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, *op. cit.*, p. 51.

⁵ E. VIVAS, « Les relations des parents séparés avec leurs enfants adultes », *Insee Première*, juin 2008, n° 1196.

⁶ A. RÉGNIER-LOILLIER, « Quand la séparation des parents s'accompagne d'une rupture du lien entre le père et l'enfant », *Population et Sociétés. Bulletin mensuel d'information de l'INED* mai 2013, n° 500A.

ses deux parents (Section 1). Cette volonté est si importante qu'il va jusqu'à nier la réalité de la fréquence du délitement du lien parent-enfant en cas de séparation en faisant de l'exercice conjoint de l'autorité parentale le principe, quelle que soit la situation familiale, y compris dans des cas où la parité parentale ne constitue qu'une « *simple fiction juridique* »¹ (Section 2).

Section 1 - L'exercice de l'autorité parentale par les deux parents encouragé : la recherche du maintien du lien affectif

480. Il ressort très clairement des textes que la volonté du législateur est que l'enfant maintienne des liens avec ses deux parents même au-delà de la séparation de ces derniers. Il prévoit notamment au deuxième alinéa de l'article 373-2 du Code civil qu'en cas de séparation, « *chacun des parents doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant* ». Il respecte ainsi les textes internationaux, et notamment la Convention internationale des droits de l'enfant dont le troisième alinéa de l'article 9 prévoit que « *les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt de l'enfant* ».

Mais le législateur français va plus loin puisqu'il ne se contente pas d'imposer le maintien des liens entre l'enfant et chacun de ses parents. Il pose en principe la règle selon laquelle l'enfant doit être pris en charge par ses deux parents quelle que soit sa situation familiale. Il prévoit, en effet, que « *les père et mère exercent en commun l'autorité parentale* »² et que leur séparation est sans incidence sur cette règle de principe³. Le législateur fait donc de la codécision pour toutes les décisions relatives à l'enfant la règle de principe. Une telle solution se comprend car elle s'inscrit pleinement dans la volonté que l'enfant maintienne des liens avec ses deux parents. En effet, quoi de mieux que de continuer à impliquer chacun des parents dans toutes les décisions relatives à l'enfant pour encourager le maintien du lien ? Chacun des parents conserve ainsi un rôle et est moins susceptible de se désinvestir de la vie de l'enfant.

Toutefois, un exercice conjoint effectif de l'autorité parentale n'est envisageable que si le lien entre le parent et son enfant perdure au-delà de la séparation et il est loin d'en être toujours ainsi. Le législateur met donc tout en œuvre pour que les deux parents demeurent

¹C. BRIÈRE, « La coparentalité : mythe ou réalité ? », *RDSS* 2002, p. 567.

² Art. 372, al. 1, C. civ.

³ Art. 373-2, al. 1, C. civ. : « *La séparation des père et mère est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice l'autorité parentale* ».

impliqués dans les décisions relatives à l'enfant au-delà de la séparation (§1). De plus, il tente également de sanctionner le parent faisant obstacle au maintien du lien entre l'enfant et l'autre parent (§2).

§1 - La volonté d'impliquer les deux parents dans la vie de l'enfant

481. Le législateur ne se contente pas de faire de l'exercice conjoint de l'autorité parentale la règle en matière de dévolution de l'autorité parentale. Sa volonté de voir la codécision effectivement appliquée se retrouve également dans les règles par lesquelles il encourage l'implication des deux parents dans les décisions relatives à l'enfant et, plus largement, dans la vie de ce dernier.

Ainsi, afin de favoriser une prise en charge effective de l'enfant par ses deux parents, il encourage les accords entre ces derniers en prévoyant que la fixation par le juge des modalités de l'autorité parentale ne doit intervenir que lorsqu'elles n'ont pas été fixées par les parents eux-mêmes d'un commun accord. De plus, afin d'encourager de tels accords, il prévoit la possibilité pour le juge de leur proposer une médiation familiale afin d'apaiser les conflits.

La volonté du législateur que les deux parents prennent part à la vie de l'enfant apparaît également dans les règles qu'il fixe concernant les modalités d'exercice de l'autorité parentale puisqu'il prévoit que, soit l'enfant réside alternativement chez chacun de ses parents, soit, lorsque la résidence est fixée à titre principal chez l'un des parents, l'autre parent doit conserver un droit de visite.

La volonté du législateur de voir les deux parents effectivement impliqués dans les décisions relatives à l'enfant apparaît donc clairement dans les dispositions relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale (B) ainsi que dans la subsidiarité de leur fixation par le juge par rapport aux accords parentaux (A).

A - La codécision favorisée par les accords entre les parents

482. Soucieux de mettre tout en œuvre pour favoriser la coparentalité, le législateur, avec la loi du 4 mars 2002 a prévu la possibilité pour les parents de faire homologuer par le juge les accords conclus entre eux par convention¹. Ainsi, suite à une séparation, les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants ne sont fixées par le juge qu'en cas de désaccord entre les parents. À l'inverse, en cas d'accord, le

¹Dans ce sens, V. I. CORPART, « Les dysfonctionnements de la coparentalité », préc.

juge se contente d'homologuer la décision prise par les parents. Il ne peut refuser d'homologuer que s'il constate que la convention « *ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement* »¹.

Ce contrôle apparaît opportun dans un contexte où les affects sont particulièrement mis à rude épreuve. Il est, en effet, tout à fait possible que l'un des parents ait en réalité consenti aux modalités choisies sous l'effet de pressions, qu'il s'agisse de véritables violences ou chantage ou de pressions affectives. De plus, la vérification de la conformité de la convention à l'intérêt de l'enfant peut, par exemple, permettre au juge de refuser d'homologuer une convention qui ne prévoirait pas de droit de visite pour l'un des parents ou qui exclurait tout rôle de l'un d'eux² et aboutirait ainsi « *à une véritable spoliation d'un des parents des droits et devoirs qu'il tient de l'autorité parentale* »³.

Toutefois, ce contrôle a ses limites puisque, en dehors de l'hypothèse du divorce par consentement mutuel judiciaire, rien n'oblige les parents à faire homologuer la convention fixant les modalités d'exercice de l'autorité parentale. En effet, dans les hypothèses où les parents divorcent par consentement mutuel de façon non judiciairisée ou lorsque les parents se séparent sans divorcer – que cela soit inutile car ils n'ont jamais été mariés ou qu'ils soient mariés mais se contentent d'une séparation de fait – le passage devant le juge n'est pas obligatoire et dépendra donc de leur bon vouloir. Dans de telles hypothèses où les parents s'abstiennent de saisir le juge, il est tout à fait possible que les modalités de la prise en charge de l'enfant ne soient jamais contrôlées, ce qui a pu faire dire à un auteur que « *cette primauté donnée aux accords parentaux repose sur la vision faussement optimiste qu'au-delà de la rupture, chaque parent aura le souci de respecter les droits de l'autre* »⁴ ; et l'on pourrait ajouter que cette primauté repose également sur l'idée qu'au-delà de la rupture, chaque parent aura le souhait de continuer à jouer un rôle dans la vie de l'enfant.

483. L'idée qui sous-tend cette valorisation des accords parentaux est que le caractère conjoint de l'autorité parentale ne peut être que renforcé par l'accord des parents sur la forme que doivent prendre les modalités d'exercice de l'autorité parentale à compter de leur séparation. La séparation débute ainsi par une décision commune sur la façon dont la prise en

¹ Art. 373-2-7, al. 2, C. civ.

² Dans ce sens, V. CA Paris, 25 avril 1913, S. 1914, 2, p. 40 ; TGI Nanterre, 13 décembre 1976 ; *Gaz. Pal.* 1977, I, jurispr. p. 201, note Brazier.

³O. LAOUEANAN, « Les conventions sur l'autorité parentale depuis la loi du 4 mars 2002 », *JCP G*, 9 juillet 2003, n° 28, doct. 149, n° 15.

⁴F. BOULANGER, « Réflexions sur la portée et les limites du principe d'égalité des deux membres du couple dans l'attribution et l'exercice des droits parentaux », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, Lextenso, 2012, p. 65.

charge de l'enfant par chacun de ses parents s'exercera par la suite et pose par conséquent les jalons de la codécision future que suppose le maintien de l'exercice conjoint au-delà de la séparation. Le caractère conjoint de l'exercice de l'autorité parentale en sort donc renforcé¹. Il est, de plus, possible de penser que les modalités ainsi décidées d'un commun accord ont davantage de chances d'être respectées puisque les parents se les approprient et y consentent expressément dans une convention.

484. S'il apparaît judicieux que le législateur encourage la fixation des modalités d'exercice de l'autorité parentale par convention, il convient de demeurer lucide sur le fait que de tels accords n'ont de chance de voir le jour qu'au sein de couples où le conflit peut être dépassé. Afin, de les encourager sur cette voie le législateur prévoit qu'« *en cas de désaccord le juge s'efforce de concilier les parties* »² ce qui peut le conduire à « *leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder* »³. La médiation peut, en effet, permettre de « *déplacer le conflit sur d'autres terrains que celui de la revendication autour de la personne de l'enfant et pacifier les conflits familiaux* »⁴. Toutefois, elle ne sera possible que lorsque les parents y consentent, ce qui suppose une volonté de leur part de s'entendre, de communiquer et de vouloir trouver des solutions. Elle semble donc exclue dans les cas les plus problématiques⁵. Si la médiation peut aider des parents de bonne volonté à dépasser leur conflit et trouver le meilleur accord possible pour eux et leur enfant alors qu'ils n'y seraient peut-être pas arrivés seuls, elle ne saurait constituer une solution aux situations les plus conflictuelles.

L'encouragement des accords entre parents peut donc effectivement permettre de favoriser un exercice conjoint de l'autorité parentale en pratique, toutefois il ne peut résoudre toutes les situations et ne peut donc garantir l'implication des deux parents dans les décisions relatives à l'enfant.

La volonté du législateur de favoriser la codécision se retrouve au-delà de la faveur qu'il donne aux accords parentaux. En effet, qu'un accord soit effectivement trouvé où que le juge fixe lui-même les modalités d'exercice de l'autorité parentale, les modalités d'exercice prévues

¹S. THOURET, « La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale ou la recherche d'une véritable coparentalité », *Procédures* mai 2002, n° 5, chron. 7, n° 17.

² Art. 373-2-10, al. 1, C. civ.

³ Art. 373-2-10, al. 2, C. civ.

⁴J. LEONETTI, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, op. cit., p. 93.

⁵ Dans ce sens, V.A. GUINERET-BROBBEL et S. SIRE, « Maman dit oui, papa aussi, ou les regrettables incertitudes de la présomption d'accord en matière d'exercice conjoint de l'autorité parentale », *LPA*, 31 mars 2003, n° 64, p. 5.

par le législateur font ressortir qu'il doit toujours être recherché que chacun des parents conserve un lien avec l'enfant afin qu'il puisse continuer à jouer un rôle réel dans sa vie.

B - Le maintien du lien encouragé en cas de séparation par les modalités d'exercice de l'autorité parentale

485. Le législateur prévoit l'obligation pour chacun des parents de « *maintenir des relations personnelles avec l'enfant* »¹. Or, le maintien de relations entre un parent et son enfant semble fortement favorisé par le fait que ce dernier reste activement impliqué dans la vie de l'enfant. En effet, plus le parent prend part aux décisions relatives à son enfant et joue un rôle actif dans la vie de ce dernier, moins un délitement du lien affectif est à craindre. Inversement, le parent n'aura une chance d'exercer de manière effective son autorité parentale que s'il passe du temps avec l'enfant. L'interdépendance entre l'implication du parent dans la vie de l'enfant et le maintien des liens semble par conséquent indiscutable. Dans ce sens, le législateur prévoit, au premier alinéa de l'article 373-2-9 du Code civil, que « *la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale* ». Ainsi, les deux parents doivent en principe continuer à assurer ensemble la prise en charge de leur enfant, en prenant conjointement toutes les décisions qui le concernent, qu'elles touchent à sa personne ou encore à la gestion de ses biens. Quoi de mieux, en effet, que la continuation de la prise en charge de l'enfant par ses deux parents pour que tous deux demeurent impliqués dans la vie de l'enfant en dépit de leur séparation.

L'exercice conjoint de l'autorité parentale ne pourra toutefois être effectif qu'à condition que chacun des parents garde contact avec l'enfant. Si cela ne pose pas de problème lorsque la résidence est fixée « *en alternance au domicile de chacun des parents* »², il en va différemment lorsqu'elle est fixée « *au domicile de l'un d'eux* »³. C'est la raison pour laquelle, lorsque cette modalité d'exercice de l'autorité parentale est choisie, « *le juge aux affaires familiales statue sur les modalités du droit de visite de l'autre parent* »⁴. La Cour de cassation estime à cet égard qu'à défaut d'accord entre les parents, les juges du fond sont dans l'obligation de fixer les modalités du droit de visite et d'hébergement, celles-ci ne pouvant être laissées à la libre appréciation des parties⁵.

¹ Art. 373-2, al. 2, C. civ.

² Art. 373-2-9, al. 1, C. civ.

³ Art. 373-2-9, al. 1, C. civ.

⁴ Art. 373-2-9, al. 3, C. civ.

⁵ Civ. 1^{re}, 23 novembre 2011, n° 10-23.391, Bull. civ. 2011, I, n° 202 ; RTD civ. 2012, p. 111, note Hauser ; D. 2012, p. 635, note Vassallo.

Ainsi, lors de la séparation des parents, le législateur veille à ce que, quelles que soient les modalités d'exercice de l'autorité parentale organisées, les deux parents continuent de voir l'enfant afin de pouvoir effectivement exercer leur autorité parentale. En effet, la résidence de l'enfant est fixée au domicile de chacun des parents (1) ou au domicile de l'un d'eux¹ mais, dans ce second cas, le juge doit fixer les modalités du droit de visite de l'autre parent² (2).

1 - La résidence alternée : un mode de résidence garant du lien affectif mais rarement adapté

486. L'exercice de l'autorité parentale a davantage de chance d'être effectivement conjoint lorsque chaque parent conserve un quotidien avec l'enfant. C'est ce qui explique l'engouement dont a bénéficié la résidence alternée ces vingt dernières années³. Bien que dans la majorité des cas, l'enfant réside encore de façon habituelle chez la mère, le recours à la résidence alternée a doublé depuis 2003⁴. Si elles ont finalement été retirées, des propositions de loi déposée en 2014⁵ et 2017⁶ proposaient même de faire de la résidence alternée le principe et de la résidence chez un parent l'exception. Ce mode de résidence est prévu expressément depuis 2002⁷ au premier alinéa de l'article 373-2-9 du Code civil, lequel dispose que « *la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux* ».

La résidence alternée n'implique pas nécessairement une répartition strictement égalitaire du temps passé avec chacun des parents⁸ et la fréquence de l'alternance peut varier. L'idée qui domine ce mode de résidence est de rompre avec le modèle classique qui veut que le parent chez lequel l'enfant ne réside pas dispose d'un droit de visite et d'hébergement un

¹ Art. 373-2-9, al. 1, C. civ.

² Art. 373-2-9, al. 3, C. civ.

³ L'idée selon laquelle la résidence alternée pourrait présenter une modalité intéressante d'exercice de l'autorité parentale se retrouve d'ailleurs au-delà des frontières françaises. V. par ex. : E. BELINGUIER-RAIZ, « La résidence alternée en Italie », *AJ fam.* 2018, p. 288 ; B. JACOBS, « Hébergement égalitaire, mise en pratique en Belgique depuis plus de dix ans... », *AJ fam.* 2018, p. 283.

⁴C. BONNET, B. GARBINTI et A. SOLAZ, « Les conditions de vie des enfants après le divorce », *Insee Première* février 2015, n° 1536 : 76% des enfants de parents séparés résident habituellement chez leur mère, 9 % résident habituellement chez leur père et 15 % sont en résidence alternée.

⁵ Proposition de loi AN n° 371, 2013-2014, relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant ; H. GRATADOUR, « Le projet de réforme du droit de la famille, entre droits et intérêt de l'enfant », *RLDC* 2014, p. 121.

⁶ Proposition de loi n° 307 relative au principe de la garde alternée des enfants enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 octobre 2017 ; P. JANUEL, « Nouvelle tentative parlementaire sur la résidence alternée », *Dalloz actualité*, 22 novembre 2017.

⁷ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

⁸Civ. 1^{ère}, 25 avril 2007, n° 06-16.886, Bull. 2007. I, n° 156 : « *l'article 373-2-9 n'impose pas, pour que la résidence d'une enfant soit fixée en alternance au domicile de chacun de ses parents, que le temps passé par l'enfant auprès de son père et de sa mère soit de même durée* ».

week-end sur deux et la moitié des vacances. La résidence alternée a pour objectif que chaque parent conserve, dans la mesure du possible, un quotidien avec l'enfant afin de maintenir un lien de qualité avec chacun des parents. Elle peut, par conséquent, apparaître comme la solution parfaite à la problématique de maintien du lien entre l'enfant et ses deux parents¹.

487. S'il ne fait aucun doute que le maintien du lien parent-enfant au-delà de la rupture soit dans l'intérêt de ce dernier, ce n'est pas l'unique donnée à prendre en considération. Outre les éléments prévus à l'article 373-2-11 du Code civil², le juge doit prendre en considération d'autres critères tels, notamment, que l'âge de l'enfant, son caractère, sa sensibilité, ou encore la situation géographique du domicile des parents ; étant entendu que la prise en compte de l'ensemble de ces critères doit aboutir à une décision finale prenant en considération le seul intérêt de l'enfant. Or, la question de savoir si la résidence alternée est conforme à l'intérêt de l'enfant est très discutée, cette dernière ayant autant de partisans que de détracteurs³. Ainsi, depuis longtemps, tant les psychologues que les psychiatres insistent sur l'importance de la figure d'attachement principale dans le développement du très jeune enfant⁴ ainsi que sur son besoin de stabilité au regard de son niveau de développement psychique⁵. Des séparations trop longues ou répétées auraient des effets délétères sur l'enfant et pourraient notamment engendrer chez lui des troubles de l'attachement. C'est la raison pour laquelle une

¹ V. M. GRANGEAT, « Résidence alternée : État des lieux des pratiques et des recherches », *Dr. Fam.* 2019, n° 7-8, p. 17.

² Art. 373-2-11 C. civ. : « Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération :

1° La pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure ;

2° Les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1 ;

3° L'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre ;

4° Le résultat des expertises éventuellement effectuées, tenant compte notamment de l'âge de l'enfant ;

5° Les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes et contre-enquêtes sociales prévues à l'article 373-2-12 ;

6° Les pressions ou violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre ».

³ Sur la très grande diversité des opinions scientifiques sur les conséquences de la résidence alternée V. G. POUSSIN, « Pour une évaluation des effets réels de la résidence alternée en cas de divorce des parents », *RTDF* 2005, n° 1 ; J. LEONETTI, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, op. cit., pp. 49-50 ; H. GAUMONT-PRAT, « L'intérêt de l'enfant et l'évolution du droit de l'autorité parentale. Diversité ou unicité en droit comparé », in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012 ; G. NEYRAND, *L'enfant face à la séparation des parents : une solution, la résidence alternée*, La découverte, 3e éd. éd., 2004

⁴ 03/10/2019 16:07:00 ; B. GOLSE, « Résidence alternée - point de vue d'un pédopsychiatre », *AJfam.* 2012, p. 44 ; M. HERZOG-EVANS et C. BRUNETTI-PONS, « Résidence alternée, syndrome d'aliénation parentale et violences domestiques : entre inversion du jugement de Salomon et mise en danger (Deuxième partie) », *RJPF*, 1^{er} septembre 2014, n° 9.

⁵ Dans ce sens, V. M. ZIANT-DUFRASNE, « Bilan des lois nouvelles. Le point de vue du psy sur les questions d'hébergement », in *Filiation, autorité parentale et modalités d'hébergement. Actes du XI^e Colloque de l'Association « Famille & Droit »*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 200.

proposition de loi visant à exclure la possibilité de fixer une résidence alternée en dessous d'un certain âge a été déposée en 2017¹. Mais, de façon plus générale, certains enfants peuvent souffrir de devoir régulièrement changer de lieu de vie, notamment à l'adolescence où le cercle scolaire et amical prend une importance de premier plan dans la vie de l'enfant². De plus, certaines circonstances peuvent sembler défavorables au bon déroulement d'une résidence alternée. C'est évidemment le cas lorsque les domiciles des deux parents ne sont pas suffisamment proches. Cela peut également être le cas lorsque la relation parentale est conflictuelle ou si les choix éducatifs des parents sont opposés³.

488. La résidence alternée n'est donc en réalité adaptée que dans les hypothèses relativement rares où de nombreux critères sont réunis. Il faut notamment que la capacité financière des parents le permette, qu'une certaine proximité géographique existe entre eux, que cette modalité d'exercice de l'autorité parentale soit en adéquation avec les besoins de l'enfant, mais également que les parents soient, au minimum, en mesure de communiquer sur les questions relatives à leur enfant.

Pourtant, ce type de résidence peut être mis en place alors même que les deux parents ne le souhaitent pas. En effet, « *à la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux* »⁴. Autrement dit, le juge peut imposer une résidence alternée alors même que l'un des deux parents, ou même les deux, y serait opposé. Une telle solution présente l'intérêt d'autoriser le juge à imposer temporairement une résidence alternée dans une situation où il pense qu'elle pourrait être opportune, par exemple en raison de l'âge des enfants et de la proximité géographique du logement de chacun des parents, alors même qu'un parent s'y

¹ Proposition de loi n° 326 visant à la protection de l'enfant, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 octobre 2017. Texte retiré le 1^{er} février 2018.

² Dans ce sens, V. D. GANANCIA, « La résidence alternée en médiation familiale », *AJ fam.* 2018, p. 273.

³ Sur la diversité des éléments à prendre en compte pour apprécier de l'opportunité de la résidence alternée V. F. BOULANGER, *Autorité parentale et intérêt de l'enfant. Histoire, problématique, panorama comparatif et international*, coll. Coup de coeur, Edilivre-Aparis, 2008, p. 61, n° 44 ; G. HIERNAUX, « Difficultés actuelles en matière d'autorité parentale et d'hébergement », in *Filiation, autorité parentale et modalités d'hébergement. Actes du XI^e Colloque de l'Association « Famille & Droit »*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 63 et s. ; C. BRIÈRE, « La coparentalité : mythe ou réalité ? », préc. ; A. SANNIER, « L'exercice de l'autorité parentale n'est pas un long fleuve tranquille », *Gaz. Pal.*, 5 janvier 2016, n° 1, p. 70 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Le lien parental », *LPA*, 1^{er} juillet 2004, n° 131, p. 70 ; M. GUILLONNEAU et C. MOREAU, *La résidence des enfants de parents séparés. De la demande des parents à la décision du juge*, préc. ; M. CHOPIN et C. CADARS BEAUFOUR, « La résidence alternée : état du droit, bilan et jurisprudence », *AJ fam.* 2010, p. 21 ; Ph. JULIEN, « La résidence alternée. Les critères de la mise en place », *AJ fam.* 2018, p. 268.

⁴ Art. 373-2-9, al. 2, C. civ.

oppose ou que les deux parents souhaitent obtenir la résidence habituelle, l'idée étant que l'essai de la résidence alternée convainque les deux parents et apaise les conflits¹. La résidence alternée est d'ailleurs parfois envisagée comme un moyen de lutter contre l'aliénation parentale puisqu'un partage relativement équitable du temps peut permettre de limiter l'emprise d'un parent sur l'enfant².

489. En définitive, si la résidence alternée peut s'avérer la meilleure solution à un moment donné pour l'enfant, il convient de veiller à ce que le souci d'égalité entre les deux parents ne conduise pas à perdre de vue l'intérêt dominant : celui de l'enfant³. Ce n'est que si ce mode de résidence est le plus adapté à l'enfant qu'il se justifie. Une hiérarchisation entre les modes de résidence semble par conséquent inopportune. En effet, si le maintien du lien entre l'enfant et ses deux parents est souhaitable en ce qu'il va dans le sens du bon développement et de l'épanouissement de l'enfant, la résidence alternée n'est pas le seul moyen d'y parvenir : un parent peut tout à fait maintenir un lien de qualité avec son enfant alors même que la résidence habituelle et fixée chez l'autre parent et qu'il ne dispose que d'un droit de visite et d'hébergement, la qualité du temps passé avec l'enfant jouant bien plus dans l'épanouissement de ce dernier que la quantité⁴.

2 - Le droit de visite du parent chez lequel l'enfant ne réside pas : un droit parental impossible à garantir à l'enfant

490. L'article 373-2-9 du Code civil prévoit que la résidence de l'enfant peut être fixée chez un seul de ses parents. Le législateur impose alors au juge aux affaires familiales de

¹CA Limoges, 29 octobre 2012, n° 11/01642 : « La résidence alternée est de nature à permettre un bon épanouissement de l'enfant dès lors que les parents, dans l'intérêt supérieur de celui-ci, seront capables de mettre un terme à leur conflit et de renouer un dialogue serein ».

² Dans ce sens, V. M. JUSTON, « De la coparentalité à la déparentalité », *AJ fam.*, 2011, p. 579. Pour davantage de développements concernant le SAP cf. *infra* §496.

³ Sur l'idée selon laquelle l'intérêt de l'enfant doit l'emporter sur l'égalité entre les parents, V. G. HUBERT-DIAS, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale. Étude de droit européen comparé*, thèse, Reims Champagne-Ardenne, 2014, p. 274 ; C. BRUNETTI-PONS et M. HERZOG-EVANS, « La généralisation de la garde alternée en question », *Gaz. Pal.*, 28 novembre 2017, n° 41, p. 11 ; M. HERZOG-EVANS et C. BRUNETTI-PONS, « Résidence alternée, syndrome d'aliénation parentale et violences domestiques : entre inversion du jugement de Salomon et mise en danger (première partie) », *RJPF*, 1^{er} juillet 2014, n° 7-8 ; G. HUBERT-DIAS, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale. Étude de droit européen comparé*, *op. cit.*, pp. 265 et s. ; C. CADARS BEAUFOUR, « La résidence alternée, principe ou exception ? État du droit et de la jurisprudence », *AJ fam.* 2018, p. 264. La jurisprudence a également eu l'occasion de le rappeler : CA Paris, 18 juin 2015, n° 15/00864 : JurisData n° 2015-015144 : « le partage de l'autorité parentale entre les parents n'est pas un concept déconnecté de toute réalité, imaginé pour satisfaire les revendications égalitaires des adultes, mais la traduction juridique de l'intérêt pour les enfants d'être élevés par les deux parents » ; *Dr Fam.*, décembre 2015, p. 216, comm. Binet.

⁴ Dans ce sens : B. ANCEL, « La résidence alternée : panacée ou pis-aller ? », *AJ fam.* 2015, p. 213.

statuer sur les modalités du droit de visite de ce dernier¹. Le fait que le parent chez lequel l'enfant ne réside pas à titre principal conserve un droit de visite est, en effet, essentiel puisqu'à défaut il ne conserverait pas de contact avec l'enfant. Son rôle de prise en charge de l'enfant serait alors réduit à sa prise en charge financière² et au rôle décisionnaire qu'implique l'exercice conjoint de l'autorité parentale, ce qui n'aurait que peu de sens. Le droit de visite lui permet, à l'inverse, de maintenir un lien avec l'enfant et de jouer un rôle actif dans sa prise en charge et son éducation.

En dehors des périodes où le droit de visite et d'hébergement s'exerce, le lien peut également être maintenu grâce aux nouveaux modes de communication. Dans ce sens la Cour de cassation a jugé que le refus d'organiser des contacts téléphoniques réguliers entre l'enfant et l'un de ses parents ne peut se justifier que pour des motifs graves tenant à l'intérêt de l'enfant³.

Le législateur, conformément aux textes internationaux, apporte tant d'importance au lien parent-enfant qu'il prévoit même un encadrement spécial afin de permettre l'exercice de ce droit de visite alors même qu'il présente des difficultés. Tout d'abord, le législateur prévoit que « *lorsque l'intérêt de l'enfant le commande ou lorsque la remise directe de l'enfant à l'autre parent présente un danger pour l'un d'eux, le juge en organise les modalités pour qu'elle présente toutes les garanties nécessaires. Il peut prévoir qu'elle s'effectue dans un espace de rencontre qu'il désigne, ou avec l'assistance d'un tiers de confiance ou du représentant d'une personne morale qualifiée* »⁴. Il va même au-delà en prévoyant la mise en place de conditions particulières afin de permettre le contact parent-enfant alors même qu'un droit de visite « classique » serait contraire à l'intérêt de l'enfant. En effet, le droit de visite peut « *être exercé dans un espace de rencontre désigné par le juge* »⁵. La volonté du législateur de tout mettre en place pour que le lien avec l'enfant soit possible est donc clairement affichée, y compris dans des situations particulièrement délicates.

491. Il est intéressant de constater que les dispositions relatives au droit de visite sont identiques que le parent chez lequel l'enfant réside à titre principal ait l'exercice de l'autorité parentale ou non. En effet, le deuxième alinéa de l'article 373-2-1 du Code civil dispose que

¹ Art. 373-2-9, al. 3, C. civ.

² cf. *supra* §§323 et s.

³ Civ. 1re, 28 mai 2015, n° 14-16.511, Bull. civ. 2015 n° 51, I, n° 118 ; *RTD civ.* 2015, p. 600, note Hauser ; *D.* 2016, p. 674, obs. Douchy-Oudot.

⁴ Art. 373-2-9, *in fine*, C. civ.

⁵ Art. 373-2-9, al. 4, C. civ. Pour des développements plus approfondis sur l'espace de rencontre V. le dossier consacré à ce sujet in *AJ fam.*, octobre 2015, pp. 517 et s.

lorsque l'exercice de l'autorité parentale est confié exclusivement à l'un des parents « *l'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé à l'autre parent que pour des motifs graves* ». Les deux alinéas suivants contiennent, quant à eux, les mêmes dispositions relatives à la remise de l'enfant et à la possibilité d'organiser le droit de visite dans un espace de rencontre que l'article 373-2-9 du Code civil relative au droit de visite du parent titulaire de l'exercice de l'autorité parentale chez lequel l'enfant ne réside pas à titre principal¹. Cela signifie donc que le parent n'a pas besoin d'exercer l'autorité parentale pour disposer d'un droit de visite. Il n'existe aucune différence de traitement, au regard du droit de visite, entre le parent titulaire de l'exercice de l'autorité parentale et le parent privé de son exercice². En effet, si les textes ne prévoient la possibilité de priver un parent de son droit de visite en raison de motifs graves que lorsqu'il n'est pas titulaire de l'exercice de l'autorité parentale, la jurisprudence a eu l'occasion de préciser que cette possibilité était également ouverte pour le parent titulaire de l'exercice³.

Toutefois, le parent titulaire de l'exercice et celui qui en est privé ne sont pas dans la même situation puisque, si le premier est supposé devoir donner son accord pour toutes les décisions relatives à l'enfant en vertu de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, le second n'a pas de pouvoir décisionnaire concernant la vie de l'enfant. Il conserve seulement le droit d'être informé des choix importants relatifs à l'enfant et de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant⁴.

Cela met en évidence le fait que le parent simplement titulaire de l'autorité parentale peut malgré tout jouer un rôle auprès de l'enfant en conservant des contacts avec lui et en exerçant son droit de surveillance. Paradoxalement, en pratique, ce rôle peut être équivalent, voire être plus important que celui du titulaire de l'exercice de l'autorité parentale si ce dernier ne prend pas part aux décisions relatives à l'enfant ou cesse d'avoir des contacts avec ce dernier. Dans les faits, le statut juridique du parent ne traduit donc pas nécessairement la façon dont il prend part à la vie de l'enfant. Le droit de visite n'est pas un gage que le parent chez lequel l'enfant ne réside pas de façon habituelle prenne réellement part aux décisions relatives à

¹ Art. 373-2-1, al. 3 et 4, C. civ. : « *Lorsque, conformément à l'intérêt de l'enfant, la continuité et l'effectivité des liens de l'enfant avec le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale l'exigent, le juge aux affaires familiales peut organiser le droit de visite dans un espace de rencontre désigné à cet effet.*

Lorsque l'intérêt de l'enfant le commande ou lorsque la remise directe de l'enfant à l'autre parent présente un danger pour l'un d'eux, le juge en organise les modalités pour qu'elle présente toutes les garanties nécessaires. Il peut prévoir qu'elle s'effectue dans un espace de rencontre qu'il désigne, ou avec l'assistance d'un tiers de confiance ou du représentant d'une personne morale qualifiée. »

² Dans ce sens, V. A. KIMMEL-ALCOVER, « Le droit à la vie familiale à l'épreuve de la séparation », in *La convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, sous la dir. de C. NEIRINCK et M. BRUGGEMAN, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, p. 49.

³ Civ. 1re, 14 mars 2006, n° 05-13.360, Bull. civ. I, n° 161 ; *Dr. Fam.* 2006, comm. n° 157, obs. Murat.

⁴ Art. 373-2-1, *in fine*, C. civ.

l'enfant. De plus, la volonté du législateur que le parent conserve des liens avec son enfant quelle que soit la situation n'est pas toujours suffisante et peut se heurter au non-exercice de ce droit de visite.

492. Si le législateur prévoit qu'en cas de séparation « *chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant* »¹, le droit de visite apparaît en réalité davantage comme un droit du parent que comme un devoir. En effet, outre le fait que le droit de visite est un droit du parent et non un droit de l'enfant², il apparaît impossible de forcer un parent à entretenir des relations personnelles avec l'enfant. Pour autant les juges du fond tentent parfois de sanctionner le non-exercice par un parent de son droit de visite en le condamnant à verser des dommages et intérêts en raison du préjudice moral subi par l'enfant, en augmentant sa contribution à l'entretien de l'enfant ou en supprimant son droit de visite et d'hébergement³. Mais ces sanctions ne font finalement qu'entériner l'absence de relations entre le parent et l'enfant sans pouvoir mettre fin au désintérêt du parent n'exerçant pas son droit de visite.

Le désintérêt du parent chez lequel l'enfant ne réside pas à titre principal n'est pas la seule raison pouvant expliquer le non-exercice de son droit de visite. Il peut en effet arriver que le parent chez lequel l'enfant réside fasse obstacle au maintien du lien entre l'enfant et son autre parent et exclut totalement ce dernier des décisions relatives à l'enfant. Ce parent rencontre alors de grandes difficultés pour exercer en pratique son autorité parentale et maintenir des liens avec l'enfant. Afin d'éviter une telle situation, le législateur tente de sanctionner le parent qui chercherait à faire obstacle au maintien du lien entre l'enfant et son autre parent.

§2 - La volonté de sanctionner le parent faisant obstacle au maintien du lien

493. Bien souvent la situation où un parent ne cherche plus à exercer l'autorité parentale alors même qu'elle est juridiquement conjointe ne s'explique pas uniquement par son refus d'exercer sa fonction auprès de l'enfant. Son abstention peut trouver sa source dans un désintérêt progressif qui peut notamment s'expliquer par l'attitude de l'autre parent et les conflits parentaux incessants. Il ne s'agit donc pas d'affirmer que le parent n'assurant pas sa fonction ne le veut nécessairement pas. Ce dernier peut avoir le sentiment que cette situation lui a été imposée, qu'il a déjà beaucoup lutté en vain, voire qu'il a renoncé à effectivement

¹ Art. 373-3, al. 2, C. civ.

² Dans ce sens, V. I. CORPART, « Les dysfonctionnements de la coparentalité », préc. ; I. REIN-LESCATÉREYRES et S. TRAVADE-LANNOY, « L'évolution des conflits parentaux : l'exécution des décisions judiciaires à l'épreuve de la pratique », *RJPF*, 1^{er} mai 2018, n° 5.

³ Dans ce sens, V.I. CORPART, « Les dysfonctionnements de la coparentalité », préc.

exercer sa fonction car s'opposer continuellement à l'autre parent n'aurait pas été dans l'intérêt de l'enfant. Le refus du parent d'exercer sa fonction trouve ainsi le plus souvent sa source dans une multitude de raisons et d'affects complexes à démêler.

Conscients de la complexité des relations familiales postérieurement à une séparation, le législateur ne s'est donc pas contenté de prévoir que « *chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant* »¹, il prévoit également que ces derniers doivent « *respecter les liens de celui-ci (l'enfant) avec l'autre parent* »². Afin de favoriser le respect des liens parent-enfant, les textes prévoient de nombreuses dispositions ayant pour but d'éviter qu'un parent ne puisse faire obstacle à l'implication de l'autre dans la vie de l'enfant (A). Toutefois, cette volonté clairement affichée dans les textes se heurte malheureusement bien souvent à la réalité pratique. Il est, en effet, malaisé de rendre cette volonté effective dans les faits car elle se heurte à la difficulté de trouver des sanctions permettant de garantir le respect des relations parent-enfant (B).

A - La condamnation de l'obstacle au maintien du lien

494. Le respect par chacun des parents des liens entre l'autre parent et l'enfant, prévu au deuxième alinéa de l'article 373-2 du Code civil, doit se comprendre de façon large. Cela comprend aussi bien les liens affectifs que les liens juridiques. Autrement dit, le parent ne doit pas se contenter de respecter le droit de visite de l'autre parent, il doit plus largement respecter son droit de prendre part à toutes les décisions relatives à l'enfant, de surveiller son entretien et son éducation, ce qui « *conduit assez naturellement au devoir positif de faire en sorte que les liens de l'enfant avec l'autre parent soient préservés* »³. Ainsi, cette obligation de respect par chacun des parents de la relation entre l'enfant et l'autre parent recouvre un spectre assez large.

495. Elle interdit évidemment à l'un des parents de disparaître avec l'enfant mais également de déménager sans en informer l'autre parent. Dans ce sens, le législateur prévoit que « *tout changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parent. En cas de désaccord, le parent le plus diligent saisit le juge aux affaires familiales qui statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. Le juge répartit les frais de*

¹ Art. 373-2, al. 2, C. civ.

² *Ibid.*

³ F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, coll. Précis, Dalloz, 9^e éd., 2018, p. 1058, n° 972.

déplacement et ajuste en conséquence le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant »¹. Même lorsque le déménagement a été notifié à l'autre parent, le juge peut donc décider que l'intérêt de l'enfant justifie de maintenir sa résidence chez le parent qui ne déménage pas ou simplement statuer sur les frais résultant du déménagement. Une telle disposition apparaît nécessaire dans la mesure où un déménagement peut entraîner des modifications conséquentes de la façon dont l'autorité parentale était jusque-là exercée. Cela peut par exemple rendre impossible la résidence alternée jusque-là mise en place² ou impliquer l'espacement du droit de visite du parent chez lequel l'enfant ne réside pas à titre principal. Or, la fréquence des contacts entre le parent et l'enfant joue souvent un rôle important dans le maintien des liens parent-enfant.

La situation dans laquelle l'un des parents quitte le territoire national avec l'enfant peut entraîner des conséquences encore plus dramatiques dans la mesure où l'élément d'extranéité complexifie l'application des règles nationales et de la décision éventuellement rendue par le juge. C'est la raison pour laquelle le juge peut « *ordonner l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation des deux parents* »³. De plus, face à la recrudescence de telles situations, de nombreux États se sont saisis du problème en ratifiant la Convention de la Haye du 25 octobre 1980⁴, laquelle a pour objet « *d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout État contractant* »⁵ et « *de faire respecter effectivement dans les autres États contractants les droits de garde et de visite existants dans un État contractant* »⁶. Plus largement, un parent ne peut faire obstacle au droit de visite de l'autre parent.

496. Parfois, l'obstacle que représente l'un des parents au lien entre l'enfant et son autre parent est plus insidieux, plus difficile à déceler avec certitude. C'est notamment le cas lorsque c'est l'enfant lui-même qui formule un refus de voir l'un de ses parents. Cela fait référence à ce qui est souvent appelé le syndrome d'aliénation parentale. Cette notion fait l'objet de nombreuses définitions⁷, telles par exemple que « *le processus où l'enfant est amené par un*

¹ Art. 373-2, al. 3, C. civ.

² V. E. DURAND, « La vie de l'enfant après la séparation des parents. Illustrations concrètes par un juge des enfants », *AJ fam.* 2010, p. 18.

³ Art. 373-2-6, al. 3, C. civ.

⁴ Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

⁵ Article premier, a).

⁶ Article premier, b).

⁷ Sur la diversité des définitions existantes V. M. JUSTON, « Le syndrome d'aliénation parentale », *Gaz. Pal.* n° 230, 18 août 2011, p. 7 ; P. BENSUSSAN, « Aliénation parentale, abus psychologique de l'enfant et DSM-5 », *Gaz. Pal.*, 6 février 2018, n° 5, p. 9.

parent (parent aliénant), de façon plus ou moins subtile, à partager un ensemble d'idées et de perceptions fausses, déformées ou exagérées sur l'autre parent (parent aliéné) »¹, ou encore « toute situation dans laquelle un enfant rejette un parent de façon injustifiée - à tout le moins non explicable par la qualité antérieure de la relation »². Si l'existence de ce syndrome reste très débattue par la communauté médicale³ comme par la doctrine⁴, et n'est pour l'heure reconnue par aucune autorité scientifique⁵, il est certain qu'existent des situations où, sous l'influence plus ou moins consciente de l'un des parents, un enfant rejette son autre parent⁶. Un tel comportement traduit une absence de respect des droits de l'autre parent et a nécessairement des répercussions négatives sur l'enfant.

La difficulté à appréhender de telles situations de manière globale réside probablement dans le fait qu'elles peuvent prendre de très multiples visages et que bien souvent l'ampleur de l'influence jouée par le parent dit « aliénant » reste incertaine. La notion d'aliénation parentale peut ainsi être invoquée dans des cas où l'un des parents est accusé de violences ou d'atteintes sexuelles sur son enfant, comme dans des hypothèses où l'enfant se contente de refuser de voir l'autre parent. Dans tous les cas il est souvent très difficile de dénouer le rôle joué par chacun : l'enfant a-t-il réellement été victime de sévices ? Si ce n'est pas le cas, quel rôle l'autre parent a-t-il joué dans cette fausse accusation ?⁷ De même, en l'absence de toute accusation, il est difficile de savoir quelle part l'autre parent prend dans le refus de l'enfant de voir son parent.

Dans toutes ces situations, il apparaît extrêmement délicat d'identifier la bonne solution à apporter à la problématique familiale. Si le juge cherche parfois à sanctionner le parent qui ne

¹M. LASBATS, « Étude du syndrome d'aliénation parentale à partir d'une expertise civile », *AJ fam.* 2004, p. 397.

²P. BENSUSSAN, « Aliénation parentale, abus psychologique de l'enfant et DSM-5 », préc.

³ Sur l'existence du syndrome d'aliénation parentale V. *Ibid. Contra* V.G. LOPEZ, « Analyse éthique du syndrome d'aliénation parentale (SAP) ou aliénation parentale (AP) », *AJ fam.* 2013, p. 283 ; C. PERELMUTTER, « On achève bien les enfants », *Gaz. Pal. n° 84*, 25 mars 2010, p. 7.

⁴ Dans ce sens, V. M. LASBATS, « Étude du syndrome d'aliénation parentale à partir d'une expertise civile », préc. : « *Par la complexité de liens aussi troublants, cette situation dite du Syndrome d'aliénation parentale, peut être assimilée à celle d'un enfant en danger de maltraitance psychologique* ». *Contra* V.I. CORPART, « Pas de reconnaissance légale pour le syndrome d'aliénation parentale », *RJPF*, 1^{er} septembre 2013, n° 9 : « *Il (le syndrome d'aliénation parentale) ne saurait en l'état actuel des données sur la question faire l'objet d'une reconnaissance légale spécifique pour sanctionner le délit de maltraitance psychologique dont souffriraient les enfants ainsi que le parent dénigré* ».

⁵L. ROSSIGNOL, « Discours officiel de la 13e édition des États généraux du droit de la famille et du patrimoine », *Gaz. Pal. n° hors-série 2*, 11 avril 2017, p. 54.

⁶ Sur la fréquence et les ravages des discours dénigrants des parents divorcés V. V. AVENA-ROBARDET, « Maltraitance des parents divorcés : insoluble ? », *AJ fam.* 2016, p. 175. Sur les stratégies développées par les enfants dans le conflit parental de séparation V. J.-L. VIAUX, *L'enfant et le couple en crise*, Dunod éd., 1997, pp. 160 et s.

⁷ Sur la complexité des éléments à prendre en compte dans de telles situations V. P. BENSUSSAN et F. RAULT, *La dictature de l'émotion*, Belfond éd., 2002, pp. 86 et s. et 231 et s. ; S. PARICARD, « La syndrome d'aliénation parentale, catalyseur d'un conflit des droits de l'enfant », in *La convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, sous la dir. de C. NEIRINCK et M. BRUGGEMAN, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, pp. 71-89.

respecte pas les droits de l'autre parent, la sanction est loin d'être systématique et n'est pas toujours adaptée étant donné qu'en la matière c'est toujours l'intérêt de l'enfant qui doit prévaloir.

B - La difficulté de prononcer des sanctions adaptées

497. La volonté du législateur de favoriser le maintien du lien parent-enfant en sanctionnant le parent qui nuirait au maintien du lien avec l'autre parent se heurte à la difficulté de trouver des sanctions adaptées. En effet, ni les sanctions civiles (1), ni les sanctions pénales (2) ne se révèlent réellement satisfaisantes dans la mesure où elles ne peuvent pas toujours être utilisées car elles peuvent se révéler contraires à l'intérêt de l'enfant.

1 - L'intérêt de l'enfant, obstacle à une sanction civile systématique

498. Soucieux de faire respecter les droits parentaux, les magistrats sanctionnent parfois le parent dont le comportement s'avère contraire au respect des droits de l'autre parent. Ils peuvent notamment fixer la résidence de l'enfant chez le parent dont les droits sont bafoués (a). Des sanctions symboliques et financières ont également été envisagées (b). Toutefois, ces sanctions civiles se heurtent à l'intérêt de l'enfant qui empêche leur application systématique puisqu'une modification de sa résidence n'est pas toujours adaptée à ses besoins et qu'une sanction financière pourrait se répercuter sur son niveau de vie.

a) La fixation de la résidence chez le parent le plus respectueux des droits de l'autre

499. Ils peuvent notamment décider de fixer la résidence chez le parent dont les droits sont malmenés afin de « *combattre la logique conflictuelle dans laquelle peut se complaire un parent* »¹. Le législateur en donne d'ailleurs expressément les moyens puisqu'il prévoit à l'article 373-2-11 du Code civil que « *lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération : (...) l'aptitude de chacun des*

¹H. GAUMONT-PRAT, « L'intérêt de l'enfant et l'évolution du droit de l'autorité parentale. Diversité ou unicité en droit comparé », *op. cit.*, p. 564. Pour une illustration de transfert de résidence dans le cadre d'une aliénation parentale : Civ. 1^{re}, 26 juin 2013, n° 12-14.392 ; JurisData n° 2013-013137, Bull. 2013, I, n° 134 ; *Dr. Fam.* 2013, n° 11, comm. 152, note Paricard. Pour une illustration du transfert de résidence en raison d'un déménagement sans information préalable de l'autre parent : Civ. 1^{re}, 29 novembre 2017, n° 17-24.015 ; *AJ. Fam.*, mai 2018, p. 293, note Sannier ; Civ. 1^{re}, 13 décembre 2017, n° 17-23.673. Pour un panorama sur l'incidence du déménagement d'un parent sur la résidence de l'enfant V. C. LAFON, « L'incidence du déménagement d'un parent sur la résidence de l'enfant - Panorama de jurisprudence : 100 décisions de Cours d'appel », *Dr. Fam.* 2016, n° 5, dossier 13.

parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre »¹. Lorsque la violation des droits de l'autre parent est particulièrement grave et « *si l'intérêt de l'enfant le commande* »², le juge peut aller jusqu'à substituer à l'exercice conjoint un exercice unilatéral et ainsi priver le parent qui ne respecte pas les droits de l'autre de l'exercice de l'autorité parentale³.

La sanction systématique du parent ne respectant pas les droits de l'autre parent, ou n'en favorisant pas le respect, aurait pour avantage de fortement dissuader les parents d'adopter de tels comportements et irait par conséquent dans le sens de la recherche d'un maintien du lien entre l'enfant et chacun de ses parents au-delà de la séparation.

500. Toutefois, la sanction du parent ne respectant pas les droits de l'autre parent ne saurait être systématique dans la mesure où c'est toujours l'intérêt de l'enfant qui doit prévaloir et non la sanction du parent dont le comportement est répréhensible⁴. Or, si l'intérêt de l'enfant est d'entretenir des liens avec ses deux parents, ce n'est pas le seul élément à prendre en considération. Les besoins de l'enfant peuvent varier en fonction notamment de son âge, de sa personnalité ou encore du contexte dans lequel il évolue. Il peut notamment avoir besoin de stabilité, de sécurité. De plus, un parent peut, tout en adoptant une attitude critiquable car non favorable au maintien de relations apaisées entre l'enfant et l'autre parent, demeurer le plus à même de prendre en charge l'enfant à ce moment précis de sa vie. Par conséquent, estimer que le fait qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de conserver des liens avec chacun de ses parents revient à dire que la violation des droits de l'autre par le parent chez lequel l'enfant réside doit systématiquement être sanctionnée par une modification de la résidence de l'enfant reviendrait à opérer un raccourci pouvant s'avérer dommageable pour l'enfant.

Dans ce sens, la Cour de cassation a eu l'occasion de casser un arrêt rendu par la Cour d'appel de Chambéry car cette dernière avait fixé la résidence de l'enfant chez son père aux motifs que la mère avait « *modifié, seule, sans motif légitime, les conditions d'exercice de l'autorité parentale en quittant la région, privé le père de toute relation avec son fils (...)* »⁵ sans répondre aux arguments avancés par la mère « *faisant valoir qu'elle continuait d'allaiter l'enfant qui n'était pas âgé d'un an* »⁶. Ainsi, alors même que les droits de l'un des parents ont,

¹ Art. 373-2-11, 3°, C. civ.

² Art. 373-2-1, al. 1, C. civ.

³ Dans ce sens, V.F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille, op. cit.*, p. 1060, n° 972. Pour une illustration : Civ. 1^{re}, 12 octobre 2017, n° 17-16.760 : JurisData n° 2017-020015 ; *Dr. Fam.* 2018, n° 1, note Dupin.

⁴ Dans ce sens, V. par ex. : A. GOUTTENOIRE, « Les décisions des parents séparés relatives à l'enfant », *AJ fam.* 2010, p. 12.

⁵ Civ. 1^{re}, 23 septembre 2015, n° 14-25.027 ; *Gaz. Pal.* n° 01, 5 janvier 2016, p. 70, note Sannier.

⁶ *Ibid.*

sans équivoque, été violés par l'autre parent, les juges du fond doivent s'interroger sur l'opportunité de la sanction du parent ayant violé les droits de l'autre au regard de l'intérêt de l'enfant, ce dernier devant dans tous les cas prévaloir. Les juges du fond doivent, cependant, veiller à motiver suffisamment leurs décisions afin de justifier l'absence de sanction du parent ne respectant pas les droits de l'autre¹. De même, le besoin de stabilité des enfants, très heureux chez le parent qui les élève depuis plusieurs années, peut conduire les magistrats à maintenir la résidence chez ledit parent en dépit de sa violation répétée des droits de l'autre parent qui n'a de ce fait pu exercer son droit de visite depuis des années².

Le malaise est palpable jusque devant la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, cette dernière a pu écarter la violation du droit au respect de la vie familiale d'une mère dont l'enfant, après des vacances passées chez son père, a refusé de retourner vivre chez elle en dépit des décisions judiciaires définitives y fixant la résidence habituelle de ce dernier. La Cour européenne refuse ainsi de sanctionner la Grèce en dépit d'une violation criante des droits de la mère car elle juge que les autorités ont pris les mesures que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles et ont pris dûment en compte l'ensemble de la situation familiale et l'opinion exprimée par l'enfant³. Inversement, elle a validé le placement en détention d'une mère suite à trois condamnations successives au cours d'une même année en raison du non-respect du droit de visite du père⁴.

Une logique identique se retrouve en matière de déplacement illicite d'enfants puisque, si le retour immédiat doit en principe être ordonné⁵, ce principe peut être écarté dans certains cas ayant trait à l'intérêt de l'enfant⁶. Il en va ainsi lorsqu'il est établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu⁷ ou lorsque le retour fait courir un risque grave de danger à l'enfant⁸.

¹Civ. 1^{re}, 8 juillet 2015, n° 14-22.101 : casse l'arrêt d'appel qui, pour considérer que la fixation de la résidence au domicile de la mère est dans l'intérêt de l'enfant, retient que la mère « a dû s'installer dans une autre ville pour des raisons professionnelles, qu'elle justifie de la location d'un logement spacieux et de l'inscription de l'enfant dans une école de la ville où elle s'est installée, que l'enfant, encore très jeune, n'a jamais été séparée de sa mère » sans répondre aux conclusions du père faisant valoir que la mère « ne respectait pas l'exercice en commun de l'autorité parentale ni le droit de l'enfant à entretenir des relations avec ses deux parents ».

²CA Aix-en-Provence, 30 mai 1995 ; JCP G n° 2, 10 janvier 1996, II, 22566, note Garé.

³CEDH, 1^{er} février 2018, *M. K. c/ Grèce*, n° 51312/16 ; *Dr. Fam.* 2018, n° 4, note Garcia.

⁴CEDH, 11 février 2016, *Mitrova et Savik c/ République de Macédoine*, n° 42534/09 ; *AJ fam.* 2016, p. 205, note Viganotti.

⁵ Art. 12, al. 1, Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

⁶ Pour des approfondissements sur ces exceptions au retour immédiat de l'enfant V. E. GALLANT, « Notion de droit de garde et exceptions au retour immédiat de l'enfant déplacé illicitement », *JCP G*, 16 octobre 2017, n° 42, p. 1084.

⁷ Art. 12, al. 2, Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

⁸ Art. 13, al. 1, a), Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

Il est donc certain qu'en matière de déplacement international d'enfant, mais plus largement lorsqu'un parent fait obstacle au maintien du lien entre l'autre parent et l'enfant, l'écoulement du temps joue un rôle conséquent dans la décision relative à la sanction du parent obstacle. C'est la raison pour laquelle la Cour européenne des droits de l'homme condamne les États lorsqu'ils n'ont pas agi avec suffisamment de diligence¹.

b) Les sanctions symboliques et financières

501. Des sanctions symboliques et financières ont également été envisagées puisqu'elles présenteraient l'intérêt de pouvoir sanctionner le parent sans modifier la prise en charge de l'enfant. Pour autant, elles n'apparaissent pas non plus satisfaisantes. Ainsi, l'idée de sanctionner de manière symbolique le parent au moyen d'un rappel à la loi afin de rappeler au parent ses obligations a été abandonnée en raison de l'absence d'effet pratique d'une telle sanction et de sa dimension infantilisante². Quant à la sanction financière, elle est en principe possible puisque le parent dont les droits sont bafoués peut demander la fixation d'une astreinte en cas, par exemple, de non-présentation d'enfant ou de déplacement illicites³. Toutefois cette possibilité est rarement utilisée dans la sphère familiale⁴, notamment en raison des effets négatifs que la sanction pécuniaire du parent peut entraîner sur l'enfant⁵.

2 - L'entérinement du conflit parental par la sanction pénale

502. Le législateur sanctionne aussi pénalement le non-respect des droits parentaux par l'un des parents. Ainsi, la non-présentation d'enfant est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende⁶. Le défaut de notification du changement de domicile du parent chez lequel l'enfant réside habituellement à celui qui dispose d'un droit de visite et d'hébergement est, quant à lui, puni de six mois d'emprisonnement et de 75 000 euros

¹ Pour une illustration dans un cas d'enlèvement international V. par ex. : CEDH, 21 septembre 2017, Severe c/ Autriche, n° 53661/15 ; *Dr. Fam.* 2018, n° 1, comm. Dupin. Pour une illustration dans un cas d'obstacle au droit de visite de l'autre parent V. CEDH, 16 juin 2016, Fourkiotis c/ Grèce, n° 74758/11 : JurisData n° 2016-013427 ; *Dr. Fam.* 2016, n° 9, comm. 175, note. Delmas.

²F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille, op. cit.*, p. 1059.

³ Art. L. 131-1, C. pr. d'exéc : « *Tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision.*

Le juge de l'exécution peut assortir d'une astreinte une décision rendue par un autre juge si les circonstances en font apparaître la nécessité ».

⁴ Dans ce sens, V.I. CORPART, « Les dysfonctionnements de la coparentalité », préc.

⁵CEDH, 6 octobre 2016, Moog c/ Allemagne, n° 23280/08 et n° 2334/10 ; *Dr. Fam.* 2017, n° 2, comm. 37, comm. Millerioux : La Cour européenne valide la décision des juges nationaux de révoquer l'amende sanctionnant le non-respect par la mère du droit de visite du père.

⁶ Art. 227-5 C. pén.

d'amende¹ et la soustraction d'enfant d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende². De plus, la sanction encourue en cas de soustraction d'enfant passe de trois ans d'emprisonnement et à 45 000 euros d'amende si l'enfant mineur est retenu au-delà de cinq jours sans que le parent sache où il se trouve³ ou si l'enfant « *est retenu indûment hors du territoire de la République* »⁴.

La sanction pénale de l'irrespect des droits de l'autre parent, outre son aspect dissuasif, apparaît opportune du point de vue de la symbolique car elle met l'accent sur la condamnation par la société d'un tel comportement et sur le caractère inadapté au regard de l'intérêt de l'enfant.

Toutefois, elle se révèle inadaptée en pratique car « *ces recours sont en réalité des constats d'échec et d'impuissance du droit civil, auquel fait d'ailleurs écho le droit pénal puisqu'il ne résout rien des dysfonctionnements familiaux profonds qui viennent jusqu'à lui* »⁵. En effet, le recours au droit pénal ne fait qu'envenimer ou, au mieux, entériner le conflit familial de façon irréversible et risque donc de produire un résultat inverse à celui recherché.

503. Ainsi, les sanctions civiles aussi bien que les sanctions pénales prévues par le législateur s'avèrent peu efficaces à empêcher un parent de faire obstacle au maintien du lien entre l'enfant et l'autre parent. En effet, elles sont tout d'abord assez peu utilisées notamment en raison de la crainte du parent lésé d'entériner une situation conflictuelle ou de l'aggraver, ou encore du refus du juge de sanctionner car l'ensemble des éléments appréciés le conduisent à considérer que la sanction ne serait pas conforme à l'intérêt de l'enfant. De plus, même lorsque ces comportements sont sanctionnés, cela ne conduit pas nécessairement à l'apaisement des relations parentales et ne résout donc en rien le problème. L'existence de ces sanctions a donc le mérite de mettre en évidence la volonté du législateur de favoriser la prise en charge de l'enfant par ses deux parents, mais elle ne suffit pas pour résoudre les problématiques liées aux conflits parentaux et au délitement du lien parent-enfant qui peut en résulter. La dimension symbolique de la volonté du législateur de voir chacun des parents respecter les droits de l'autre aurait donc tout autant à gagner en posant un principe purement symbolique de loyauté parentale⁶.

¹ Art. 227-6 C. pén.

² Art. 227-7 C. pén.

³ Art. 227-9, 1^o, C. pén.

⁴ Art. 227-9, 2^o, C. pén.

⁵E. MULON-MONTÉRIAN, « La répression en pénale en droit de la famille, ou comment réduire à néant l'espoir de la coparentalité », *RJPF*, 1^{er} octobre 2002, n^o 10.

⁶ Dans le sens de la reconnaissance d'un devoir de loyauté entre les parents V. G. KESSLER, « Les devoirs réciproques des parents séparés », *Dr. Fam.* 2018, n^o 2.

De plus, s'il s'avère compliqué d'empêcher un parent de faire obstacle au maintien du lien entre l'enfant et l'autre parent, ce n'est pas la seule explication au refus d'un parent d'exercer sa fonction parentale postérieurement à une séparation. En effet, le désintéressement du parent et son retrait vis-à-vis de l'enfant n'ont pas nécessairement pour seule source le comportement de l'autre parent. Or, face au désintérêt, le législateur s'avère encore davantage impuissant. Il est, en effet, tout à fait impossible et non conforme à l'intérêt de l'enfant de forcer sa prise en charge par un parent qui ne le souhaite pas¹. Pour autant, face à la séparation, le législateur se comporte comme s'il était toujours possible que la prise en charge de l'enfant reste assurée par ses deux parents et comme si le parent souhaitait nécessairement tout faire pour continuer à prendre en charge son enfant. Sa volonté d'encourager la prise en charge de l'enfant par ses deux parents est donc si forte qu'il en vient à ignorer le fait que, dans de nombreux cas de séparation, la prise en charge de l'enfant est en réalité assurée par un seul parent.

Section 2 - Le non-exercice de l'autorité parentale par un parent nié : la réalité du lien affectif occultée par l'illusion du couple parental

504. Non seulement le législateur encourage le maintien du lien parent-enfant et sanctionne l'obstruction de l'autre parent, mais surtout il érige en principe l'exercice conjoint de l'autorité parentale quelle que soit la situation familiale. Cela signifie que les parents doivent prendre toutes les décisions relatives à l'enfant conjointement. Le fait que l'enfant et le parent partagent effectivement un quotidien dans le cadre d'une résidence alternée ou de rencontres fréquentes, ou au contraire qu'ils ne se voient que de façon très ponctuelle, ou encore leur proximité géographique, sont totalement indifférents. Pourtant, les situations familiales rencontrées peuvent se révéler très diverses. Chacun des parents peut effectivement continuer à jouer un rôle quotidien, ou presque, dans la prise en charge de l'enfant, par exemple si une résidence alternée a été mise en place. Un parent peut aussi en pratique assurer l'essentiel de la prise en charge de l'enfant tout en continuant à prendre les décisions avec l'autre parent. Ce dernier peut voir l'enfant de façon très régulière ou au contraire très épisodiquement, par exemple en raison de l'éloignement géographique. Il est enfin possible que le parent chez lequel l'enfant ne réside pas de façon habituelle ne prenne plus aucune part aux décisions relatives à

¹ Dans ce sens, V. A. KIMMEL-ALCOVER, « Le droit à la vie familiale à l'épreuve de la séparation », *op. cit.*, p. 51.

l'enfant, voire qu'il n'ait plus aucun contact avec ce dernier. En faisant de la codécision le principe quelle que soit la situation réelle, le législateur gomme la disparité des situations et institutionnalise une illusion selon laquelle les parents participent activement à la vie de l'enfant quelle que soit la situation réelle¹. Le délitement du lien parent-enfant lorsque l'enfant et le parent ne vivent plus sous le même toit n'est pourtant pas une hypothèse d'école².

Le maintien de cette illusion de la continuation du couple parental est rendu possible par l'inapplication fréquente du principe de codécision qui devrait pourtant en principe impliquer l'accord des deux parents pour toute décision relative à l'enfant. Cela permet de laisser perdurer une situation juridique (l'exercice conjoint) pourtant en totale contradiction avec la situation réelle (la prise en charge de l'enfant par un seul de ses parents). Le parent qui assure seul la prise en charge de l'enfant est alors le seul à exercer, dans les faits, l'autorité parentale sans pour autant, le plus souvent, rencontrer de difficultés. Cette prise en charge des besoins de l'enfant permet de gommer la situation réelle et de laisser croire à la continuation du couple parental alors qu'elle peut s'avérer en complète opposition avec la réalité vécue.

Pour autant, le législateur prévoit la possibilité de traduire juridiquement le refus parental par une attribution exclusive de l'autorité parentale au parent l'exerçant dans les faits. Mais cette traduction n'est pas automatique puisqu'elle dépend de la volonté du parent qui exerce effectivement la prise en charge de l'enfant. Ainsi, si celui-ci ne demande jamais que la dévolution de l'autorité parentale soit modifiée la situation juridique pourra se maintenir en dépit de son inadéquation totale avec la situation réelle.

Le législateur maintient l'illusion de la continuation du couple parental en érigeant en principe l'exercice conjoint de l'autorité parentale quelle que soit la situation familiale (§1). Bien qu'il prévoit des voies permettant de traduire la situation réelle, celles-ci sont loin d'être utilisées de façon systématique puisqu'elles dépendent de la volonté du parent exerçant l'autorité parentale (§2).

¹ Dans ce sens, V. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ.* 1995, p. 249 ; M.-L. DELFOSSE-CICILE, *Le lien parental*, LGDJ, Paris, 2003, p. 35 ; M. PIERRE, « L'exercice de l'autorité parentale », in *La famille que je veux, quand je veux ? Évolution du droit de la famille*, sous la dir. de C. NEIRINCK, Erès, 2003, pp. 139 et s.

² En 2001, 25 % des enfants ne voyaient plus leur père à l'issue de la séparation de leurs parents. (Source : M. YAHIEL, *Rapport sur le partage des responsabilités parentales*, Ministère de la famille, de l'enfance et des personnes handicapées, 2001, p. 11). Sur ce point V. M. PIERRE, « L'exercice de l'autorité parentale », *op. cit.*, p. 141 ; A. RÉGNIER-LOILLIER, « Quand la séparation des parents s'accompagne d'une rupture du lien entre le père et l'enfant », préc.

§1 - L'exercice conjoint de l'autorité parentale érigé en principe quelle que soit la situation familiale

505. En dehors de quelques exceptions liées au moment ou à la façon dont la filiation est établie¹, le principe en matière de dévolution de l'autorité parentale est l'exercice conjoint dès lors que la filiation de l'enfant est établie à l'égard de ses deux parents². Les parents doivent donc prendre ensemble toutes les décisions relatives à l'enfant. Le fait que les parents vivent ensemble ou séparés n'a aucune incidence³. De plus, si quelques textes prévoient l'hypothèse de la séparation, aucun texte spécifique ne vient préciser les règles de pouvoir ou leur éventuelle sanction concernant les actes que les parents sont amenés à prendre relativement à leur enfant dans cette hypothèse particulière. Ainsi, le fait que le couple parental existe et perdure, quelle que soit la situation familiale, ne semble pas faire de doute pour le législateur.

Il est pourtant possible d'imaginer que l'exercice conjoint devrait conduire à des situations de blocage, notamment dès lors que l'un des deux parents n'exerce pas dans les faits son autorité parentale. L'absence de vie commune des parents semble ainsi devoir impliquer que des dispositions spécifiques régissent les modalités d'exercice de l'autorité parentale⁴. Pour autant, il n'en est rien et l'illusion de la continuation du couple parental peut perdurer dans la plupart des cas car ces risques de blocage sont en réalité plus théoriques que réels et ce pour différentes raisons.

L'illusion de la continuation du couple parental peut tout d'abord perdurer car des présomptions permettent en pratique de se passer de l'accord de l'un des parents pour les actes les moins graves (A). Mais elle peut également se maintenir dans la majorité des cas, y compris pour les actes les plus graves de l'autorité parentale, en raison de la tendance des tiers et du parent assurant effectivement la prise en charge de l'enfant et de ses biens à ne pas respecter le principe de codécision (B).

A - L'absence de risque de blocage pour les actes les moins graves de l'autorité parentale

506. L'exercice conjoint de l'autorité parentale suppose que les parents prennent d'un commun accord toutes les décisions relatives à la personne de l'enfant ainsi qu'à la gestion des biens de ce dernier. Ainsi, le non-exercice par l'un des parents de son autorité parentale pourrait

¹ Art. 372, al. 2, C. civ.

² Art. 372 C. civ.

³ Art. 373-2 C. civ.

⁴ Dans ce sens, V. I. GALLMEISTER, « Le principe de coparentalité », *AJ fam.* 2009, p. 148.

conduire à des situations de blocages faute de pouvoir obtenir son consentement. Toutefois, concernant les actes les moins graves de l'autorité parentale, le législateur a prévu des présomptions qui permettent en pratique de se passer de l'accord d'un parent et évitent par conséquent les risques de blocages dans les hypothèses où l'un des parents n'exerce pas dans les faits son autorité parentale.

D'une part, concernant la prise en charge de la personne de l'enfant, l'accord des parents est présumé à l'égard des tiers pour les actes usuels de l'autorité parentale (1). Et d'autre part, concernant la gestion des biens de l'enfant, le législateur a prévu une présomption de pouvoir à l'égard des tiers pour les actes de conservation et d'administration (2).

1 - La présomption d'accord des actes usuels relatifs à la personne de l'enfant

507. Le seul texte faisant référence aux règles de pouvoir régissant les actes que les parents sont amenés à prendre relativement à la personne de l'enfant est l'article 372-2 du Code civil. Ce dernier dispose qu'« à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des « parents » est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant ». Ce texte pose clairement une présomption d'accord et non une présomption de pouvoir. Ainsi, puisque l'accord des parents peut être présumé pour les actes les moins graves, cela montre bien que l'accord des deux parents est en principe exigé pour tous les actes relatifs à la personne de l'enfant. Les parents doivent donc en principe prendre ensemble toutes les décisions relatives à la personne de l'enfant, quelle que soit leur importance. Ainsi, de la coparentalité résulte un principe d'exercice conjoint de l'autorité parentale par les deux parents¹. Toutefois, afin d'éviter que chaque acte relatif à l'enfant accompli par un parent seul n'oblige les tiers à vérifier que l'autre parent y consent, le législateur prévoit une présomption d'accord lorsqu'il s'agit d'un acte usuel de l'autorité parentale et que le tiers n'a aucune raison de penser que l'autre parent y est opposé. En pratique, cela permet à un parent d'agir seul pour les actes usuels de l'autorité parentale et de n'avoir à apporter la preuve de l'accord de l'autre parent que pour les actes non usuels.

L'applicabilité de cette règle lorsque les parents sont séparés peut surprendre. Il est en effet possible de questionner la pertinence de la présomption d'accord pouvant bénéficier au tiers de bonne foi en matière d'actes usuels dans un contexte où la réalité de l'accord est très incertaine. Le fait que l'accord soit présumé suppose logiquement qu'il existe une forte

¹ Sur ce point, V. A. GOUTTENOIRE, « autorité parentale », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n° 144.

probabilité que le parent qui n'accomplit pas l'acte soit d'accord avec celui qui l'accomplit. Or, si une telle présomption se comprend aisément lorsque le couple est uni et partage un quotidien permettant à ses membres de communiquer sur les décisions à prendre relativement à la personne de l'enfant, elle se comprend bien moins dès lors que les parents se séparent et ne partagent plus de quotidien¹. Il est évidemment certain que, même séparés, certains parents entretiennent de bonnes relations ou, du moins, parviennent à dialoguer et à s'accorder sur les décisions à prendre pour l'enfant. Mais, bien que de telles situations existent, il n'est malheureusement pas certain qu'elles représentent la majorité des cas, tout particulièrement lorsque l'enfant réside principalement chez l'un de ses parents.

508. Le fait de poser cette présomption quelle que soit la situation familiale semble nier une réalité dont la prise en compte semblerait davantage devoir conduire à une suppression de la présomption d'accord en cas de séparation afin de garantir la protection des droits de chaque parent. Pour autant une telle solution aurait pour conséquence de compliquer de façon considérable le quotidien du parent assumant à titre principal la charge de l'enfant ainsi que celui des tiers. De plus, étant donné qu'il existe d'ores et déjà une tendance des tiers à ne pas réclamer l'accord de l'autre parent pour les actes mêmes non usuels², il y a fort à parier qu'une telle solution demeurerait inappliquée dans les faits.

Ne vaudrait-il alors pas mieux prendre acte de la réalité que recouvre la majorité des situations de désunion et du comportement des tiers et faire de la présomption d'accord un véritable pouvoir³ ? Mais une telle solution n'est pas non plus entièrement convaincante puisqu'elle pose la question de savoir dans quels cas elle doit s'appliquer. Faut-il distinguer selon que les parents sont séparés ou non, que l'un d'eux a la résidence habituelle ou faut-il purement et simplement qu'elle se substitue à la présomption d'accord et s'applique quelle que soit la situation des parents ? Une telle solution ne semble en réalité se justifier que lorsque l'un des parents n'exerce plus sa fonction, l'étendre à toutes les situations apparaîtrait très critiquable dans la mesure où donner le pouvoir d'agir à chaque parent pour les actes usuels ferme à l'autre parent la possibilité d'exprimer son désaccord auprès des tiers. De plus, donner le pouvoir au parent d'agir seul pour les actes usuels ne règle en rien le problème du non-respect

¹ Dans ce sens, V. A. GUINERET-BROBBEL et S. SIRE, « Maman dit oui, papa aussi, ou les regrettables incertitudes de la présomption d'accord en matière d'exercice conjoint de l'autorité parentale », préc.

² cf. *infra* §517.

³ Dans ce sens, V. A. GUINERET-BROBBEL et S. SIRE, « Maman dit oui, papa aussi, ou les regrettables incertitudes de la présomption d'accord en matière d'exercice conjoint de l'autorité parentale », préc.

par les tiers de la règle selon laquelle l'accord des deux parents doit être obtenu pour les actes non usuels de l'autorité parentale.

509. Bien que la présomption d'accord soit critiquable sur le plan des principes dès lors que les parents sont séparés – et à plus forte raison si l'un d'eux a obtenu la résidence habituelle de l'enfant – elle joue en réalité très bien son rôle dans la mesure où le tiers ne bloquera le plus souvent la réalisation de l'acte que lorsqu'un parent lui exprime clairement son désaccord. Le reste du temps, la présomption d'accord lui permet de laisser se réaliser l'acte fait à l'initiative d'un parent sans s'interroger sur la volonté de l'autre.

Ainsi, le fait que l'un des parents n'exerce pas son autorité parentale et qu'il ne soit pas possible pour le parent assurant la prise en charge de l'enfant d'obtenir son accord, ne peut entraîner une situation de blocage s'agissant d'un acte usuel. En effet, la présomption d'accord permet au parent assurant la prise en charge de l'enfant d'agir sans risquer de se heurter à la demande par un tiers de l'accord de l'autre parent. Les situations de blocages ne peuvent par conséquent se présenter que pour les actes non usuels de l'autorité parentale. Il convient, en effet, d'écarter la situation de blocage pouvant résulter de la connaissance par le tiers de l'opposition d'un parent à un acte usuel. Le tiers doit alors refuser l'acte tant qu'il n'obtient pas l'autorisation des deux parents puisqu'en cas de mauvaise foi la présomption d'accord tombe. Si l'acte est malgré tout effectué, le tiers risque de voir engager sa responsabilité si celui qui entend attaquer l'acte parvient à prouver sa mauvaise foi. Pour autant cette hypothèse de blocage n'apparaît pas pertinente ici puisqu'elle suppose que l'un des parents refuse l'acte. Or, le refus de la prise en charge de la personne de l'enfant suppose que le parent n'exerce pas cette partie de sa fonction, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il s'oppose à un acte effectué par l'autre parent. En effet, il accomplit alors sa fonction puisqu'il cherche à faire sanctionner l'irrespect de ses prérogatives par l'autre parent et le tiers. Il ne sera donc traité ici que du blocage lié au refus d'un parent d'accomplir sa fonction, autrement dit, des situations où le consentement de ce parent ne pourra être présumé en raison du caractère non usuel de l'acte. Mais encore faut-il pouvoir déterminer ce qui constitue un acte usuel de l'autorité parentale.

510. La notion d'acte usuel n'ayant pas été définie par le législateur, c'est donc au tiers¹ ou, en cas de conflit, au juge, qu'il revient de se livrer à l'appréciation de l'acte². Un arrêt

¹ Pour une affaire dans laquelle le Conseil d'État précise que c'était aux autorités scolaires qu'il revenait d'apprécier si la radiation de l'enfant d'un établissement était un acte usuel V. CE, 13 avril 2018, n° 392949, *Ministre de l'Éducation nationale de l'Enseignement supérieur et de la Recherche* ; *RJPF* n° 6, juin 2018, p. 37, comm. Corpart.

² Dans ce sens, V. I. GALLMEISTER, « Le principe de coparentalité », préc.

de la Cour d'appel d'Aix en Provence en date du 28 octobre 2011 propose une définition intéressante de l'acte usuel qui semble regrouper l'ensemble des éléments pris en compte par la jurisprudence. Elle estime qu'il s'agit d'actes de la vie « *quotidienne, sans gravité, qui n'engagent pas l'avenir de l'enfant, qui ne donnent pas lieu à une appréciation de principe essentielle et ne présentent aucun risque grave apparent pour l'enfant, ou encore, même s'ils revêtent un caractère important, des actes s'inscrivant dans une pratique antérieure non contestée* »¹. Deux appréciations différentes sont donc utilisées pour qualifier un acte d'usuel : l'appréciation *in abstracto* qui conduit à s'interroger sur la gravité de l'acte ; et l'appréciation *in concreto* qui, même en présence d'un acte grave, peut conduire à le qualifier d'usuel, s'il ne rompt pas avec la pratique antérieure. Cela ne va pas sans présenter des incertitudes pour les tiers confrontés à un parent voulant accomplir seul un acte d'une certaine gravité. En effet, s'il est certain que la présomption d'accord a vocation à jouer lorsque l'acte est particulièrement anodin, la frontière de la gravité n'est pas nécessairement aisée à déterminer. De plus, même en présence d'un acte grave, la présomption d'accord pourra s'appliquer si l'acte s'inscrit dans la pratique habituelle des parents. En présence d'un doute sur la gravité de l'acte ou sur la pratique antérieure, le respect des droits des deux parents et la crainte de voir sa responsabilité engagée doit conduire le tiers à réclamer l'accord des deux parents. Ainsi, la coparentalité peut avoir pour conséquence de créer des situations de blocage concernant les actes non usuels de l'autorité parentale ou ceux pour lesquels la qualification est incertaine pour les tiers.

Cette difficulté de qualification est en grande partie réglée concernant la prise en charge des biens de l'enfant puisque le législateur a pris le soin de qualifier un nombre important d'actes ce qui permet de distinguer les actes de conservation et d'administration des actes de dispositions².

2 - La présomption de pouvoir des actes de conservation et d'administration des biens de l'enfant

511. L'article 382-1 du Code civil prévoit que « *lorsque l'administration légale est exercée en commun par les deux parents, chacun d'eux est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu de l'autre le pouvoir de faire seul les actes d'administration portant sur les biens du mineur* ». Cette disposition est *a fortiori* valable en ce qui concerne les actes de conservation. Ainsi, à la différence de la prise en charge de la personne de l'enfant, pour laquelle les décisions

¹CA Aix-en-Provence, 28 octobre 2011, n° 11/00127.

²Art. 496 C. civ.

les moins importantes – les actes usuels – font l'objet, à l'égard des tiers, d'une présomption d'accord¹, les décisions peu importantes relatives à la prise en charge patrimoniale de l'enfant font l'objet d'une présomption de pouvoir.

512. La première question repose alors sur le fait de savoir si la présomption de pouvoir est réfragable ou irréfragable. Si elle est réfragable, la solution est en réalité la même qu'en ce qui concerne les décisions relatives à la personne de l'enfant². En effet, cela revient à considérer, qu'à l'égard des tiers, le parent accomplissant l'acte d'administration ou de conservation est présumé avoir reçu de l'autre parent mandat tacite d'agir en leur nom à tous les deux. L'autre parent peut toutefois renverser la présomption en indiquant au tiers son opposition à l'accomplissement de l'acte, la présomption ne pouvant jouer que si le tiers est de bonne foi³.

Cette solution demeure cependant incertaine dans la mesure où, contrairement à la formulation retenue en matière d'actes usuels de l'autorité parentale à l'article 372-2 du Code civil, le législateur n'a pas précisé que la présomption de pouvoir en matière d'actes d'administration ne pouvait bénéficier qu'aux tiers de bonne foi. Ainsi, une interprétation littérale de l'article 382-1 du Code civil pourrait laisser penser que cette présomption de pouvoir serait plutôt irréfragable⁴, ce qui impliquerait en pratique l'exclusion de la codécision pour les actes les moins graves. Une telle interprétation de ce texte conduirait à instaurer une divergence importante en fonction du domaine de la prise en charge de l'enfant concerné puisque la prise en charge personnelle de l'enfant est en principe soumise à la codécision tandis que sa prise en charge patrimoniale pourrait être effectuée par un seul parent, celui-ci étant présumé de façon irréfragable avoir le pouvoir d'agir. Au-delà de cette divergence qui semble difficilement justifiable, il peut être avancé que l'article 382-1 du Code civil ne fait en réalité que reprendre la formulation de la règle autrefois applicable à l'administration légale pure et simple⁵. Or, sous l'empire de la loi ancienne, les magistrats interprétaient cette présomption de pouvoir comme

¹ Art. 372-2 C. civ.

² cf. *supra* §§507 et s.

³ Dans ce sens, V. : F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille, op. cit.*, p. 1136, n° 1017.

⁴ Dans ce sens, V. : P. SALVAGE-GEREST et I. MARIA, « Art. 389 à 393 - Fasc. 30 : Minorité. - Intervention du juge des tutelles dans l'administration légale », in *J-CI C. civ.*, n° 45 ; I. CORPART, « Administration légale des biens du mineur », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n° 45.

⁵ Ancien art. 389-4 C. civ.

étant réfragable, le parent ne pouvant alors accomplir les actes d'administration que sous réserve que l'autre parent ne s'y oppose pas¹.

Il semble donc que la présomption de pouvoir tombe lorsque le tiers ne peut ignorer le désaccord du parent. Le tiers doit alors en principe refuser d'agir tant qu'il n'a pas obtenu l'accord des deux parents ou que le désaccord n'a pas été tranché par le juge.

513. À cet égard les textes manquent également de clarté. En effet, l'article 387 du Code civil dispose désormais, sans plus de précisions, qu'« *en cas de désaccord entre les administrateurs légaux, le juge des tutelles est saisi aux fins d'autorisation de l'acte* ». Se pose donc la question de savoir si le juge des tutelles peut être saisi en cas de désaccord sur n'importe quel acte ou uniquement sur les actes de disposition ainsi que le prévoyait l'ancien article 389-5 du Code civil². Il semble que la réponse à cette question soit intrinsèquement liée à celle relative au caractère réfragable ou non de la présomption de pouvoir. En effet, si la présomption de pouvoir dont bénéficient les tiers en matière d'acte d'administration peut être renversée, il semble logique d'en conclure que le parent placé dans l'impossibilité d'agir en raison du désaccord de l'autre peut saisir le juge des tutelles afin que le désaccord soit tranché. À l'inverse, si la présomption de pouvoir ne peut être renversée le parent peut en pratique toujours agir seul et il apparaîtrait alors fort peu logique que le juge des tutelles puisse être saisi aux fins de trancher un désaccord.

Au demeurant, quelle que soit la solution retenue, cela ne semble pas devoir poser de problème lorsque l'un des parents n'exerce plus dans les faits la prise en charge de l'enfant. En effet, ce n'est qu'en présence d'un désaccord exprimé par le parent que le tiers contractant ne pouvait ignorer que la présomption de pouvoir est susceptible d'être renversée. Or, lorsque le parent n'exerce plus en pratique la prise en charge de l'enfant, le problème rencontré n'est pas celui de son opposition mais de son abstention.

514. Ainsi, la présomption de pouvoir - tout comme la présomption d'accord applicable pour les actes usuels – permet d'éviter des situations de blocage dans l'hypothèse où un parent ne remplit plus sa fonction de prise en charge. En revanche, le non-exercice par l'un

¹Dans ce sens, V.M. BRUGGEMAN, « L'administration légale », in *Être parents - Ser padres*, sous la dir. de M. BRUGGEMAN et J. SOLÉ RESINA, Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 158 ; M. BRUGGEMAN, « De quelques difficultés de lecture de la réforme de l'administration légale », *Gaz. Pal.*, 13 décembre 2016, n° 83, p. 83.

² Sur la question de savoir si l'article 387 C. civ. est applicable aux actes d'administration V. : P. SALVAGE-GEREST et I. MARIA, « Art. 389 à 393 - Fasc. 30 : Minorité. - Intervention du juge des tutelles dans l'administration légale », *op. cit.*, n° 10 ; F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille, op. cit.*, p. 1137, n° 1017.

des parents de sa fonction peut théoriquement générer des situations de blocage pour les actes les plus graves de l'autorité parentale.

B - Le risque seulement théorique de blocage des actes les plus graves de l'autorité parentale

515. Contrairement aux actes les moins graves, l'accomplissement des actes graves ne bénéficie d'aucune présomption de pouvoir ou d'accord permettant en pratique de contourner la règle de codécision et d'éviter ainsi les risques de blocages lorsque l'un des parents n'exerce pas l'autorité parentale. Il en résulte que l'exercice conjoint de l'autorité parentale impose en principe aux tiers de recueillir l'accord des deux parents pour les actes non usuels et les actes de disposition. Ainsi, l'impossibilité d'obtenir le consentement de l'un des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale est susceptible de générer des situations de blocage.

Mais ce risque est en réalité plus théorique que réel. S'agissant d'abord des actes non usuels, la faiblesse du contentieux en la matière permet de mettre en évidence l'inapplication fréquente du principe de cogestion (1). S'agissant ensuite des actes de disposition, le risque de blocage est tout simplement nul pour un certain nombre d'entre eux qui sont listés par le législateur, ces derniers étant soit tout simplement interdits, soit soumis à une autorisation judiciaire. Pour les autres actes de disposition, l'application de la cogestion, tout comme en matière d'actes non usuels, reste incertaine (2).

1 - Les actes non usuels relatifs à la personne de l'enfant : un risque de blocage limité par l'inapplication fréquente de la codécision

516. L'article 372-2 du Code civil ne fait naître la présomption d'accord des deux parents à l'égard des tiers de bonne foi que lorsque l'acte accompli par l'un des parents est un acte usuel de l'autorité parentale. *A contrario* cette présomption ne peut pas jouer dès lors qu'il est question d'un acte non usuel de l'autorité parentale. Lorsqu'un parent n'exerce pas son autorité parentale et qu'il est difficile, voire impossible, pour l'autre parent d'obtenir son accord pour les actes relatifs à la prise en charge de la personne de l'enfant, des situations de blocage devraient alors fréquemment se présenter. Le risque de blocage semble d'autant plus important que les tiers peuvent avoir des doutes sur la qualification de certains actes et, par mesure de

précaution, exiger l'accord des deux parents¹. L'impossibilité d'obtenir l'accord de l'autre parent doit donc en principe conduire les tiers à refuser l'accomplissement de l'acte et, par conséquent, imposer au parent qui assure la prise en charge effective de l'enfant la saisine du juge afin d'autoriser l'acte non usuel.

Les textes ne sont toutefois pas explicites sur ce point puisque le Code civil ne prévoit plus expressément la possibilité de saisir le juge en cas de désaccord des parents sur les décisions relatives à la personne de l'enfant. Avant la loi de 2002, l'ancien article 372-1-1 prévoyait expressément la possibilité pour le juge de trancher un conflit « *après avoir tenté de concilier les parties* »². Ainsi, seul le désaccord opposant les deux parents était envisagé par le législateur. Or, dans l'hypothèse ici étudiée, le parent ne s'oppose pas à la décision de l'autre parent, il s'abstient simplement de consentir car il n'est plus présent dans la vie de l'enfant. Il est donc possible de s'interroger sur la volonté du législateur : le parent exerçant seul en pratique l'autorité parentale doit-il saisir le JAF afin de faire autoriser l'acte pour lequel il n'a pas obtenu l'accord du second parent ?

Bien que les textes n'aient pas été prévus en prenant en compte une telle hypothèse – le législateur ayant probablement supposé qu'elle serait juridiquement traduite par une attribution exclusive de l'autorité parentale³ – tout le laisse penser dans la mesure où un exercice conjoint de l'autorité parentale semble imposer un double accord parental pour toutes les décisions relatives à l'enfant. Une solution inverse reviendrait à étendre la présomption d'accord dont bénéficient les tiers pour les actes usuels de l'autorité parentale à tous les actes, à condition que l'autre parent ne se s'y soit pas clairement opposé. Si aujourd'hui l'article 372-1-1 du Code civil a été abrogé, il semble par conséquent que le parent exerçant en pratique seul l'autorité parentale doive malgré tout saisir le JAF - ainsi que le lui permet l'article 373-2-6 du Code civil⁴ - afin de suppléer l'accord de l'autre parent en demandant une autorisation judiciaire pour tous les actes non usuels de l'autorité parentale⁵.

¹ cf. *supra* §510.

² Art. 372-1-1 C. civ. : « *Si les père et mère ne parvenaient pas à s'accorder sur ce qu'exige l'intérêt de l'enfant, la pratique qu'ils avaient précédemment pu suivre dans des occasions semblables leur tiendrait lieu de règle. À défaut d'une telle pratique ou en cas de contestation sur son existence ou son bien-fondé, le parent le plus diligent pourra saisir le juge aux affaires familiales qui statuera après avoir tenté de concilier les parties* ».

³ cf. *infra* §§530 et s.

⁴ Art. 373-2-6, al. 1, C. civ. : « *Le juge du tribunal de grande instance délégué aux affaires familiales règle les questions qui lui sont soumises dans le cadre du présent chapitre en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs* ».

⁵ Dans ce sens, V. A. GOUTTENOIRE, « Les décisions des parents séparés relatives à l'enfant », préc. ; F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille, op. cit.*, p. 1066, n° 976.

517. La faiblesse du contentieux en la matière peut alors surprendre¹. Elle peut s'expliquer de deux façons : soit les désaccords entre parents séparés ou encore les absences d'accord exprimés sur les actes relatifs à la personne de l'enfant sont rares, soit la faiblesse du contentieux traduit, dans les faits, un exercice unilatéral de l'autorité parentale et une inapplication corrélative de la règle de cogestion. C'est la seconde explication qui semble devoir être retenue. Il ressort, en effet, de l'expérience des magistrats que si ces derniers sont rarement saisis exclusivement en raison d'un différend relatif à l'exercice conjoint de l'autorité parentale, « *la question surgit en revanche fréquemment à l'occasion des débats en matière de contribution à l'entretien des enfants, de fixation de résidence ou des droits de visite, l'un des parents se plaignant d'être tenu à l'écart des décisions prises par l'autre concernant l'enfant* »². Cela met en évidence le fait qu'en dépit de la rareté des hypothèses d'opposition claire et franche d'un parent aux décisions prises par l'autre, cela ne signifie pas pour autant que ce parent soit en accord ou même qu'il ait effectivement été consulté.

Une telle situation est rendue possible par la réunion, dans des proportions plus ou moins importantes, de deux facteurs, à savoir le non-exercice de ses droits par le parent chez lequel l'enfant ne réside pas et l'irrespect des droits de ce dernier par les tiers et l'autre parent. En effet, le parent qui ne partage pas le quotidien de l'enfant faute d'en avoir la résidence peut être amené à cesser d'exercer dans les faits l'autorité parentale et à ne pas chercher à faire respecter sa volonté alors même qu'il serait en désaccord avec certains actes pris par le parent ayant la résidence de l'enfant. Cela peut s'expliquer par de nombreuses raisons telles que la crainte ou la lassitude du conflit avec l'autre parent, le désintérêt, la faiblesse de caractère³, ou encore la méconnaissance de ses droits.

En dépit de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, dans les faits, le parent gardien assure seul la prise en charge de l'enfant et prend unilatéralement toutes les décisions le concernant. Probablement en raison de leur méconnaissance du droit et de la fréquence de telles situations dans les couples désunis, les tiers laissent souvent le parent gardien faire des actes, même non usuels, sans réclamer l'accord de l'autre parent⁴. Ainsi, en pratique, lorsqu'en présence d'un couple parental désuni l'un des parents cesse d'exercer sa fonction, les situations de blocages semblent relativement rares. Si bien qu'en dépit du principe de codécision, l'autorité parentale peut être exercée pas un seul parent sans qu'il soit besoin d'avoir recours à

¹ Sur ce point, V. J. LEONETTI, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, op. cit., p. 41.

² L. GEBLER, « La coparentalité à l'épreuve de la séparation : aspects pratiques », *AJ fam.* 2009, p. 150.

³ Dans ce sens, V. *Ibid.*

⁴ Dans ce sens, V. *Ibid.*

l'autorité judiciaire. Une telle situation est problématique dans la mesure où elle ne respecte pas les droits du parent non gardien et conduit à des comportements *contra legem*.

518. Pour autant, une application stricte de la règle de codécision apparaît malaisée à mettre en œuvre. En effet, une protection accrue des droits des deux parents afin de garantir le respect du principe de codécision supposerait une sanction accrue des tiers et du parent agissant en dépit de l'absence d'accord effectif de l'autre parent. D'une part, une telle sanction apparaît difficile à définir et, d'autre part, l'effectivité de son application semble très difficile à garantir. De plus, en admettant qu'une sanction systématique soit possible, elle n'apparaît pas opportune car elle conduirait à entraver la prise en charge effective de l'enfant par un parent dès lors que l'autre parent n'exerce pas sa fonction. Les difficultés rencontrées par le parent exerçant la prise en charge de l'enfant auraient probablement pour conséquence de l'inciter à obtenir la traduction juridique de la situation de fait en saisissant le juge aux fins d'obtenir l'exercice unilatéral de l'autorité parentale afin de pouvoir assurer la prise en charge de l'enfant en se passant de l'accord de l'autre parent. Or, cela ne semble pas souhaitable car cela aurait pour conséquence d'entériner le désintérêt de l'autre parent, voire d'envenimer la relation qu'il entretient avec l'enfant.

Actuellement, bien que cette voie soit ouverte, le parent est loin d'y avoir recours de façon systématique, d'une part parce qu'en pratique il ne se heurtera que très rarement à l'opposition des tiers en raison du défaut d'accord de l'autre parent et, d'autre part, parce qu'il peut craindre les répercussions d'une telle demande sur la relation à long terme de l'enfant et du parent, le *statu quo* présentant l'intérêt de ne pas heurter les sensibilités de ce dernier. Les relations sont évolutives et doivent s'apprécier sur des temps longs, forcer la main au parent assurant la prise en charge de l'enfant en l'incitant à engager une procédure judiciaire semble donc aller à l'encontre de l'objectif poursuivi, à savoir favoriser le maintien de lien parent-enfant lorsque cela est possible.

519. Toutefois, l'état actuel du droit ne semble pas satisfaisant dans la mesure où la pratique fait bien trop souvent fi de la loi. Son inadéquation avec la réalité est particulièrement criante si l'on considère la situation traitée ici, à savoir celle où l'un des parents n'exerce pas sa fonction. Ainsi, il est possible de se demander si la solution la plus pragmatique ne serait pas de prendre acte de l'inapplication de la règle et d'étendre la présomption d'accord aux actes

non usuels¹. En effet, si une telle solution peut paraître choquante sur le plan des principes, elle est en réalité bien plus conforme à la réalité que la règle actuelle qui laisse penser de façon assez hypocrite que l'accord du parent qui n'a pas la résidence de l'enfant est systématiquement obtenu pour accomplir les actes non usuels de l'autorité parentale alors que ce n'est le plus souvent que lorsque le parent qui n'a pas la résidence affiche clairement son opposition que le tiers refusera d'agir sans accord. C'est donc en quelque sorte d'ores et déjà une présomption d'accord qui est appliquée en matière d'actes non usuels lorsque l'un des parents n'est pas présent dans la vie de l'enfant.

Ainsi, en dépit du principe de cogestion qui règne en principe dès lors que les deux parents sont titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, le fait que l'un des parents n'exerce pas sa fonction de prise en charge personnelle de l'enfant n'entraînera pas systématiquement une situation de blocage en raison de l'inapplication fréquente du principe de cogestion lorsque l'un des parents n'est plus présent dans la vie de l'enfant. Mais la situation de blocage est encore plus hypothétique en matière de gestion des biens de l'enfant en raison de l'incertitude régnant sur les règles de pouvoir en la matière.

2 - Les actes de disposition des biens de l'enfant : un risque de blocage incertain

520. En principe, lorsque la filiation est établie à l'égard des deux parents, ils sont tous deux titulaires de l'exercice de l'autorité parentale² et sont, par conséquent, tous deux administrateurs légaux des biens de leur enfant³. Se pose alors la question de savoir si les règles régissant l'administration légale sont adaptées à la situation où, bien que les deux parents exercent en principe l'autorité parentale, seul l'un d'entre eux remplit effectivement sa fonction de prise en charge. Si l'incertitude demeure en matière d'actes d'administration et de conservation sur le fait de savoir si la cogestion trouve toujours à s'appliquer⁴, en matière d'actes de disposition la réponse est, de l'avis général⁵, affirmative. Pour autant, cela ne semble pas aussi évident qu'il y paraît. La cogestion suppose que les parents doivent donner leur accord

¹ Pour des développements sur la présomption s'appliquant en matière d'actes usuels de l'autorité parentale : cf. *supra* §§507 et s.

² Art. 372, al. 1, C. civ. : « L'administration légale appartient aux parents. Si l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents, chacun d'entre eux est administrateur légal ».

³ Art. 382 C. civ.

⁴ cf. *supra* §§511 et s.

⁵ Dans ce sens, V. M. BRUGGEMAN, « De quelques difficultés de lecture de la réforme de l'administration légale », préc. ; I. MARIA et G. RAOUL-CORMEIL, « La nouvelle administration légale : 1 + 1 = 1 ? », *Dr. Fam.* 2016, n° 1, dossier 4, n° 9.

pour la réalisation des actes de disposition. Or, tout comme en matière d'actes non usuels de l'autorité parentale¹, la nécessité de l'accord des deux parents semble sujette à discussion.

En effet, l'article 387 du Code civil – souvent invoqué pour justifier de la règle de cogestion - prévoit qu'« *en cas de désaccord entre les administrateurs légaux* » le juge des tutelles doit être saisi aux fins d'autorisation de l'acte. Or, cette disposition soulève la question de savoir si la saisine du juge ne doit s'effectuer qu'en cas de désaccord avéré, comme le laisse entendre cet article, ou si le juge devra être saisi dès lors que l'accord des deux parents n'a pas été obtenu. L'imprécision de cette règle démontre que les textes n'ont pas été rédigés en prenant en compte la fréquence de l'hypothèse où l'un des parents cesse d'exercer l'autorité parentale suite à la rupture du couple. Si c'est le respect de la règle de cogestion qui doit primer, le juge devrait être saisi dès lors que les deux administrateurs légaux n'ont pas donné leur accord, que cette absence d'accord se traduise par un désaccord clairement exprimé ou par une absence d'accord. Cette imprécision est d'ailleurs confirmée par l'absence de sanction explicite en cas de non-respect des règles de pouvoir².

521. À supposer que ce texte doive être interprété comme imposant la saisine du juge dès lors que l'accord des deux administrateurs légaux n'a pas été recueilli, cela suppose d'obliger les tiers à recueillir l'accord des deux administrateurs légaux pour effectuer les actes de disposition, à défaut de quoi le parent souhaitant effectuer l'acte sans avoir recueilli l'accord du second administrateur n'aurait pas besoin de saisir le juge pour obtenir la réalisation de l'acte. Il est alors possible de s'interroger sur le respect de la règle de cogestion par les tiers contractants. En effet, les textes ne visent plus désormais que « l'administrateur légal » sans distinguer la situation dans laquelle la cogestion s'applique en raison de l'existence de deux administrateurs légaux et celle où la cogestion est par définition exclue car l'enfant n'a qu'un seul administrateur légal. Se pose alors la question de savoir si le tiers aura nécessairement connaissance de la situation familiale et des modalités d'exercice de l'autorité parentale, notamment lorsque l'un des parents n'exerce plus sa fonction. En pratique il est probable qu'en dehors de l'hypothèse où l'acte de disposition suppose un document devant contenir l'autorisation des deux représentants légaux de l'enfant, le tiers laisse l'un des parents accomplir seul la gestion des biens de l'enfant sans requérir de façon systématique l'accord de l'autre, comme en matière de prise en charge personnelle de l'enfant. Il est en effet fort peu

¹ cf. *supra* §§516 et s.

² Sur l'absence de sanction explicite en cas de dépassement de pouvoirs, V. F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille, op. cit.*, p. 1142, n° 1021.

probable que cette pratique *contra legem* fasse l'objet d'une sanction dès lors que l'autre parent n'exerce plus sa fonction. Qui ira dénoncer cet irrespect des règles de pouvoir si ce n'est le parent dont les droits sont lésés lui-même ? Le risque de dénonciation semble donc très faible dès lors que ce parent ne fait plus partie du paysage familial.

522. Le rôle de la cogestion apparaît encore davantage accessoire concernant les actes listés à l'article 387-1 du Code civil¹. En effet, cet article précise uniquement que ces actes nécessitent une autorisation du juge des tutelles. Ainsi, bien que la cogestion soit en principe requise pour tous les actes de disposition en présence de deux administrateurs légaux, l'accord de chacun d'eux sera en réalité indifférent pour les actes listés par l'article précité puisque c'est l'autorisation du juge des tutelles qui permettra que l'acte soit réalisé, peu important dans ce cas que seul un parent soit administrateur légal ou les deux. Enfin, une dernière catégorie d'actes de disposition – ceux jugés les plus graves – est tout simplement interdite sans qu'il soit possible d'obtenir une autorisation judiciaire et ce quel que soit le nombre d'administrateurs légaux².

523. Ainsi, à la différence des actes non usuels de l'autorité parentale dont la réalisation est en principe soumise à l'accord des deux parents – ce qui est susceptible d'engendrer des situations de blocage dès lors que l'un des parents n'exerce plus sa fonction – une telle situation n'est pas susceptible d'engendrer une situation de blocage pour tous les actes de disposition. En effet, le fait que l'un des deux administrateurs légaux n'exerce pas sa fonction n'est en réalité susceptible de poser problème que pour les actes de disposition non interdits par l'article 387-2 du Code civil et ceux n'étant pas soumis à l'autorisation du juge des tutelles par l'article 387-1 du Code civil. De plus, le contentieux en matière de gestion du patrimoine de l'enfant reste rare en raison du faible nombre d'enfants possédant des biens. Cela concerne, en

¹ Cet article vise la vente de gré à gré ou l'apport en société d'un immeuble ou fonds de commerce appartenant au mineur, la souscription d'un emprunt au nom du mineur, le renoncement, la transaction ou la compromission en son nom, l'acceptation pure et simple d'une succession, l'achat ou la conclusion d'un bail sur les biens appartenant au mineur, la constitution à titre gratuit d'une sûreté au nom du mineur pour garantir la dette d'un tiers et, enfin, la réalisation d'un acte portant sur des valeurs mobilières ou instruments financiers au sens de l'article L. 211-1 du code monétaire et financier si celui-ci engage le patrimoine du mineur pour le présent ou l'avenir par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives du mineur.

² Art. 387-2 C. civ. : « *L'administrateur légal ne peut, même avec une autorisation :*

1° Aliéner gratuitement les biens ou les droits du mineur ;

2° Acquérir d'un tiers un droit ou une créance contre le mineur ;

3° Exercer le commerce ou une profession libérale au nom du mineur ;

4° Transférer dans un patrimoine fiduciaire tous les biens ou les droits du mineur ».

effet, presque exclusivement les enfants ayant perdu au moins l'un de leurs parents¹, lesquels sont par hypothèse exclus ici.

En conclusion, lorsque les deux parents sont titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, des risques de blocages existent – bien qu'ils soient en réalité plus théoriques que pratiques – tant en matière de prise en charge de la personne de l'enfant que des biens de ce dernier, notamment pour les actes non usuels de l'autorité parentale et les actes de disposition classiques². La règle de codécision apparaît donc inadaptée à la situation où l'un des parents n'exerce pas en pratique son autorité parentale. À l'inverse, lorsque le parent qui assure la prise en charge de l'enfant est le seul titulaire de l'exercice de l'autorité parentale, les risques de blocage disparaissent. Pour autant, l'illusion de la continuation systématique du couple parental au-delà de la rupture sur laquelle repose le principe de codécision est rendue possible par l'inapplication fréquente de ce principe. Les risques de blocage étant dans les faits relativement peu importants, le parent exerçant seul la prise en charge de l'enfant ne se trouve pas dans une situation nécessitant de faire traduire juridiquement le refus de l'autre parent. Cela explique l'absence d'automatisme de la traduction juridique du refus.

§2 - La traduction juridique du refus dépendante de la volonté du parent exerçant l'autorité parentale

524. Lorsque l'un des parents n'exerce pas ou plus l'autorité parentale sur son enfant, il pourrait *a priori* sembler logique que cette situation soit traduite juridiquement afin que la situation juridique de la famille corresponde à la situation réellement vécue. Autrement dit, le parent exerçant seul la prise en charge de l'enfant et de ses biens devrait être le seul titulaire de l'exercice de l'autorité parentale. Outre le risque théorique³ de blocage pouvant être entraîné par un exercice conjoint lorsque seul l'un des parents exerce en réalité la fonction parentale, une telle dichotomie entre la situation juridique et la réalité maintient l'illusion de la continuation d'un couple parental là où, en réalité l'autorité parentale est exercée unilatéralement par l'un des parents.

Pourtant, bien que le législateur ait prévu des moyens permettant de n'attribuer l'exercice de l'autorité parentale qu'à un seul des parents (A), la traduction juridique de la situation dans laquelle l'un des parents exerce seul l'autorité parentale est loin d'être

¹M. MONTEIL, *L'orphelin mineur*, thèse, Université Toulouse Capitole, 2018, p. 115, n° 217.

² C'est-à-dire ceux qui ne sont pas listés par les articles 387-1 et 387-2 du Code civil, les premiers nécessitant l'autorisation du juge des tutelles et les seconds étant toujours interdits.

³ cf. *supra* §§515 et s.

systematique. Il conviendra donc de s'intéresser aux causes expliquant la réticence des parents à traduire leur situation juridique afin de rechercher davantage de concordance entre la situation réellement vécue et la situation juridique (B).

A - La traduction juridique du refus d'exercer l'autorité parentale : l'exercice unilatéral

525. La traduction juridique d'une telle situation suppose de ne conférer l'exercice de l'autorité parentale qu'au parent qui l'exerce effectivement. Il peut d'abord en aller ainsi lorsque l'autre parent est privé de la titularité de l'autorité parentale elle-même, puisqu'il est alors privé de toutes les prérogatives de l'autorité parentale. Toutefois, cette traduction semble devoir être exclue en raison de sa rigidité (1) au bénéfice de la privation du seul exercice de l'autorité parentale. Il est, en effet, possible d'attribuer l'exercice exclusif de l'autorité parentale à un seul parent tout en permettant à l'autre parent d'en conserver la titularité et, par conséquent, les prérogatives qui y sont attachées. Or, cette seconde traduction semble davantage adaptée à la situation étudiée car elle réalise un équilibre plus juste entre la traduction juridique de la situation vécue et la possibilité de préserver le lien affectif (2).

1 - Le retrait de l'autorité parentale : une traduction peu adaptée en raison de sa rigidité

526. Un retrait total de l'autorité parentale peut traduire juridiquement la situation dans laquelle l'un des parents n'exerce plus l'autorité parentale sur son enfant. En effet, le retrait total de l'autorité parentale implique que seul le parent qui en est toujours titulaire puisse encore exercer la prise en charge de l'enfant et de ses biens. L'autre parent se trouve privé de la titularité de l'autorité parentale elle-même. Ce retrait « *porte de plein droit sur tous les attributs, tant patrimoniaux que personnels, se rattachant à l'autorité parentale* »¹. Cela implique d'abord, comme en matière d'exercice exclusif², que seul le parent toujours titulaire de l'autorité parentale puisse prendre les décisions relatives à l'enfant et à la gestion de ses biens.

Mais le retrait total de l'autorité parentale va encore plus loin puisque, contrairement au prononcé de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale³, il n'est pas prévu que le parent conserve un droit de surveillance et un droit de visite et d'hébergement. De plus, le parent qui assure la prise en charge effective de l'enfant devient le seul titulaire des prérogatives

¹ Art. 379 C. civ.

² cf. *infra* §§530 et s.

³ Art. 373-2-1, al. 2 et 5, C. civ.

exceptionnelles de l'autorité parentale. Il peut donc consentir seul au mariage de l'enfant mineur, à son émancipation et même à son adoption¹. Le parent titulaire de l'autorité parentale peut donc consentir seul à l'adoption plénière de l'enfant et, par conséquent, rompre les liens de filiation de l'enfant avec ses deux parents alors même que l'autre parent n'y a pas consenti. Notons toutefois que bien que le retrait de l'autorité parentale soit en principe total, le jugement de retrait peut « *se borner à prononcer un retrait partiel de l'autorité parentale, limité aux attributs qu'il spécifie* »².

527. Si le retrait de l'autorité parentale peut permettre de traduire juridiquement la situation dans laquelle l'un des parents n'exerce pas, dans les faits, l'autorité parentale, encore faut-il que les conditions nécessaires au retrait prévues par le législateur soient réunies dans une telle hypothèse. Le législateur prévoit qu'un parent peut se voir retirer totalement l'autorité parentale à l'occasion de certaines condamnations pénales³ ou, en dehors de toute condamnation pénale, lorsqu'il met manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant en raison de certains comportements expressément désignés⁴ ou, enfin, quand une mesure d'assistance éducative a été prise à l'égard de l'enfant et que le parent s'est volontairement abstenu d'exercer les droits et de remplir les devoirs que lui laissait l'article 375-7⁵. Cette dernière hypothèse peut d'ores et déjà être exclue ici puisqu'elle suppose que l'enfant ait été placé et, par conséquent, ne correspond pas à la situation ici étudiée où l'un des parents assure effectivement la prise en charge quotidienne de l'enfant. Quant aux autres hypothèses, elles recouvrent en réalité, pour la plupart, des cas dans lesquels le parent assure sa fonction parentale mais d'une façon non conforme à l'intérêt de l'enfant.

Seule l'une des hypothèses prévues par le législateur semble éventuellement pouvoir correspondre à la situation d'abstention ici étudiée. Il s'agit du parent qui mettrait

¹Dans ce sens, V.I. MARIA, « Réflexions autour de la distinction entre titularité et exercice de l'autorité parentale », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, LexisNexis éd., 2015, p. 745.

² Art. 379-1 C. civ.

³ Art. 378, al. 1, C. civ. : « *Peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale par une décision expresse du jugement pénal les père et mère qui sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime sur la personne de l'autre parent* ».

⁴ Art. 378-1, al. 1, C. civ. : « *Peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale, en dehors de toute condamnation pénale, les père et mère qui, soit par de mauvais traitements, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiants, soit par une inconduite notoire ou des comportements délictueux, notamment lorsque l'enfant est témoin de pressions ou de violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant* ».

⁵ Art. 378-1, al. 2, C. civ.

manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de son enfant « *par un défaut de soins ou un manque de direction* »¹.

528. La jurisprudence en la matière est quantitativement assez faible et ne laisse pas ressortir une solution claire. En effet, s'il arrive que les magistrats jugent que le désintérêt d'un parent à l'égard de son enfant met manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant², il n'en va pas toujours ainsi. La Cour de cassation a notamment confirmé un arrêt d'appel ayant refusé de prononcer le retrait total de l'autorité parentale aux motifs que « *le désintérêt manifeste de la mère à l'égard des deux enfants depuis leur naissance pouvait certes caractériser le manque de soins ou le manque de direction visés à l'article 378-1 du Code civil, mais qu'il n'était pas démontré en l'espèce que ce défaut d'intérêt ait mis manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité des deux enfants, qu'une enquête de gendarmerie démontrait au contraire que les mineurs évoluaient tout à fait favorablement, qu'ils paraissaient en bonne santé morale et physique et qu'un retrait d'autorité parentale n'était donc pas justifié* »³. Cette solution est compréhensible car, s'il est certain que l'absence de contact entre un parent et son enfant n'est pas souhaitable - l'intérêt de ce dernier étant d'entretenir des relations avec ses deux parents - il est difficile de voir dans quels cas une telle situation mettrait en danger la santé de l'enfant lorsque l'autre parent assure sa prise en charge. Et surtout, il est encore plus difficile de comprendre en quoi le retrait total de l'autorité parentale changerait quoi que ce soit à la situation.

Pourtant, dans des circonstances *a priori* équivalentes - à savoir une absence de contact entre le parent et son enfant et, par conséquent, une prise en charge exclusive de ce dernier par l'autre parent - les magistrats acceptent parfois de prononcer un retrait, estimant que la condition de mise en danger manifeste est remplie. Il est intéressant de constater que dans les arrêts répertoriés où le retrait est prononcé la fonction parentale est en réalité assurée par la mère et le nouveau compagnon de cette dernière⁴. Bien que le danger psychologique pour la santé du mineur soit mis en avant, notamment en raison de la différence de situation entre l'enfant et celui issu de la nouvelle union de sa mère, il est possible de se demander s'il ne s'agit

¹ Art. 378-1, al. 1, C. civ.

² CA Nîmes, 18 décembre 2008, n° 08/00108 ; CA Nîmes, 12 février 2009, n° 08/00173.

³ Civ. 1^{ère}, 23 avril 2003, n° 02-05.033 ; *Dr. Fam.* 2003, n° 143, obs. Murat ; *JCP* 2004, II, 10058, comm. Bourrat-Gueguen. Dans le même sens V. CA Rennes, 22 mars 2013, n° 12/00351 : « *Considérant que cette situation est constitutive d'un désintérêt évident de la part de Monsieur X... ; que la carence du père absent ne saurait toutefois suffire, en dehors de tout autre élément, à caractériser la mise en danger manifeste de nature à entraîner la mesure susvisée ; que la jurisprudence versée par la requérante concerne une hypothèse bien différente dans laquelle le père ne s'opposait pas à la mesure de retrait* ».

⁴ CA Nîmes, 18 décembre 2008, n° 08/00108 ; CA Nîmes, 12 février 2009, n° 08/00173.

pas en réalité d'une décision d'opportunité présentant l'avantage de permettre ultérieurement l'adoption de l'enfant par le nouveau conjoint de sa mère sans avoir à obtenir l'accord du père.

L'adoption par le nouveau conjoint de la mère peut, dans une telle hypothèse, sembler appropriée puisqu'elle permet à l'enfant de créer un nouveau lien juridique venant sécuriser le lien affectif créé avec le nouveau conjoint aidant sa mère à assurer sa prise en charge. Toutefois, le retrait de l'autorité parentale ne semble pas être le moyen le plus opportun pour permettre la création de ce nouveau lien sans l'autorisation du père, car les conséquences du retrait sont trop rigides et peuvent décourager le père à renouer ultérieurement contact avec l'enfant. Il semblerait plus opportun, au lieu de lui retirer purement et simplement le droit de consentir à l'adoption de manière préventive, de n'intervenir qu'en cas de refus de sa part. L'article 348-6 du Code civil permet, en effet, de passer outre un refus de consentir à l'adoption jugé abusif. Toutefois, cela n'est possible que lorsque le parent s'est désintéressé de l'enfant « *au risque d'en compromettre la santé ou la moralité* ». La condition permettant de qualifier le refus du parent comme abusif est donc très proche de celle permettant de prononcer le retrait de l'autorité parentale prévu à l'article 378-1 du Code civil. Là encore, cette condition pose problème compte tenu du fait que la prise en charge de l'enfant est assurée par son autre parent, ce qui semble exclure que le désintérêt ait mis en danger sa santé ou sa moralité. Il semblerait donc judicieux d'alléger cette condition dès lors que l'adoption concernée est une adoption simple en permettant de qualifier le refus abusif en cas de désintérêt sans qu'une mise en danger soit requise. Cela permettrait de créer un nouveau lien juridique sécurisant le lien affectif créé par l'enfant avec une personne assurant sa prise en charge lorsque l'un de ses parents se désintéresse de lui, sans pour autant rompre le lien de filiation l'unissant à ce parent ni retirer totalement l'autorité parentale à ce dernier.

529. Ainsi, bien que le retrait de l'autorité parentale puisse traduire la situation dans laquelle un parent assure seul la prise en charge de l'enfant en conférant uniquement à celui-ci la titularité de l'autorité parentale, il apparaît peu adapté en raison de sa rigidité. En effet, la traduction du refus ne constitue finalement qu'une constatation de l'échec de l'objectif poursuivi par le législateur, à savoir le maintien du lien affectif entre l'enfant et ses deux parents, voire - quand cela est possible - sa prise en charge par chacun de ses parents. La traduction juridique d'une telle réalité semble donc devoir laisser le plus de place possible à un retour à la situation la plus conforme à l'intérêt de l'enfant. Or, le retrait de l'autorité parentale, outre le fait d'être symboliquement très fort en ce qu'il prive le parent de la titularité de l'autorité parentale elle-même, le prive également du droit de visite et d'hébergement ainsi que

de son droit de surveillance. Le parent est alors juridiquement coupé de l'enfant. Seul le lien de filiation continue à les unir mais ce dernier perd la majeure partie des effets qui lui sont attachés durant la minorité de l'enfant. Si le parent souhaite recommencer à prendre part à la vie de l'enfant, il devra justifier de circonstances nouvelles afin que lui soit restitué tout ou partie de ses droits¹ et sa demande en restitution ne peut intervenir « *qu'un an au plus tôt après que le jugement prononçant « le retrait total ou partiel de l'autorité parentale » est devenu irrévocable* »². L'exercice exclusif de l'autorité parentale apparaît par conséquent plus adapté car il garantit un équilibre plus juste entre traduction juridique de la situation réelle et la préservation du lien affectif.

2 - L'exercice exclusif de l'autorité parentale : le juste équilibre entre traduction juridique et préservation du lien affectif

530. Le retrait de l'autorité parentale n'est pas la seule traduction juridique prévue par le législateur de la situation où l'un des parents n'exerce plus, en pratique, l'exercice de l'autorité parentale. En effet, l'attribution exclusive de l'exercice de l'autorité parentale n'implique pas nécessairement de priver l'autre parent de la titularité de l'autorité parentale. Il est possible de simplement le priver de son exercice. Ainsi, le premier alinéa de l'article 373-2-1 du Code civil dispose que « *si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents* »³. Ce texte permet de traduire juridiquement la situation où, tant l'autorité parentale sur la personne de l'enfant (a) que sur les biens de ce dernier (b) est exercée par un seul parent.

a) L'exercice exclusif de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant

531. Si le principe est que, quelle que soit la situation, en présence d'un double lien de filiation l'exercice de l'autorité parentale est conjoint, il est toutefois possible que le juge ne l'attribue qu'à l'un des parents. En effet, le premier alinéa de l'article 373-2-1 du Code civil dispose que « *si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité*

¹ Art. 381, al. 1, C. civ.

² *Ibid*, al. 2, C. civ.

³ Il est à noter que l'exercice exclusif de l'autorité parentale peut également se retrouver dans les situations prévues aux articles 372 alinéa 2 (filiation établie à l'égard de l'un des parents plus d'un an après la naissance de l'enfant alors que la filiation de l'autre parent a déjà été établie), 373 (l'un des parents se trouve hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause) et 373-1 du Code civil décès de l'un des parents). Ces situations ne seront toutefois pas traitées ici dans la mesure où elles se situent en dehors de notre objet d'étude.

parentale à l'un des deux parents ». Le critère permettant de déterminer l'opportunité de l'exercice exclusif de l'autorité parentale est donc l'intérêt de l'enfant, ce qui laisse au juge une large marge d'appréciation. Au demeurant, la Cour de cassation s'assure du caractère exceptionnel de l'attribution unilatérale de l'exercice de l'autorité parentale en exigeant des juges du fond qu'ils motivent particulièrement leurs décisions et expliquant en quoi l'exercice conjoint ne serait pas conforme à l'intérêt de l'enfant¹.

Or, au vu de la jurisprudence, il apparaît que lorsque l'un des parents, en raison de son désintérêt, n'assume pas en pratique la prise en charge de l'enfant en dépit de l'exercice juridiquement conjoint de l'autorité parentale, les magistrats jugent souvent que l'exercice unilatéral de l'autorité parentale est dans l'intérêt de l'enfant. En effet, l'exercice unilatéral a pu être prononcé lorsque le père « *n'avait pas pris les dispositions adéquates pour nouer un lien avec son fils et exercer son droit de visite* »². Il en va de même lorsque « *l'éloignement géographique du père et le désintérêt manifesté par lui commandent de confier à la mère seule l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant, Madame X... devant être en mesure de prendre seule des décisions pour son fils à défaut de pouvoir entrer facilement en relation avec le père* »³. Lorsque l'un des parents n'exerce pas dans les faits son autorité parentale, les magistrats semblent donc enclins à traduire juridiquement cette situation en confiant l'exercice de l'autorité parentale exclusivement à celui des parents qui assure effectivement la prise en charge de l'enfant.

L'exercice unilatéral est également jugé dans l'intérêt de l'enfant lorsque le subit intérêt de l'un des parents intervient après des années de désintérêt ayant conduit l'autre parent à assumer seul la prise en charge de la personne de l'enfant⁴. Assez paradoxalement, la traduction juridique du désintérêt n'intervient dans ce cas que tardivement et, surtout, à un moment où le parent se rapproche de l'enfant après une longue période d'absence. Cette dernière hypothèse

¹ Civ. 1^{re}, 9 juillet 2008, n° 07-19.217 et 07-19.218 ; Civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 13-10.618, *Dr. Fam.* 2014, n° 3, comm. 34, obs. Neirinck.

² Civ. 1^{re}, 4 novembre 2010, n° 09-15.165.

³ CA Lyon, 6 juin 2011, n° 09/07117.

⁴ V. par ex. : Civ. 1^{re}, 14 avril 2010, n° 09-13.686 : « *Attendu qu'ayant entendu les enfants et relevé, par motifs propres, qu'en raison de l'absence de M. X... durant leur enfance, ses filles ne le considéraient pas comme leur père et ne souhaitaient pas le rencontrer au gré de ses propres convenances, étant précisé qu'il ne s'était manifesté judiciairement qu'en 2004, que, lors des premières rencontres médiatisées, il avait manifesté une violence contenue et n'avait jamais contribué à leur entretien et, par motifs adoptés, que le comportement inadapté du père à l'égard de ses enfants n'était pas de nature à favoriser la restauration de relations de confiance, la cour d'appel a souverainement estimé que l'intérêt des enfants commandait que l'exercice de l'autorité parentale soit confié à leur mère* ». Dans ce sens, V. également : CA Douai, 30 juin 2011, n° 10/089561 : Dans cette affaire l'exercice exclusif de l'autorité parentale est attribué à la mère en raison de la carence complète de l'exercice de l'autorité parentale du père pendant plusieurs années alors que ce dernier a récemment repris contact avec son fils et le rencontre à l'occasion de visites médiatisées.

met en évidence le fait que, dans certains cas, l'exercice unilatéral n'est demandé par le parent ayant assuré seul la prise en charge de l'enfant pendant plusieurs années que lorsque l'autre parent réapparaît et (re)commence à se préoccuper de l'enfant. Cela montre bien la possibilité de ne pas appliquer le principe de cogestion puisque la prise en charge de la personne de l'enfant par un seul de ses parents s'est faite jusque-là sans encombre, alors même que juridiquement l'exercice était conjoint. Le parent ayant jusque-là exercé seul l'autorité parentale ne commence souvent à craindre de rencontrer des difficultés dans la prise en charge de l'enfant que lorsque l'autre parent réapparaît et risque ainsi d'exprimer son désaccord aux tiers.

532. L'exercice unilatéral de l'autorité parentale est alors requis car il présente l'avantage non négligeable de faire coïncider la situation vécue par les parties et leur situation juridique. En effet, le parent ayant l'exercice unilatéral de l'autorité parentale conserve seul le pouvoir de décider du mode de vie de l'enfant et a donc le pouvoir de prendre seul toutes les décisions relatives à l'enfant¹. Ainsi, il peut faire seul les actes usuels de l'autorité parentale, aussi bien que les actes non usuels.

Le parent n'ayant pas l'exercice conserve toutefois la titularité de l'autorité parentale et, de ce fait, certaines prérogatives. Tout d'abord, il conserve les prérogatives exceptionnelles attachées à la fonction parentale que sont le consentement à l'adoption, celui à l'émancipation ou encore au mariage de l'enfant mineur². Ces décisions très graves ne peuvent donc être prises sans son consentement. Il a ensuite le droit de maintenir des relations avec l'enfant et dispose pour cela d'un droit de visite et d'hébergement, ce droit ne pouvant lui être refusé que pour des motifs graves³. Il conserve également le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant⁴. Ce droit de surveillance ne confère pas un droit de veto au parent n'ayant pas l'exercice de l'autorité parentale. Il lui permet en revanche de saisir le juge s'il estime que l'autre parent prend une décision qu'il juge contraire à l'intérêt de l'enfant. Ce sera alors au juge d'apprécier la situation et d'établir si la décision du parent exerçant l'autorité parentale est

¹ Sur ce point, V. F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille, op. cit.*, p. 1076, n° 979 et s. ; A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, coll. Précis Domat. Droit privé, LGDJ, Lextenso, 4^e éd., 2018, p. 476, n° 656, n° 1141. ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, LGDJ, 5^e éd., 2016, p. 738, n° 1604.

² Dans ce sens, V.I. MARIA, « Réflexions autour de la distinction entre titularité et exercice de l'autorité parentale », *op. cit.*, p. 745 ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 738, n° 1604.

³ Art. 373-2-1, al. 2, C. civ.

⁴ Art. 373-2-1, *in fine*, C. civ.

effectivement contraire à l'intérêt de l'enfant¹. Afin d'être en mesure d'exercer ce droit de surveillance, le parent non titulaire de l'exercice de l'autorité parentale doit être informé des choix importants relatifs à la vie de l'enfant².

Ainsi, bien que ces droits et devoirs ne soient la plupart du temps pas exercés dans la situation où l'attribution unilatérale vient traduire un refus de l'un des parents d'exercer sa fonction, ce parent dispose toujours de certaines prérogatives qui peuvent éventuellement lui permettre de renouer avec son enfant et jouer (à nouveau) un rôle dans la vie de ce dernier. L'exercice exclusif de l'autorité parentale est donc en adéquation avec l'objectif de préservation du lien affectif de l'enfant avec ses deux parents puisqu'il traduit la situation de refus tout en ménageant certains droits au parent lui permettant plus aisément, s'il en a un jour le désir, de rejouer un rôle auprès de l'enfant. À l'inverse, le retrait de l'autorité parentale semble plus adapté à l'hypothèse où le parent représente un danger pour l'enfant qu'à celle du délitement du lien en raison de son caractère plus rigide.

Une logique identique se retrouve en matière d'autorité parentale sur les biens de l'enfant étant donné que seul le parent ayant l'exercice de l'autorité parentale a le pouvoir d'administrer les biens de l'enfant³. Ainsi, en cas d'exercice exclusif par un parent, ce dernier est également l'unique administrateur légal des biens de l'enfant.

b) L'exercice exclusif de l'autorité parentale sur les biens de l'enfant

533. Avant la réforme de l'administration légale opérée par l'ordonnance du 15 octobre 2015⁴, la prise en charge des biens de l'enfant par son parent titulaire exclusif de l'autorité parentale faisait l'objet d'un contrôle judiciaire beaucoup plus important que lorsque les deux parents étaient titulaires de l'administration légale. En effet, les règles régissant la prise en charge juridique de l'enfant variaient selon la nature de l'acte envisagé et les modalités d'exercice de l'autorité parentale, autrement dit, selon que l'administration légale était assurée par un parent ou par les deux. Dans le premier cas, les règles de l'administration légale sous contrôle judiciaire étaient applicables tandis que, dans le second cas, les règles de l'administration légale pure et simple devaient être appliquées. Concernant les actes de

¹ Sur le droit de surveillance du parent non titulaire de l'exercice de l'autorité parentale V. F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille, op. cit.*, pp. 1076 et s., n° 980 et s. ; P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille*, coll. Dalloz action, Dalloz, 2015 2014, p. 981, n° 234.56 ; V. ÉGÉA, *Droit de la famille*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, pp. 609-610, n° 1325 ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 738, n° 1604.

² Art. 373-2-1, *in fine*, C. civ.

³ Art. 382 C. civ.

⁴ Ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille.

conservation et d'administration, tout parent pouvait en pratique agir seul qu'il y ait un seul administrateur légal¹ ou deux administrateurs légaux, puisque chacun des parents était « *réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu de l'autre le pouvoir de faire seul les actes pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation* »². En revanche, en cas d'administration légale sous contrôle judiciaire, les actes de disposition ne pouvaient être accomplis sans l'autorisation du juge des tutelles quelle que soit leur importance³. Le régime applicable à l'administrateur légal unique se distinguait donc de celui de l'administration légale pure et simple puisqu'en présence de deux administrateurs légaux, l'autorisation du juge ne s'imposait que pour les actes de disposition les plus graves ou en cas de désaccord des parents. La présence de deux administrateurs légaux était, en effet, supposée garantir le respect des intérêts de l'enfant en raison du contrôle mutuel exercé, puisqu'en cas de désaccord, le juge devait intervenir.

Mais la lourdeur de la procédure de contrôle judiciaire de la gestion du patrimoine du mineur en cas d'administration légale sous contrôle judiciaire, souvent jugée inutile⁴ et perçue comme une attitude de défiance vis-à-vis des familles monoparentales⁵, a entraîné l'abandon complet de la distinction entre administration légale pure et simple et administration légale sous contrôle judiciaire et une application uniforme du régime anciennement applicable à l'administration légale pure et simple⁶.

534. Ainsi, le juge des tutelles n'intervient plus que dans les hypothèses spécifiquement prévues par le législateur sans distinguer selon que l'administration légale appartient aux deux parents ou à un seul⁷. L'autorisation judiciaire n'est plus obligatoire qu'en cas de désaccord entre les administrateurs légaux⁸ et pour les actes prévus à l'article 387-1 du Code civil, autrement dit pour des actes de disposition particulièrement à risque pour le

¹ Ancien art. 389-6, al. 2, C. civ.

² Ancien art. 389-4 C. civ.

³ Ancien art. 389-6, al. 1, C. civ.

⁴ Dans ce sens, V. H. GRATADOUR, « Le projet de réforme du droit de la famille, entre droits et intérêt de l'enfant », préc.

⁵ S. MAUCLAIR, « De la rénovation des mécanismes de protection des intérêts de l'enfant mineur par l'ordonnance du 15 octobre 2015 », *RJPF*, 18 décembre 2015, n° 12 ; H. LANSIAUX-MORNET, « Du juge du danger patrimonial », *AJ fam.* 2016, p. 634.

⁶ Dans ce sens, V. H. GRATADOUR, « Le projet de réforme du droit de la famille, entre droits et intérêt de l'enfant », préc. ; I. MARIA et G. RAOUL-CORMEIL, « La nouvelle administration légale : 1 + 1 = 1 ? », préc.

⁷ Sur les cas dans lesquels le juge des tutelles intervient dans l'administration légale, V. P. SALVAGE-GEREST et I. MARIA, « Art. 389 à 393 - Fasc. 30 : Minorité. - Intervention du juge des tutelles dans l'administration légale », *op. cit.*

⁸ Art. 387 C. civ.

patrimoine du mineur¹. Toutefois, à l'occasion de ce contrôle ou s'il est saisi par une personne « *ayant connaissance d'actes ou d'omissions qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une situation de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci* »², « *le juge peut, s'il l'estime indispensable à la sauvegarde des intérêts du mineur, en considération de la composition ou de la valeur du patrimoine, de l'âge du mineur ou de sa situation familiale, décider qu'un acte ou une série d'actes de disposition seront soumis à son autorisation préalable* »³. *A contrario*, cela signifie qu'en dehors de ces hypothèses et de celle des actes interdits par l'article 387-2 du Code civil⁴, l'administration légale - qu'elle appartienne aux deux parents ou à un seul - peut être effectuée sans recours au juge et sans que le consentement de l'autre administrateur, s'il y en a un, puisse être exigé.

Cela implique qu'en dehors des actes énumérés à l'article 387-1 du Code civil, dont le caractère restreint a pu être souligné⁵, l'administrateur légal unique peut effectuer tout acte sans aucun contrôle judiciaire. La gestion du patrimoine de l'enfant est par conséquent moins contrôlée qu'auparavant lorsqu'elle est assurée par un unique administrateur légal. Si cette réforme peut s'analyser comme un recul de la protection des intérêts de l'enfant⁶, dans la mesure où une éventuelle défaillance a davantage de risques de ne pas être révélée, elle présente néanmoins l'intérêt de faciliter la prise en charge des biens de l'enfant par son parent quand celui-ci est seul titulaire de l'exercice de l'autorité parentale. Il est même intéressant de

¹ Art. 387-1 C. civ. : « *L'administrateur légal ne peut, sans l'autorisation préalable du juge des tutelles :*

1° *Vendre de gré à gré un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur ;*

2° *Apporter en société un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur ;*

3° *Contracter un emprunt au nom du mineur ;*

4° *Renoncer pour le mineur à un droit, transiger ou compromettre en son nom ;*

5° *Accepter purement et simplement une succession revenant au mineur ;*

6° *Acheter les biens du mineur, les prendre à bail ; pour la conclusion de l'acte, l'administrateur légal est réputé être en opposition d'intérêts avec le mineur ;*

7° *Constituer gratuitement une sûreté au nom du mineur pour garantir la dette d'un tiers ;*

8° *Procéder à la réalisation d'un acte portant sur des valeurs mobilières ou instruments financiers au sens de l'article L. 211-1 du code monétaire et financier, si celui-ci engage le patrimoine du mineur pour le présent ou l'avenir par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives du mineur ».*

² Art. 387-3, al. 2, C. civ.

³ Art. 387-3, al. 1, C. civ.

⁴ Art. 387-2 C. civ. : « *L'administrateur légal ne peut, même avec une autorisation :*

1° *Aliéner gratuitement les biens ou les droits du mineur ;*

2° *Acquérir d'un tiers un droit ou une créance contre le mineur ;*

3° *Exercer le commerce ou une profession libérale au nom du mineur ;*

4° *Transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou les droits du mineur ».*

⁵ Dans ce sens, V. J. COMBRET et N. BAILLON-WIRTZ, « Quand modernisation rime avec confusion : l'administration légale selon l'ordonnance du 15 octobre 2015 », *JCP N*, 11 décembre 2015, n° 50, p. 41.

⁶ Dans ce sens, V. A. BATTEUR et Th. DOUVILLE, « Présentation critique de la réforme de l'administration légale », *D.* 2015, p. 2330 ; H. LANSIAUX-MORNET, « Du juge du danger patrimonial », préc. ; *Contra* V.H. GRATADOUR, « De la modification de la protection des mineurs et des majeurs vulnérables par l'ordonnance portant simplification et modernisation du droit de la famille », *RLDC*, 1^{er} mars 2016, n° 135.

souligner qu'après avoir fait l'objet d'une certaine défiance pendant de nombreuses années, sa tâche est désormais rendue encore plus aisée que celle du parent partageant l'administration légale avec un second parent puisque ce dernier peut éventuellement se heurter au désaccord de l'autre parent¹. Cette liberté d'action laissée à l'administrateur unique, qui est désormais soumis aux mêmes règles que les administrateurs légaux sans pouvoir se heurter comme ces derniers au désaccord de son cogestionnaire, présente un intérêt non négligeable pour le parent qui assure seul la prise en charge de son enfant.

535. Ainsi, la demande d'attribution exclusive de l'exercice de l'autorité parentale semble pouvoir constituer une solution intéressante pour le parent assurant seul, dans les faits, la prise en charge personnelle de l'enfant et des biens de ce dernier. Elle permet de faire coïncider la situation réelle, à savoir la prise en charge des biens de l'enfant par un seul des parents, avec la situation juridique puisque ce parent peut effectivement agir seul sans avoir besoin d'obtenir l'accord de l'autre parent.

Il peut alors apparaître surprenant de constater que la traduction juridique du refus d'un parent d'exercer l'autorité parentale est loin d'être automatique. Il convient par conséquent d'en expliquer les causes afin de déterminer la façon dont il serait possible de faire davantage coïncider situation réelle et situation juridique.

B - La recherche de concordance entre situation juridique et réelle : vers une acception non stigmatisante de l'exercice exclusif

536. Le maintien de l'exercice conjoint en dépit de son inapplication, outre le fait – déjà fort critiquable – qu'il conduit à des pratiques *contra legem*, présente l'inconvénient de maintenir l'illusion de la permanence du couple parental dans des situations où, en pratique, seul l'un des parents assure réellement la prise en charge de la personne de l'enfant. La fréquence des hypothèses dans lesquelles cette illusion est maintenue peut surprendre dans la mesure où les textes prévoient la possibilité de faire coïncider réalité vécue et situation juridique grâce à l'attribution exclusive de l'exercice de l'autorité parentale à un parent².

La réticence du parent assurant la prise en charge de l'enfant à demander la traduction juridique de la situation réellement vécue – à savoir, une prise en charge unilatérale de la

¹A. GOUTTENOIRE, « L'harmonisation des pouvoirs dans la nouvelle administration légale », in *Simplification et modernisation du droit de la famille : mythe ou réalité ? Actes du colloque tenu à Grenoble les 30 et 31 mars 2017*, sous la dir. de I. MARIA, coll. Droit civil et procédures, Connaissances et savoirs, 2018, pp. 32 et s.

² cf. *supra* §§530 et s.

personne de l'enfant – semble pouvoir s'expliquer par le fait qu'en dépit de la règle de codécision qui prévaut en principe en matière d'autorité parentale, la prise en charge de l'enfant peut, dans les faits, s'effectuer sans trop de difficultés sans qu'il soit besoin d'obtenir son exercice exclusif¹. Ainsi, le recours au juge peut être perçu comme non nécessaire et fastidieux, d'autant plus qu'il peut venir envenimer encore davantage des relations déjà très conflictuelles et des liens distendus. En effet, à l'ère du mythe du couple parental, le parent n'exerçant plus son autorité parentale peut vivre comme une sanction injustifiée et particulièrement violente le retrait de l'exercice de l'autorité parentale alors même qu'il peut estimer que la distension des liens et que son retrait vis-à-vis de l'enfant ne sont pas de son fait ou même qu'ils sont moins néfastes à l'enfant que les conflits incessants qui régnaient auparavant. L'un des travers de la généralisation de l'exercice conjoint de l'autorité parentale a probablement été de stigmatiser l'exercice unilatéral en le faisant apparaître comme une situation exceptionnelle ne pouvant arriver que dans des cas extrêmes. Ainsi, pour peu que le parent ne soit pas dans le rejet total de son enfant, il ne peut que mal vivre la perte de l'exercice de l'autorité parentale, alors même qu'il ne l'exerçait plus en réalité depuis longtemps.

537. Ainsi, une partie de la solution à la dichotomie entre réalité vécue et situation juridique semble pouvoir être recherchée dans la « dédramatisation » de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale dans la mesure où, dans les faits, la prise en charge de l'enfant par un seul de ses parents est loin d'être une hypothèse d'école. Le nœud du problème semble pouvoir trouver sa source dans la confusion opérée dans les esprits entre coparentalité et exercice conjoint de l'autorité parentale². Pourtant, s'il est vrai que la recherche d'un idéal de coparentalité par le législateur s'exprime dans notre droit avant tout par le principe énoncé par les articles 372 et 373-2 du Code civil selon lesquels l'autorité parentale est exercée conjointement par les deux parents quelle que soit leur situation conjugale³, la coparentalité apparaît être une notion bien plus large que l'accord des deux parents sur les décisions relatives à l'enfant. Elle peut, en effet, se définir comme « *le nom d'évocation donné à l'organisation idéale de l'autorité parentale fondée sur le respect, en chacun des parents, de sa vocation parentale et la faveur de leur collaboration, qui se réalise plus ou moins parfaitement selon les*

¹ cf. *supra* §§505 et s.

² V. F. BOULANGER, « Réflexions sur la portée et les limites du principe d'égalité des deux membres du couple dans l'attribution et l'exercice des droits parentaux », *op. cit.*, p. 61 : évoque des « situations défavorables à la coparentalité » pour désigner des situations où l'exercice conjoint n'est pas adapté.

³ Le renforcement de la coparentalité était d'ailleurs l'objectif principal de la réforme de 2002. Dans ce sens, V. notamment : H. FULCHIRON, « L'autorité parentale rénovée (commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale) », *Deffrénois*, 15 août 2002, n° 15, p. 959.

cas, par l'exercice conjoint de l'autorité parentale chaque fois que possible (en mariage ou hors mariage et même, si possible, en l'absence de vie commune) ou même dans l'exercice unilatéral (par visite, hébergement, information, consultation, concertation) »¹.

L'exercice conjoint n'est donc que l'une des voies par lesquelles l'idéal de coparentalité peut être recherché et cette voie n'a de sens que si les décisions sont effectivement prises conjointement. Il ne s'agit, dans le cas contraire, que d'une coparentalité de façade. La coparentalité peut toujours être recherchée alors même que l'autorité parentale n'est exercée que par l'un des parents dans la mesure où « *elle n'est pas seulement le droit pour l'enfant de profiter d'une éducation définie en commun, mais elle confère à l'enfant le droit de profiter de la présence physique de ses deux parents, le droit à des relations biparentales* »². Ainsi, l'exercice unilatéral de l'autorité parentale permet également la coparentalité puisque le parent privé de l'exercice conserve malgré tout certaines prérogatives qui lui permettent de maintenir des liens avec son enfant et de jouer un rôle de surveillance sur son entretien et son éducation³.

Penser la coparentalité ainsi permettrait peut-être de dépassionner les enjeux de l'exercice de l'autorité parentale en comprenant qu'en pratique, le parent qui n'a pas la résidence habituelle de l'enfant ne joue fréquemment un rôle que très marginal, voire inexistant, dans l'exercice de l'autorité parentale. Cela permettrait peut-être de mettre fin à l'hypocrisie ambiante qui conduit, au nom de la volonté louable que la vie de l'enfant de parents séparés reste la plus proche possible de celle d'un enfant dont les parents vivent toujours sous le même toit, à nier ou du moins stigmatiser une réalité vécue par de très nombreuses familles.

538. Toujours dans le but de déstigmatiser l'exercice exclusif de l'autorité parentale, la possibilité pour un parent de déléguer l'exercice de son autorité parentale à l'autre parent devrait être envisagée. Il est, en effet, révélateur de la vision négative attachée à l'exercice unilatéral de l'autorité parentale que le législateur ne prévoit l'attribution exclusive de l'autorité parentale que comme une modification de la dévolution de l'autorité parentale imposée au parent. En effet, l'exercice exclusif de l'autorité parentale prévu à l'article 373-2-1 du Code civil correspond finalement à une délégation de l'exercice de l'autorité parentale puisque ses effets sont identiques à ceux de la délégation totale prévue à l'article 377 du Code civil⁴. Ce qui

¹ V. V° « coparentalité » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF.

²H. GAUMONT-PRAT, « L'intérêt de l'enfant et l'évolution du droit de l'autorité parentale. Diversité ou unicité en droit comparé », *op. cit.*, pp. 562-563.

³ Dans ce sens, V. I. GALLMEISTER, « Le principe de coparentalité », préc.

⁴ Dans les deux cas, le parent demeure titulaire de l'autorité parentale et conserve donc les prérogatives exceptionnelles que constituent le consentement au mariage, celui à l'adoption et à l'émancipation et le droit de surveillance.

les différencie toutefois c'est que l'exercice exclusif est la seule hypothèse de délégation pouvant être faite au profit de l'autre parent. En effet, l'exercice de l'autorité parentale peut, au sens de l'article 377, être délégué « *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* »¹ lorsqu'il s'agit d'une délégation volontaire. Lorsqu'il s'agit d'une délégation imposée elle peut être faite au « *particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance* »² duquel émane la demande de délégation. Ainsi, que la délégation soit volontairement faite par le parent ou qu'elle lui soit imposée, l'article 377 ne prévoit pas la possibilité qu'elle soit faite au profit de l'autre parent.

Pourtant, ainsi que cela a été expliqué précédemment l'intérêt de faire figurer toutes les prérogatives attachées à l'exercice de l'autorité parentale dans les mains d'un seul parent est non négligeable dès lors qu'il est le seul à assurer la prise en charge de l'enfant. Il est donc surprenant que le législateur ne prévoie à aucun moment la possibilité pour un parent de déléguer ses prérogatives à l'autre. Cela montre bien la difficulté du législateur à concevoir la modification de la dévolution de l'autorité parentale autrement que comme une sanction. La délégation volontaire pourrait pourtant permettre au parent conscient de son retrait vis-à-vis de l'enfant de confier ses prérogatives à l'autre parent afin d'aménager pacifiquement la prise en charge de l'enfant en permettant à ce dernier d'assurer au mieux sa fonction. Une telle solution, en ce qu'elle permet une réorganisation plus apaisée des prérogatives d'autorité parentale en permettant au parent qui se désengage auprès de l'enfant de jouer malgré tout un rôle actif dans sa prise en charge, semble plus propice au maintien du lien affectif, ou même à un retour ultérieur du parent après une longue période d'absence de la vie de l'enfant.

¹ Art. 377, al. 1, C. civ.

² *Ibid.*, al. 2.

Conclusion du chapitre I

539. À la lecture des textes, l'objectif poursuivi par le législateur apparaît très clairement. Sa volonté est, qu'en dépit de la séparation de ses parents, l'enfant soit pris en charge par chacun d'eux, que chacun reste présent et impliqué auprès de lui et, corrélativement, que le lien affectif demeure¹. Ainsi, le législateur cherche à pacifier les rapports entre les parents en encourageant les accords entre ces derniers et à favoriser le maintien du lien entre chacun des parents et l'enfant en prévoyant des modalités d'exercice de l'autorité parentale assurant à chacun des parents de garder contact avec l'enfant, quelle que soit la façon dont a été dévolue l'autorité parentale, ou encore en condamnant le parent qui chercherait à faire obstacle au maintien du lien entre l'enfant et l'autre parent. Sa volonté d'assurer à l'enfant le maintien du lien affectif avec ses deux parents est si forte qu'il érige l'exercice conjoint de l'autorité parentale en principe quelle que soit la situation familiale. Il en résulte que toutes les décisions relatives à l'enfant et aux biens de ce dernier doivent en principe être prises par les deux parents.

Les textes ont donc été pensés en cherchant à favoriser la prise en charge par le parent qui souhaite assumer sa fonction : ils envisagent les situations de désaccord entre les parents, cherchent à défendre les droits de chacun face à un parent qui ne respecterait pas les droits de l'autre. Ils n'ont, par conséquent, absolument pas été conçus en envisageant la situation, pourtant fréquente en pratique, dans laquelle un parent se désengage de la prise en charge de l'enfant. Pour autant, même dans de telles hypothèses, la pratique s'accommode assez aisément du principe de codécision résultant de l'exercice conjoint en raison de son inapplication fréquente². L'illusion de la continuation d'un couple parental au-delà de la rupture peut, en effet, très souvent se maintenir puisque l'inapplication de l'exigence de codécision permet dans les faits à un parent – celui chez lequel l'enfant réside habituellement - d'exercer l'autorité parentale de façon unilatérale sans qu'il soit besoin d'obtenir la traduction juridique de cette situation.

540. Face à ce constat, la première réaction est de penser que, puisque la loi n'est pas appliquée, il faut faire en sorte qu'elle le soit. La solution serait alors de sanctionner plus durement et de façon systématique le parent et les tiers ne respectant pas les droits de l'autre

¹ Dans ce sens, V. H. FULCHIRON, « L'autorité parentale rénovée (commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale) », préc.

² La réalité pratique de l'exercice conjoint en cas de séparation interroge depuis sa mise en place : H. FULCHIRON, *La mise en œuvre du droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents et la généralisation de l'exercice commun de l'autorité parentale*, mai 1997.

parent, notamment en se passant du consentement de ce dernier là où le principe de l'exercice conjoint devrait en principe en imposer le recueil. Toutefois, une telle solution peut se heurter à l'objectif que doit poursuivre toute décision relative à ces questions, à savoir l'intérêt de l'enfant. En effet, faute d'obtenir aisément le consentement de l'autre parent, le parent qui assure la prise en charge quotidienne de l'enfant sera probablement plus enclin à demander l'exercice exclusif de l'autorité parentale. Or, si cela permet de faire coïncider la situation vécue et la situation juridique, cela peut également avoir pour conséquence de participer du délitement du lien sur le long terme en entérinant le conflit. En effet, le caractère aujourd'hui tout à fait exceptionnel de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale en fait un mode de dévolution de l'autorité parentale stigmatisant pour le parent privé de l'exercice et qui ne peut, par conséquent, que renforcer le sentiment de rejet et le désintérêt de ce dernier en raison de la souffrance engendrée.

Puisque la sanction semble, en l'état actuel des choses, pouvoir avoir des conséquences opposées à celles recherchées, peut-être la solution serait-elle de repenser les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale afin de mettre fin à la stigmatisation du parent privé de l'exercice de l'autorité parentale ? L'objectif serait de mettre fin à l'hypocrisie conduisant à nier, qu'en cas de séparation, l'exercice de l'autorité parentale est, dans les faits, très souvent unilatéral, ce mode de dévolution étant paradoxalement très stigmatisé. Une telle voie doit toutefois être envisagée avec précaution. En effet, il ne s'agit pas de remettre en cause l'exercice conjoint dès lors que les parents sont séparés. La codécision doit demeurer l'idéal quelle que soit la situation familiale et le rôle symbolique de la désignation de l'exercice conjoint en tant que principe quelle que soit la situation familiale ne doit, à cet égard, pas être sous-estimé¹. Mais, la recherche d'un idéal ne doit pas avoir pour conséquence d'occulter la situation réelle². Dans ce sens, les magistrats devraient être invités à s'interroger sur la possibilité réelle d'exercer conjointement l'autorité parentale selon la situation familiale afin de trouver un équilibre entre l'idéal d'égalité recherché par la codécision et la réalité vécue par les familles car « *il est utopique et trop abstrait de prétendre à sa sauvegarde (celle du principe d'égalité) dans toutes les situations de la vie familiale. C'est en surestimer les avantages dans*

¹ Dans ce sens, V.F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », préc.

² Dans ce sens, V. C. NEIRINCK, « L'autorité parentale, institution « mythée » », in *Regards critiques sur quelques (r) évolutions récentes du droit*, coll. Les travaux de l'IFR. Mutation des normes juridiques, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse éd., 2005, p. 449 : « *Nier la difficulté de la mésentente familiale, affirmer l'intérêt de l'enfant et ses droits de manière indépendante comme si celui-ci n'avait pas place au sein d'une famille qui a pour mission de le protéger, ne résout rien* ».

des hypothèses de rupture où les parents n'ont plus de volonté réelle de coopérer »¹. À titre d'exemple, l'exercice conjoint pourrait être exclu dès lors que l'un des parents est privé de son droit de visite et d'hébergement pour motifs graves.

Un changement de vision sur l'exercice conjoint de l'autorité parentale ne peut s'opérer qu'en déstigmatisant l'exercice unilatéral de l'autorité parentale par un parent. Or, cela ne peut passer que par la cessation de l'appréhension de l'attribution unilatérale de l'autorité parentale uniquement comme une sanction du parent désengagé à l'égard de l'enfant. Dans cette optique, la création de la possibilité pour un parent de déléguer ses prérogatives à l'autre parent apparaît essentielle.

La nécessité de cesser d'appréhender la modification de la dévolution de l'autorité parentale comme une sanction en laissant davantage de place à la volonté parentale apparaît également lorsque la prise en charge de l'enfant n'est assurée par aucun des deux parents. Toutefois, ces deux hypothèses se distinguent puisque, contrairement à celle où l'exercice de l'autorité parentale reste assuré par un parent, lorsqu'aucun des deux parents n'exerce son autorité parentale, le législateur ne peut se reposer sur l'un d'eux. Il se retrouve alors forcé de prendre en compte l'absence de lien affectif afin de pallier l'absence de prise en charge de l'enfant.

¹F. BOULANGER, « Réflexions sur la portée et les limites du principe d'égalité des deux membres du couple dans l'attribution et l'exercice des droits parentaux », *op. cit.*, p. 70. Dans ce sens, V. également : J.-L. VIAUX, *L'enfant et le couple en crise*, *op. cit.*, pp. 89 et s.

Chapitre II – L’absence d’exercice de l’autorité parentale

541. Lorsque le lien affectif unissant l’enfant à chacun de ses parents est inexistant ou suffisamment altéré pour qu’aucun d’eux n’assure sa prise en charge factuelle et juridique, contrairement à l’hypothèse vue précédemment¹, le législateur ne peut alors se reposer sur l’un d’eux. Il est alors nécessaire que cet aspect de la fonction parentale soit assuré par un tiers² afin que la sécurité, l’éducation et le développement de l’enfant soient garantis. L’enfant est alors confié à un tiers³.

Il semble nécessaire de souligner que les relations qu’entretiennent délitement du lien affectif et intervention d’un tiers dans la prise en charge de l’enfant sont complexes, puisque le fait que l’enfant soit confié à une tierce personne peut tout à la fois constituer, au moins pour partie, une réponse et une explication au désintérêt parental. En effet, lorsque les parents se désintéressent de l’enfant au point de ne pas en assurer la prise en charge, il est nécessaire de confier ce dernier à un tiers apte à remplir cette fonction en lieu et place des parents. La prise en charge de l’enfant par un tiers est alors une réponse au désintérêt parental. Mais, le désintérêt parental peut également intervenir postérieurement à un placement de l’enfant s’expliquant initialement par des raisons autres que le désintérêt parental. La prise en charge par le tiers peut alors avoir pour conséquence d’entraîner un désengagement progressif des parents à l’égard de l’enfant qui leur a été retiré ou d’aggraver le délitement d’un lien affectif fragile. C’est la raison pour laquelle le législateur tente de favoriser l’implication des parents dans la prise en charge de l’enfant, notamment en ne modifiant pas, par principe, la dévolution de l’exercice de l’autorité parentale alors même que la prise en charge quotidienne de l’enfant serait en pratique assurée par un tiers⁴.

¹ cf. *supra* §§479 et s.

² Le tiers est ici entendu comme toute autre personne que l’un des deux parents. C’est ce qui a pu être désigné par le passé comme famille nourricière (V. J. POUSSON-PETIT, « La négation du lien nourricier par le droit français », in *L’enfant et les familles nourricières en droit comparé*, Presses de l’Université des sciences sociales de Toulouse, 1997, pp. 197-234). Il peut par exemple s’agir d’une famille d’accueil salariée par le service de l’ASE, d’un autre membre de la famille ou encore d’un proche non affilié à l’enfant.

³ Il convient de noter que le fait que l’enfant soit confié à un tiers ne peut constituer qu’un dernier recours face à l’échec du rétablissement des parents dans leurs fonctions puisque « *chaque fois qu’il est possible, le mineur doit être maintenu dans son milieu actuel* » en vertu de l’alinéa premier de l’article 375-2 du Code civil. Dans ce sens, V. A. ATIBACK, « L’intérêt de l’enfant dans les procédures d’assistance éducative », *Dr. Fam.* 2006, n° 4, étude 18.

⁴ Art. 375-7, al. 1, C. civ. : « *Les père et mère de l’enfant bénéficiant d’une mesure d’assistance éducative continuent à exercer les attributs de l’autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec cette mesure* ». Sur l’importance du respect de ce principe et de l’implication des parents dans la prise en charge de l’enfant V. D. BAUDIS, *Rapport « Enfants confiés, enfants placés : défendre et promouvoir leurs droits »*, 2011, p. 69.

Mais, que la prise en charge quotidienne de l'enfant par un tiers constitue l'explication ou la réponse au désintérêt parental, dès lors que ce désintérêt entraîne une cessation de l'exercice de l'autorité parentale, le fait que l'enfant soit confié à un tiers ne permet pas en principe, une prise en charge satisfaisante de l'enfant. En effet, les parents restent titulaires de l'exercice de l'autorité parentale tant que sa dévolution n'est pas judiciairement modifiée. Leur accord reste donc en principe nécessaire pour la quasi-totalité des décisions relatives à l'enfant. Des risques de blocages sont, par conséquent, à craindre dès lors que les parents se désintéressent des décisions relatives à l'enfant. Une modification de la dévolution de l'autorité parentale semble alors s'imposer, afin de permettre au tiers d'assurer de façon complète la prise en charge de l'enfant.

L'enfant dont les deux parents se désintéressent étant particulièrement vulnérable, il est même possible de se demander s'il ne serait pas opportun de le soumettre à un régime de protection plus durable tel que la tutelle, ou encore d'envisager son intégration dans une nouvelle cellule familiale.

Le fait de confier l'enfant à un tiers apparaît donc comme un palliatif nécessaire au désintérêt parental, mais qui demeure insuffisant à assurer une prise en charge complète de l'enfant. Pour que la prise en charge de l'enfant puisse être assurée de manière satisfaisante, une modification de la dévolution de l'autorité parentale apparaît nécessaire (section 1). Il est même possible de se demander, compte tenu de la vulnérabilité de l'enfant dont aucun parent n'assure la prise en charge, si à cette modification de la dévolution de l'autorité parentale ne devrait pas s'ajouter la mise en place d'un régime de protection durable que pourrait garantir l'ouverture d'une mesure de tutelle ou encore l'intégration dans une nouvelle cellule familiale (section 2).

Section 1 – La prise en charge par un tiers : palliatif nécessaire au désintérêt parental

542. Lorsqu'aucun des deux parents n'exerce son autorité parentale de façon à assurer la prise en charge de l'enfant, il apparaît nécessaire de confier l'enfant à un tiers afin que sa prise en charge soit malgré tout assurée. Cette situation est particulièrement difficile à appréhender juridiquement car la prise en charge de l'enfant par le tiers peut recouvrir une multiplicité de situations. Elle peut être judiciairement ordonnée ou intervenir en dehors de toute décision judiciaire.

La première hypothèse suppose que le parent ait lui-même confié l'enfant à un tiers, de façon purement factuelle ou dans le cadre de la protection administrative. Toutefois ces deux cas doivent être exclus du champ de cette étude puisqu'ils supposent en réalité que le parent continue d'exercer son autorité parentale. En effet, en l'absence de toute intervention judiciaire, bien que la prise en charge matérielle de l'enfant puisse être assurée par une tierce personne, celle-ci n'a aucun pouvoir. Les parents conservent l'autorité parentale sans limitation d'aucune sorte, ce qui suppose, du moins en théorie, de recueillir leur accord pour toutes les décisions relatives à l'enfant afin de pouvoir en assurer la prise en charge. Toutefois, il existe une hypothèse particulière dans laquelle le tiers auquel l'enfant est confié par le parent se voit transférer certaines prérogatives attachées à l'autorité parentale en l'absence de toute décision judiciaire. Il s'agit de l'hypothèse où l'enfant est confié au service de l'ASE avec l'accord de ses parents dans le cadre d'une protection administrative. Bien que l'absence d'intervention du juge des enfants suppose l'accord des parents et leur participation à la mesure de protection¹, ce qui conduit à exclure cette hypothèse du champ de cette étude, elle sera évoquée afin de mettre en évidence l'ambivalence et la complexité du régime applicable aux enfants dont la prise en charge est assurée par un tiers.

L'enfant peut également être confié à un tiers par décision judiciaire. C'est cette seconde hypothèse qui apparaît pertinente puisque c'est la seule qui permet en théorie aux tiers d'assurer la prise en charge de l'enfant alors même que les parents de ce dernier s'en désintéressent. En effet, le tiers auquel l'enfant est confié se voit octroyer quelques pouvoirs qui peuvent lui permettre d'assurer la prise en charge quotidienne de l'enfant sans requérir l'intervention parentale. Toutefois, ces pouvoirs restent limités ce qui peut faire apparaître des problèmes conséquents dans la prise en charge de l'enfant dès lors que les parents se désintéressent de l'enfant au point de ne plus jouer aucun rôle dans la prise en charge de l'enfant (§1). Une modification de la dévolution de l'autorité parentale apparaît donc nécessaire (§2).

¹V. Art. L. 226-4 CASF qui assure la subsidiarité de la protection judiciaire par rapport à la protection administrative. Cet article prévoit notamment que le juge des enfants ne pourra être saisi que si la protection administrative s'est avérée insuffisante (1°) ou si elle ne peut être mise en place « *en raison du refus de la famille d'accepter l'intervention du service de l'aide sociale à l'enfance ou de l'impossibilité dans laquelle elle se trouve de collaborer avec le service* » (2°).

§1 - Les difficultés entraînées par l'absence de modification de la dévolution de l'autorité parentale

543. Le fait que l'enfant soit judiciairement confié à un tiers ne modifie pas de lui-même la dévolution de l'autorité parentale, ni même celle de son exercice. Les parents conservent donc en principe l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant. Toutefois, le législateur prévoit que le tiers auquel l'enfant a été confié peut accomplir certains actes sans recourir de façon systématique à l'accord du ou des parents ayant conservé l'exercice de l'autorité parentale. De façon assez surprenante, le tiers auquel l'enfant est confié ne dispose pas des mêmes pouvoirs selon que l'enfant lui a été confié par le juge aux affaires familiales (A) ou par le juge des enfants (B).

Si dans les deux hypothèses les pouvoirs du tiers auquel l'enfant est confié restent limités, la faiblesse des pouvoirs du tiers auquel l'enfant est confié par le juge aux affaires familiales rend plus aisé la prise en charge dès lors que l'enfant a été confié par le juge des enfants. De plus, quel que soit le juge ayant confié l'enfant à un tiers il convient de noter que les pouvoirs conférés aux tiers sont uniquement relatifs à la prise en charge de la personne de l'enfant. Par conséquent, l'administration légale est conservée par les parents dans la mesure où ces derniers restent titulaires de l'exercice de l'autorité parentale. Par conséquent, la prise en charge de l'enfant par le tiers ne peut être que très partielle. Si les parents ne remplissent pas les prérogatives qui demeurent entre leurs mains seules, la prise en charge de l'enfant sera donc très incomplète.

A - La faiblesse des pouvoirs du tiers auquel l'enfant a été confié par le juge aux affaires familiales

544. « *À titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige* »¹, celui-ci peut tout d'abord être confié à un tiers « *choisi de préférence dans sa parenté* »² par le juge aux affaires familiales. Il est par conséquent envisageable que l'enfant soit confié à un tiers sans pour autant qu'il fasse l'objet d'un placement par le juge des enfants. Cet article semble toutefois peu adapté à l'hypothèse ici étudiée où aucun des deux parents n'exerce dans les faits l'autorité parentale en raison de la faiblesse des pouvoirs dont dispose le tiers.

¹ Art. 373-3, al. 2, C. civ.

² *Ibid.*

En effet, le tiers auquel l'enfant est confié par le JAF ne peut en principe accomplir seul que les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant (1). Il peut toutefois se passer de l'accord des parents en obtenant une autorisation judiciaire. Mais cette voie reste limitée dans la mesure où le tiers auquel l'enfant a été confié par le JAF ne peut saisir directement ce dernier et le JE ne pourra lui fournir une autorisation que dans des cas exceptionnels (2).

1 - La possibilité d'accomplir uniquement les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant

545. Lorsque l'enfant est confié à un tiers par le JAF, le premier alinéa de l'article 373-4 du Code civil dispose que « *l'autorité parentale continue d'être exercée par les père et mère ; toutefois, la personne à qui l'enfant a été confié accomplit tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation* »¹. Ainsi, le législateur ne donne pas même au tiers auquel l'enfant a été confié le pouvoir d'accomplir tous les actes usuels. Son pouvoir se restreint uniquement aux actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant². Le tiers auquel l'enfant a été confié ne peut accomplir seul que ces actes.

A contrario, les autres actes usuels de l'autorité parentale et ceux non usuels ne peuvent en principe être accomplis que par les parents. Le tiers ne peut par conséquent accomplir que la prise en charge matérielle quotidienne de l'enfant. Il ne dispose d'aucun pouvoir de décision sur la personne de ce dernier³. Ainsi tous les actes et décisions relatifs à l'enfant dépassant les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant demeurent des prérogatives parentales. Une telle solution a le mérite d'être respectueuse des droits des parents et de favoriser le maintien des liens affectifs puisqu'elle maintient l'implication des parents dans la prise en charge de l'enfant alors même que le quotidien est confié à un tiers. Toutefois, elle n'est absolument pas adaptée à l'hypothèse du désintérêt parental puisqu'elle peut poser de grandes difficultés dans la prise en charge de l'enfant dès lors que les parents se refusent à exercer leur autorité parentale.

Toutefois, le législateur semble avoir ouvert au tiers la possibilité de se faire judiciairement autoriser à accomplir certains actes ce qui peut permettre d'éviter les blocages qui pourraient résulter du désengagement parental.

¹ Art. 373-4, al. 1, C. civ.

² Dans ce sens, V. : C. NEIRINCK, « Enfance », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n° 635.

³ Dans ce sens, V. *Ibid.*, n° 635.

2 - Les possibilités limitées d'accomplir les autres actes sans le concours des parents grâce à une autorisation du JAF ou du JE

546. Les difficultés liées à la faiblesse des pouvoirs octroyés par le législateur à la personne à laquelle l'enfant a été confié par le JAF peuvent en partie être contournées au moyen d'une autorisation judiciaire. Le JAF peut, en effet, statuer « *sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant* » sur le fondement de l'article 373-2-8 du Code civil. Il pourra à cette occasion permettre aux tiers de faire certains actes nécessaires à la prise en charge de l'enfant sortant du cadre des seuls actes usuels relatifs à la surveillance et l'éducation de l'enfant.

Cette possibilité est loin d'être satisfaisante dans la mesure où il s'agit d'une saisine indirecte, le tiers ne pouvant plus saisir lui-même le JAF depuis la loi de 2002¹. Seuls « *l'un des parents ou le ministère public* » peuvent saisir directement le JAF aux fins de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale sur ce fondement. À l'inverse, les tiers doivent saisir le ministère public afin que ce dernier procède à son tour à la saisine du JAF.

Ainsi, non seulement une autorisation du JAF est nécessaire pour tout acte sortant du cadre strict de l'acte usuel relatif à la surveillance et à l'éducation de l'enfant, mais la personne à laquelle l'enfant a été confié ne peut elle-même saisir le JAF.

547. Il est également possible, si l'existence d'un fait nouveau de nature à caractériser une situation de danger est révélée postérieurement au jugement du JAF confiant l'enfant à un tiers², de saisir le juge des enfants afin que celui-ci autorise de façon exceptionnelle le tiers « *à exercer un acte relevant de l'autorité parentale en cas de refus abusif ou injustifié ou en cas de négligence des détenteurs de l'autorité parentale, à charge pour le demandeur de rapporter la preuve de la nécessité de cette mesure* »³. Les problèmes rencontrés par la personne assurant la prise en charge matérielle de l'enfant en raison de l'abstention des parents peuvent donc être contournés par une saisine du juge des enfants aux fins d'obtenir une autorisation. Toutefois, le

¹ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. Sur ce point V. A. GOUTTENOIRE, « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », *Dr. Fam.*, 2003, n° 1, chron. 1.

² *Civ. 1re*, 4 mars 2015, n° 13-24.793.

³ Art. 375-7, al. 2, C. civ.

caractère exceptionnel d'une telle autorisation impose au juge de fixer la durée de ce transfert de prérogatives dès lors que l'autorisation ne se réduit pas à un acte unique¹.

Bien qu'une autorisation judiciaire puisse permettre de contourner l'absence de consentement à l'acte des parents n'exerçant plus leur autorité parentale, cette solution n'est pas satisfaisante sur le long terme en raison de la contrainte que représente pour le tiers auquel l'enfant est confié une saisine systématique du juge des enfants ou du ministère public aux fins de saisine du juge aux affaires familiales. Il en va de même de l'enfant confié à un tiers par le juge des enfants, bien que ce dernier dispose de pouvoirs quelque peu plus étendus que ceux du tiers auquel l'enfant a été confié par le JAF.

B - Les pouvoirs limités du tiers auquel l'enfant est confié par le juge des enfants

548. Lorsque les parents se désintéressent de l'enfant, le juge des enfants peut également être amené à confier la prise en charge de l'enfant à un tiers. En effet, lorsque « *la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice* »². De même que lorsque l'enfant est confié à un tiers par le JAF, le principe demeure que la dévolution de l'autorité parentale n'est pas modifiée et que les parents continuent par conséquent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale. Toutefois, en matière d'assistance éducative, le parent n'exerce que les attributs qui ne sont pas inconciliables avec la mesure ordonnée par le juge des enfants³.

Ainsi, il est évident que dès lors que la mesure d'assistance éducative consiste à placer l'enfant chez un tiers, c'est ce dernier qui assurera dans les faits la prise en charge matérielle de l'enfant et exercera, au moins en partie, les actes usuels de l'autorité parentale. Cette situation de fait, après avoir été entérinée par l'habitude prise par les juges d'autoriser les tiers à exercer

¹ Civ. 1^{re}, 4 janvier 2017, n° 15-28.935 : JurisData n° 2017-000002 ; *L'essentiel du droit de la famille*, 1^{er} février 2017, n° 2, p. 2 ; note Batteur ; *Dr. Fam.* 2017, n° 4, comm. 82, note Tetard ; *LPA* n° 056, 20 mars 2017, p. 10, comm. Hisquin ; Civ. 1^{re}, 10 janvier 2018, n° 17-12.521 et 16-27.230 ; *JCP G* n° 8, 19 février 2018, doct. 228, note Gouttenoire, n° 21 ; Civ. 1^{re}, 21 novembre 2018, n° 17-31.293 ; *L'essentiel du droit de la famille*, 1^{er} février 2019, n° 2, p. 2, note Rogue.

² Art. 375, al. 1, C. civ. Sur la notion de danger V. par ex. : J. CHAZAL, « La notion de danger couru par l'enfant dans l'institution française d'assistance éducative », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel.*, Pedone, Paris, 1975, pp. 327-343 ; G. RAYMOND, « Assistance éducative », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n° 16 et s.

³ Art. 375-7, al. 1, C. civ.

les actes usuels nécessaires au quotidien de l'enfant¹, a été consacrée à l'article L. 223-1-2 du Code de l'action sociale et des familles².

À la simple lecture de ce texte, il peut sembler que la prise en charge de l'enfant par le tiers est plus aisée lorsque l'enfant lui est confié par le JE que lorsqu'il lui est confié par le JAF, puisqu'il semble lui permettre d'accomplir tous les actes usuels sans que l'accord des parents soit nécessaire (1). De plus, il est également possible de se passer de l'accord des parents pour les actes non usuels en obtenant une autorisation judiciaire (2).

1 - La possibilité d'accomplir tous les actes usuels sans l'accord des parents ?

549. Lorsque la protection de l'enfant l'exige, le juge des enfants confie l'enfant à un tiers. Plus précisément, dans l'hypothèse où aucun des deux parents n'assure la prise en charge de l'enfant, ce dernier pourra être confié « à un autre membre de la famille ou à un tiers digne de confiance³ ; à un service départemental de l'aide sociale à l'enfance, à un service ou à un établissement habilité pour l'accueil de mineurs à la journée ou suivant toute autre modalité de prise en charge ; à un service ou à un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé »⁴. Ainsi, de multiples personnes peuvent être amenées à prendre en charge le quotidien de l'enfant⁵. Or, il apparaît que dans l'hypothèse d'un placement, les règles de pouvoirs sur les actes usuels de l'autorité parentale ne sont pas les mêmes selon la personne qui assure la prise en charge de l'enfant.

En effet, l'article L. 223-1-2 du Code de l'action sociale et des familles dispose que « lorsque l'enfant pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance est confié à une personne physique ou morale, une liste des actes usuels de l'autorité parentale que cette

¹ CA Paris, 8 septembre 2016, n° 15/18464 : JurisData n° 2016-018651. Pour d'autres exemples de décisions autorisant un tiers à accomplir les actes usuels V. notamment : CA Amiens, 29 janvier 2015, n° 14/01967 : JurisData n° 2015-015697 ; CA Amiens, 22 mars 2012, n° 11/02417 : JurisData n° 2012-011787.

² Art. L. 223-1-2, al. 1, CASF : « Lorsque l'enfant pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance est confié à une personne physique ou morale, une liste des actes usuels de l'autorité parentale que cette personne ne peut pas accomplir au nom de ce service sans lui en référer préalablement est annexée au projet pour l'enfant. Le projet pour l'enfant définit les conditions dans lesquelles les titulaires de l'autorité parentale sont informés de l'exercice des actes usuels de l'autorité parentale ».

³ Le « tiers digne de confiance » doit être distingué du « tiers » jusqu'à présent évoqué. En effet, le tiers entendu largement peut désigner toute personne autre que les parents. Par exemple, un service de l'ASE, un établissement, une institution ou encore un assistant familial. À l'inverse, le tiers digne de confiance désigne un nombre plus restreint de personnes puisqu'il ne peut s'agir que d'une personne physique autre qu'un assistant familial ou un membre de la famille.

⁴ Art. 375-3, 2°, 3°, 4° et 5°, C. civ.

⁵ Sur la diversité des tiers qui peuvent prendre en charge l'enfant et le choix de ces tiers, V. E. DURAND, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? Table ronde consacrée aux familles en difficultés », *LPA*, 24 février 2010, n° 39, p. 20.

personne ne peut pas accomplir au nom de ce service sans lui en référer préalablement est annexée au projet pour l'enfant ». Ce texte implique de manière implicite que le service de l'ASE se voit reconnaître le droit d'accomplir tous les actes usuels de l'autorité parentale sur les enfants qui lui sont confiés¹. Le pouvoir de faire les actes usuels de l'autorité parentale est donc en quelque sorte transféré au service de l'ASE, ce dernier pouvant lui-même le déléguer en tout ou partie à un tiers. Ces derniers peuvent alors eux-mêmes accomplir tous les actes usuels de l'autorité parentale à l'exception de ceux expressément listés dans le projet pour l'enfant pour lesquels ils doivent consulter l'ASE. Outre la problématique tenant à l'absence de définition de l'acte usuel², la question de savoir dans quelle hypothèse l'enfant peut être considéré comme pris en charge par l'ASE apparaît alors fondamentale puisque, lorsque la réponse à cette question est positive le pouvoir d'accomplir tous les actes usuels est transféré au service de l'ASE, lequel peut éventuellement les déléguer à la personne assurant dans les faits la prise en charge de l'enfant. À l'inverse, lorsque l'enfant n'est pas considéré comme étant pris en charge par le service de l'ASE, le tiers auquel est confié l'enfant doit être autorisé par le juge des enfants à accomplir les actes, même usuels, pour pouvoir se passer de l'accord parental³.

550. Or, la question de savoir quand l'enfant doit être considéré comme étant pris en charge par l'ASE ne fait pas l'objet d'une réponse claire puisque le service de l'ASE est amené à jouer un rôle dans la prise en charge de l'enfant dès lors qu'une procédure d'assistance éducative est engagée, que la prise en charge de l'enfant soit en pratique assurée par une personne rémunérée par le service ou non. À titre d'exemple, lorsque la prise en charge quotidienne de l'enfant est assurée par un assistant familial à son domicile ou par des éducateurs spécialisés dans des structures du service, la prise en charge par l'ASE ne semble pas poser question puisque ces derniers sont salariés du service de l'ASE. Il est donc certain que l'article

¹ Dans ce sens, V. Civ. 1^{re}, 4 janvier 2017, n° 15-28.935, Publié au Bull. : « *sauf acte usuel, le juge des enfants ne peut autoriser la personne, le service ou l'établissement à qui est confié l'enfant à accomplir un acte relevant de l'autorité parentale qu'à titre exceptionnel, lorsque l'intérêt de l'enfant le justifie, et en cas de refus abusif ou injustifié ou en cas de négligence des détenteurs de l'autorité parentale* » ; M. BRUGGEMAN, « Le cadre juridique explicite : l'autorité parentale et la notion d'actes usuels », *JDJ*, décembre 2017, n° 368, 369 et 370, p. 13.

² Dans ce sens, V. A. RAMADIER et P. GOULET, *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du règlement par la mission d'information sur l'aide sociale à l'enfance*, 3 juillet 2019, p. 75 (proposition n° 16).

³ À moins de considérer que l'article 373-4 du Code civil est applicable à toutes les situations où l'enfant est confié à un tiers. Dans ce cas, le tiers auquel l'enfant est confié peut accomplir tous les actes usuels relatifs à l'éducation et à la surveillance de l'enfant (cf. *supra* §§545 et s.). Une telle interprétation du champ d'application de cet article est envisageable car cet article est situé dans une partie relative à l'exercice de l'autorité parentale en général. Toutefois, l'applicabilité de cet article à une hypothèse autre que celle où l'enfant est confié au tiers par le JAF n'est pas certaine étant donné que le second alinéa de cet article y fait référence.

L. 223-1-2 du Code de l'action sociale et des familles est applicable. Mais qu'en est-il lorsque le juge des enfants confie l'enfant à un membre de la famille ou à un tiers digne de confiance ? Est-il considéré comme étant pris en charge par le service de l'ASE dès lors qu'une procédure d'assistance éducative est ouverte ou uniquement lorsqu'une ou plusieurs personnes salariées par l'ASE assurent la prise en charge de l'enfant au quotidien ?

L'article L. 222-5 du même code définit comme pris en charge par le service de l'ASE « *les mineurs qui ne peuvent demeurer provisoirement dans leur milieu de vie habituel et dont la situation requiert un accueil à temps complet ou partiel, modulable selon leurs besoins, en particulier de stabilité affective, ainsi que les mineurs rencontrant des difficultés particulières nécessitant un accueil spécialisé, familial ou dans un établissement ou dans un service tel que prévu au 12° du I de l'article L. 312-1 ; les pupilles de l'État remis aux services dans les conditions prévues aux articles L. 224-4, L. 224-5, L. 224-6 et L. 224-8 ; les mineurs confiés au service en application du 3° de l'article 375-3 du Code civil, des articles 375-5, 377, 377-1, 380, 411 du même code ou du 4° de l'article 10 et du 4° de l'article 15 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante* »¹. Ce texte semble exclure de la prise en charge par le service de l'ASE les enfants confiés à un membre de la famille ou à un tiers digne de confiance. En effet, s'il est possible de considérer que ces enfants remplissent les conditions fixées au premierment de cet article puisque le fait qu'ils soient confiés à un tiers implique qu'ils ne puissent « *demeurer provisoirement dans leur milieu de vie habituel* »² et que leur « *situation requiert un accueil à temps complet ou partiel* »³, cette interprétation est incertaine dans la mesure où le législateur a pris le soin de préciser un peu plus loin que sont également considérés comme pris en charge par le service de l'ASE « *les mineurs confiés au service en application du 3° de l'article 375-3 du Code civil* »⁴. Il est donc possible de penser, *a contrario*, que ne doivent pas être considérés comme pris en charge par l'ASE les enfants confiés par le juge des enfants à l'autre parent, à un autre membre de la famille ou à un tiers digne de confiance sur le fondement de l'article 375-3 premierment et deuxièmement du Code civil. La question reste entière, d'autant plus que dans le cadre d'un placement par le JE chez un membre de la famille ou un tiers digne de confiance, l'ASE continuera nécessairement à jouer un rôle, ne serait-ce, *a minima*, que par le biais des aides financières qui leur sont versées par le service. Le transfert du pouvoir d'accomplir les actes usuels étant incertain dans ces

¹ Art. L. 222-5, 1°, 2° et 3°, CASF

² Art. L. 222-5, 1°, CASF

³ *Ibid.*

⁴ Art. L. 222-5, 3°, CASF

hypothèses, il n'est pas exclu que le membre de la famille ou le tiers de confiance auquel l'enfant est confié doive obtenir l'autorisation du juge des enfants, laquelle ne pourra porter que sur certains actes et non sur les actes usuels dans leur ensemble¹.

551. Si ces tiers doivent effectivement obtenir une autorisation judiciaire, cela conduit à une inégalité importante des enfants selon la personne qui les prend en charge. Une telle inégalité apparaît d'autant plus surprenante que les parents peuvent être écartés des actes usuels alors même qu'ils ne se désintéressent pas de la prise en charge de l'enfant et sans qu'une décision judiciaire soit intervenue dès lors qu'ils ont confié l'enfant au service de l'ASE dans le cadre d'une protection administrative². Le critère du transfert de pouvoir serait donc uniquement celui de la prise en charge par l'ASE et prévaudrait sur tout autre, ce qui – bien que compréhensible sur le plan pratique – consacre la tendance à la défiance à l'égard des parents depuis longtemps observée³. De plus, une telle solution apparaît juridiquement critiquable. En effet, les questions relatives à l'exercice de l'autorité parentale relèvent en principe exclusivement de la compétence du JAF. Or, en dépit d'une affirmation selon laquelle les attributs de l'autorité parentale restent entre les mains des parents⁴, la seule prise en charge de l'enfant par le service de l'ASE – qu'elle trouve ou non son origine dans une décision de JE – s'accompagne en pratique d'un transfert au tiers du pouvoir d'accomplir tous les actes usuels de l'autorité parentale.

Toutefois, la critique de cette atteinte aux principes de la dévolution des prérogatives de l'autorité parentale doit être nuancée par le rappel du caractère temporaire de l'intervention du juge des enfants. La vocation de ce magistrat demeure de travailler dans l'urgence en faisant cesser une situation de danger ou, du moins, un risque de danger. Ainsi, si le désintérêt parental s'installe, c'est le JAF qui doit être saisi afin d'aménager durablement la modification de la dévolution de l'autorité parentale.

Au demeurant, autant d'incertitudes concernant les pouvoirs des personnes assurant la prise en charge de l'enfant placé ne peuvent être que critiquées. Une clarification des textes apparaît nécessaire afin de préciser la situation de ces enfants particulièrement vulnérables. Si

¹ Le caractère exceptionnel de l'autorisation judiciaire interdit en principe au juge des enfants d'autoriser tout un type d'actes sans plus de précision. Le deuxième alinéa de l'article 375-7 du Code civil ne vise, en effet, la possibilité que d'autoriser « un acte ».

² Dans ce sens, V. également : C. NEIRINCK, « La remise en cause implicite du cadre juridique : l'article L. 223-1-2 du Code de l'action sociale et des familles », *JDJ*, décembre 2017, n° 368, 369 et 370, p. 18.

³ Dans ce sens, V. notamment : A. KIMMEL-ALCOVER, « L'assistance éducative et les parents du mineur : entre confiance et défiance », *RDSS* 2013, p. 132 ; P. VERDIER, « Billet d'humeur : « Familles, je vous hais » », *JDJ*, mars 2016, n° 353, pp. 12-13 ; C. NEIRINCK, « L'enfant, être vulnérable », *RDSS* 2007, p. 5.

⁴ Art. 375-7, al. 1, C. civ.

de nombreuses incertitudes demeurent en matière d'actes usuels, le régime des actes non usuels ne pose pas de problème : ils doivent en principe être accomplis par les parents. Il est toutefois possible de se passer de l'intervention parentale en ayant recours à une autorisation judiciaire.

2 - La possibilité limitée d'accomplir les autres actes sans le concours des parents grâce à une autorisation du JE

552. Seuls les actes non usuels de l'autorité parentale nécessitent donc avec certitude l'accord des parents dès lors que l'enfant est pris en charge par un tiers dans le cadre d'une mesure de placement. Tout comme lorsque l'enfant est confié à un tiers par le JAF, de tels actes pourront toutefois être accomplis en dépit de l'accord parental en obtenant une autorisation judiciaire. En effet, le deuxième alinéa de l'article 375-7 du Code civil dispose que « *le juge des enfants peut exceptionnellement, dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant le justifie, autoriser la personne, le service ou l'établissement à qui est confié l'enfant à exercer un acte relevant de l'autorité parentale en cas de refus abusif ou injustifié ou en cas de négligence des détenteurs de l'autorité parentale, à charge pour le demandeur de rapporter la preuve de la nécessité de cette mesure* ». Le juge des enfants peut, par exemple, permettre aux tiers d'autoriser la mise en place de soins, ou d'activités scolaires ou périscolaires lorsqu'il est impossible d'obtenir l'accord des parents notamment en raison de leur désintérêt. Toutefois, de même que lorsque l'enfant a été confié par le JAF, le caractère exceptionnel d'une telle autorisation impose au juge de fixer la durée de ce transfert de prérogatives dès lors que l'autorisation ne se réduit pas à un acte unique¹. Bien que cette autorisation du juge des enfants puisse permettre de contourner les difficultés de prise en charge de l'enfant résultant du non-exercice de l'autorité parentale par les parents, cette solution ne saurait être pérenne puisqu'il ne s'agit pas d'une délégation mais d'une d'autorisation devant rester exceptionnelle.

553. En dehors de cette hypothèse d'autorisation exceptionnelle, lorsque l'enfant est confié à un tiers par le JE, le tiers peut donc accomplir tous les actes usuels non expressément listés sans l'accord des parents et sans en référer au service de l'ASE. L'accord des parents ne sera nécessaire de façon certaine que pour les actes non usuels sauf autorisation judiciaire. Le tiers auquel l'enfant est confié dispose donc d'un pouvoir plus large que celui du tiers auquel

¹Civ. 1^{re}, 4 janvier 2017, n° 15-28.935, Publié au Bull. : JurisData n° 2017-000002 ; *L'essentiel du droit de la famille*, 1^{er} février 2017, n° 2, p. 2, note Batteur ; *Dr. Fam.* 2017, n° 4, comm. 82, note Tetard ; *LPA* n° 56, 20 mars 2017, p. 10, comm. Hisquin ; Civ. 1^{re}, 10 janvier 2018, n° 17-12.521 et 16-27.230 ; *JCP G* n° 8, 19 février 2018, doct. 228, note Gouttenoire, n° 21 ; Civ. 1^{re}, 21 novembre 2018, n° 17-31.293 ; *L'essentiel du droit de la famille*, 1^{er} février 2019, n° 2, p. 2, note Rogue.

l'enfant est confié par le JAF, mais également d'un pouvoir plus important que le parent lui-même. En effet, si la présomption d'accord à l'égard des tiers pour les actes usuels lui permet en pratique d'accomplir seuls ces actes, le désaccord de l'autre parent peut faire tomber la présomption si le tiers en est informé, celle-ci ne bénéficiant qu'aux tiers de bonne foi¹. À l'inverse, lorsque l'enfant est confié à un tiers par le JAF ou le JE, l'accord du parent n'est pas présumé. Il est purement et simplement inutile pour les actes autorisés par les articles 373-4 du Code civil et L. 223-1-2 du Code de l'action sociale et des familles. C'est donc un vrai pouvoir qui est donné aux tiers assurant la prise en charge matérielle de l'enfant.

Si une telle solution se justifie sur le plan pratique afin d'effectivement permettre aux tiers d'assurer la prise en charge matérielle de l'enfant sans avoir à consulter systématiquement le parent, elle apparaît plus critiquable sur le plan du droit puisqu'il s'agit en réalité d'une délégation partielle de l'autorité parentale qui ne dit pas son nom. De plus, elle apparaît insuffisante dans la situation ici étudiée où aucun des deux parents n'exerce l'autorité parentale. En effet, à défaut de pouvoir obtenir l'autorisation des parents pour les actes non usuels de l'autorité parentale, le tiers sera systématiquement forcé de saisir le juge, lequel ne pourra autoriser que des actes uniques ou un ensemble d'actes mais de façon limitée dans le temps, ce qui peut entraîner des difficultés dans la prise en charge de l'enfant. Ainsi, dans l'hypothèse où les parents n'exercent pas l'autorité parentale une modification de la dévolution de l'autorité parentale apparaît plus adaptée.

§2 - La nécessaire modification de la dévolution de l'autorité parentale

554. Dans l'hypothèse où les parents n'exercent plus leur autorité parentale en raison de leur désintérêt, le seul transfert de pouvoirs pour certains actes peu importants au tiers auquel l'enfant est confié n'apparaît pas adapté aussi bien sur le plan pratique que sur le plan symbolique.

Sur le plan pratique, tout d'abord, il ne traduit pas la situation réelle et peut par conséquent entraîner des difficultés dans la prise en charge de l'enfant car le désintérêt des parents oblige le tiers à avoir recours au juge très régulièrement, y compris lorsque l'enfant lui a été confié sur décision judiciaire. Ainsi, le tiers devra saisir le juge au minimum pour tous les actes non usuels lorsque l'enfant lui a été confié par le JE, et pour tous les actes autres que ceux usuels relatifs à la surveillance et l'éducation de l'enfant lorsque l'enfant lui a été confié par le

¹ Art. 372-2 C. civ.

JAF. À l'inverse, une modification de la dévolution de l'autorité parentale permet à la personne à laquelle l'enfant a été confié d'assurer sa prise en charge avec davantage de facilités.

Ensuite, sur le plan symbolique, l'absence de traduction juridique de la situation réelle apparaît également délétère en ce qu'elle conduit à un affaiblissement de la notion d'autorité parentale. Le maintien d' « *un principe vidé de sa substance, en disant que les parents restent toujours titulaires de l'autorité parentale, alors même qu'ils n'en exercent pratiquement plus aucune des prérogatives* »¹ revient à dénier toute effectivité à la notion d'autorité parentale et à contredire sa définition même puisqu'elle se définit comme un ensemble de prérogatives ayant avant tout pour but d'assurer la protection de l'enfant². Ainsi, la traduction juridique de la situation vécue par l'enfant, en plus de donner aux tiers qui assurent effectivement la prise en charge de l'enfant les moyens juridiques de l'assurer de façon satisfaisante, peut également être perçue comme un renforcement de l'autorité parentale puisqu'elle assure le respect de l'esprit de cette notion.

Il semble par conséquent indispensable, dès lors que plus aucun parent n'assure la prise en charge de l'enfant, de prendre acte du délitement ou de l'absence du lien affectif en traduisant le non-exercice par les parents de leur autorité parentale par une modification de sa dévolution. Le législateur en est bien conscient puisqu'il s'est attaché, à l'occasion de la réforme de 2016, à adapter le statut juridique de l'enfant à l'évolution de sa situation en prévoyant notamment un réexamen régulier de la situation de l'enfant placé³, le placement ne devant être envisagé que comme une solution temporaire. En réalité, les mesures permettant de modifier la dévolution de l'autorité parentale ne manquent pas. Bien au contraire, elles sont extrêmement variées (A). Cette variété rend même la modification de la dévolution de l'autorité parentale assez confuse et par conséquent malaisée. Une simplification des dispositions légales en la matière apparaît donc souhaitable (B).

¹A.-M. LEROYER, « L'enfant confié à un tiers : de l'autorité parentale à l'autorité familiale », *RTD Civ.* 1998, p. 587.

²Dans ce sens, V. S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « L'autorité parentale et les tiers », *Dr. Fam.* 2010, n° 4, étude 7.

³ Art. L. 227-2-1 CASF ; Sur les modifications dans ce sens apportées par la réforme de 2016 V. J.-P. ROSENCZVEIG, « La loi n°2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant », *JDJ*, mars 2016, n° 353, p. 27 ; L. GEBLER, P. SALVAGE-GEREST et A. SANNIER, « « Réforme de la protection de l'enfant » - Sélection d'articles », *AJ fam.* 2016, p. 199 ; I. CORPART, « Le renforcement du dispositif de protection de l'enfant par la loi du 14 mars 2016 : de nouvelles perspectives dans la continuité », *Dr. Fam.* 2016, n° 7-8, étude 14 ; F. EUDIER, « 40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui », *AJ fam.* 2014, p. 295 ; F. CAPELIER, « « Réforme de la protection de l'enfant » - Présentation générale », *AJ fam.* 2016, p. 195.

A - La variété des mesures de modification de la dévolution de l'autorité parentale

555. L'initiative de la modification de la dévolution de l'autorité parentale peut émaner des parents eux-mêmes ou d'un tiers. L'accueil réservé à une telle demande par le législateur aussi bien que par la jurisprudence n'est pas le même dans les deux cas.

Cette différence de traitement se ressent tout d'abord dans les possibilités offertes par le législateur pour modifier la dévolution de l'autorité parentale. En effet, tandis qu'il n'existe qu'une voie permettant aux parents de requérir la modification de la dévolution de l'autorité parentale, à savoir la délégation volontaire, il existe une variété de voies permettant aux tiers de requérir une telle modification.

Si cette différence quantitative peut déjà s'interpréter comme une préférence marquée du législateur pour la modification imposée, cette impression est confirmée par l'étude des conditions encadrant ces mesures modificatives (2), les conditions de la modification volontaire étant très strictes (1).

1 - La rigidité des conditions de la modification volontaire

556. Un parent qui n'assume plus la prise en charge de son enfant et souhaite faire traduire juridiquement le non-exercice de son autorité parentale ne peut le faire que de façon très encadrée. Le législateur y est d'ailleurs par principe réticent puisqu'il prévoit dans une section du Code civil intitulée « *de la délégation de l'autorité parentale* » qu'« *aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés ci-dessous* »¹. Ainsi, la seule voie ouverte au parent pour faire modifier les droits et les devoirs découlant de son statut de parent est de déléguer son autorité parentale à un tiers, une telle délégation ne pouvant intervenir que par la voie judiciaire. La délégation de l'autorité parentale émanant des parents peut être une délégation-partage ou une délégation *stricto sensu*.

Il convient d'exclure la délégation-partage, car elle ne traduit pas une situation où les parents n'exercent pas leur autorité. En effet, elle permet aux parents d'exercer leurs prérogatives d'autorité parentale sur l'enfant tout en les partageant avec le tiers délégataire². À l'inverse, la délégation *stricto sensu* permet aux parents, lorsque les circonstances l'exigent, de « *saisir le juge en vue de voir déléguer en tout ou partie l'exercice de leur autorité parentale à*

¹ Art. 376 C. civ.

² Art. 377-1 C. civ.

un tiers, un 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 »¹. Elle peut donc *a priori* être utilisée par un parent n'exerçant plus son autorité parentale et souhaitant en déléguer l'exercice à un tiers.

Le recours à la délégation volontaire semble la solution la plus souhaitable car elle confère un rôle actif au parent dans la protection de son enfant en lui permettant de reconnaître et de prendre acte du délitement du lien affectif et de son incapacité à prendre en charge l'enfant de façon satisfaisante. Pourtant, la possibilité d'y recourir se trouve extrêmement limitée par des conditions trop rigides (a). Un assouplissement serait donc souhaitable afin de permettre une prise en charge par le tiers dans un contexte apaisé (b).

a) Des conditions de mise en œuvre trop rigides

557. Les conditions permettant la délégation volontaire de l'autorité parentale sont très rigides. En effet, le simple fait qu'un parent souhaite déléguer ses prérogatives d'autorité parentale à un tiers ne suffit pas à obtenir le prononcé de la délégation par le juge. Il est nécessaire que le consentement des deux parents soit recueilli (α) et que les circonstances exigent le recours à la délégation (β).

α - La nécessité d'obtenir le consentement de tous les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale

558. Pour que la délégation volontaire soit possible, tous les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale doivent y consentir. En effet, bien que la rédaction du premier alinéa de l'article 377 du Code civil puisse prêter à confusion puisqu'il dispose que « *les père et mère, ensemble ou séparément peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer (...)* », en réalité, un parent ne peut renoncer unilatéralement à l'exercice de son autorité parentale dès lors que l'autre parent est également titulaire de l'exercice de l'autorité parentale². Cette solution était déjà appliquée par la jurisprudence en matière de délégation volontaire de la puissance paternelle³ et est toujours retenue aujourd'hui⁴.

¹ Art. 377, al. 1, C. civ.

² C. NEIRINCK, « Fasc. 30 : Autorité parentale. - Délégation », in *J-Cl C. civ.*, n° 13.

³ CA Paris, 18 décembre 1961 ; *JCP G* 1962, II, 12621, note Raynaud.

⁴ Civ. 1^{re}, 18 novembre 2015, n° 14-21.286, Bull. 2016, I, n° 840 : l'acte de délégation doit être porté à la connaissance de l'autre parent, faute de quoi la délégation ne lui est pas opposable.

La position de la jurisprudence sur ce point semble retenir de façon implicite que lors d'une délégation de l'exercice de l'autorité parentale, c'est l'exercice de tous les parents qui en sont titulaires qui est délégué. Ainsi, si l'exercice est conjoint, la délégation porte sur l'exercice de l'autorité parentale des deux parents. Il est alors compréhensible que les juridictions s'assurent, lors d'une délégation volontaire, que les deux parents y ont bien consenti.

559. Pourtant une telle solution ne s'impose pas. Il semble même surprenant de considérer que, dans le contexte de la délégation volontaire, l'autorité parentale des deux parents forme un ensemble indissociable alors que la délégation forcée indirecte peut ne jouer qu'à l'égard d'un des deux parents en cas de déclaration unilatérale de délaissement parental. En effet, la Cour de cassation a récemment précisé que cette délégation indirecte pouvait s'opérer à l'égard d'un seul parent, alors même que l'autre parent serait encore titulaire de l'autorité parentale, sans qu'il soit besoin de recueillir le consentement de ce dernier. Simplement le parent pour lequel le délaissement n'est pas prononcé conserve ses prérogatives, ce qui empêche que l'enfant ne soit admis en qualité de pupille de l'État et devienne adoptable¹. La délégation indirecte prend alors la forme d'une sorte de délégation-partage forcée².

Pourquoi un raisonnement similaire ne pourrait-il pas s'appliquer à la délégation volontaire ? La rigidité des règles régissant la délégation volontaire présente l'inconvénient d'en restreindre l'utilisation de façon importante. Pourtant, il est envisageable que l'enfant ne soit plus pris en charge par aucun de ses deux parents mais que seul l'un d'entre eux soit disposé à déléguer l'exercice de son autorité parentale. Pourquoi alors ne pas laisser à ce parent la possibilité de déléguer l'exercice de son autorité parentale ? Le tiers auquel l'enfant est confié n'aurait plus alors qu'à obtenir l'autorisation de l'autre parent pour les actes pour lesquels l'accord des parents doit être obtenu en vertu des textes. Si cela s'avère compliqué, il pourra demander lui-même la délégation de l'exercice de l'autorité parentale du second parent.

À l'inverse, le fait de ne pas permettre la dissociation de l'exercice de chacun des parents empêche la délégation volontaire par un seul d'entre eux et impose aux tiers de continuer à obtenir l'accord des deux parents pour les actes qu'il n'a pas le pouvoir d'accomplir seul, ou bien de demander la délégation forcée de l'exercice des deux parents alors même que l'un d'entre eux aurait pu être disposé à consentir à une délégation volontaire. Le mythe du couple parental trouve, là encore, une surprenante illustration.

¹Civ. 1^{re}, avis, 19 juin 2019, n° 19-70.007 et 19-70.008, Publiés au Bull.

²M. COTTET, « L'impact de la déclaration de délaissement unilatéral sur le parent non délaissant », *Dalloz actualité*, 12 juillet 2019.

Outre la condition du consentement de tous les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, la délégation volontaire suppose qu'une seconde condition soit remplie : les circonstances doivent l'exiger.

β - Une modification exigée par les circonstances

560. Le seul fait que les parents n'assurent plus dans les faits la prise en charge de l'enfant ne semble pas suffire aux magistrats pour estimer que cette seconde condition est bien remplie. En effet, la délégation a pu être refusée dans une hypothèse où elle avait été demandée par les parents au profit de la grand-mère à qui l'enfant avait été confié alors que les parents vivaient ensemble et élevaient un autre enfant commun¹. Si une telle solution s'explique par la volonté d'éviter que les parents puissent se dégager de leurs responsabilités trop aisément, elle surprend toutefois dans la mesure où il est possible de s'interroger sur le fait de savoir si inciter de la sorte des parents qui ne le souhaitent pas à prendre l'enfant en charge est réellement dans son intérêt.

Certes, les règles relatives à l'autorité parentale sont d'ordre public, pour autant, rien n'exclut que les droits résultant d'une règle d'ordre public de protection puissent faire l'objet d'une renonciation².

Si une appréciation stricte du critère de nécessité peut se justifier dès lors que la délégation est imposée aux parents contre leur volonté, elle apparaît plus critiquable dès lors que le parent consent lui-même à la délégation, qu'il soit à l'origine de la demande de délégation ou qu'il consente à celle du tiers. La nécessité ne peut-elle être qualifiée dès lors que le parent reconnaît lui-même n'être pas le plus à même de prendre en charge l'enfant ? Les parents semblent, en effet, les mieux placés pour apprécier si la délégation est effectivement nécessaire. S'ils en font la demande ou qu'ils reconnaissent l'opportunité de la demande du tiers assurant la prise en charge matérielle de l'enfant, pourquoi douter de leur jugement ?

Une solution inverse semble témoigner d'une certaine méfiance à l'égard du parent qui souhaite déléguer l'exercice de l'autorité parentale, comme s'il était finalement plus acceptable que la délégation joue comme une sorte de sanction s'imposant au mauvais parent que comme une possibilité pour le parent, conscient de ses limites et du délitement du lien affectif l'unissant

¹TI Saint-Denis, 20 mars 2007 ; LPA n° 110, 3 juin 2009, p. 7, note Pomart-Nomdedeo.

² Dans ce sens, V. A.-M. LEROYER, « L'enfant confié à un tiers : de l'autorité parentale à l'autorité familiale », préc.

à l'enfant, de transférer certaines de ses prérogatives parentales à celui qui assure effectivement la prise en charge matérielle de l'enfant.

Ici encore, les règles régissant la délégation et l'application qui en est faite mettent en évidence à quel point ces situations confrontent nos conceptions : le maintien du lien parent-enfant est un idéal tellement présent que, comme lorsque l'enfant est pris en charge par un seul de ses parents¹, l'illusion – tant qu'elle peut tenir – est préférée à la traduction juridique de la situation vécue.

Pourtant, une telle position est regrettable car un assouplissement des conditions de la délégation volontaire ne peut qu'aller dans le sens de l'intérêt de l'enfant dans la mesure où elle est propice à une prise en charge apaisée de ce dernier.

b) Un assouplissement propice à une prise en charge apaisée

561. Une telle approche de la délégation ne peut que surprendre au vu de la tendance observée ces dernières années en droit de la famille à la pacification des relations familiales. Le fait d'atténuer la rigidité des règles encadrant la délégation volontaire pourrait, en effet, permettre à des parents d'accompagner la prise en charge de leur enfant par un tiers en lui donnant les pouvoirs juridiques de le faire dans les meilleures conditions possible. Cela permettrait de valoriser une démarche parentale responsable en n'attendant pas que les relations se soient envenimées au point d'avoir entraîné des carences, voire un rejet de l'enfant ou des violences, de nature à justifier une modification imposée de la dévolution de l'autorité parentale.

À l'inverse, la négation du délitement du lien affectif ne semble pas être dans l'intérêt de l'enfant ni à court terme ni sur le plus long terme puisque les relations parents-enfants auront d'autant plus de chances de s'améliorer si elles n'ont pas dégénéré en démission totale du parent ou en maltraitances. En effet, la délégation ne devrait pas être perçue comme une démission des parents mais davantage comme la traduction d'une volonté parentale, dans des circonstances familiales compliquées, de faire ce qui est le mieux pour l'enfant en reconnaissant qu'ils ne sont pas, à ce moment-là, les plus à même d'assurer la prise en charge de l'enfant.

Au contraire, la position du législateur et les solutions jurisprudentielles tendent à privilégier la modification imposée de la dévolution de l'autorité parentale. Elles s'inscrivent donc davantage dans une logique de jugement puisqu'il semble être attendu du parent qu'il se batte pour prendre en charge son enfant tant que la situation n'est pas arrivée à un point tel

¹ cf. *supra* §§504 et s.

qu'une décision judiciaire lui impose une délégation ou un retrait de tout ou partie des prérogatives attachées à son autorité parentale.

2 - La modification imposée privilégiée

562. La modification imposée de la dévolution de l'autorité parentale semble avoir nettement la préférence du législateur aussi bien que de la jurisprudence. Cela ressort de la pluralité de voies permettant de requérir cette modification mais également de leurs conditions de mise en œuvre qui apparaissent moins strictes que celles relatives à la délégation volontaire. Tout d'abord, la délégation, si elle peut être volontaire, peut également leur être imposée puisqu'elle peut être demandée par une autre personne que les parents eux-mêmes (a). Il existe également une mesure modificative qui ne peut être demandée par les parents : le retrait de tout ou partie de l'autorité parentale (b).

a) La délégation imposée

563. La délégation, en tout ou partie, des prérogatives attachées à l'autorité parentale peut être imposée par le juge sur différents fondements. Le cas le plus évident est celui de la délégation directe prévue à l'article 377 du Code civil (α). Il existe également une délégation indirecte qui peut être opérée lorsque l'enfant est déclaré délaissé au sens de l'article 381-1 du Code civil¹ (β).

α - La délégation directe

564. La délégation, si elle peut être volontaire, peut également être imposée aux parents. En effet, le deuxième alinéa de l'article 377 du Code civil dispose que « *le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant ou un membre de la famille* » peut également saisir le juge aux fins de faire déléguer *totalemment ou partiellement l'exercice de l'autorité parentale* » en invoquant leur désintérêt

¹ Il convient de noter qu'une seconde hypothèse de délégation indirecte existe. Elle est prévue par l'article L. 224-8 du Code civil et peut avoir lieu au profit de la personne qui contesterait avec succès un arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État. Toutefois, cette hypothèse ne sera pas traitée ici car elle suppose que l'enfant refusé par ses parents ait déjà fait l'objet de mesures modificatives de l'autorité parentale au préalable puisque celui-ci s'apprêtait à être placé sous le régime des pupilles de l'État (cf. les conditions d'admission en qualité de pupille de l'État prévues à l'art. L. 224-4 CASF). Cette délégation indirecte n'intervient donc que dans un second temps alors que l'enfant a déjà été pris en charge et l'autorité modifiée et constitue une alternative à la mise sous tutelle des pupilles de l'État.

manifeste ou l'impossibilité pour le parent d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale. Il convient de noter que si l'enfant fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative, notamment s'il a été placé, la délégation ne peut intervenir qu'après avis du JE¹.

Le désintérêt manifeste apparaît *a priori* comme celui des fondements de la délégation pouvant être invoqué dès lors qu'un parent ne veut plus exercer son autorité parentale. Il est retenu par la jurisprudence en cas d'absence de relation affective ou de totale indifférence du parent envers son enfant. C'est notamment le cas lorsque le parent a cessé tout rapport avec l'enfant depuis plusieurs années². En revanche, il n'en va pas ainsi dès lors que la mère se mobilise à la hauteur de ses moyens pour ses enfants, que soutenue et aidée, elle est en mesure de prendre de leurs nouvelles et que les services de l'Aide sociale à l'enfance ont la possibilité de la rencontrer et qu'elle-même est en mesure de répondre à cette attente³. Ainsi, le désintérêt manifeste semble devoir être entendu de façon restrictive comme un désintérêt total marqué par une absence de relations et de contacts pendant une certaine durée. Lorsque le désintérêt du parent n'est pas suffisant pour être qualifié de manifeste, mais suffisant pour entraver la prise en charge, notamment en rendant difficile la réalisation de certains actes en raison des difficultés pour obtenir l'autorisation parentale ou d'une opposition systématique, les magistrats invoquent l'impossibilité d'exercer l'autorité parentale.

L'analyse de la jurisprudence met en évidence le fait que l'impossibilité d'exercer l'autorité parentale est parfois retenue dans des cas où la prise en charge de l'enfant est rendue compliquée par l'intérêt sporadique du parent alors même qu'aucune raison médicale ou extérieure au parent n'est pourtant invoquée pour justifier son comportement. La Cour de cassation a, par exemple, jugé que l'impossibilité pour un père d'exercer, en partie, l'autorité parentale était caractérisée car bien qu'il ait « *conservé des liens affectifs avec sa fille par des visites épisodiques et inopinées, il est difficilement joignable et ne prend pas réellement en compte les besoins de sa fille au regard des démarches inhérentes à l'exercice de l'autorité parentale* »⁴. Dans cet arrêt aucun élément médical ou extrinsèque au père n'est invoqué pour justifier de son impossibilité à exercer son autorité parentale. Cette impossibilité est simplement déduite de la défaillance du père.

¹ Art. 377, al. 4, C. civ.

² CA Agen, 6 mai 2004 : JurisData n° 2004-240493 ; CA Versailles, 24 octobre 2013, n° 13/01200 : JurisData n° 2013-023917 ; CA Rouen, 26 mars 2015, n° 14/00912 ; CA Rouen, 24 février 2011, n° 10/02822 ; CA Versailles, 7 septembre 2006, n° 06/02041.

³ Civ. 1re, 16 septembre 2014, n° 13-23.045.

⁴ Civ. 1re, 5 avril 2005, n° 04-05.019, Bul. 2005, I, n° 162, p. 139 : JurisData n° 2005-027908 ; *Dr. Fam.* 2005, n° 7/8, comm. 155, comm. Murat.

565. Cela montre bien la grande difficulté à laquelle font face les magistrats pour appréhender les critères de la délégation en raison de la complexité des situations. La protection des droits parentaux invite à faire de la délégation de l'autorité parentale une hypothèse exceptionnelle. Cela se ressent dans les critères posés par le législateur : elle n'est possible qu'en cas d'impossibilité du parent ou de désintérêt manifeste. Pourtant, les magistrats se heurtent à la réalité pratique : la prise en charge de l'enfant doit être assurée. Or, si le comportement du parent et son désintérêt rendent parfois difficile cette prise en charge par le tiers, il est nécessaire d'y remédier.

Ainsi, le critère de nécessité clairement posé comme condition de la délégation volontaire, est également présent en matière de délégation forcée mais de manière sous-jacente. En effet, la Cour de cassation exclut la délégation lorsque le parent est joignable et permet ainsi au tiers d'assurer la prise en charge de l'enfant de manière fluide en obtenant, dès qu'elle est nécessaire, l'autorisation du parent. L'absence de difficultés particulières invoquées par les tiers prenant en charge l'enfant permet alors d'écarter la délégation¹. À l'inverse le parent dont l'intérêt sporadique qu'il témoigne à l'enfant peut présenter un obstacle à la bonne prise en charge de ce dernier par le tiers, notamment en raison de la difficulté d'obtenir les autorisations parentales, pourra voir l'exercice de son autorité parentale au moins partiellement délégué. Faute de pouvoir retenir le désintérêt manifeste, le juge pourra, en effet, retenir l'impossibilité d'exercice².

566. Les magistrats semblent faire preuve d'un certain pragmatisme en appréciant la situation dans sa globalité. Si la situation semble justifier une délégation en raison des difficultés de prise en charge de l'enfant rencontrées par le tiers mais que le parent témoigne un intérêt suffisant à son enfant pour que le désintérêt manifeste ne puisse être qualifié, ils pourront se fonder sur l'impossibilité objective du parent d'exercer son autorité parentale. Il est curieux de constater qu'à l'inverse, en matière de délégation volontaire de l'autorité parentale, la jurisprudence se refuse à une interprétation objective de la nécessité en refusant de déduire du désir du parent de déléguer ses prérogatives la nécessité d'opérer cette délégation³. La jurisprudence apprécie donc la nécessité de manière beaucoup plus rigoureuse en matière de délégation volontaire qu'en matière de délégation forcée. L'impression de méfiance des

¹ CA Chambéry, 16 mai 2017, n° 16/01125.

² Sur le caractère large et objectif du critère de l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, V. C. NEIRINCK, « Fasc. 30 : Autorité parentale. - Délégation », *op. cit.*, n° 45 et s.

³ cf. *supra* §560.

magistrats et du législateur à l'égard de la délégation volontaire ne peut donc qu'en sortir renforcée.

La préférence du législateur pour la modification de la dévolution de l'autorité parentale imposée aux parents se ressent également dans la grande variété de procédures permettant une telle modification. Ainsi, il est également possible d'imposer le transfert des prérogatives de l'autorité parentale à des tiers au moyen d'une forme indirecte de délégation opérée par le prononcé d'une déclaration de délaissement parental.

β - La délégation indirecte opérée par la déclaration de délaissement

567. La déclaration de délaissement est prononcée par le tribunal de grande instance « à l'endroit des deux parents ou d'un seul »¹. Elle est prononcée à l'égard de « l'enfant recueilli par une personne, un établissement ou un service départemental de l'aide sociale à l'enfance »² lorsque « ses parents n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires à son éducation ou à son développement pendant l'année qui précède l'introduction de la requête sans que ces derniers aient été empêchés par quelque cause que ce soit »³. La jurisprudence considère comme « recueilli » tout enfant pris en charge par une personne autre que les parents, peu importe qu'il ait été confié à un tiers au titre de l'assistance éducative ou directement par les parents⁴. La déclaration de délaissement intervient donc lorsque les parents dont l'enfant est pris en charge par un tiers n'ont pas entretenu de relations jugées suffisantes avec leur enfant.

Contrairement à la déclaration d'abandon anciennement prévue à l'article 350 du Code civil, qui a été remplacée par la déclaration de délaissement parental par la loi de 2016 relative à la protection de l'enfant⁵, la déclaration de délaissement n'impose pas un désintérêt manifeste de la part des parents. En dépit de cette modification de la lettre du texte de changement ne semble être que formel⁶. Il est en réalité toujours question ici de désintérêt, le critère étant celui de l'absence de relations. Toutefois, l'appréciation de ce désintérêt apparaît désormais plus exigeante vis-à-vis des parents puisque, si auparavant l'abandon était déclaré lorsque les parents n'avaient pas entretenu avec l'enfant « les relations nécessaires au maintien de liens affectifs »⁷,

¹ Art. 381-2, al. 4, C. civ.

² Art. 381-2, al. 1, C. civ.

³ Art. 381-1 C. civ.

⁴ Dans ce sens, V. V. LARRIBAU-TERNEYRE et M. AZAVANT, « Procédures postérieures au jugement d'adoption », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, n° 112.

⁵ Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant.

⁶ V. LARRIBAU-TERNEYRE et M. AZAVANT, « Procédures postérieures au jugement d'adoption », *op. cit.*, 118.

⁷ Ancien art. 350, al. 2, C. civ.

aujourd'hui le délaissement peut être retenu dès lors qu'ils n'ont pas entretenu avec l'enfant « *les relations nécessaires à son éducation et à son développement* »¹. Il n'est donc désormais plus suffisant, pour écarter la déclaration de délaissement, que les parents entretiennent des relations affectives avec leur enfant ; ces relations doivent traduire un véritable exercice de l'autorité parentale².

En pratique, la jurisprudence, comme sous l'empire de l'article 350 du Code civil³, semble toutefois ne déclarer délaissés que des enfants dont la vie a été marquée durablement par l'absence de leurs parents⁴. La principale divergence entre l'ancienne déclaration d'abandon et la nouvelle déclaration de délaissement semble résider dans le caractère volontaire du désintérêt qui n'est plus requis pour la déclaration de délaissement. Toutefois l'article 381-1 du Code civil précise que les parents ne doivent pas avoir « *été empêchés par quelque cause que ce soit* », il n'est donc pas certain que cette modification de la lettre des textes aboutisse à un changement dans la jurisprudence sur ce point⁵.

568. Le désintérêt permettant de déclarer l'enfant délaissé semble bien devoir être entendu de façon plus large que le désintérêt manifeste de la délégation directe prévue à l'article 377 du Code civil⁶. En effet, il est précisé au deuxième alinéa de l'article 381-2 du Code civil que « *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 ne constituent pas un acte suffisant pour rejeter de plein droit une demande en déclaration de délaissement parental et n'interrompent pas le délai mentionné au premier alinéa du présent article* ». Le délaissement peut donc être prononcé alors même que le désintérêt parental n'est pas total.

Ainsi, la tendance est à l'assouplissement des conditions du délaissement parental afin de garantir davantage de protection à l'enfant. Cela témoigne une fois de plus d'une préférence assez nette du législateur pour les formes de modification de la dévolution de l'autorité

¹ Art. 381-1 C. civ.

² Dans ce sens, V. V. DOUMENG, « L'enfant délaissé et l'aide sociale : les notions nouvelles. La notion de délaissement et l'incidence de la loi du 14 mars 2016 sur le dispositif légal de contrôle et de sanction de l'autorité parentale », *JDJ*, décembre 2017, n° 368, 369 et 370, p. 37.

³ V. par ex. : CA Lyon, 17 mars 2015, n° 14/05885 : JurisData n° 2015-010086 ; CA Caen, 7 mai 2017, n° 14/00822 : JurisData n° 2015-010912 ; CA Paris, 19 février 2015, n° 14/14890, JurisData n° 2015-003459 ; CA Paris, 7 mai 2015, n° 14/16937, JurisData n° 2015-011118.

⁴ Dans ce sens, V. M.-C. LE BOURSICOT, « Quand l'abandon devient le délaissement parental », *RJPF*, mars 2018, n° 3.

⁵ V. LARRIBAU-TERNEYRE et M. AZAVANT, « Procédures postérieures au jugement d'adoption », *op. cit.*, n° 120.

⁶ cf. *supra* §§564 et s.

parentale imposées au parent. Cette préférence se ressent également dans l'existence d'une dernière forme de modification imposée : le retrait de l'autorité parentale.

b) Le retrait de l'autorité parentale

569. L'absence de prise en charge de l'enfant par ses parents en raison de leur désintérêt peut également conduire à un retrait de leur autorité parentale par le tribunal de grande instance lorsque leur défaut de soins ou leur manque de direction met manifestement en danger l'enfant (α) ou lorsque l'enfant fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative et qu'ils se sont abstenus pendant plus de deux ans d'exercer les droits et de remplir les devoirs conciliables avec la mesure (β).

α - Le défaut de soins ou de direction mettant l'enfant manifestement en danger

570. L'autorité parentale peut d'abord leur être retirée lorsque le défaut de soins ou le manque de direction des parents ont mis « *manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant* »¹. Ainsi, le manque ou le défaut de soins et de direction ne sont pas suffisants. Le retrait de l'autorité parentale implique que l'abstention des parents ait mis manifestement en danger l'enfant. Ainsi, lorsque l'enfant est par ailleurs pris en charge par un tiers, le retrait ne peut, *a priori*, pas être ordonné en raison de la carence des parents dans la mesure où le danger est évité par la prise en charge assurée par le tiers².

Au demeurant la jurisprudence admet parfois que le retrait de l'autorité parentale soit prononcé sur ce fondement alors même que la prise en charge de l'enfant est bien assurée dès lors que ce retrait apparaît dans l'intérêt de l'enfant en ce que cette mesure constitue « *une condition préalable à une possibilité d'adoption de l'enfant par celui qui l'élève effectivement depuis plusieurs années* »³. Dans la décision précitée, la Cour d'appel qualifie le danger⁴ mais il apparaît évident que ce n'est pas la cause première ayant motivé la décision ; c'est la possibilité pour l'enfant d'être adopté par le tiers qui assure sa prise en charge. Ainsi, le

¹ Art. 378-1, al. 1, C. civ.

² Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2017, n° 15-29.272 :JurisData n° 2017-016887 ; Dr. Fam. 2017, n° 9, comm. 181, comm. Fulchiron ; CA Rennes, 22 mars 2013, n° 12/00351.

³ CA Nîmes, 18 décembre 2008, n° 08/00108. Pour une décision presque identique V. CA Nîmes, 12 février 2009, n° 08/00173.

⁴ « L'ensemble des constatations démontre que le manque de soins et le désintérêt persistant de M. X... à l'égard de sa fille génèrent pour celle-ci un danger psychologique manifeste en suscitant chez celle-ci une grande incompréhension et des questionnements à l'égard de celui qui est officiellement son père, auxquels elle ne peut répondre que par un sentiment de culpabilité ».

raisonnement est inversé : ce n'est pas parce que les conditions en sont remplies que le retrait est ordonné, mais en raison des conséquences que ce retrait entraîne sur la dévolution de l'autorité parentale puisqu'en retirant l'autorité parentale au parent, le consentement de ce dernier à l'adoption de l'enfant n'est plus requis. Dans cette solution, les magistrats font donc une interprétation très souple de la notion de danger étant donné que la prise en charge par un tiers semblerait devoir exclure la mise en danger manifeste de la santé ou de la moralité de l'enfant du fait du défaut de soins ou de direction de son parent. Ici encore, alors que la modification volontaire est perçue avec beaucoup de méfiance par la jurisprudence, elle n'hésite pas à faire preuve d'une souplesse discutable quant à la vérification des conditions d'une procédure de modification imposée, ce qui confirme, une fois de plus, que la modification imposée est très largement privilégiée par rapport à la modification volontaire.

Cette solution en opportunité peut être critiquée car elle conduit à une appréciation très fluctuante de la condition de danger selon que l'enfant est susceptible ou non de faire l'objet d'une adoption postérieure. Si cela peut se justifier par la prise en compte de l'intérêt de l'enfant à établir un nouveau lien juridique avec la personne le prenant effectivement en charge, ce n'est pas nécessairement la solution la plus adaptée puisque, ainsi que cela a été relevé précédemment¹, il est possible de passer outre le refus d'un parent de consentir à l'adoption de son enfant si ce refus est jugé abusif et que ce parent s'est désintéressé de l'enfant « *au risque d'en compromettre la santé ou la moralité* »². Ici encore, il semblerait qu'un assouplissement des conditions de mise en œuvre soit opportun³ car cela permettrait de garantir la protection de l'enfant sans pour autant faire une appréciation en opportunité des conditions nécessaires au retrait de l'autorité parentale. Une autre possibilité serait d'assouplir les règles du retrait afin de donner plus de souplesse aux juges du fond sans qu'ils soient poussés à faire une appréciation en opportunité des textes.

Le désintérêt du parent peut également aboutir à un retrait de l'autorité parentale lorsque l'enfant fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative et que son parent s'est abstenu d'exercer les droits et de remplir les devoirs que la mesure ne rendait pas impossible.

¹ cf. *supra* §528.

² Art. 348-6, al. 1, C. civ.

³ cf. la proposition faite *supra* §528 : Il semblerait judicieux de se contenter du désintérêt du parent sans qu'il soit nécessaire de constater que celui-ci risquait de compromettre la santé ou la moralité de l'enfant dès lors qu'il s'agit de prononcer une adoption simple. En effet, ce type d'adoption créant un nouveau lien de filiation sans rompre celui d'origine il semblerait justifié que les conditions pour passer outre le refus abusif d'un parent soient assouplies dans ce cas.

β - Le désintérêt à l'égard de l'enfant placé pendant plus de deux ans

571. Lorsque l'enfant fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative, il est possible de retirer l'autorité parentale au parent en l'absence de tout danger encouru par l'enfant si certaines conditions sont remplies. En effet, dans une telle hypothèse, le deuxième alinéa de l'article 378-1 du Code civil dispose que l'autorité parentale peut être retirée aux « *père et mère qui, pendant plus de deux ans, se sont volontairement abstenus d'exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l'article 375-7* » ; autrement dit, lorsqu'ils n'ont pas exercé les attributs de l'autorité parentale qui n'étaient pas inconciliables avec la mesure. Cette hypothèse de retrait correspond donc à la situation où, suite au placement prononcé par le juge des enfants, le parent s'est désintéressé de l'enfant pendant une période d'au moins deux ans au point de ne plus exercer ses prérogatives parentales. Il en va ainsi lorsque le parent a cessé tout contact avec l'enfant et n'en prend aucune nouvelle¹.

Toutefois, ce désintérêt doit être volontaire, ce qui exclut notamment de retirer l'autorité parentale sur ce fondement à un parent souffrant de « *troubles psychiatriques graves et durables* »² pouvant expliquer son abstention. À l'inverse, s'il est avéré que le désintérêt est volontaire, l'existence de troubles psychiques ne fait pas nécessairement obstacle au retrait de l'autorité parentale³. En raison de la difficulté d'établir le caractère volontaire du désintérêt, la déclaration de délaissement est souvent préférée à ce fondement, celle-ci étant plus facilement admise. De plus, la déclaration de délaissement nécessite un délaissement d'une durée d'un an tandis que le retrait suppose un désintérêt d'une durée de plus de deux ans, ce qui explique la faible quantité de décisions retirant l'autorité parentale sur ce fondement.

Ainsi, les voies permettant de modifier de façon imposée la dévolution de l'autorité parentale sont nombreuses, de même que les situations permettant de les actionner. Ces situations sont pour la plupart relativement proches et les subtilités d'appréciation dont elles font l'objet par la jurisprudence les rendent difficiles à appréhender de façon certaine⁴. Il est alors possible de se demander s'il ne serait pas souhaitable d'opérer une simplification de ces recours afin de rendre plus lisible les textes en la matière.

¹CA Angers, 26 mars 1999 : JurisData n° 1999-106044.

²Civ. 1^{re}, 13 janvier 1998, n° 96-05.136 : JurisData n° 1998-000265.

³CA Lyon, 7 février 2017, n° 16/06225 : JurisData n° 2017-002939.

⁴Dans ce sens, V. C. SIFFREIN-BLANC et E. BONIFAY, « Regards critiques sur les mesures de protection », *AJ fam.*, juin 2017, n° 6, p. 336.

B - Une simplification souhaitable

572. Si les conditions des mesures permettant de modifier la dévolution de l'autorité parentale soulèvent de nombreuses incertitudes¹, une clarification apparaît également souhaitable compte tenu des incertitudes qui existent quant à leurs effets. Ainsi, une étude approfondie des effets de ces mesures sur la privation des prérogatives parentales permet de mettre en évidence l'absence de différence notable entre délégation et retrait de l'autorité parentale (1).

Une fois constaté que leurs effets sont quasiment identiques sur le plan de la privation des prérogatives parentales, il reste à s'interroger sur leurs conséquences sur l'ouverture d'une éventuelle tutelle. Mais, là encore, l'absence de cohérence en la matière confirme la nécessité de clarifier ces mesures (2).

1 - La similitude des effets des différentes modifications de la dévolution de l'autorité parentale sur la privation des prérogatives parentales

573. L'étude des différents recours permettant d'imposer une modification de la dévolution de l'autorité parentale aux parents se désintéressant de la prise en charge de l'enfant confié à un tiers n'est pas aisée en raison de l'absence de clarté des règles qui les régissent. En effet, des situations très proches peuvent donner lieu à des procédures différentes². Le désintérêt des parents vis-à-vis de leur enfant peut ainsi conduire à une délégation ou à un retrait de l'autorité parentale. De plus, l'étude des textes relatifs à ces mesures semble mettre en évidence une très faible différence quant à leurs effets car les attributs qu'il est possible de retirer aux parents varient très peu selon que l'autorité parentale leur est retirée ou qu'elle est déléguée à un tiers. Les effets des différents modes de dévolution sont d'abord très similaires lorsque la délégation ou le retrait jouent de façon totale (a). La délégation résultant de la déclaration de délaissement se distingue toutefois de la délégation directe et du retrait en ce que ses effets ne peuvent être modulés ; elle entraîne nécessairement une délégation totale. À l'inverse, le retrait et la délégation directe peuvent ne jouer que de façon partielle. Mais, ici encore, il ne semble pas exister de différences majeures entre les effets du retrait partiel et ceux de la délégation partielle (b).

¹ cf. *supra* §§562 et s.

² Pour les similarités entre les conditions de la délégation et du retrait cf. *supra* §§562 et s.

a) La délégation totale et le retrait total : des effets presque identiques

574. L'étude de la délégation et du retrait total de l'autorité parentale permet de mettre en évidence que leurs effets sur la privation des parents de leurs prérogatives sont quasiment identiques (α). Toutefois, dans la mesure où aucun texte ne précise le sort réservé à l'administration légale en cas de modification de la dévolution de l'autorité parentale, une grande incertitude demeure sur ce point (β).

α - Des effets presque identiques sur la prise en charge de la personne de l'enfant

575. Concernant tout d'abord la délégation directe, la rédaction des textes qui la régissent peut surprendre par son ambiguïté. En effet, l'article 377 du Code civil vise la délégation de l'exercice de l'autorité parentale, ce qui pourrait laisser penser que les prérogatives classiquement attachées à la titularité de l'autorité parentale – à savoir le droit de surveillance et le consentement au mariage, à l'émancipation, et à l'adoption – sont conservées par les parents. Pourtant, l'article 377-3 du même code précise que « *le droit de consentir à l'adoption du mineur n'est jamais délégué* », ce qui laisse entendre que les autres prérogatives exceptionnelles peuvent être déléguées. Ainsi, lorsque la délégation est totale, toutes les prérogatives attachées à l'autorité parentale sont déléguées à l'exclusion du consentement à l'adoption¹. Par conséquent, à l'exception du consentement à l'adoption, la délégation totale directe touche à toutes les prérogatives traditionnellement attachées à la titularité de l'autorité parentale.

576. Les effets de la délégation totale directe sont donc quasiment identiques à ceux de la délégation résultant de la déclaration judiciaire de délaissement. Pourtant, le choix des mots fait par le législateur dans la rédaction des textes relatifs à la délégation totale directe et ceux relatifs à la déclaration de délaissement pourrait à première vue laisser penser que les prérogatives déléguées sont plus importantes lors d'une déclaration de délaissement. En effet, à la différence de l'article 377 du Code civil qui prévoit une délégation de l'exercice, l'article 388-1 prévoit une délégation de l'autorité parentale elle-même, ce qui fait supposer que, contrairement à la première qui ne concerne que l'exercice de l'autorité parentale, la seconde concerne sa titularité. Pourtant, dès lors que le consentement à l'adoption est la seule prérogative attachée à l'autorité parentale à ne pas pouvoir être déléguée lors d'une délégation

¹ Dans ce sens, V. C. NEIRINCK, « Fasc. 30 : Autorité parentale. - Délégation », *op. cit.*, n° 94.

directe, il est clair que ces deux délégations peuvent toucher à la titularité même de l'autorité parentale. Le champ des attributs délégués est même identique dès lors que la délégation directe est totale car l'article 377-3 du Code civil prévoyant l'impossibilité de déléguer le consentement à l'adoption est également applicable à la délégation résultant de la déclaration de délaissement dans la mesure où celle-ci, bien qu'indirecte, constitue une délégation¹.

Toutefois, sur la question de l'adoption, dans les faits, les enfants ne sont pas placés dans la même situation selon que l'autorité parentale a été déléguée de façon directe ou par le biais d'une déclaration judiciaire de délaissement. En effet, bien que le droit de consentir à l'adoption de l'enfant ne soit pas délégué en tant que tel lors de la déclaration judiciaire de délaissement, l'enfant déclaré délaissé et recueilli par l'ASE est admis en qualité de pupille de l'État². Il doit alors faire l'objet « *d'un projet de vie, défini par le tuteur avec l'accord du conseil de famille, qui peut être une adoption, si tel est l'intérêt de l'enfant* »³. Il peut alors être adopté sans que les parents y aient consenti⁴. À l'inverse, la délégation directe ne rend pas en elle-même l'enfant adoptable. C'est finalement la seule chose qui distingue la délégation indirecte de la délégation directe.

577. Les effets du retrait total de l'autorité parentale apparaissent également extrêmement similaires à ceux de la délégation totale, que celle-ci soit directe ou indirecte. En effet, tout comme la délégation résultant d'une déclaration de délaissement, le législateur prévoit que le retrait ne porte non pas sur l'exercice de l'autorité parentale, mais sur l'autorité parentale elle-même⁵, ce qui semble impliquer que la titularité même du droit soit retirée. L'article 379 du Code civil précise par ailleurs que le retrait total de l'autorité parentale « *porte de plein droit sur tous les attributs, tant patrimoniaux que personnels, se rattachant à l'autorité parentale* ». Ainsi, le retrait total de l'autorité parentale prive, sans ambiguïté aucune, le parent de tous les attributs attachés aussi bien à l'exercice de l'autorité parentale qu'à sa titularité. Il perd par conséquent le pouvoir de consentir à l'adoption, au mariage et à l'émancipation de l'enfant, de même que du droit de surveillance. Ainsi, le retrait total de l'autorité parentale se

¹ *Ibid.*, n° 100.

² Art. L. 224-4, 6°, CASF

³ Art. L. 225-1, al. 1, CASF

⁴ Cela ne vaut toutefois que lorsque la déclaration judiciaire de délaissement parentale est prononcée à l'encontre des deux parents ou, si la déclaration de délaissement est unilatérale, lorsque l'autre parent a été privé de l'autorité parentale ou s'il a remis volontairement l'enfant au service de l'ASE en vue de son admission en qualité de pupille de l'État. À défaut, la Cour de cassation est venue préciser que l'enfant ne pouvait être admis en qualité de pupille en raison de la privation des droits parentaux que cela entraînerait pour l'autre parent. Fort logiquement l'enfant ne devient pas non plus adoptable, le consentement de l'autre parent demeurant nécessaire. (Civ. 1^{re}, avis 19 juin 2019, n° 19-70.007 et 19-70.008 ; *Daloz actualités*, 12 juillet 2019, comm. Cottet).

⁵ V. Art. 378 à 381 C. civ qui visent tous le retrait de « l'autorité parentale » sans mention de l'exercice.

distingue de la délégation totale directe et indirecte par la perte du droit de consentir à l'adoption. Toutefois, ainsi que cela a été expliqué précédemment, cette différence n'est en réalité que purement théorique en matière de délégation indirecte.

La délégation totale de l'autorité parentale, qu'elle soit directe ou indirecte, ainsi que le retrait total ont donc, en réalité, des effets extrêmement similaires sur la prise en charge de la personne de l'enfant. En revanche, les textes ne font jamais référence à l'administration légale. Il en découle donc une grande incertitude quant aux effets des différentes mesures modificatives de l'autorité parentale sur l'administration légale.

β - Incertitudes des effets sur l'administration légale

578. Une incertitude importante sur leurs effets demeure toutefois concernant l'administration légale. En effet, aucun texte ne prévoit qui exerce l'administration légale en cas de modification de la dévolution de l'autorité parentale par délégation ou retrait. Dès lors qu'ils sont privés de l'exercice de l'autorité parentale, il est possible de penser que les parents devraient être privés de l'administration légale puisque celle-ci n'est dévolue qu'aux parents qui exercent l'autorité parentale¹. Par voie de conséquence, les parents privés de l'exercice de l'autorité parentale devraient également perdre le pouvoir de représenter l'enfant en justice dans la mesure où la représentation en justice de l'enfant est dévolue à l'administrateur légal en vertu de l'article 388-1-1 du Code civil.

S'il est communément admis que le retrait total de l'autorité parentale, en privant le parent de tous les attributs qui y sont attachés, le prive de l'administration légale², le sort réservé à l'administration légale ne fait pas l'unanimité en cas de délégation. Il pourrait *a priori* sembler logique qu'en déléguant l'exercice de l'autorité parentale à un tiers, la modification de la dévolution de l'autorité parentale entraîne la délégation à celui-ci de l'administration légale. Pourtant, en l'absence de textes réglant explicitement cette question, la délégation de l'administration légale au délégataire de l'exercice de l'autorité parentale est considérée comme *contra legem* par certains auteurs³ qui estiment qu'à défaut de disposition contraire, l'administration légale reste attribuée aux parents que la délégation soit volontaire ou imposée de façon directe ou indirecte⁴. Dans l'hypothèse ici étudiée du refus de prise en charge de

¹ Art. 382 C. civ.

² C. NEIRINCK, « Fasc. 40 : Autorité parentale. - Retrait », *in J-Cl rép. not.*, n° 74.

³ C. NEIRINCK, « Fasc. 30 : Autorité parentale. - Délégation », *op. cit.*, n° 102.

⁴ *Ibid.*, n° 98.

l'enfant par ses parents, cela reviendrait à dire que la gestion des biens de l'enfant et la représentation en justice de ce dernier ne seraient pas assurées.

Pourtant, le silence du législateur sur cette question s'explique s'il considère que l'administration légale et l'exercice de l'autorité parentale sont indissociables. En effet, dans ce cas l'absence de précision du législateur se justifie par l'imbrication des deux notions : dès lors que l'exercice de l'autorité parentale est délégué, l'administration légale incombe au délégataire. En admettant que l'exercice de l'autorité parentale et l'administration légale soient effectivement indissociables, le parent se retrouve privé de l'administration légale dès lors qu'il l'est de l'exercice de l'autorité parentale¹. Tel serait par conséquent le cas lors d'une délégation directe totale de l'exercice de l'autorité parentale, lors d'une délégation indirecte ou encore d'un retrait total de l'autorité parentale.

Toutefois, la solution est moins évidente lors d'une délégation directe partielle de l'exercice de l'autorité parentale ou d'un retrait partiel de l'autorité parentale.

b) La délégation partielle et le retrait partiel : des effets identiques

579. Si la délégation entraînée par une déclaration de délaissement est nécessairement totale, la délégation directe, qu'elle soit volontaire ou imposée, et le retrait peuvent n'être que partiels. Leurs effets sur les prérogatives d'autorité parentale sont alors identiques puisque, bien que cela ne soit expressément prévu par le législateur que pour le retrait de l'autorité parentale², dès lors que la modification n'est que partielle, elle est limitée aux attributs que le jugement spécifie³. Ainsi, selon les prévisions du jugement, un retrait partiel ou une délégation partielle peuvent aboutir aux mêmes effets.

580. Ici encore se pose la question de savoir quand les parents conservent l'administration légale et quand ils se la voient retirer. Comme en matière de délégation totale et de retrait total, concernant l'administration légale, l'absence de textes précis en la matière laisse place à interprétation. Il est certain que, si le jugement prévoit le retrait ou la délégation de l'administration légale, celle-ci ne pourra plus être exercée par les parents. En revanche, l'incertitude demeure dès lors que l'administration légale n'est pas expressément visée par le jugement.

¹Contra V. C. NEIRINCK, « Fasc. 40 : Autorité parentale. - Retrait », *op. cit.*, n° 83 : l'auteur considère qu'*a minima*, sauf précision contraire du jugement, le parent frappé d'un retrait partiel conserve les prérogatives exceptionnelles de l'autorité parentale et l'administration légale.

² Art. 379-1 C. civ.

³C. NEIRINCK, « Fasc. 30 : Autorité parentale. - Délégation », *op. cit.*, n° 96.

Si l'on admet, ainsi que cela a été expliqué précédemment¹, que l'exercice de l'autorité parentale et l'administration légale sont indissociables, il est possible de penser qu'elle pourrait être déléguée ou retirée alors même que cela n'est pas expressément prévu par le jugement. En effet, selon toute logique, dès lors que tous les attributs attachés à l'exercice de l'autorité parentale sont retirés ou délégués et que ne demeurent dévolus aux parents que des attributs attachés à sa titularité, l'administration légale ne devrait plus être dévolue à ces derniers. Si le jugement ordonnant la délégation prévoit, par exemple, que seront délégués tous les attributs attachés à l'autorité parentale à l'exception des prérogatives exceptionnelles, les parents devraient en principe être privés de l'administration légale. Il est par conséquent extrêmement important que le juge précise de façon rigoureuse sur quels attributs porte la délégation ou le retrait partiels et quels sont ceux qui demeurent entre les mains des parents.

La situation est d'autant plus incertaine que les magistrats qualifient parfois la délégation de partielle dès lors que le parent conserve un droit de visite avec l'enfant². Une telle solution est pourtant fort critiquable en ce qu'elle laisse entendre que le droit de visite serait un attribut de l'autorité parentale. Or, il n'en est rien, le droit de visite étant totalement détaché de l'autorité parentale et pouvant même être octroyé à un tiers³.

581. Ainsi, il ne semble pas exister de réelles divergences des effets de la modification de la dévolution de l'autorité parentale selon que cette modification est opérée par un retrait ou par une délégation. Il est alors très surprenant de constater, qu'en dépit d'effets similaires sur la dévolution de l'autorité parentale, ils ne garantissent pas tous à l'enfant une protection équivalente. En effet, les garanties d'ouverture d'une mesure de tutelle varient selon la voie choisie pour modifier la dévolution de l'autorité parentale.

2 - L'inégalité des conséquences de la modification de la dévolution de l'autorité parentale sur l'ouverture d'une mesure de tutelle

582. Ainsi que cela a été montré précédemment les effets de la délégation et du retrait de l'autorité parentale divergent peu. Pourtant, un élément évident les différencie : si dans l'hypothèse de la délégation, comme son nom l'indique, les attributs de l'autorité parentale sont transférés au délégataire, le retrait n'entraîne pas un tel transfert. Le retrait ne peut donc se suffire à lui-même. Il est nécessaire que la prise en charge de l'enfant et de ses biens ainsi que

¹ cf. *supra*. §578.

²C. NEIRINCK, « Fasc. 30 : Autorité parentale. - Délégation », *op. cit.*, n° 96.

³ Art. 371-4, al. 2, C. civ

la prise de toutes décisions le concernant soient assurées par un tiers. L'ouverture d'une tutelle est alors nécessaire. À l'inverse, elle ne s'impose pas dans l'hypothèse d'une délégation.

Pourtant, les textes relatifs à l'ouverture de la tutelle n'opèrent pas cette distinction et soulèvent ainsi une incertitude supplémentaire sur la prise en charge de l'enfant refusé. En effet, ces textes semblent poser un principe général selon lequel une mesure de tutelle doit être ouverte dès lors que les parents sont privés de l'exercice de l'autorité parentale (a). Mais, dès lors que l'on se penche sur les textes spécifiques à la tutelle des pupilles de l'État ou aux mesures de délégation et de retrait, l'ouverture d'une mesure de tutelle apparaît très inégale selon la mesure utilisée et la personne à laquelle l'enfant a été confié (b).

a) Le principe général : l'ouverture de la tutelle en cas de privation de l'exercice de l'autorité parentale

583. Lorsqu'aucun des deux parents n'assume plus la prise en charge de l'enfant, si ces derniers ne l'ont pas confié d'eux-mêmes à un tiers, la priorité est avant tout de pallier son absence de prise en charge. Toutefois, lorsque cette situation perdure, la modification de la situation de fait de l'enfant ne suffit plus. Une modification de la dévolution de l'autorité parentale peut d'abord s'avérer nécessaire afin que la prise en charge par le tiers puisse être assurée au mieux. Mais là encore, une telle traduction juridique peut apparaître insuffisante. C'est notamment le cas si les prérogatives de l'autorité parentale ont simplement été retirées aux parents sans les déléguer à un tiers car elles ne sont alors plus exercées par personne. Cela peut aussi être le cas lorsque les prérogatives de l'autorité parentale ont été déléguées à un tiers si l'on estime que, sur le long terme, la réunion des prérogatives parentales entre les mains du seul délégataire ne constitue pas un statut suffisamment protecteur. Il peut alors sembler opportun de mettre en place une tutelle puisqu'elle permet d'assurer la prise en charge de l'enfant par le tuteur tout en ne faisant pas peser sur une seule et même personne toutes les prérogatives en principe exercées par les parents.

Dans ce sens, le législateur semble prévoir la tutelle comme un régime juridique devant en principe s'appliquer à l'enfant dès lors que ses deux parents sont privés de l'exercice de l'autorité parentale. Tout d'abord l'article 373-5 du Code civil dispose que « *s'il ne reste plus ni père ni mère en état d'exercer l'autorité parentale, il y aura lieu à l'ouverture d'une tutelle ainsi qu'il est dit à l'article 390 ci-dessous* ». Or, l'article 390 du Code civil dispose pour sa part que « *la tutelle s'ouvre lorsque le père et la mère sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale* ». Ainsi, la lecture des textes laisse très clairement

apparaître qu'une mesure de tutelle doit en principe être ouverte dès lors que les deux parents sont privés de l'exercice de l'autorité parentale, peu importe qu'ils en aient ou non conservé la titularité.

Ainsi, dès lors qu'il ne reste pas un parent susceptible d'exercer l'autorité parentale, le retrait total et la délégation totale – qu'elle soit directe ou résulte d'une déclaration judiciaire de délaissement parental – semblent devoir nécessairement entraîner l'ouverture d'une tutelle dans la mesure où ils privent les parents de l'exercice de l'autorité parentale. L'ouverture de la tutelle ne semble faire de doute que lorsque la délégation ou le retrait ne sont que partiels puisque se pose alors la question de savoir quand les parents devront être considérés comme privés de l'exercice de l'autorité parentale lorsque seules certaines prérogatives leur sont retirées. En effet, étant donné que le retrait partiel aussi bien que la délégation partielle se limitent aux attributs que le jugement spécifie, il est envisageable que ces derniers laissent subsister entre les mains des parents certaines prérogatives attachées à l'exercice de l'autorité parentale.

584. Pourtant, la lecture des textes spécifiques au retrait et à la délégation, ainsi qu'une réflexion sur les implications de l'ouverture d'une tutelle, fait apparaître de très nombreuses incertitudes sur les cas dans lesquels la modification de la dévolution de l'autorité parentale doit entraîner l'ouverture d'une mesure de tutelle ; et ces incertitudes sont présentes alors même que la délégation serait totale. Les textes s'avèrent très elliptiques, voire parfois même contradictoires. Ainsi, alors même que la délégation et le retrait de l'autorité parentale entraînent des effets identiques sur la privation des prérogatives parentales¹, l'ouverture de la tutelle n'est pas prévue de façon uniformisée dès lors que la modification de la dévolution de l'autorité parentale conduit à priver les parents de l'exercice de l'autorité parentale, contrairement à ce que semblent indiquer les articles 373-5 et 390 du Code civil. Selon la personne à laquelle l'enfant a été confié et le mode de dévolution de l'autorité parentale utilisé, les garanties pour l'enfant d'être placé sous le régime de protection offert par la tutelle ne seront pas les mêmes.

¹ cf. *supra* §§573 et s.

b) La pratique : la mise en place inégale de la tutelle selon la personne assurant la prise en charge de l'enfant et la voie choisie pour modifier la dévolution de l'autorité parentale

Dans certains cas l'ouverture de la tutelle est prévue par les textes du Code civil ou du Code de l'action sociale et des familles. Il en va ainsi lorsque l'enfant est recueilli par l'ASE et qu'il fait l'objet d'une mesure de retrait total ou d'une déclaration de délaissement parental, mais également lorsque l'enfant est recueilli par un tiers autre que l'ASE et qu'il fait l'objet d'une mesure de retrait total ou partiel (α). À l'inverse, dans toutes les autres hypothèses l'ouverture d'une mesure de tutelle n'est pas expressément requise et demeure donc incertaine. C'est le cas lorsque l'enfant recueilli par l'ASE fait l'objet d'une mesure de retrait partiel mais également lorsque l'enfant est recueilli par un tiers autre que l'ASE et fait l'objet d'une mesure de délaissement parental ou encore, quel que soit le tiers ayant recueilli l'enfant, lorsqu'il fait l'objet d'une mesure de délégation (β).

Compte tenu de la difficulté de dégager une cohérence expliquant dans quels cas une mesure de tutelle s'impose et dans quels cas elle peut être exclue, il apparaît impossible de savoir si ces divergences marquent la volonté du législateur d'exclure l'ouverture d'une mesure de tutelle ou s'il s'agit d'oublis de sa part.

α - La protection de la tutelle garantie

585. Contrairement à ce que semblent suggérer les articles 373-5 et 390 du Code civil, alors même que les parents seraient effectivement privés de l'exercice de l'autorité parentale, l'ouverture d'une tutelle n'apparaît en réalité certaine que dans certains cas limités. Il n'en va ainsi qu'en cas de retrait total et de déclaration de délaissement lorsque l'enfant est recueilli par l'ASE et en cas de retrait total ou partiel lorsque l'enfant est confié à un tiers autre que le service de l'ASE.

Lorsque l'enfant dont l'autorité parentale est déléguée ou retirée est recueilli par l'ASE, la protection de l'enfant est garantie par l'article L. 224-4 du Code de l'action sociale et des familles prévoyant son admission en qualité de pupille de l'État. En effet, ce texte prévoit l'admission en qualité de pupille de l'État des enfants recueillis par l'ASE ayant fait l'objet d'une déclaration de délaissement parental¹ et de ceux dont les parents ont fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale et qui ont été recueillis par l'ASE². Ainsi, un retrait total ou

¹ L. 224-4, 6°, CASF

² L. 224-4, 5°, CASF

une délégation indirecte de l'autorité parentale entraîne pour les enfants recueillis par l'ASE l'ouverture d'une tutelle des pupilles de l'État¹. En revanche, ni l'admission en qualité de pupille de l'État, ni l'ouverture d'une tutelle de droit commun ne sont expressément prévues lorsque le retrait de l'autorité parentale n'est que partiel.

Cela peut sembler surprenant dans la mesure où, à l'inverse, l'article 380 du Code civil prévoit que, lorsque l'enfant n'est pas recueilli par l'ASE mais provisoirement confié à un tiers, ce dernier doit requérir l'ouverture de la tutelle. L'ouverture d'une mesure de tutelle est, par conséquent, également garantie pour l'enfant confié à un tiers autre que l'ASE en cas de retrait total ou partiel de l'autorité parentale ou du droit de garde lorsque l'autre parent est décédé ou s'il a perdu l'exercice de l'autorité parentale. Le législateur ne distingue pas selon les attributs de l'autorité parentale retirés. Dans tous les cas où un autre parent ne peut exercer l'autorité parentale, le retrait de l'autorité parentale à un parent entraîne l'ouverture d'une tutelle de droit commun, peu importe que ce retrait soit total ou partiel.

Une incertitude surgit alors quant à la nature de la tutelle ouverte dans une telle hypothèse. En effet, le retrait partiel ne privant les parents que des prérogatives expressément prévues par le jugement, ces derniers continuent en principe d'exercer les prérogatives qu'ils conservent. Or, l'ouverture d'une tutelle complète aurait pour conséquence de les priver des prérogatives que le jugement de retrait a maintenues entre leurs mains en les répartissant entre le conseil de famille et le tuteur selon les prévisions des articles 401 et suivants du Code civil. La doctrine considère donc que, dès lors que le retrait est partiel, la tutelle ouverte ne peut être qu'une tutelle aux biens². Mais, si telle est la solution, qui exerce les prérogatives retirées aux parents relatives à la personne de l'enfant ?

Les incertitudes liées à l'opacité des textes ne s'arrêtent pas là puisque, dans toutes les hypothèses autres que celles précitées conduisant à priver les parents de l'exercice de l'autorité parentale, l'ouverture même d'une tutelle est très incertaine.

β - La protection de la tutelle incertaine

586. Ainsi que cela a été précédemment montré³, les textes prévoient expressément l'ouverture d'une tutelle des pupilles de l'État lorsque l'enfant est recueilli par l'ASE et qu'il fait l'objet d'une déclaration judiciaire de délaissement parental ou lorsque l'autorité parentale

¹ L. 224-1 CASF

²P. SALVAGE-GEREST et I. MARIA, « Art. 382 à 386 - Fasc. 10 : Minorité. - Généralités sur les différents régimes de protection », in *J-CI C. civ.*, n° 65.

³ cf. *supra* §585.

est retirée aux parents en totalité. L'ouverture d'une tutelle de droit commun est, quant à elle, certaine lorsque l'enfant est confié à un tiers et que ses parents se voient retirer l'autorité parentale totalement ou partiellement. Dans toutes les autres hypothèses, l'ouverture d'une tutelle demeure incertaine alors même que les parents seraient privés de l'exercice de l'autorité parentale.

C'est tout d'abord le cas des enfants recueillis par l'ASE et dont les parents ne se sont vus retirés que partiellement l'autorité parentale. En effet, l'admission en qualité de pupilles de l'État de ces enfants n'étant pas prévue par l'article L. 224-4 du Code de l'action sociale et des familles, l'ouverture d'une tutelle des pupilles de l'État est exclue. De même que lorsque l'enfant est confié à un tiers autre que le service de l'ASE¹, le retrait ayant pour effet de priver les parents de prérogatives sans pour autant les confier à une autre personne, se pose le problème de savoir par qui les prérogatives retirées seront exercées. En l'absence de délégataire, l'absence d'ouverture d'une mesure de protection pourrait entraîner des difficultés dans la prise en charge de l'enfant.

De plus, aux termes de l'article 390 du Code civil, il est possible de penser que l'ouverture d'une tutelle de droit commun devrait être requise si le retrait partiel prive les parents de l'exercice de l'autorité parentale. Pourtant, ainsi que cela a été souligné précédemment², l'ouverture d'une tutelle complète semble devoir avoir pour effet de priver le parent des prérogatives résiduelles qu'il conserve, ce qui conduit la doctrine à penser que si une tutelle est ouverte dans une telle hypothèse il ne saurait s'agir que d'une tutelle aux biens³. Le problème lié à l'exercice des prérogatives relatives à la personne de l'enfant retirées aux parents ne serait alors pas pour autant réglé⁴.

L'ouverture d'une tutelle est tout aussi incertaine lorsque l'autorité parentale a été déléguée par l'effet d'une déclaration judiciaire de délaissement parentale et que l'enfant est confié à une personne autre que le service de l'ASE. En effet, alors que lorsque l'enfant est recueilli par l'ASE la déclaration de délaissement entraîne son admission en qualité de pupille de l'État⁵, lorsque l'enfant est confié à une autre personne aucun texte ne prévoit expressément l'obligation pour la personne à laquelle l'autorité parentale a été déléguée sur le fondement de

¹ cf. *supra* *ibid.*

² cf. *supra* *ibid.*

³P. SALVAGE-GEREST et I. MARIA, « Art. 382 à 386 - Fasc. 10 : Minorité. - Généralités sur les différents régimes de protection », *op. cit.*, n° 65.

⁴ Dans ce sens, V. M. BRUGGEMAN, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, pp. 337-338, n° 522 : l'auteur souligne les impasses auxquelles mène nécessairement la combinaison de la tutelle et de l'autorité parentale étant donné que « *l'ensemble composé de l'administration légale et de l'autorité parentale est en principe alternatif à la tutelle* ».

⁵ cf. *supra* §585.

l'article 381-2 du Code civil de requérir l'ouverture d'une tutelle. Pourtant, l'obligation de transmettre une demande de déclaration de délaissement parental dès lors que l'enfant est délaissé par ses parents depuis un an ne semble pas peser que sur l'ASE puisque l'article 381-2 du Code civil dispose que cette demande est obligatoirement transmise à l'expiration de ce délai « *par la personne, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant* »¹. Ces mêmes personnes se voient d'ailleurs déléguer l'autorité parentale par la même décision². Cette mesure semble donc avoir vocation à jouer dans toutes les hypothèses où l'enfant est pris en charge par un tiers et que les conditions du délaissement sont remplies. Toutefois l'ouverture de la tutelle n'est prévue que pour ceux recueillis par l'ASE. Cette différence de traitement peut surprendre et peut s'analyser comme un oubli de la part du législateur de légiférer clairement sur la situation de l'enfant dont la prise en charge n'est pas assurée par l'ASE mais par un membre de la famille ou un proche. Cette impression sort d'ailleurs renforcée par la lecture du troisième alinéa de ce même article qui exclut le prononcé du délaissement parental lorsqu'un membre de la famille demande à assumer la charge de l'enfant sans même prendre le soin de préciser que cela concerne l'hypothèse où l'enfant est pris en charge par l'ASE. La prise en charge par l'ASE semble donc constituer une évidence en dehors de laquelle le législateur a des difficultés à penser la prise en charge de l'enfant.

Le silence est tout aussi important en matière de délégation directe, que celle-ci soit totale ou partielle. Il est donc possible, ici encore, de s'interroger sur l'obligation d'ouvrir une tutelle. S'il s'agit d'une délégation partielle laissant, à au moins l'un des parents, certaines des prérogatives attachées à l'exercice de l'autorité parentale, il est certain que l'ouverture d'une tutelle est exclue. En revanche, la question se pose lorsque la délégation de l'exercice de l'autorité parentale est totale – qu'elle soit directe ou résulte d'une déclaration de délaissement – ou lorsque la délégation partielle ne laisse subsister entre les mains des parents aucune prérogative attachée à l'exercice de l'autorité parentale. En effet, comme dans tous les cas où la modification de la dévolution de l'autorité parentale conduit à priver les parents de son exercice, en application de l'article 390 du Code civil, la tutelle devrait être ouverte. Certains auteurs considèrent par conséquent qu'une tutelle, mais uniquement limitée aux biens, devrait être ouverte³. À l'inverse d'autres considèrent que la délégation est une alternative à l'ouverture

¹ Art. 381-2, al. 1, C. civ.

² Art. 381-2, al. 5, C. civ.

³P. SALVAGE-GEREST, « Art. 394 à 410 - Fasc. 30 : Minorité. - Tuteur. - Gouvernement de la personne du mineur », *in J-Cl C. civ.*, n° 44.

d'une mesure de tutelle, ce qui exclut le recours à la tutelle en cas de délégation¹. Cette seconde position semble confirmée par la lecture de l'article L. 224-8 du code de l'action sociale et des familles qui concerne l'hypothèse particulière des suites à donner à une contestation couronnée de succès de l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État et prévoit la possibilité pour le tribunal de confier l'enfant au demandeur, soit à charge pour ce dernier de requérir l'organisation de la tutelle, soit en lui déléguant les droits de l'autorité parentale². La délégation et la tutelle semblent donc bien être conçues par le législateur comme des modes alternatifs de protection du mineur. Il serait alors souhaitable de revoir la rédaction de l'article 390 du Code civil afin de clarifier les cas dans lesquels une tutelle de droit commun doit être ouverte.

587. Ainsi, en dépit des articles 373-5 et 390 du Code civil, la systématique de l'ouverture d'une tutelle lorsque les parents sont privés de l'exercice de l'autorité parentale est très incertaine. De plus, même lorsque l'ouverture de la tutelle est prévue, dès lors que les parents conservent certaines prérogatives, le champ de la tutelle ouverte reste très incertain. Il semble par conséquent impératif de préciser les textes relatifs à ces questions.

Or, réfléchir sur une réécriture des textes en vue de leur clarification impose de se positionner sur la question de savoir s'il semble opportun d'imposer l'ouverture d'une mesure de tutelle à toutes les hypothèses où l'exercice de l'autorité parentale n'est plus assuré par les parents – ainsi que semble le prévoir l'article 390 du Code civil – ou si, au contraire, l'ouverture d'une mesure de tutelle doit être écartée lorsqu'un tiers se voit déléguer l'exercice de l'autorité parentale. De façon plus générale, cela pose la question de la nécessité de mettre en place un régime de protection plus complet et durable dès lors que la prise en charge de l'enfant n'est plus assurée par ses parents.

Section 2 – L'opportunité variable de la mise en place d'un régime de protection durable

588. La question qui se pose ici est celle de savoir si la modification de la dévolution de l'autorité parentale est suffisante pour assurer la protection de l'enfant dont aucun parent ne souhaite assurer la prise en charge. En matière de retrait, la réponse à cette question apparaît évidemment négative. En effet, le fait de retirer des prérogatives aux parents ne saurait

¹C. NEIRINCK, « Fasc. 30 : Autorité parentale. - Délégation », *op. cit.*, n° 102.

² Art. L. 224-8, V, CASF

permettre d'assurer la protection de l'enfant puisqu'il est nécessaire pour cela que sa prise en charge soit assurée par un ou plusieurs tiers. Toutefois, la réponse à cette question est moins évidente en ce qui concerne la délégation de l'autorité parentale puisque, dans cette seconde hypothèse, les prérogatives appartenant en principe aux parents ont été transférées à un tiers, ce qui lui permet d'assurer la prise en charge de l'enfant.

Il pourrait être avancé que la délégation conduit à laisser de façon durable un enfant dont ses deux parents se désintéressent dans une situation juridique peu protectrice car l'attachement parental qui semble justifier la dévolution traditionnelle de l'autorité parentale entre les mains de deux ou d'un seul parent n'existe pas ici. Il peut sembler critiquable que la personne à laquelle l'enfant a été confié puisse prendre seule toutes les décisions qui lui sont relatives sans aucun contrôle extérieur. L'ouverture d'une tutelle, à l'inverse, permettrait d'offrir un statut davantage protecteur à l'enfant en plaçant le tuteur sous le contrôle du juge des tutelles ou du conseil de famille (§ 1).

Une autre solution encore plus radicale pouvant être envisagée est de créer de nouveaux liens de filiation à l'égard de l'enfant, afin de le réintégrer dans une nouvelle famille (§2).

À la frontière entre la simple prise en charge par un tiers et la réintégration de l'enfant dans une nouvelle famille, la réforme de 2016 a créé un nouveau type d'accueil qualifié de bénévole et durable qui semble avoir pour objectif de faciliter l'évolution de la protection conférée à l'enfant vers une adoption (§3).

§1 - La tutelle : organe nécessaire à la protection de l'enfant dont les parents n'exercent plus l'autorité parentale ?

589. Sachant que l'autorité parentale peut être déléguée ou retirée, se pose la question de savoir si l'ouverture d'une mesure de tutelle est nécessaire afin de garantir à l'enfant une protection suffisante ou si, à l'inverse, la modification de la dévolution de l'autorité parentale est suffisamment protectrice de l'enfant. Cette question ne se pose en réalité que lorsque l'autorité parentale est déléguée. En effet, le retrait de l'autorité parentale est par nature insuffisant puisqu'il n'opère pas un transfert des prérogatives de l'autorité parentale.

Il a précédemment été démontré que, en raison de l'absence de clarté des textes et de consensus doctrinal en la matière, l'ouverture d'une mesure de tutelle reste très incertaine dans l'hypothèse d'une délégation de l'autorité parentale. La question à laquelle il sera donc tenté de répondre ici est celle de savoir si l'ouverture d'une mesure de tutelle est souhaitable dès lors que l'autorité parentale a été déléguée à un tiers.

Afin de répondre à cette question, il sera nécessaire dans un premier temps d'évaluer la protection conférée au mineur par la mesure de tutelle, afin de mettre en évidence sa variabilité (A) ce qui permettra de conclure à l'opportunité discutable de l'ouverture systématique d'une tutelle dès lors que les parents sont privés de l'exercice de l'autorité parentale (B).

A - La protection variable conférée par la tutelle

590. Les garanties de protection de l'enfant placé sous tutelle divergent selon le type de tutelle ouverte. En effet, s'il est montré que la tutelle familiale de droit commun ainsi que la tutelle des pupilles de l'État sont très protectrices de l'enfant, il en va différemment de la tutelle départementale dont le fonctionnement demeure extrêmement incertain.

En principe, l'enfant conservant des liens affectifs avec des membres de sa famille devrait faire l'objet d'une tutelle familiale de droit commun. Toutefois, lorsque cela s'avère impossible, c'est une tutelle départementale qui est mise en place. La tutelle des pupilles de l'État n'a quant à elle qu'une vocation subsidiaire.

Seront ainsi distinguées la situation où l'enfant conserve des liens avec sa famille, ce qui donne en principe lieu à une tutelle de droit commun (1), et la situation où l'enfant ne conserve pas de liens avec sa famille ce qui donne lieu à l'ouverture d'une tutelle des pupilles de l'État (2).

1 - L'enfant ayant des liens affectifs avec sa famille : la tutelle de droit commun

591. Il convient préalablement de noter que, si les parents peuvent organiser la protection de leur enfant par la tutelle des pupilles de l'État, ils ne peuvent pas, en revanche, organiser l'ouverture d'une tutelle familiale. En effet, ainsi que le prévoit l'article L. 224-4 troisièmement du code de l'action sociale et des familles, ils peuvent remettre l'enfant à l'ASE en vue de le faire admettre en qualité de pupille de l'État¹. Ils n'ont en revanche pas la possibilité d'organiser une tutelle familiale de leur vivant. Cela permet de mettre en évidence le fait qu'ici encore, comme en matière de délégation², le législateur a du mal à envisager que le parent organise lui-même le transfert des prérogatives attachées à sa mission de parent. Cela n'est finalement possible que si l'enfant est remis à l'ASE, ce qui peut sembler fort surprenant

¹ Pour des développements sur ce point cf. *supra* §§233 et s.: la remise de l'enfant en vue de le faire admettre en qualité de pupille y est envisagée comme l'une des étapes permettant de voir sa filiation rompue à l'égard d'un enfant, à condition qu'une adoption plénière soit par la suite prononcée.

² cf. *supra*. §§558 et s.

puisque l'ouverture de ces deux tutelles aboutit à des effets similaires allant jusqu'à destituer le parent de sa possibilité de consentir à l'adoption.

L'article 390 du Code civil ne prévoit l'ouverture de la tutelle qu'en cas de décès des père et mère, lorsque la filiation de l'enfant n'est pas légalement établie et lorsque les parents se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale. La volonté des parents ne semble pouvoir donner lieu qu'à l'ouverture d'une tutelle aux biens, l'article 391 du Code civil prévoyant la possibilité, en cas d'administration légale, pour le juge des tutelles d'ouvrir une tutelle à la requête des parents pour causes graves¹. La possibilité pour les parents de requérir l'ouverture d'une tutelle complète n'est, à l'inverse, pas prévue.

Dès lors que les parents sont privés de l'exercice de l'autorité parentale, une tutelle familiale doit en principe s'ouvrir. En réalité, cela ne sera possible que lorsque la famille peut assumer cette charge tutélaire (a). À défaut, une tutelle départementale – également incluse dans le droit commun tutélaire² – devra être ouverte (b).

a) La possibilité pour la famille d'assumer la charge de l'enfant : la tutelle familiale

592. La tutelle de droit commun apparaît particulièrement protectrice des intérêts de l'enfant. En effet, elle ne laisse pas toutes les prérogatives attachées à l'autorité parentale aux mains d'une seule et même personne. La responsabilité de la prise en charge de la personne de l'enfant et des biens de ce dernier est répartie entre au moins quatre personnes composant le conseil de famille³, lequel est présidé par le juge des tutelles⁴.

Le tuteur est nommé par le Conseil de famille⁵. Il est en principe l'organe exécutant de la tutelle, celui qui assure la prise en charge matérielle quotidienne de l'enfant, qui le représente dans tous les actes de la vie civile⁶ et en justice⁷. Il assure également la gestion des biens de

¹ Sur les incertitudes doctrinales et jurisprudentielles sur le caractère purement patrimonial de la tutelle prévue par l'article 391 du Code civil, V. B. BALIVET, « V° Mineurs - Fasc. 40 : Mineurs. - Tutelle », in *J-CI Procédures*, n° 25. Pour une illustration du flou qui règne en la matière V. par ex. : *Civ. 1^{re}*, 3 novembre 2004, n° 03-05.056, Bull. 2004, I, n° 246, p. 205 : *JurisData* n° 2004-025432 ; *Dr. Fam.* 2005, n° 5, comm. 122, comm. Salvage-Gerest. Toutefois, la jurisprudence aussi bien que la doctrine retiennent majoritairement que la tutelle prévue par l'article 391 C. civ constitue une tutelle portant uniquement sur les biens du mineur. Dans ce sens V. notamment : *Cass.*, avis n° 15004, 24 mars 2014, n° 13-70.010 ; *Dalloz actualités*, 18 avril 2014, note Douville.

² Dans ce sens, V. N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE et Fr. ARBELLOT, *Protection de la personne vulnérable*, coll. *Dalloz action*, Dalloz, 2018 2017, p. 207, n° 132.11.

³ Art. 399, al. 2, C. civ.

⁴ Art. 400, al. 1, C. civ.

⁵ Art. 404 C. civ. Le tuteur peut également être désigné par testament par le dernier vivant des père et mère (art. 403, al. 1, C. civ.) mais cette hypothèse n'intéresse pas cette étude.

⁶ Art. 408, al. 1, C. civ.

⁷ Art. 408, al. 2, C. civ.

l'enfant¹. Il convient toutefois de noter que le conseil de famille peut décider de nommer plusieurs tuteurs, par exemple un aux biens et un à la personne².

Bien que le tuteur joue un rôle prépondérant dans la prise en charge de l'enfant, il ne peut prendre seul toutes les décisions. En effet, il ne peut pas accomplir seul tous les actes relatifs à l'enfant. Concernant d'abord les biens de l'enfant, l'autorisation du conseil de famille est nécessaire en matière d'actes de disposition³. Le tuteur ne peut donc accomplir seul que les actes de conservation et d'administration. Concernant ensuite la personne de l'enfant, « *le conseil de famille règle les conditions générales de l'entretien et de l'éducation du mineur en ayant égard à la volonté que les père et mère avaient pu exprimer* »⁴. Les décisions importantes relatives à la vie de l'enfant sont donc prises par le conseil de famille et le tuteur doit assurer la prise en charge de l'enfant dans le respect de ces directives.

Dans l'exercice de sa mission, le tuteur est également soumis à la surveillance du subrogé tuteur⁵. Afin que cette surveillance soit effective, le tuteur doit consulter et informer le subrogé tuteur avant tout acte important⁶. Ce dernier, à peine d'engager sa responsabilité à l'égard de l'enfant, « *surveille les actes passés par le tuteur en cette qualité et informe sans délai le juge des tutelles s'il constate des fautes dans l'exercice de sa mission tutélaire* »⁷.

Le juge des tutelles joue donc également un rôle important dans la tutelle de droit commun. Au-delà de son pouvoir de surveillance, exercé de façon indirecte par l'intermédiaire du subrogé tuteur, c'est également lui qui nomme, parmi les personnes s'intéressant au mineur⁸, les membres du conseil de famille « *en considération de l'intérêt du mineur et en fonction de leur aptitude, des relations habituelles qu'ils entretenaient avec le père ou la mère de celui-ci, des liens affectifs qu'ils ont avec lui ainsi que de la disponibilité qu'ils présentent* »⁹. Il joue également un rôle primordial dans le fonctionnement de la tutelle. Il a notamment des contacts fréquents avec le tuteur et le subrogé tuteur en dehors des réunions du conseil de famille. Il préside par ailleurs ces dernières et sa voix est prépondérante en cas de partage¹⁰.

¹ Art. 408, al. 3, C. civ.

² Art. 405 C. civ.

³ L'article 401 du Code civil renvoie au Titre XII relatif à la gestion des biens des majeurs et des mineurs sous tutelle. Or, l'alinéa 1er de l'article 505 du même code dispose que « *le tuteur ne peut, sans y être autorisé par le conseil de famille ou, à défaut, le juge, faire des actes de disposition au nom de la personne protégée* ».

⁴ Art. 401, al. 1, C. civ.

⁵ Art. 410, al. 1, C. civ.

⁶ Art. 410, al. 2, C. civ.

⁷ Art. 410, al. 3, C. civ.

⁸ Art. 399, al. 3, C. civ. : « *Les membres du conseil de famille sont choisis en considération de l'intérêt du mineur et en fonction de leur aptitude, des relations habituelles qu'ils entretenaient avec le père ou la mère de celui-ci, des liens affectifs qu'ils ont avec lui ainsi que de la disponibilité qu'ils présentent.* »

⁹ Art. 399, al. 4, C. civ.

¹⁰ Sur le rôle du juge des tutelles V. les articles 1234 et s. du C. pr. civ.

593. Le tuteur, bien qu'il joue un rôle prépondérant dans la prise en charge de l'enfant, est donc très entouré dans le cadre de la prise en charge de l'enfant. La tutelle de droit commun est, par conséquent, extrêmement protectrice de ce dernier. Toutefois, cette tutelle familiale n'est pas toujours possible car elle suppose l'implication de la famille de l'enfant dans la prise en charge de ce dernier ou, plus largement, celle de personnes manifestant d'un intérêt à son égard. De plus, elle suppose de pouvoir nommer un tuteur, un subrogé tuteur, et que deux autres personnes au moins acceptent de faire partie du conseil de famille. Si cela s'avère impossible, la tutelle est considérée comme vacante et s'ouvre alors une tutelle départementale.

b) L'impossibilité pour la famille d'assumer la charge de l'enfant : la tutelle départementale

594. Ainsi, « *le constat de vacance de la tutelle traduit le plus souvent un relatif abandon familial de l'enfant* »¹. Elle suppose un certain isolement de ce dernier. Il semble alors devoir faire l'objet d'une protection accrue. Pourtant, le traitement de la tutelle départementale, aussi bien par le législateur que par la doctrine, est extrêmement lacunaire. Le Code civil n'y consacre qu'un seul article, et le décret n° 74-930 du 6 novembre 1974² qui réglementait auparavant le fonctionnement de cette tutelle a été en très grande partie abrogé par le décret n° 2008-1554 du 31 décembre 2008³, si bien que le fonctionnement de la tutelle départementale reste très incertain.

Cet unique article dispose que « *si la tutelle reste vacante, le juge des tutelles la défère à la collectivité publique compétente en matière d'aide sociale à l'enfance. En ce cas, la tutelle ne comporte ni conseil de famille ni subrogé tuteur* »⁴. *A contrario*, la tutelle départementale ne semble donc fonctionner qu'avec l'un des organes classiquement prévus en matière de tutelle de droit commun : le tuteur. Tous les autres aspects de la tutelle départementale, de ses causes d'ouverture (α) à son fonctionnement (β), demeurent quant à eux incertains. C'est pourtant celle qui s'ouvre dès lors que l'enfant est le moins entouré et, par conséquent, lorsque son besoin de protection est le plus grand.

¹H. RICHEMONT, *Rapport au Sénat portant sur la réforme de la protection juridique des majeurs*, session ordinaire 2006/2007, p. 100.

²Décret n° 74-930 du 6 novembre 1974 portant organisation de la tutelle d'État et de la curatelle d'État.

³Décret n° 2008-1554 du 31 décembre 2008 relatif aux modalités de participation des personnes protégées au financement de leur mesure de protection.

⁴Art. 411 C. civ.

α - L'incertitude sur les causes d'ouverture

595. Le législateur n'a pas jugé nécessaire de définir la notion de tutelle vacante. La jurisprudence précise quant à elle que la tutelle est vacante lorsque « *nul n'est en mesure d'en assumer la charge* »¹. Il est alors possible de penser que la tutelle sera qualifiée de vacante dès lors qu'il s'avère impossible de trouver dans l'entourage de l'enfant des personnes ayant la possibilité et le désir d'assumer la charge des différents organes tutélaires. Tel est d'abord le cas lorsque personne dans l'entourage de l'enfant ne peut ou ne souhaite assumer la charge de tuteur et prendre soin de l'enfant au quotidien². Tel semble également devoir être le cas lorsqu'il est impossible de constituer un conseil de famille puisque les organes de la tutelle de droit commun ne peuvent alors pas être réunis.

Toutefois, cette seconde hypothèse interroge dès lors que la vacance de la tutelle entraîne le déferrement de la tutelle au département, représenté par le président du conseil départemental³, qui assume dès lors la charge de l'enfant. Il est par conséquent possible de s'interroger sur l'opportunité de déferer au département la tutelle de l'enfant dans une hypothèse où un membre de la famille ou un proche de l'enfant souhaiterait en assumer la charge sans toutefois qu'il soit possible de réunir suffisamment de personnes s'intéressant à l'enfant pour constituer un conseil de famille. Le caractère subsidiaire de la tutelle départementale semble aller à l'encontre d'une prise en charge matérielle de l'enfant par le département alors même qu'un membre de la famille ou un proche de l'enfant souhaiterait en assumer la charge.

596. Toutefois, si le Conseil de famille ne peut être constitué, la tutelle est bien vacante et une tutelle départementale doit donc en principe être ouverte. Comment doit-elle alors s'effectuer ? Le président du conseil départemental peut-il déléguer les missions de tuteurs au proche souhaitant assumer la charge de l'enfant ? Est-il alors possible que seule la tutelle sur les biens de l'enfant soit déferée au département ? Ou seule la résidence de l'enfant est-elle alors attribuée au membre de la famille, à charge pour le tuteur de prendre toutes les décisions relatives à l'enfant ? À moins que la tutelle départementale puisse être écartée au profit d'une délégation ? L'incertitude en la matière est totale dans la mesure où les décisions en la matière sont presque inexistantes et où aucun texte n'apporte d'éléments sur cette question.

¹Civ. 1^{re}, 20 novembre 1985, n° 84-13094, Bull. civ. I, n° 316 ; *Gaz. Pal.* 1986, n° 1, p. 695, note Massip ; *Defrénois* 1986, art. 33735, n° 47, note Massip ; *JCP N* 1987, II, p. 137, note Fossier.

²P. MURAT (ss. dir), *Droit de la famille*, coll. Dalloz action, Dalloz, 2014/2015, p. 1416, n° 338.53

³*Ibid.*, p. 1423, n° 338.131.

De plus, la tutelle départementale est toujours envisagée en doctrine dans l'hypothèse où la prise en charge matérielle de l'enfant est assurée par un établissement ou un service, si bien que la mission du tuteur n'est envisagée que comme déléguée par le président du conseil départemental aux services de l'aide sociale à l'enfance¹. Le fonctionnement de la tutelle départementale apparaît donc encore plus incertain que les causes conduisant à son ouverture.

β - L'incertitude sur le fonctionnement

597. Avant l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015, l'article 411 du Code civil prévoyait en son troisième alinéa que « *la personne désignée pour exercer cette tutelle a, sur les biens du mineur, les pouvoirs d'un administrateur légal sous contrôle judiciaire* ». Cela permettait de déterminer les actes que le tuteur pouvait accomplir seul et ceux pour lesquels il devait obtenir l'autorisation du juge des tutelles. Toutefois, cet alinéa ayant été abrogé par l'ordonnance précitée, il n'existe plus aucune base légale permettant de déterminer avec certitude les pouvoirs du tuteur dans le cadre d'une tutelle départementale. La seule certitude concernant la tutelle départementale est que, comme les autres formes de tutelles, elle est soumise à la surveillance du juge des tutelles et du procureur de la République en vertu de l'article 411-1 du Code civil. Mais, là encore, la façon dont cette surveillance s'exerce demeure incertaine.

En l'absence totale de textes en la matière il est très difficile de déterminer qui assure les différentes prérogatives en principe assumées par les parents² : qui représentera l'enfant en justice ou dans les actes de la vie civile ? Qui administrera ses biens ? Qui prendra les décisions relatives à l'éducation et à l'entretien de l'enfant ? Le service assurant la prise en charge matérielle de l'enfant doit-il assurer l'ensemble de ces prérogatives ? À moins que certaines d'entre elles demeurent entre les mains du président du conseil départemental ? Puisqu'aucun conseil de famille n'est constitué en matière de tutelle départementale et qu'aucun texte ne régit son fonctionnement, il n'existe aucune certitude en la matière.

598. Une telle lacune des textes est extrêmement critiquable alors que l'enfant susceptible d'être soumis à une tutelle départementale se trouve dans une situation particulièrement vulnérable. Dans un tel contexte l'opportunité de l'existence de la tutelle départementale questionne.

¹ *Ibid.*, p. 1424, n° 338.132.

² Sur l'absence totale d'indications légales concernant le fonctionnement de la tutelle départementale, V. M. MONTEIL, *L'orphelin mineur*, thèse, Université Toulouse Capitole, 2018, pp. 257 et s., n° 535 et s.

En effet, si l'idée d'une alternative à la tutelle de droit commun peut sembler opportune dès lors que le contexte familial et affectif de l'enfant rend impossible la constitution de tous les organes tutélaires, la tutelle départementale n'apparaît pas comme une alternative satisfaisante, dans la mesure où elle soulève plus de problèmes qu'elle n'apporte de solutions. Ainsi, il semble nécessaire de préciser ce régime ou, à défaut, de le supprimer. En effet, il semble tout à fait possible d'envisager la prise en charge de l'enfant dont les parents se désintéressent en l'absence de tutelle départementale. Il convient de distinguer deux hypothèses : celle où un membre de la famille ou de l'entourage proche de l'enfant souhaite en assumer la prise en charge matérielle, mais où une tutelle de droit commun est impossible en raison de l'impossibilité de constituer un conseil de famille, et celle où personne n'envisage de prendre l'enfant en charge au quotidien.

Dans la première hypothèse, l'enfant peut être confié à la personne souhaitant le prendre en charge si cela est jugé dans son intérêt. Cette prise en charge pourrait dans un premier temps être envisagée dans le cadre d'un placement, afin qu'un contrôle puisse être opéré par l'ASE et le juge pour les actes plus graves¹. Puis, dans un second temps, ou si la prise en charge de l'enfant est *de facto* assurée de façon satisfaisante depuis un certain temps par le tiers en dehors de toute décision judiciaire, la personne assurant la prise en charge de l'enfant pourrait demander une délégation de l'exercice de l'autorité parentale. Mais cela n'est envisageable que si les parents sont toujours titulaires de l'exercice de l'autorité parentale. À défaut, comment déléguer des prérogatives qui ont déjà été retirées ? Il est, par conséquent, nécessaire que la demande de modification de dévolution de l'autorité parentale tienne bien compte de la possibilité ou non de réunir tous les organes de la tutelle de droit commun. Si cela est impossible, le retrait aux deux parents de l'autorité parentale n'est pas opportun puisqu'il conduit à l'ouverture d'une tutelle. Une demande de délégation doit donc être préférée².

Dans la seconde hypothèse, puisque personne ne souhaite assurer la prise en charge quotidienne de l'enfant, pourquoi ne pas admettre l'enfant en qualité de pupille ? Cela permettrait d'assurer à un enfant destiné à être pris en charge par les services sociaux de manière durable une protection adaptée à sa situation³. L'idée selon laquelle l'admission en qualité de pupille de l'État ferait courir à l'enfant le risque d'être coupé de sa famille ne semble pas

¹ cf. *supra* §§543 et s.

² La validité de ce raisonnement suppose toutefois que la délégation constitue effectivement une alternative à la tutelle. À défaut, la délégation de la totalité de l'exercice devrait conduire sur le fondement de l'article 390 du Code civil à l'ouverture d'une tutelle. Là encore, la rédaction peu claire des textes rend le raisonnement particulièrement malaisé.

³ Dans ce sens, V. P. SALVAGE-GEREST, « Le rapport de l'ONED sur la situation des pupilles de l'Etat », *Dr. Fam.* 2007, n° 6, étude 24.

raisonnable. En effet, l'adoption n'est pas une conséquence automatique de l'admission en qualité de pupille. Seuls un tiers des pupilles de l'État étaient placés en vue de leur adoption en 2005¹ et 40,6 % en 2011². Le projet d'adoption pourra notamment être écarté si l'enfant est bien inséré dans sa famille d'accueil, si l'enfant ne le souhaite pas ou s'il conserve des liens avec sa famille³. Elle n'est envisagée dans le projet pour l'enfant que si cela apparaît comme la meilleure solution pour lui⁴. Si, en dépit de l'impossibilité de mettre en place une tutelle familiale, des membres de la famille souhaitent entretenir des liens avec l'enfant, son admission en qualité de pupille n'y fait en aucun cas obstacle. Un droit de visite peut parfaitement être mis en place. Dans le même sens, le fait d'écarter le prononcé d'une déclaration de délaissement parental sur le motif que l'adoption ne serait pas dans l'intérêt de l'enfant – par exemple parce qu'il est bien intégré dans sa famille d'accueil – apparaît critiquable⁵. De plus, il apparaît également critiquable que le simple fait que des membres de la famille de l'enfant s'intéressent à lui, sans pour autant pouvoir ou souhaiter assurer sa prise en charge, puisse faire obstacle à l'application à ce dernier d'un régime protecteur. Dans ce sens, le législateur n'écarte la demande de déclaration de délaissement parental que si 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 dernier⁶. Ainsi, le simple intérêt sans intention de prise en charge ne saurait dans ce cas faire obstacle à l'admission en qualité de pupille de l'État. Il semble donc curieux qu'il en aille différemment dans une situation équivalente. Les magistrats ne semblent d'ailleurs pas s'y tromper puisqu'en pratique les juges des tutelles apprécient au cas par cas l'opportunité d'ouvrir une tutelle départementale ou une tutelle des pupilles de l'État⁷.

2 - L'enfant sans liens affectifs avec sa famille : la tutelle des pupilles de l'État

599. La tutelle des pupilles de l'État est ouverte dès lors que l'enfant est admis en qualité de pupille de l'État, ce qui suppose que l'enfant ait été remis ou recueilli par l'ASE

¹J.-M. COLOMBANI, *Rapport sur l'adoption*, coll. La documentation française, 2008, p. 47.

²ONED, *La situation des pupilles de l'État. Enquête au 31 décembre 2011*, coll. La documentation française, janvier 2013, p. 12.

³*Ibid.*, p. 16

⁴ Art. L. 225-1, al. 1, CASF.

⁵ La jurisprudence en la matière est fluctuante, mais elle retient parfois ce motif pour écarter le prononcé du délaissement parental. Par ex. : Civ. 1^{re}, 3 décembre 2014, n° 13-24.268 : JurisData n° 2014-029460 ; *Lexbase Hebdo éd. Gén.*, 15 janvier 2015, 597, comm. Gouttenoire ; *Dr. Fam.* 2015, comm. 132, Neirinck. *Contra* : *CA Paris*, 7 mai 2015, n° 14/24133 : JurisData n° 2016-011116.

⁶ Art. 381-2, al. 3, C. civ.

⁷ Dans ce sens, V. N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE et Fr. ARBELLOT, *Protection de la personne vulnérable*, *op. cit.*, p. 209, n° 132.11.

depuis un certain temps. Dans l'hypothèse ici étudiée où les parents se désintéressent de l'enfant et n'assurent plus sa prise en charge, cela peut concerner les enfants qui ont expressément été remis au service de l'ASE en vue de leur admission comme pupilles de l'État par les personnes qui ont qualité pour consentir à leur adoption depuis plus de deux mois, de ceux qui ont expressément été remis à ce service depuis plus de six mois par leur père ou leur mère en vue de leur admission en qualité de pupille et dont l'autre parent n'a pas fait connaître au service, pendant ce délai, son intention d'en assumer la charge, ceux dont les parents ont fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale et enfin ceux ayant fait l'objet d'une déclaration de délaissement parental¹.

600. À la différence de la tutelle familiale de droit commun, la tutelle des pupilles de l'État « *ne comporte pas de juge de tutelle ni de subrogé tuteur* »². Elle ne comprend donc qu'un tuteur et un conseil de famille. Le tuteur est le représentant de l'État dans le département, qui peut se faire représenter. Le conseil de famille, quant à lui, est composé de façon très différente du conseil de famille de la tutelle familiale de droit commun puisque ses membres ne sont pas des proches de l'enfant mais « *des représentants du conseil départemental désignés par cette assemblée sur proposition de son président (...); des membres d'associations à caractère familial (...), d'associations d'assistants maternels et d'associations de pupilles et anciens pupilles de l'État choisis par le représentant de l'État dans le département sur des listes de présentation établies par lesdites associations; des personnalités qualifiées désignées par le représentant de l'État dans le département* »³.

En revanche, les attributions dévolues au tuteur et au conseil de famille sont les mêmes que celles conférées à ces organes dans la tutelle de droit commun⁴. Autrement dit, la personne à laquelle le tuteur a délégué ses attributions assure la prise en charge matérielle de l'enfant, prend les décisions et est l'organe exécutant. Toutes les décisions importantes relatives à la personne de l'enfant sont prises par le conseil de famille dans le cadre du projet pour l'enfant. De même, les actes de disposition sur ses biens nécessitent l'autorisation du conseil de famille. Toutefois, la gestion des biens du mineur n'est pas assurée par le tuteur, ses deniers étant confiés au directeur départemental des finances publiques⁵.

¹ Art. L. 224-4, 2°, 3°, 5° et 6°, CASF

² Art. L. 224-1, al. 1, CASF

³ Art. L. 224-2 CASF

⁴ Art. L. 224-1, al. 2, CASF

⁵ Art. L. 224-9, al. 1, CASF

Ainsi, la carence familiale de l'enfant admis en qualité de pupille de l'État est palliée par la formation d'un conseil de famille composé de personnes qualifiées qui prennent toutes les décisions importantes le concernant. Tout comme en matière de tutelle familiale, le fonctionnement de sa prise en charge est clairement défini, ce qui permet d'assurer sa protection. Il est alors possible de se demander si l'intérêt de l'enfant dont ses deux parents se désintéressent ne serait pas d'être systématiquement placé sous un régime de tutelle.

B - L'opportunité discutable de l'ouverture systématique d'une tutelle

601. La prise en charge de l'enfant dans le cadre d'une tutelle familiale ou dans le cadre d'une tutelle des pupilles de l'État apparaissant particulièrement protectrice, il pourrait sembler judicieux d'accorder une telle protection à l'enfant de façon systématique dès lors que ses parents se désintéressent de lui de façon durable. Pourtant, la mise en place de ces tutelles est loin d'être systématique. La tutelle familiale ne peut pas toujours être ouverte en raison de son caractère contraignant puisqu'elle implique la réunion d'au moins quatre personnes dans l'entourage de l'enfant acceptant d'assumer la charge tutélaire. La tutelle des pupilles de l'État n'est, quant à elle, envisagée que dans des cas limités puisqu'elle suppose que l'enfant soit pris en charge par l'ASE et qu'aucun membre de sa famille ou proche ne souhaite en assurer la prise en charge. De plus, lorsque les parents sont privés de l'exercice de l'autorité parentale par l'effet d'une délégation, le législateur ne prévoit pas l'obligation pour les personnes qui en assument la charge de requérir l'ouverture d'une tutelle, si bien qu'il semble que la délégation constitue une alternative à la tutelle¹. L'opportunité d'une délégation dès lors qu'aucun des deux parents n'assure plus la prise en charge de l'enfant peut pourtant interroger.

Pourtant, la délégation apparaît suffisamment protectrice de l'enfant (2), d'autant plus que la protection conférée par la tutelle demeure très inégale selon le régime envisagé (1).

1 - La seule tutelle véritablement protectrice : la tutelle complète

602. La délégation, contrairement à la tutelle, permet de déléguer tout ou partie des prérogatives attachées à l'autorité parentale à une personne. Une autre personne peut alors assurer la fonction de prise en charge de l'enfant en principe attachée à la fonction parentale. La logique de la tutelle est très différente car elle remplace le modèle de l'autorité parentale permettant la prise en charge globale de l'enfant par une seule et même personne par un tout

¹ Dans ce sens, V. C. NEIRINCK, « Fasc. 30 : Autorité parentale. - Délégation », *op. cit.*, n° 4.

autre système dans lequel le pouvoir du tuteur est pondéré par un conseil de famille qui prend toutes les décisions importantes relatives à l'enfant, voire dans la tutelle familiale par un subrogé tuteur et par le pouvoir judiciaire¹.

La dimension protectrice de la tutelle, en comparaison de la délégation qui place tout ou partie des attributs de l'autorité parentale dans les mains d'une seule personne, peut donc inciter à penser que l'enfant dont les deux parents n'assurent plus la prise en charge aurait tout intérêt à être placé sous un régime de tutelle de façon systématique. Pourtant, une telle solution semble devoir être écartée.

603. Toutefois, il convient de relativiser le caractère systématique de la protection assurée par l'ouverture d'une mesure de tutelle. En effet, en dehors de l'hypothèse où l'enfant est admis en qualité de pupille de l'État, la tutelle n'est réellement protectrice que lorsqu'il est possible de constituer une tutelle familiale. En effet, la tutelle départementale présente beaucoup trop d'incertitudes pour constituer un régime de protection suffisant pour l'enfant². Ensuite, la tutelle n'apparaît réellement protectrice que lorsqu'elle est complète. Or, si des prérogatives, même minimales, persistent entre les mains des parents, la possibilité d'ouvrir une tutelle complète reste très incertaine. La doctrine estime, en effet, que dès lors que le retrait de l'autorité parentale n'est pas total, seule une tutelle aux biens peut être ouverte. De plus, la jurisprudence semble, de façon fort critiquable, qualifier de partiel le retrait dès lors que les parents conservent un droit de visite à l'égard de l'enfant³. Les cas dans lesquels la mesure de tutelle ne peut concerner que les biens de l'enfant sont donc nombreux. Il est alors évident que la protection assurée à l'enfant ne saurait être suffisante dans la mesure où la prise en charge de sa personne n'est pas juridiquement organisée. Ainsi, dans tous les cas où la tutelle ne peut concerner que les biens de l'enfant, une délégation des prérogatives attachées à l'autorité parentale apparaît bien plus opportune qu'un retrait de l'autorité parentale puisqu'elle présente l'avantage de déterminer qui devra accomplir les actes relatifs à la personne de l'enfant et prendre les décisions le concernant. À l'inverse, le retrait partiel de l'autorité parentale sans ouverture d'une tutelle complète laisse dans l'incertitude concernant les actes relatifs à la personne de l'enfant.

Il pourrait, à l'inverse, être avancé qu'en vertu de l'article 390 du Code civil, il serait possible de systématiser l'ouverture d'une tutelle complète dès lors qu'aucun parent n'est plus

¹ Pour le fonctionnement de la tutelle familiale : cf. *supra* §592. Pour le fonctionnement de la tutelle des pupilles de l'État cf. *supra* §§599-600.

² cf. *supra* §§594 et s.

³ Sur le caractère incertain de l'ouverture d'une mesure de tutelle dans de nombreux cas cf. *supra* §586.

titulaire de l'exercice de l'autorité parentale. Une telle solution conduirait à l'ouverture d'une tutelle complète lorsque la délégation a pour conséquence de laisser l'enfant sans aucun parent titulaire de l'exercice de l'autorité parentale, une tutelle venant alors se substituer à la délégation. Si cela peut *a priori* sembler plus protecteur de l'enfant, il convient de nuancer cette idée.

2 - L'inutile substitution d'une mesure de tutelle à une mesure de délégation

604. Si la tutelle est particulièrement protectrice, son fonctionnement est très contraignant puisqu'elle nécessite notamment des réunions régulières du conseil de famille et des sollicitations fréquentes du juge des tutelles. Or, l'opportunité de la mise en place d'un système aussi contraignant dans une hypothèse où l'enfant a jusque-là été pris en charge par une personne qui a apporté des preuves suffisantes de sa capacité à prendre soin de l'enfant en parvenant à obtenir une délégation de l'autorité parentale interroge.

En effet, la délégation est demandée par la personne ayant recueilli l'enfant¹, ce qui suppose qu'elle en assure déjà la prise en charge dans les faits et que le juge estime qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de confier les prérogatives en principe attachées à l'autorité parentale à cette personne. Or, cette personne peut très bien exercer ces prérogatives depuis des années sans encombre. Si, pour une raison ou une autre, l'autre parent vient à être également privé de l'exercice de l'autorité parentale, une application systématique de la tutelle dès lors que les deux parents sont privés de l'exercice de l'autorité parentale conduirait à l'ouverture d'une tutelle. Le délégataire pourrait tout à fait continuer à assurer la prise en charge quotidienne de l'enfant en qualité de tuteur. Mais sa prise en charge serait alors subitement soumise au contrôle d'un subrogé tuteur, d'un conseil de famille et du juge des tutelles alors même qu'il assurait jusque-là seul cette prise en charge².

Le fait que les décisions relatives à l'enfant soient prises de façon collégiale par le Conseil de famille et que la personne qui assure la prise en charge matérielle de l'enfant soit placée sous la surveillance d'autres organes ne semble en réalité se justifier que par le défaut d'adulte fiable assurant la protection de l'enfant et son éducation. Cette fonction n'étant pas remplie par les adultes supposés naturellement l'assurer – les parents – le droit lui substitue un palliatif au fonctionnement plus contraignant visant à compenser la présomption d'affection

¹ Art. 377, al. 2, C. civ.

² Notons toutefois que, dans cette hypothèse, il devait en principe obtenir l'accord du parent jusque-là titulaire de l'exercice de l'autorité parentale pour les actes de disposition et les actes non usuels de l'autorité parentale.

dont bénéficient les parents et qui permet d'estimer qu'ils auront à cœur la défense des intérêts de leur progéniture. Mais, dans l'hypothèse de la délégation, certes le délégataire n'est pas le parent de l'enfant, pour autant le fait qu'il ait obtenu la délégation des attributs de l'autorité parentale afin de pouvoir assurer au mieux la prise en charge de l'enfant, qu'il effectue par ailleurs déjà dans les faits puisqu'il a recueilli l'enfant, laisse supposer que sa prise en charge est adéquate et répond aux besoins de l'enfant. Substituer à la délégation une tutelle au fonctionnement plus contraignant serait donc superflu.

605. Toutefois, une différence majeure existe entre délégation et tutelle qui, dans certains cas, pourrait faire préférer la seconde à la première selon la situation de l'enfant. En effet, tandis que le droit de consentir à l'adoption ne peut jamais être délégué¹ excluant ainsi la possibilité pour l'enfant d'être adopté sans que ses parents y consentent, la tutelle complète – à l'exception de la tutelle départementale – peut permettre à l'enfant d'être adopté sans que l'accord des parents soit requis. En effet, qu'il s'agisse de la tutelle des pupilles de l'État ou de la tutelle familiale, le conseil de famille peut consentir à l'adoption de l'enfant. Or, cette dernière peut apparaître comme une solution adaptée au refus parental puisqu'elle permet d'intégrer juridiquement l'enfant dans une famille.

§2 - L'adoption : réponse adaptée à la situation de l'enfant dont les parents n'exercent plus l'autorité parentale ?

606. L'article 347 du Code civil dispose que « *peuvent être adoptés les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption ; les pupilles de l'État ; les enfants déclarés abandonnés dans les conditions prévues aux articles 381-1 et 381-2* ». S'il revient en principe aux parents de consentir à l'adoption de leur enfant, dès lors que l'enfant est placé sous tutelle – qu'il s'agisse d'une tutelle familiale ou d'une tutelle des pupilles de l'État – le consentement des parents n'est plus requis puisqu'il appartient au conseil de famille d'y consentir. Là encore, la possibilité d'être adoptés pour les enfants placés sous une mesure de tutelle départementale est incertaine puisque cette tutelle ne comprend pas de conseil de famille.

Il est même possible que l'enfant soit adopté en dépit du refus de consentir à l'adoption des parents ou du conseil de famille. En effet, l'article 348-6 du Code civil prévoit que « *le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime abusif le refus de consentement opposé par les*

¹ Art. 377-3 C. civ.

parents ou par l'un d'entre eux seulement, lorsqu'ils se sont désintéressés de l'enfant au risque d'en compromettre la santé ou la moralité. Il en est de même en cas de refus abusif de consentement du conseil de famille ». La jurisprudence, pour qualifier d'abusif le refus des parents, exige que leur désintérêt à l'égard de l'enfant soit volontaire¹.

Dans tous les cas, le premier alinéa de l'article 353 du Code civil précise que l'adoption ne pourra être prononcée que si les conditions en sont remplies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant. Ce n'est que pour protéger l'intérêt de l'enfant que l'adoption peut être envisagée, à défaut elle se révélerait contraire à son but². De plus, l'enfant capable de discernement devra être entendu « *selon les modalités adaptées à son âge et à son degré de maturité* »³ et s'il a plus de treize ans il devra également donner son consentement à l'adoption⁴.

Bien que ces articles soient situés dans un chapitre consacré à l'adoption plénière, l'article 361 du même code précise que ces dispositions sont également applicables à l'adoption simple⁵.

Toute la question réside dans le fait de savoir si ces deux types d'adoption peuvent répondre de façon satisfaisante à la situation de l'enfant dont les parents se désintéressent. Or, si l'adoption plénière ne peut être dans l'intérêt de l'enfant que dans des cas très restreints (A), l'adoption simple peut plus fréquemment apporter une réponse adaptée à la situation de l'enfant dont ses deux parents se désintéressent (B).

A - L'adoption plénière : une réponse à la situation des enfants jeunes et non insérés dans une famille

607. L'adoption plénière ne peut constituer une réponse satisfaisante à la situation de l'enfant dont les parents ne souhaitent plus exercer l'autorité parentale que dans des hypothèses limitées. Cela s'explique d'une part en raison des conséquences particulièrement radicales de ce type d'adoption, mais également en raison des hypothèses limitées dans lesquelles elle pourra effectivement intervenir.

¹ Dans ce sens, V. J. BOUTON, « Des manifestations de la volonté des représentants de l'enfant, sujet de l'adoption interne ou internationale », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruylant éd., 2000, p. 112.

² Dans ce sens, V.R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 3^e éd., 1964, p. 204.

³ Art. 353, al. 2, C. civ.

⁴ Art. 345, al. 3, C. civ.

⁵ Pour des développements plus approfondis que les effets de l'adoption simple et de l'adoption plénière, V. H. BOSSE-PLATIÈRE, « Fasc. 26 : Adoption plénière - adoption simple - effets », in *J-CI C. civ.*

L'adoption plénière ne peut tout d'abord concerner que des enfants mineurs de moins de quinze ans accueillis au foyer des adoptants depuis au moins six mois¹. Les seules exceptions concernent les enfants accueillis avant d'avoir atteint l'âge de quinze ans par des personnes qui ne remplissaient pas les conditions légales pour adopter et les enfants ayant fait l'objet d'une adoption simple avant d'avoir atteint cet âge. Dans ces deux cas, l'adoption plénière peut être demandée jusqu'au vingtième anniversaire de l'enfant². Mais, à cette limite légale relative à l'âge de l'enfant, s'ajoute une limite factuelle puisqu'en dehors de l'hypothèse où l'enfant est adopté par la personne qui le prend en charge, l'adoption plénière n'a le plus souvent lieu que pour des enfants très jeunes³.

De plus, en raison de ses effets particulièrement radicaux, l'adoption plénière ne peut être conforme à l'intérêt de l'enfant dont les parents n'assurent plus la prise en charge que dans des cas bien particuliers. En effet, l'adoption plénière « *confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine : l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang* »⁴. Le lien juridique qui unissait jusque-là l'enfant à sa famille d'origine disparaît donc totalement par l'effet de l'adoption plénière. Les parents d'origine de l'enfant perdent leur statut de parents et, corrélativement, tous les aspects de la fonction qui y est attachée. Ce sont les adoptants qui prennent le statut de parents auprès de l'enfant et qui doivent désormais assumer tous les aspects de la fonction parentale. Le prononcé d'une telle adoption traduit donc, de la façon la plus totale qui soit, l'absence ou l'altération du lien affectif entre l'enfant et ses parents. Mais, cette traduction va même plus loin, puisqu'en supprimant le lien juridique qui unissait jusque-là l'enfant à ses parents, l'adoption plénière supprime également le lien juridique qui l'unissait aux membres de ses lignes maternelle et paternelle. En rentrant dans sa famille adoptive, l'enfant quitte définitivement sa famille d'origine.

608. Il est évident qu'une telle traduction de la situation vécue par l'enfant ne peut être dans son intérêt que dans des hypothèses particulières. Tout d'abord elle ne peut convenir que dans des situations extrêmes où les parents n'entretiennent plus aucun lien avec l'enfant et où aucun membre de sa famille ne cherche à nouer ou à conserver de lien avec lui. Mais, même dans une telle situation de délaissement familial, l'enfant n'est pas nécessairement prêt à être coupé symboliquement et juridiquement de sa famille de façon définitive. Couper l'enfant de

¹ Art. 345, al. 1, C. civ.

² Art. 345, al. 2, C. civ.

³ ONED, *La situation des pupilles de l'Etat. Enquête au 31 décembre 2011*, préc., p. 11 : En 2011, plus des trois quarts des enfants pour lesquels le conseil de famille a décidé une adoption avaient moins d'un an (Notons que ces statistiques ne concernent que les enfants pupilles de l'État.)

⁴ Art. 356, al. 1, C. civ.

ses parents, ce n'est pas le guérir¹ et peut revenir à nier son droit à l'identité². L'adoption plénière ne peut donc présenter une réponse adaptée au rejet de l'enfant que dans des hypothèses particulières. Elle peut, par exemple, apparaître opportune pour les très jeunes enfants n'ayant pas eu le temps de développer de liens affectifs à l'égard de leurs parents et des membres de leur famille. Elle peut également être opportune à un âge plus avancé si l'enfant ne garde pas de souvenir de sa famille d'origine, ou a fait le deuil de cette dernière et est prêt à tisser de nouveaux liens familiaux³.

Aussi attractive que puisse apparaître une solution qui consisterait à toujours chercher à donner les meilleurs parents possible aux enfants en difficultés, une telle politique n'est pas envisageable⁴, d'autant plus qu'il est toujours difficile de faire des prédictions sur le devenir de la relation parent-enfant. En dehors des rares cas où une rupture totale de l'enfant avec sa famille d'origine apparaît effectivement être la meilleure solution, il faut chercher à favoriser au maximum le maintien des liens avec sa famille d'origine.

Ainsi, l'adoption plénière ne semble pouvoir constituer une réponse au refus de prise en charge de l'enfant par ses parents que dans des cas limités. L'adoption simple peut, à l'inverse, présenter l'avantage de sécuriser la situation juridique de l'enfant tout en conservant davantage de souplesse.

B - L'adoption simple : une réponse plus nuancée respectueuse de la complexité de l'histoire de l'enfant

609. Les effets de l'adoption simple sur la filiation de l'enfant sont beaucoup moins radicaux. En effet, cette adoption permet à l'adopté de conserver sa filiation d'origine tout en créant un nouveau lien de filiation qui vient s'y ajouter. Les effets sur la fonction parentale sont par conséquent plus nuancés.

L'adoption ayant pour effet de les rendre titulaires de l'autorité parentale, seuls les adoptants sont tenus de la mission de prise en charge de la personne de l'enfant et des biens de ce dernier. L'article 365 du Code civil prévoit, en effet, que « *l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage*

¹ Dans ce sens, V. E. SULLEROT, *La crise de la famille*, Fayard, 2000, p. 269.

² V. F. MILLET, « L'adoption : d'un intérêt à l'autre », *RRJ* 2003, p. 1805.

³ Dans ce sens, V. C. HESSE et P. NAVES, *Rapport sur les conditions de reconnaissance du « délaissement parental » et ses conséquences pour l'enfant*, novembre 2009, p. 4.

⁴ Dans ce sens, V. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Les chemins de l'adoptabilité », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, 2015, p. 498.

de l'adopté (...) »¹ et que « les règles de l'administration légale et de la tutelle des mineurs s'appliquent à l'adopté »².

En revanche, les parents d'origine conservent tous les autres aspects de la fonction parentale. En effet, le premier alinéa de l'article 364 du Code civil dispose que « l'adopté reste dans sa famille d'origine et y conserve tous ses droits, notamment ses droits héréditaires ». Ainsi, les parents d'origine demeurent tenus à l'égard de l'enfant, aussi bien de leur devoir de transmission du patrimoine, que de leur devoir de prise en charge financière. Toutefois, cette obligation des parents d'origine est subsidiaire puisqu'ils ne sont tenus de fournir des aliments à l'enfant que si celui-ci ne peut les obtenir de l'adoptant³. L'adopté conserve également son nom d'origine. Le nom de l'adoptant vient seulement s'y ajouter⁴.

Bien que le Code civil ne prévoie pas expressément la possibilité de maintenir un droit de visite à l'égard des père et mère d'origine ou des membres de leurs familles respectives, le maintien de contacts entre ces derniers et l'enfant est tout à fait envisageable⁵. Les adoptants peuvent tout d'abord autoriser de tels contacts en vertu des prérogatives que leur confère la titularité de l'autorité parentale. Mais les membres de la famille d'origine de l'enfant peuvent également, à défaut, saisir le juge afin de demander un droit de visite ou de correspondance en vertu de l'article 371-4 du Code civil⁶.

610. L'adoption simple permet ainsi d'attribuer l'aspect principal de la fonction parentale à l'adoptant tout en laissant subsister le lien de filiation à l'égard de la famille d'origine, ainsi que ses effets, à l'exception de l'autorité parentale. Elle peut, par conséquent, permettre d'apporter une solution nuancée, « plus respectueuse de la réalité vécue par l'adopté »⁷, à la situation dans laquelle les parents d'origine n'assurent plus cet aspect de leur mission parentale. Pourtant, l'adoption simple n'est que très peu utilisée dans ce but puisqu'en 2007 seuls 13,7 % des adoptés simples étaient mineurs⁸. C'est la raison pour laquelle des

¹ Art. 356, al. 1, C. civ.

² Art. 365, al. 3, C. civ.

³ Art. 367 C. civ.

⁴ Art. 363, al. 1, C. civ.

⁵ Dans ce sens, V. A. GOUTTENOIRE, « Interview d'Adeline Gouttenoire, Présidente du groupe de travail », *AJ fam.* 2014, p. 297.

⁶ Art. 371-4 C. civ. : « L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit. Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non ».

⁷ C. NEIRINCK, « Art. 343 à 370-2. fasc. 30. Filiation adoptive. Adoption simple », in *J.-CI civ.*, 1996, n° 1, cité in V. DOUMENG, « Etude comparative de l'adoption française et de l'adoption ouverte aux États-Unis », in *Parents de sang. Parents adoptifs*, sous la dir. de A. FINE et C. NEIRINCK, coll. Droit et société, LGDJ, 2000, p. 152.

⁸ Z. BELMOKHTAR, *Les adoptions simples et plénières en 2007*, juin 2009, p. 35. Enquête disponible sur le site : www.adoption.gouv.fr

auteurs ont souligné l'intérêt que pouvait présenter l'adoption simple dans le cadre de la protection de l'enfance¹, afin notamment de lutter contre le préjugé selon lequel l'adoption simple constituerait une adoption au rabais². À l'inverse, il est possible de considérer que « *les liens affectifs avec la famille adoptive se trouvent renforcés en raison de la disparition du traumatisme de l'enfant causé par la rupture de relations significatives avec sa famille biologique* »³.

Ce type d'adoption gagnerait donc à être envisagé de façon beaucoup plus automatique dans la pratique. Il apparaît inutile pour cela de modifier les textes. Le projet pour l'enfant pourrait envisager un projet d'adoption simple lorsqu'il semble dans son intérêt de ne pas être totalement coupé de sa famille d'origine. Un tel projet pourrait être bien plus aisément accepté par l'enfant car plus respectueux de son histoire. Il pourrait également être mieux compris par sa famille d'origine, et tout particulièrement ses parents, s'ils sont accompagnés en ce sens par les travailleurs sociaux et font l'objet d'un soutien psychologique. Ces derniers peuvent, en effet, être amenés à prendre conscience de leur incapacité à élever leur enfant et souhaiter qu'il se développe en toute sécurité, entouré d'un foyer aimant, sans pour autant qu'à une séparation factuelle s'ajoute une rupture juridique et symbolique. Un droit de correspondance, ou éventuellement de visite, pourrait même être envisagé. L'accompagnement de l'enfant vers l'âge adulte ne pourra que gagner à obtenir le consentement des parents au projet pour l'enfant. De plus, si l'accord des parents s'avère impossible à obtenir, sachant que le prononcé de l'adoption n'entraînera pas une rupture définitive avec la famille d'origine, les magistrats seront probablement moins réticents à passer outre le refus des parents ou à prononcer une modification de la dévolution de l'autorité parentale conduisant à un transfert de la possibilité de consentir à l'adoption à une personne autre que les parents.

La principale difficulté que pourrait rencontrer une telle mise en avant de l'adoption simple semble résider dans la préférence des adoptants pour l'adoption plénière. Il s'agirait avant tout de davantage informer la population des adoptants du faible nombre d'enfants

¹ V. A. GOUTTENOIRE, « Favoriser l'adoption simple de certains enfants placés », *in Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, 2015, pp. 513-522. Plus généralement certains auteurs encouragent le recours à des liens complétifs plutôt qu'exclusifs. V. C. BENOÎT À LA GUILLAUME, S. BLAISON, M.-L. BOUET-SIMON, S. DEKENS, C. LOHÉAC et A. ROUSSÉ, *Plaidoyer pour l'adoption nationale*, septembre 2013, p. 10 ; M. DINI et M. MEUNIER, *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales sur la protection de l'enfance*, 25 juin 2014, p. 83 ; C. LAVALLÉE, « Pour une adoption sans rupture du lien d'origine », *Inf. soc.*, mars 2008, n° 146, Heurts et bonheurs de l'adoption, pp. 132-140

² Sur l'idée selon laquelle l'adoption simple est souvent considérée, en France, comme une adoption supplétive, V. DOUMENG, « Etude comparative de l'adoption française et de l'adoption ouverte aux États-Unis », *op. cit.*, p. 151.

³ *Ibid.*, p. 153 : à propos de l'adoption ouverte aux États-Unis. Mais un parallèle peut être fait avec l'adoption simple française en ce qu'elles évitent toutes deux une rupture radicale avec la famille d'origine.

adoptables en la forme plénière et de l'existence d'autres besoins. S'il est évident que le prononcé d'une adoption simple laissant une place à la famille d'origine ne saurait correspondre au projet de tous les adoptants, peut-être certains pourraient-ils l'envisager ?

611. Il est également possible de se demander si certaines des conditions autorisant l'adoption de l'enfant ne devraient pas être revues, dès lors que l'adoption envisagée est une adoption simple. En effet, celle-ci ne rompant pas la filiation entre l'enfant et sa famille d'origine il serait possible d'envisager des conditions quelque peu modifiées pour favoriser son prononcé au bénéfice de la personne qui prend soin de l'enfant. Il ne s'agit pas ici de suggérer une facilitation du retrait de l'autorité parentale ou de la déclaration d'abandon. Dans ces hypothèses, une tutelle sera ouverte et, si le conseil de famille le juge opportun, il pourra consentir à l'adoption de l'enfant sans qu'il soit besoin d'obtenir le consentement des parents. En revanche, lorsque l'enfant a fait l'objet d'une simple délégation, le droit de consentir à l'adoption n'étant jamais délégué, le délégataire peut souhaiter adopter l'enfant afin notamment d'offrir davantage de sécurité à l'enfant dans l'hypothèse où il viendrait à décéder. Toutefois, à défaut du consentement à l'adoption des parents, cela serait impossible. Pourquoi ne pas envisager, au regard des effets bien moins radicaux de l'adoption simple sur les effets de la filiation d'origine, de faciliter la possibilité de passer outre le refus des parents de consentir à l'adoption par le délégataire ? Cela pourrait se traduire par une modification de l'article 348-6 du Code civil. La condition selon laquelle le refus des parents ne peut être jugé abusif que « *lorsqu'ils se sont désintéressés de l'enfant au risque d'en compromettre la santé ou la moralité* » pourrait être assouplie. Ainsi, en cas d'adoption simple, la condition de mise en danger de la santé ou de la moralité pourrait être supprimée.

Dans le sens d'une appréhension plus souple et nuancée des solutions à apporter à la situation de l'enfant confié à un tiers, le législateur a récemment prévu la possibilité d'un « *accueil durable et bénévole* » qui semble notamment avoir pour objectif de faciliter l'adoption de l'enfant par le tiers assurant sa prise en charge.

§3 - L'accueil durable et bénévole

612. La réforme de 2016¹ a créé à l'article L. 221-2-1 du Code de l'action sociale et des familles la possibilité de confier l'enfant « *pris en charge par le service de l'ASE sur un autre fondement que l'assistance éducative (...) à un tiers, dans le cadre d'un accueil durable*

¹ Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance.

et bénévole ». Un décret en date du 10 octobre 2016¹ a créé dans le Code de l'action sociale et des familles une section consacrée à ce type d'accueil afin d'en préciser les contours. Il reste toutefois assez imprécis, notamment quant aux enfants qu'il concerne. L'article L. 221-2-1 se contente de préciser qu'il ne peut concerner que des enfants pris en charge par le service de l'ASE sur un fondement autre que l'assistance éducative, ce qui exclut les enfants placés par le JE. Cela peut donc *a priori* concerner les enfants dont l'autorité parentale a été déléguée au service de l'ASE, les enfants sous tutelle départementale et les pupilles de l'État². Les pupilles de l'État ne peuvent toutefois être concernés par l'accueil bénévole et durable que si un projet d'adoption n'a pas été possible dans un premier temps³ puisqu'en vertu de l'article L. 225-1 du code de l'action sociale et des familles ils « *doivent faire l'objet d'un projet d'adoption dans les meilleurs délais* ».

613. Il surprend également en raison de son caractère hybride⁴ dans la mesure où il entretient des liens à la fois avec la situation où l'enfant est confié à un tiers sans réelle modification de la dévolution de l'autorité parentale⁵ et avec la recherche de mise en place d'un régime de protection plus durable⁶, si bien qu'il est apparu difficile de l'inscrire dans cette étude.

L'accueil bénévole et durable ne donne pas davantage de pouvoirs aux tiers accueillants que les autres situations où l'enfant est pris en charge par un tiers sans modification de la dévolution de l'autorité parentale. Comme pour tous les enfants pris en charge par le service de l'ASE confiés à une personne physique ou morale, le tiers accueillant se voit déléguer le pouvoir de faire tous les actes usuels de l'autorité parentale au nom du service, à l'exception de ceux expressément prévus sur la liste annexée au projet pour l'enfant. Pour l'accomplissement de ces derniers il doit préalablement en référer au service en vertu de l'article L. 223-1-2 du code de l'action sociale et des familles. Toutefois, à la différence des autres personnes

¹ Décret n° 2016-1352 du 10 octobre 2016 relatif à l'accueil durable et bénévole d'un enfant par un tiers, prévu à l'article L. 221-2-1 du code de l'action sociale et des familles (art. D. 221-16 à D. 221-24 CASF).

² Dans ce sens, V. F. EUDIER et A. GOUTTENOIRE, « La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant. Une réforme « impressionniste » », *JCP G*, 18 avril 2016, n° 16, doct. 479.

³ Dans ce sens, V.C. NEIRINCK, « L'adoption peut-elle devenir un mode de protection de l'enfant ? », *JDJ*, décembre 2017, n° 368, 369 et 370, p. 63.

⁴ Dans ce sens, V. J. POUSSON PETIT, « L'accueil bénévole et durable d'un enfant par un tiers. Le droit français confronté à un ensemble de modèles », *JDJ*, décembre 2017, n° 368, 369 et 370, p. 46. Dans cet article, l'auteur présente l'accueil bénévole et durable comme une voie médiane entre la réintégration dans le milieu familial et l'adoption. V. également : F. CAPELIER, « La réforme de la protection de l'enfance : une révolution discrète », *RDSS* 2016, p. 540. L'auteur souligne dans cet article la difficulté de situer juridiquement l'accueil durable et bénévole.

⁵ cf. *supra* §§542 et s.

⁶ cf. *supra* §§548 et s.

auxquelles l'enfant peut être matériellement confié lorsqu'il est pris en charge par l'ASE, le tiers accueillant est bénévole. Ce tiers n'est donc pas salarié du service et ne semble pas non plus pouvoir bénéficier des prestations financières dont les membres de la famille ou les tiers dignes de confiance auquel un enfant est confié par l'ASE peuvent bénéficier. C'est finalement la seule différence qui les sépare des autres tiers auquel l'enfant peut être confié lorsqu'il est pris en charge par l'ASE. Il est alors possible de s'interroger sur l'utilité de créer cette nouvelle notion alors même que de nombreuses voies existent déjà permettant de confier la prise en charge de l'enfant à une personne non professionnelle¹.

En réalité, tout l'intérêt de l'accueil bénévole et durable par rapport aux autres voies permettant de confier la prise en charge de l'enfant à un tiers – outre son caractère bénévole qui présente l'intérêt non négligeable de dispenser le département de la charge financière de l'enfant pendant toute la durée de l'accueil – réside dans sa possibilité de s'adapter aisément à la modification de la situation de l'enfant et de permettre son adoption par une personne non titulaire d'un agrément². Imaginons, par exemple, que les parents viennent à se désintéresser progressivement de l'enfant pris en charge par l'ASE et accueilli par un tiers de façon durable et bénévole. Dans ce cas, les services sociaux devront obligatoirement transmettre une demande de déclaration judiciaire de délaissement parental dans l'année suivant la cessation des relations nécessaires à son éducation et à son développement³. L'enfant déclaré délaissé devient alors pupille de l'État⁴ et, par conséquent, adoptable⁵. Or, l'article L. 225-2 du code de l'action sociale et des familles dispose que « *les pupilles de l'État peuvent être adoptés soit par les personnes à qui le service de l'aide sociale à l'enfant les a confiés pour en assurer la garde lorsque les liens affectifs qui se sont établis entre eux justifient cette mesure, soit par des personnes agréées à cet effet (...)* ». Ainsi, la personne chez laquelle l'enfant a été accueilli de façon durable et bénévole pourra – au même titre que les assistants familiaux pour lesquels cet article avait initialement été conçu – présenter une demande en adoption. L'accueil durable et bénévole rappelle le programme québécois appelé « Banque-Mixte »⁶. En effet, bien que la

¹ Sur la diversité des situations permettant de confier l'enfant à un tiers, avec modification ou non de la dévolution de l'autorité parentale, et la diversité de ces tiers. cf. les développements précédents tout au long de ce chapitre : l'enfant peut être confié à un tiers par le JAF, par le juge des enfants ou encore sans intervention judiciaire dans le cadre d'une protection administrative avec l'accord des parents ou par les parents eux-mêmes ; la dévolution de l'autorité parentale peut ne pas être modifiée ou seulement de façon résiduelle pour tout ou partie des actes usuels ; l'autorité parentale peut être déléguée ou retirée en tout ou partie ; une tutelle peut être ou non ouverte...

² Dans ce sens, V. C. NEIRINCK, « L'adoption peut-elle devenir un mode de protection de l'enfant ? », préc.

³ Art. 381-1 et 381-2 C. civ.

⁴ Art. L. 224-4, 6°, CASF

⁵ Art. 347, 2°, C. civ.

⁶ Sur ce programme V. G. KESSLER, « La famille d'accueil à vocation adoptive : regards sur le programme « Banque-mixte » québécois », *AJ fam.*, février 2019, p. 84.

finalité de ce programme soit présentée de façon claire et qu'il soit strictement encadré, contrairement à l'accueil bénévole et durable, l'accueil bénévole et durable semble pouvoir amener à un résultat similaire.

Si ce nouveau mode d'accueil peut faire craindre des dérives en ce qu'il peut être analysé comme un nouveau moyen d'accès à l'adoption dans un contexte où les personnes souhaitant adopter sont bien plus nombreuses que les enfants effectivement adoptables¹, il n'en témoigne pas moins de la volonté du législateur de rompre avec la traditionnelle dichotomie entre conservation à tout prix des liens avec la famille biologique ou rupture de ces liens par le prononcé d'une adoption. Tout dépend de la façon dont l'accueil bénévole et durable sera utilisé par la pratique. Il pourrait permettre de sécuriser la situation d'enfants ayant peu de chances de réintégrer leur famille² en leur permettant d'évoluer de façon durable dans une famille avec laquelle ils pourront créer des liens privilégiés nécessaires à leur développement. Par la suite, cet accueil pourra éventuellement déboucher sur une adoption. Mais cela ne doit pas être le but premier de cet accueil. Il est nécessaire que les accueillants en soient bien conscients.

Il serait également intéressant de coupler ce mode d'accueil avec l'adoption simple. En effet, ainsi que cela a été expliqué précédemment³, ce type d'adoption peut répondre à la situation de davantage d'enfants que l'adoption plénière. Il est donc souhaitable d'envisager la possibilité de l'adoption simple quand le maintien des liens de l'enfant avec sa famille apparaît préférable.

¹ Dans ce sens, V. C. NEIRINCK, « L'adoption peut-elle devenir un mode de protection de l'enfant ? », préc.

² Bien que les mesures soient en principe temporaires il est très fréquent que les enfants conservent des liens plus au moins forts avec leur famille biologique tout en ne réintégrant jamais le foyer familial.

³ cf. *supra* §§609 et s.

Conclusion du chapitre II

614. Lorsque le délitement – ou l'absence de lien affectif – touche les deux parents, la prise en charge de la personne et des biens de l'enfant mineur n'est pas assurée. Ceux-ci n'exerçant pas l'autorité parentale que leur confère par principe le statut de parent, le législateur ne peut ignorer ce délitement du lien affectif. Il est alors forcé de trouver des solutions afin de pallier cette absence de prise en charge.

L'enfant sera tout d'abord nécessairement confié à un tiers afin que celui-ci pallie la carence parentale en assurant, au minimum, la prise en charge matérielle de l'enfant. Que l'enfant soit confié à un tiers par les parents eux-mêmes, par le JAF ou le JE, les pouvoirs du tiers seront insuffisants pour assurer une prise en charge complète de l'enfant¹. Dans un tel contexte où le désintérêt parental compromet *a priori* leur implication dans la prise en charge de l'enfant, se contenter de pallier l'absence de prise en charge matérielle quotidienne est insuffisant car c'est la totalité de la prise en charge de la personne de l'enfant et de ses biens qui doit être visée. Une modification de la dévolution de l'autorité parentale apparaît alors nécessaire.

Or, l'étude des mesures permettant de modifier la dévolution de l'autorité parentale permet de révéler la grande confusion qui règne en la matière. Outre leur nombre, leurs conditions et leurs effets se chevauchent, rendant assez inintelligibles les différences entre les différents types de retraits et de délégations². Leur principale différence semble en réalité reposer sur l'effet indirect du retrait qui peut amener à l'ouverture d'une tutelle, ce qui semble à l'inverse exclu en matière de délégation³. Une simplification et une réduction de ces mesures apparaissent donc souhaitables afin de clarifier le statut et la prise en charge de l'enfant par un tiers. Il pourrait, par exemple, être envisagé de supprimer le retrait partiel⁴, dans la mesure où celui-ci fait double usage avec la délégation partielle et que le fait de retirer une partie seulement des prérogatives parentales sans les déléguer ne présente pas d'intérêt. Cela peut même avoir pour conséquence de placer l'enfant dans une situation où sa prise en charge ne peut être assurée que de manière partielle, étant donné que seule une tutelle aux biens semble pouvoir être ouverte

¹ cf. *supra* §§543 et s.

² cf. *supra* §§554 et s.

³ cf. *supra* §§582 et s. Cette remarque doit toutefois être nuancée puisque la délégation indirecte opérée par la déclaration de délaissement parental conduit à l'ouverture d'une tutelle des pupilles de l'État si l'enfant est confié à l'ASE.

⁴ Dans ce sens, V. M.-L. DELFOSSE-CICILE, *Le lien parental*, LGDJ, Paris, 2003, p. 350, n° 575 et s. : l'auteur s'interroge sur l'opportunité de laisser aux parents certaines prérogatives de l'autorité parentale dans une hypothèse où les parents ne sont clairement pas aptes à assurer la mission de protection de l'enfant.

dans le cas d'un retrait partiel. De même, le traitement de la déclaration judiciaire de délaissement parental de façon détachée des autres formes de délégations ne semble pas nécessaire. Celle-ci pourrait être intégrée comme une condition supplémentaire pouvant donner lieu à une délégation totale. De plus, ainsi qu'il en va actuellement pour la déclaration de délaissement parental, une délégation totale au service de l'ASE devrait donner lieu à l'ouverture d'une tutelle des pupilles de l'État quelle que soit la raison ayant donné lieu à cette délégation.

615. Ces mesures apparaissent également perfectibles au regard de la faible place laissée à la volonté parentale dans la modification de la dévolution de l'autorité parentale et, plus généralement, sur l'organisation de la prise en charge de l'enfant. Il est en effet difficilement compréhensible de ne pas envisager de manière moins restrictive la délégation volontaire de l'autorité parentale. De plus, de même que le consentement à l'adoption par les parents eux-mêmes semble toujours préférable que de passer outre leur refus, la possibilité pour ces derniers de requérir l'ouverture d'une tutelle autre qu'une tutelle aux biens devrait être envisagée. Certes, il est probable que de telles mesures volontaires n'aient vocation à être utilisées que de manière marginale, mais il apparaît étrange et pour le moins critiquable de ne pas laisser davantage de place au parent qui, en dépit du délitement du lien affectif l'unissant à son enfant et de son incapacité à assurer sa prise en charge de manière satisfaisante, souhaiterait jouer un rôle actif dans la sécurisation de la situation de son enfant. Il ne s'agit certainement pas de laisser toute latitude au parent. De même qu'en matière d'adoption, le juge a un rôle important à jouer afin de contrôler la conformité de la mesure à l'intérêt de l'enfant. Mais, le parent pourrait être accompagné et lui-même accompagner l'enfant dans ce moment difficile. Il est surprenant que la sanction et le jugement demeurent si présents dans les règles permettant de confier des prérogatives parentales à un tiers alors que cette conception recule jusqu'à presque disparaître depuis des années dans le reste du droit de la famille¹. Il serait souhaitable que la volonté de dépassionner la rupture, si présente dans les relations de couple, se retrouve dans les relations filiales.

Dans le même sens, l'adoption simple semble pouvoir jouer un rôle intéressant dans la protection de l'enfant pris en charge par un tiers². Le consentement des parents à une telle adoption peut, dans certains cas, être plus facilement obtenu en ce qu'il est respectueux du lien

¹ Pour ne citer qu'un exemple, la place laissée à l'accord des volontés dans le divorce est aujourd'hui considérable avec, notamment, la création du divorce par consentement mutuel déjudiciarisé. Inversement, le divorce pour faute, autrefois l'une des seules causes de divorce, est en net recul.

² cf. *supra* §§572 et s.

de filiation qui les unit à l'enfant et peut être vécu comme moins traumatique sur le plan symbolique par eux comme par l'enfant. En effet, « *le séparer de ses parents ne peut le soulager de sa propre culpabilité, sauf à lui en communiquer une autre plus insidieuse, celle de les avoir trahis* »¹. À l'inverse, l'adoption simple peut éviter le conflit de loyauté qui peut être ressenti par l'enfant et l'inciter à refuser une nouvelle famille alors même que ses parents s'en désintéressent.

¹E. SULLEROT, *La crise de la famille, op. cit.*, p. 269

CONCLUSION DU TITRE II

616. La prise en charge de la personne de l'enfant et de ses biens est totalement indissociable de la qualité du lien affectif unissant le parent et l'enfant. Elle est donc empreinte d'une grande subjectivité et le législateur ne peut, par conséquent, forcer les parents à exercer leur autorité parentale. Il serait alors possible de penser que le législateur prend en considération la qualité du lien affectif dans les règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale. Un rejet certain de la prise en compte de ce lien ressort pourtant. En réalité, le législateur ne le prend en considération que lorsqu'il est absolument forcé de le faire. C'est le cas lorsqu'aucun des parents n'assure la prise en charge de l'enfant puisque le législateur est alors forcé de pallier leur désintérêt en confiant l'enfant à un tiers.

À l'inverse, lorsqu'un parent exerce son autorité parentale, la prise en charge de l'enfant est assurée. Le législateur peut donc se reposer sur ce parent et ignorer le désintérêt de l'autre parent pour l'enfant. Certes, il prévoit la possibilité de traduire juridiquement le refus parental au moyen de l'exercice exclusif de l'autorité parentale ou du retrait. Au demeurant, ces procédures demeurent soumises à la volonté du parent assurant la prise en charge de l'enfant d'y recourir. L'exercice conjoint peut donc tout à fait demeurer, maintenant ainsi l'illusion de la continuation du couple parental, en dépit de la situation réelle.

617. Bien qu'elle soit regrettable, l'inadéquation de la situation juridique et de la réalité vécue ne saurait être condamnée, faute de pouvoir proposer des solutions satisfaisantes. En effet, forcer la traduction juridique de façon systématique aboutirait à des solutions trop rigides, entérinant le délitement du lien et compromettant ainsi une évolution ultérieure de la qualité du lien parent-enfant. C'est la raison pour laquelle il ne peut qu'être proposé de laisser davantage de place à la volonté du parent défaillant, en lui permettant de participer de façon plus active à l'organisation de la prise en charge de l'enfant. Ainsi, autoriser la délégation volontaire de ses prérogatives à l'autre parent lui permettrait de prendre acte de son désinvestissement tout en permettant à l'autre parent d'assurer la prise en charge de l'enfant dans les meilleures conditions.

618. Lorsqu'aucun des deux parents n'exerce l'autorité parentale, le législateur est forcé de prendre acte de l'absence de lien affectif et de prévoir des procédures permettant de confier l'enfant à un tiers, afin de pallier l'absence de prise en charge de l'enfant. Pourtant, là encore, le maintien d'une certaine illusion peut être observé dans la mesure où le fait de confier

l'enfant à un tiers n'entraîne pas, par principe, de modification de la dévolution de l'autorité parentale. Mais, dès lors que les deux parents se désintéressent durablement de l'enfant, il apparaît nécessaire de transférer au moins partiellement les prérogatives parentales à ce tiers.

Là encore, la très faible place laissée à la volonté des parents est critiquable. La délégation volontaire reste soumise à des conditions si restrictives qu'elles en rendent l'usage exceptionnel. En effet, la délégation ne peut résulter de la seule volonté du parent souhaitant transférer ses prérogatives à un tiers. D'une part les circonstances doivent exiger cette délégation et, d'autre part, l'autre parent doit y donner son accord, la délégation entraînant – de façon fort critiquable – le transfert des prérogatives des deux parents. La modification de la dévolution de l'autorité parentale demeure donc davantage conçue comme une sanction du parent jugé mauvais que comme une possibilité offerte au parent d'organiser lui-même la protection de son enfant en le confiant à un tiers.

De plus, les procédures permettant la modification de la dévolution sont très nombreuses et leurs différences fort ténues, ce qui en rend l'usage très malaisé. Une simplification apparaît donc nécessaire.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

619. Si certains aspects de la fonction parentale – comme la transmission du nom et du patrimoine et la prise en charge financière – peuvent être dissociés de la qualité du lien affectif en raison de leur caractère objectif, d'autres aspects – attachés à l'exercice de l'autorité parentale – sont empreints d'une grande subjectivité en ce qu'ils sont totalement indissociables de l'affection que porte le parent à son enfant. Pourtant, pour les uns comme pour les autres, l'étude des règles les régissant a permis de mettre en évidence le rejet par le législateur de la prise en compte de la qualité du lien affectif. L'absence de lien affectif n'est finalement prise en considération que lorsqu'il est impossible de l'ignorer en raison de la nécessité de pallier l'absence de prise en charge de l'enfant. Hormis quelques affleurements très sporadiques du lien affectif, l'illusion de l'investissement parental est donc maintenue, que ce soit en imposant au parent l'exécution de sa fonction lorsque cela est possible, ou en niant la réalité de son désinvestissement.

620. Concernant d'abord la transmission et la prise en charge financière, le législateur fait le choix de tirer pleinement parti du caractère objectif de ces aspects de la fonction parentale en les imposant presque toujours au parent, quels que soient la qualité du lien affectif et l'âge de l'enfant. Or, cette absence de nuance est critiquable. En effet, une telle objectivation de ces aspects de la fonction parentale ne peut se justifier qu'en raison du fort sentiment d'identité que l'enfant attache à son nom ou, pour la transmission du patrimoine et la prise en charge financière, en raison de sa vulnérabilité.

621. Ce constat du rejet de la prise en compte du lien affectif par le droit n'est pas uniquement valable concernant les aspects objectifs de la fonction parentale. De façon plus surprenante, il s'impose aussi pour ses aspects subjectifs. En effet, bien que la prise en charge de la personne de l'enfant et de ses biens ne puisse être imposée au parent en raison de leur indissociabilité du lien affectif, le législateur ne prend en considération l'absence de lien que lorsqu'aucun des deux parents n'exerce son autorité parentale. Il ne peut alors l'ignorer puisqu'il est forcé de pallier l'absence de prise en charge de l'enfant en le confiant à un tiers et en donnant à ce dernier les moyens juridiques d'assurer cette prise en charge. À l'inverse, lorsque l'un des parents assure la prise en charge de l'enfant, le législateur ignore le délitement du lien unissant l'enfant et l'autre parent, en faisant de l'exercice conjoint de l'autorité parentale la règle de principe quelle que soit la situation familiale réelle.

Si l'absence fréquente de traduction juridique de la situation réelle peut être regrettée, il est pourtant difficile de réellement la critiquer compte tenu de l'impossibilité d'apporter une solution alternative satisfaisante. En effet, inciter le parent exerçant l'autorité parentale à demander systématiquement la traduction juridique de l'exercice unilatéral conduirait à entériner le délitement du lien, rendant ainsi plus difficile une restauration des liens affectifs entre le parent et l'enfant dans des situations où cela aurait pu être possible. La remise en cause du maintien de l'illusion de l'exercice conjoint de l'autorité parentale sans pour autant nuire à l'évolution de la situation affective de manière potentiellement irrémédiable, ne semble possible qu'au terme d'une réflexion de fond sur la déstigmatisation de l'exercice unilatéral de l'autorité parental.

CONCLUSION GÉNÉRALE

622. Permettre de façon systématique la traduction juridique de l'absence de lien affectif ne serait pas souhaitable. Cela aurait pour conséquence de laisser la volonté parentale s'exprimer librement en autorisant le refus de l'enfant sans aucune limite. La protection de la valeur symbolique de la filiation, aussi bien que la protection que ce lien juridique confère à l'enfant placé dans une situation de vulnérabilité par les effets qu'il produit, exclue une prise en compte aussi radicale du refus parental. Le rôle du droit est, en effet, d'encadrer les relations humaines, notamment en protégeant les plus vulnérables. Toutefois, une démarche inverse, qui consisterait à exclure toute prise en compte du lien affectif, ne serait pas davantage opportune. « *Le droit, sans abus d'abstraction, ne peut se fermer à la vie affective de ses sujets* »¹. Les relations entre parents et enfants sont trop intrinsèquement liées aux sentiments, à l'affect, pour que leur encadrement juridique puisse y demeurer complètement hermétique. Cela conduirait à objectiver à l'extrême le lien de filiation et ses effets, faisant de ce lien juridique et des obligations qui y sont attachées un ensemble rigide et vide de toute signification en raison de sa déconnexion totale avec la situation réellement vécue par l'enfant et son parent.

D'ailleurs, le législateur ne s'y trompe pas car, si la prise en compte du lien affectif n'apparaît jamais en ces termes, les règles encadrant la relation parent-enfant n'y sont pas totalement indifférentes. Bien qu'elle soit très inégale, cette prise en compte transparaît à de nombreux endroits où le refus du parent peut s'exprimer.

623. Concernant d'abord le refus du statut de parent, la liberté offerte au parent pour traduire juridiquement l'absence de lien affectif en rejetant la filiation varie selon que le refus s'exprime antérieurement ou postérieurement à l'établissement du lien. Lorsque le refus intervient avant qu'aucun lien juridique n'unisse l'enfant et le parent, la liberté d'expression de la réalité affective est relativement importante, bien qu'elle varie en fonction du stade de développement de l'enfant. Au stade embryonnaire, la place laissée à l'expression de l'absence d'investissement émotionnel de l'enfant est importante. En effet, l'implantation de l'embryon et le fait que la grossesse soit menée à terme dépendent grandement de l'inscription de l'enfant dans un projet parental. Seulement, selon que l'enfant se trouve *in vitro* ou *in utero*, la volonté de chacun des membres du couple ne joue pas un rôle aussi déterminant. Alors que le refus de chacun des membres du couple permet d'empêcher la naissance de l'embryon *in vitro*, seule

¹G. CORNU, « Du sentiment en droit civil », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 71.

l'absence d'investissement de la femme qui porte l'enfant peut empêcher la naissance de l'embryon *in utero*. Le sentiment de l'accouchée prévaut encore, une fois l'enfant né, tant que sa filiation n'est pas établie puisque, contrairement à la filiation paternelle dont l'établissement peut être imposé, l'accouchement sous le secret permet dans les faits d'éviter l'établissement de la filiation maternelle. En outre, le refus de la filiation maternelle rend en pratique très difficile l'établissement de la filiation paternelle.

Une fois la filiation de l'enfant établie, la place laissée à l'expression de l'absence de lien affectif va décroissante, le législateur encadrant strictement la possibilité de rompre le lien de filiation. Toutefois, la rigueur de cet encadrement varie selon que la filiation est adoptive ou non. Le parent dont la filiation repose sur l'engendrement dispose d'une liberté de rupture plus importante que le parent adoptif. La possibilité qu'il a de rompre sa filiation n'est cependant pas uniforme puisqu'elle dépend de sa conformité à la réalité de l'engendrement. Bien que cette faculté soit, en principe, limitée dans le temps, la personne non responsable de la venue au monde de l'enfant peut unilatéralement rompre sa filiation au moyen d'une action en contestation. En revanche, passés ces délais, ou si la filiation est conforme à la réalité de l'engendrement, la rupture de la filiation ne sera possible que si l'enfant fait l'objet d'une adoption plénière. Or, une telle adoption n'est possible que de façon exceptionnelle, compte tenu des conditions très strictes auxquelles est soumis son prononcé. La prise en compte de l'absence de lien affectif est encore plus limitée en matière de filiation adoptive, en raison de l'appréhension extensive que retient le législateur de la notion de révocation qui le conduit à exclure la possibilité pour l'enfant adopté de faire l'objet d'une seconde adoption plénière. La rupture de la filiation adoptive n'est, par conséquent, possible que par la révocation pour motifs graves, laquelle ne peut concerner qu'un adopté simple majeur. La filiation adoptive est donc presque entièrement hermétique à la qualité du lien affectif.

624. La place laissée au refus de la fonction parentale permet également au parent de traduire juridiquement l'absence de lien affectif, mais, là encore, de façon limitée. En effet, en matière de fonction parentale, le législateur ne prend en compte la qualité du lien affectif que lorsqu'il ne peut en être autrement. Dès lors que cela est possible, l'accomplissement des obligations résultant du statut de parent est imposé au parent. Ainsi, les aspects objectifs de la fonction parentale, que sont la prise en charge financière et la mission de transmission, sont imposés au parent tout au long de sa vie quelle que soit la situation familiale. La prise en compte du lien affectif n'affleure alors que de façon tout à fait résiduelle, notamment lorsque le

comportement particulièrement grave de l'enfant rendrait intolérable le maintien de l'obligation parentale.

À l'inverse, les aspects subjectifs de la fonction parentale ne peuvent être imposés au parent, puisqu'il est impossible de forcer la prise en charge de la personne de l'enfant et de ses biens si le parent s'y refuse. Pour autant, là encore, le rejet par le législateur de la prise en compte de l'absence lien affectif est palpable puisqu'il l'ignore tant qu'il n'est pas contraint de pallier la carence des parents. Ainsi, l'illusion du lien peut être maintenue tant que l'un des parents assure la mission parentale. Ce n'est que lorsque les deux parents s'y refusent que le droit se voit forcer de pallier leur carence.

625. Dès lors, la possibilité pour le parent de traduire l'absence de lien affectif l'unissant à l'enfant en refusant son statut ou en échappant aux obligations attachées à sa fonction parentale reste très limitée. Si l'encadrement assez strict de la possibilité d'échapper au statut de parent se justifie « *par l'aspiration fondamentale du droit contemporain de la famille, qui relève de la volonté d'assurer à l'enfant la sécurité de son identité, par la permanence, de droit tout au moins, du lien qui le rattache à ses parents* »¹, celui de la fonction parentale apparaît grandement perfectible.

L'encadrement de la rupture de la filiation adoptive mériterait toutefois d'être assoupli. En effet, s'il apparaît opportun que la sécurisation de la filiation exclut la possibilité de rompre la filiation dès lors qu'il n'existe pas de lien affectif entre le parent et l'enfant, cela ne doit pas conduire à exclure la rupture de la filiation alors même qu'elle ne serait pas attentatoire à l'intérêt de l'enfant. De même que la prise en compte particulière du refus de l'accouchée consacrée par l'accouchement sous le secret se justifie car elle garantit à l'enfant d'être intégré dès son plus jeune âge dans une famille le désirant, la possibilité de rompre la filiation adoptive par le prononcé d'une adoption plénière se justifierait par les conditions très strictes nécessaires au prononcé d'une telle adoption. Dans le même sens, l'encadrement de la rupture de la filiation reposant sur l'engendrement pourrait être légèrement assoupli par l'ouverture de la possibilité pour un parent de rompre unilatéralement la filiation l'unissant à l'enfant en consentant à l'adoption plénière par le conjoint de l'autre parent.

En dehors de ces propositions d'assouplissements, la prise en compte limitée du lien affectif par le droit apparaît opportune. Soumettre la filiation à la seule volonté et aux vicissitudes des relations affectives des parents remettrait en cause son caractère inconditionnel

¹V. EGÉA, « L'impératif en droit de la famille », *RRJ*, 1 mars 2004, p. 702, n° 59.

de manière très critiquable. Le lien juridique unissant parent et enfant doit être protégé et, par conséquent, sa rupture doit demeurer strictement encadrée. En dépit des quelques propositions susmentionnées, l'état du droit apparaît donc relativement satisfaisant sur ce point.

Il en va différemment des règles régissant la fonction parentale. En effet, si le maintien de l'illusion de l'exercice conjoint de l'autorité parentale ne saurait être trop durement critiqué compte tenu de la difficulté de trouver une solution plus satisfaisante, le fait de forcer l'accomplissement des aspects objectifs de la fonction parentale quelle que soit la réalité affective n'apparaît pas opportun. L'idée selon laquelle l'enfant relève de la responsabilité des parents ne doit pas faire perdre de vue le fait que son bon développement ne peut se passer de l'affect, du sentiment. Si des obligations, notamment financières, doivent toujours s'imposer aux parents afin de pallier la vulnérabilité de l'enfant durant sa minorité, une fois celui-ci parvenu à l'âge adulte, la persistance de ces obligations sans considération pour la réalité du lien affectif interroge. Ainsi, les aspects objectifs de la fonction parentale pourraient être relativisés en prenant en compte la distension du lien affectif lorsque l'enfant n'est plus placé dans une situation de vulnérabilité. Cela conduirait à imposer la transmission et la prise en charge financière de l'enfant durant sa minorité et, à l'inverse, à permettre au parent de les écarter au-delà de la majorité, à moins que l'enfant ne se trouve dans une situation particulière telle que l'altération de ses facultés ou son impécuniosité passagère.

Le maintien à tout prix de tous les effets attachés à la filiation n'a pas de sens. Il conduit à réduire le lien de filiation à des contraintes financières, puisque ce sont les seuls aspects de la fonction parentale qui peuvent être imposés. Certes, il est important de réaffirmer la force et l'importance du lien de filiation, mais ce but est-il réellement atteint lorsque la filiation se réduit à ses aspects financiers ? À l'inverse, le lien de filiation ne semble pouvoir sortir que renforcé par la prise en compte de la réalité affective vécue par les membres de la famille.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux : Traités, Manuels, Dictionnaires

Traités

DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon*, t. IV, *Du mariage et de la séparation de corps*, 3^e éd., 1866.

HAUSER (J.) et HUET-WEILLER (D.), *Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, LGDJ, 1998.

PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, *Principes généraux, les personnes, la famille*, 4^{ème} éd. 1906.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité de droit civil*, t. II, *La famille*, par A. Rouast, 2^e éd., LGDJ, 1952.

RIPERT (G) et BOULANGER (J.), *Traité de droit civil*, t. I, *Introduction générale, Les personnes*, 1956.

Manuels

BEIGNER (B.) et TORRICELLI-CHRIFI (S.), *Libéralités et successions*, LGDJ, 4^e éd., 2017.

BENABENT (A.), *Droit de la famille*, coll. Précis Domat. Droit privé, LGDJ, Lextenso, 4^e éd., 2018.

BONFILS (P.) et GOUTTENOIRE (A.), *Droit des mineurs*, coll. Précis, Dalloz, 2^e éd., 2014.

BONNET (V.), *Droit de la famille*, coll. Paradigme, Bruylant, 7^e éd., 2018.

BUFFELAN-LANORE (Y.) et LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil. Introduction, biens, personnes, famille*, Dalloz Sirey, 20^e éd., 2018.

CARBORNNIER (J.), *Droit civil*, t. I, *Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, le Couple*, PUF / Quadriga, coll. Thémis droit, 1^{ere} éd. refondue, 2004.

CORNU (G.),

- *Droit civil. La famille*, coll. Domat, Droit privé, Montchrestien, 9^e éd., 2006.
- *Droit civil. Les personnes*, coll. Domat, Droit privé, Montchrestien, 13^e éd., 2007.

DENIS (D.) et SANCIER-CHATEAU (A.), *Grammaire du français*, coll. Librairie générale française, Le Livre de Poche, 1994.

EGEA (V.), *Droit de la famille*, LexisNexis, 2^e éd., 2018.

GRIMALDI (M.), *Droit des successions*, LexisNexis, 7^e éd., 2017.

JUBAULT (C.), *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, coll. Domat, Droit privé, Montchrestien, 2^e éd., 2010.

LEBORGNE (A.), *Voies d'exécution et procédures de distribution*, coll. Précis, Dalloz Sirey, 1^{re} éd., 2009.

LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, coll. Droit fondamental, Presses universitaires de France, Paris, 1996.

MALAUURIE (Ph.),

- *Cour de droit civil. La famille*, coll. Ph. Malaurie, L. Aynès, Cujas, 3^e éd., 1992-1993.
- *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, coll. Droit civil, LGDJ Lextenso, 10^e éd., 2018.

MALAUURIE (Ph.) et BRENNER (C.), *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 7^e éd., 2016.

MALAUURIE (Ph.) et FULCHIRON (H.),

- *Droit de la famille*, LGDJ, 6^e éd., 2018.
- *La famille*, coll. Droit civil, Defrénois, Lextenso, Paris, 4^e éd., 2011.

MURAT (P.), (dir.), *Droit de la famille*, coll. Dalloz action, Dalloz, 2014-2015.

OURLIAC (P.) et GAZZANIGA (J.-L.), *Histoire du droit privé français de l'an mil au Code civil*, coll. L'évolution de l'humanité, Albin Michel, 1985.

PETERKA (N.), **CARON-DEGLISE (A.)** et **ARBELLOT (F.)**, *Protection de la personne vulnérable*, coll. Dalloz action, Dalloz, 2017-2018.

PETOT (P.), *Histoire du droit privé français. La famille*, Loysel, Paris, 1992.

TERRE (F.), **GOLDIE-GENICON (C.)** et **FENOUILLET (D.)**, *Droit civil. La famille*, coll. Précis, Dalloz, 9^e éd., 2018.

VOIRIN (P.) et GOUBEAUX (G.), *Droit civil, t. 2, Régimes matrimoniaux. Successions - Libéralités.*, LGDJ, 29^e éd., 2016.

Patrimoine, coll. Mémento Pratique, Francis Lefebvre, 2017.

Dictionnaires

REY (A.), (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Dictionnaire le Robert, Paris, 1995.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, coll. Quadrige, PUF, 12^e éd., 2018

Ouvrages spéciaux : Thèses, Monographies, Essais

Thèses

ARDEEFF-GARE (I.), *L'enfant sans filiation*, thèse, Toulouse I, 1999.

BENSA (C.), *Famille structurelle, famille fonctionnelle. Réflexion sur le travail prétorien d'adaptation de la notion de famille à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour suprême du Canada*, thèse, Toulouse Capitole, Laval, 2018.

BERNARD (C.), *La paternité en droit français*, thèse, Lille III, 2000.

BERTHET (P.), *Les obligations alimentaires et les transformations de la famille*, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2001.

BRUGGEMAN (M.), *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

CAMASSES (M.), *Essai sur la modernisation de l'obligation d'entretien*, thèse, Université des sciences sociales de Toulouse, 2003.

DELFOSE-CICILE (M.-L.), *Le lien parental*, LGDJ, Paris, 2003.

DERRIDA (F.), *L'obligation d'entretien. Obligation des parents d'élever leurs enfants*, Dalloz, Paris, 1952.

DESCHAMPS (V.), *Le fondement de la filiation. De la biologie à l'engendrement, étude sur la cohérence du titre VII du Livre premier du Code civil*, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Lextenso, 2019.

FOURNIER PHILIPPOT (A.), *L'être humain au commencement de sa vie*, thèse, Paris I, 2012.

GUIGUET-SCHIELE (Q.), *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux. Essai sur une fiction disqualificative*, Dalloz, Nouvelle bibliothèques des Thèses, coll., 2015.

GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité. Etude du droit des personnes et de la famille*, LGDJ, Paris, 2000.

HIRSOUX (E.), *La volonté individuelle en matière de filiation*, thèse, Lille III, 1988.

HUBERT-DIAS (G.), *L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale. Etude de droit européen comparé*, thèse, Reims Champagne-Ardenne, 2014.

KOLINGAR (V.), *L'étendue de la fiction dans le lien de filiation*, thèse, Paris II, 2007.

MONGE (L.), *La liberté de procréer, pouvoir de la femme*, thèse, Lille III, 2000.

MONTEIL (M.), *L'orphelin mineur*, thèse, Université Toulouse Capitole, 2018.

MORGAND-CANTEGRIT (V.), *La possession d'état d'enfant*, thèse, Lille III, 1993.

PARICARD-PIOUX (S.), *La convenance personnelle*, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, Paris, 2003.

PELISSIER (J.), *Les obligations alimentaires. Unité ou diversité*, LGDJ, Paris, 1961.

PICHARD (M.), *Le droit à*, coll. Recherches juridiques, Economica, 2006.

PRIEUR (S.), *La disposition par l'individu de son corps*, Les Etudes hospitalières, Bordeaux, 1999.

RICHARD OUEDRAOGO (R.W.), *La notion de devoir en droit de la famille*, Bruylant, 2014.

VIGNEAU (D.), *L'enfant à naître*, thèse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1988.

Monographies

AGACINSKI (S.), *Corps en miettes*, coll. Café Voltaire, Flammarion, 2013.

BADINTER (E.), *L'un est l'autre*, Odile Jacob éd., 1986.

BENSUSSAN (P.) et **RAULT (F.)**, *La dictature de l'émotion*, Belfond éd., 2002.

BERTRAND-MIRKOVIC (A.), *La notion de personne : Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

BOLTANSKI (L.), *La condition foetale. Une sociologie de l'engendrement et de l'avortement.*, Gallimard, 2004.

BONNET (C.),

- *Geste d'amour. L'accouchement sous X*, Odile Jacob, 1996.
- *Les enfants du secret*, Odile Jacob, Paris, 1992.

BOULANGER (F.), *Autorité parentale et intérêt de l'enfant. Histoire, problématique, panorama comparatif et international*, coll. Coup de coeur, Edilivre aParis, 2008.

BOUVIER (F.), *Maternités et libertés : Avortement, contraception, statut de l'embryon*, L'Harmattan, Paris, 2012.

CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996.

CHOQUET (J.-L.) et **SAYN (I.)**, *Obligation alimentaire et solidarités familiales*, LGDJ, 2000.

DELAISI (G.) et **VERDIER (P.)**, *Enfant de personne*, Odile Jacob, 1994.

DHONTE-ISNARD (E.), *L'embryon surnuméraire*, L'Harmattan, Paris, 2004.

DU PONTAVICE (E.), *L'autonomie du droit de la famille*, coll. Université de Paris-sud, Éditions techniques et économiques, 1974.

EYMEINIER (M.) et **VERDIER (P.)**, *La réforme de la protection de l'enfance*, Berget-Levrault, 2012.

FABRE-MAGNAN (M.), *La gestation pour autrui. Fictions et réalités*, Fayard, 2013.

FIorentino (A.) et **(K.)**, (dir.), *Mater semper certa est ? Passé, présent, avenir d'un adage*, coll. Droit, bioéthique et société, Bruylant, 2018.

FOUDA (V.), *Notions de réussite et d'échec dans la filiation adoptive*, coll. Questions contemporaines, L'Harmattan, 2002.

GALLUS (N.), *Bioéthique et droit*, Anthemis, Limal, 9 avril 2013.

GEBLER (M.-J.), *Le droit français de la filiation et la vérité*, LGDJ, Paris, 1970.

GOMAR (M.) et NEIRINCK (C.), *La famille que je veux, quand je veux ? Évolution du droit de la famille*, Érès, 2003, pp. 7-19.

GUESMI (A.), *La protection pénale de l'enfant avant sa naissance*, L'Hermès, 2003.

IACUB (M.), *L'empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, coll. l'Histoire de la pensée, Fayard, 2004.

LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Le nom. Droit et histoire*, PUF, 1990.

L. ROSENBLUM (N.), *Another Liberalism. Romanticism and the reconstruction of Liberal Thought*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) and London (England), 1987.

MARTIN (C.), *L'après divorce. Lien familial et vulnérabilité*, coll. Le sens social, Presses universitaires de Rennes éd., 1997.

MASSAGER (N.), *Les droits de l'enfant à naître*, Bruylant, Bruxelles, 1997.

NEIRINCK (C.) et GROSS (M.), *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ? Question de droit et de société*, coll. Doc' en poche. Place au débat, La documentation française, 2014.

NEYRAND (G.), *L'enfant face à la séparation des parents : une solution, la résidence alternée*, La découverte, 3e éd. éd., 2004.

RENOUX (M.-C.), *Réussir la protection de l'enfance avec les familles en précarité*, Ed. de l'atelier/Ed. ouvrières, Ed. Quart Monde, 2008.

ROUJOU DE BOUBÉE (G.), *L'interruption volontaire de la grossesse. Commentaire de la loi n°75-17 du 17 janvier 1975*, Dalloz, 1975.

SAVATIER (R.),

- *Le droit, l'amour et la liberté*, coll. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2^e éd., 1963.
- *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, , 1964.

SERUSCLAT (F.), *Les sciences de la vie et les droits de l'homme : Bouleversement sans contrôle ou législation à la française*, Economica, 1992.

TERRE (F.), *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, Flammarion, 1987.

THERY (I.), *Le démariage. Justice et vie privée*, Editions Odile Jacob éd., 1996.

VERDIER (P.), *L'adoption aujourd'hui*, Bayard, 1994.

VIAUX (J.-L.), *L'enfant et le couple en crise*, Dunod éd., 1997.

Essais

BADINTER (E.), *L'amour en plus. Histoire de l'amour maternel. XVIIe-XXe siècle*, coll. Littérature & Documents, Le Livre de Poche, 2001.

DE BEAUVOIR (S.), *Le deuxième sexe II*, coll. Folio/Essais, Gallimard, 1949.

LEVY-SOUSSAN (P.), *Destins de l'adoption*, Fayard, 2014.

OLIVIER (C.), *Les enfants de Jocaste. L'empreinte de la mère*, coll. Femme, Denoël, 1980.

PLARD (M.), *Paternités imposées*, Les liens qui libèrent, 2013.

ROUSSEAU (J.-J.), *Emile ou de l'éducation*, Paris, GF Flammarion éd., 2009.

SULLEROT (E.), *La crise de la famille*, Fayard, 2000.

RÉPERTOIRES ET ENCYCLOPÉDIES

BALIVET (B.), « V° Mineurs - Fasc. 40 : Mineurs. - Tutelle », *in J-Cl Procédures*.

BOSSE-PLATIERE (H.), « Fasc. 26 : Adoption plénière - adoption simple - effets », *in J-Cl C. civ.*

BOSSE-PLATIERE (H.) et SCHULZ (M.), « Fasc. 24 : Filiation adoptive - L'adoption co-parentale - L'adoption de l'enfant du conjoint », *in J-Cl C. civ.*

CARBONNIER (I.), « Fasc. 10 : Autorité parentale. Exercice de l'autorité parentale. », *in J-Cl C. civ.*

CICILE-DELFOSE (M.-L.), « La dévolution du nom de famille », *in J-Cl C. civ.*

CORPART (I.), « Administration légale des biens du mineur », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz.

EUDIER (F.), « Adoption », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz.

FONGARO (E.) et NICOD (M.), « Réserve héréditaire - Quotité disponible », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz.

GOUTTENOIRE (A.),

- « Mineur », *in Répertoire de procédure civile*, Dalloz.
- « autorité parentale », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz.

GOUTTENOIRE (A.) et FULCHIRON (H.), « Autorité parentale », *Répertoire de droit civil*, Dalloz.

HAUSER (J.), « Filiation. - Identification. - Procréation médicalement assistée », *in J-Cl C. civ.*

KORNPROBST (M.), BOSSE-PLATIERE (H.) et MULLOT-THIEBAUD (A.), « Obligation alimentaire », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz.

LARRIBAU-TERNEYRE (V.) et AZAVANT (M.), « Procédures postérieures au jugement d'adoption », *in Répertoire de procédure civile*, Dalloz.

LAUNOY (G.), « Fasc. unique : Actes de l'état civil. - Actes de naissance. - Acte de naissance des enfants trouvés. - Enfants trouvés et pupilles de l'Etat », *in J-Cl C. civ.*

LEMOULAND (J.-J.), « Art. 2 - Un droit « pédocentrique » », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz.

LEVENEUR (L.),

- « Art. 205 à 209 : Aliments. - Obligation alimentaire. - Conditions d'existence. », *in J-Cl C. civ.*
- « Aliments. - Obligation parentale d'entretien », *in J-Cl C. civ.*

MATHIEU (M.) et COLLARD (F.), « Fasc. 350 : Succession. - Action en retranchement. - Renonciation anticipée », *in J-Cl Liquidations*.

NAJJAR (I.), « Donation », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz.

NEIRINCK (C.),

- « Fasc. 30 : Autorité parentale. - Délégation », *in J-CI C. civ.*
- « Fasc. 40 : Autorité parentale. - Retrait », *in J-CI rép. not.*
- « Art. 343 à 370-2. fasc. 30. Filiation adoptive. Adoption simple », *in J.-CI civ.*
- « Enfance », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz.
- « Fonction parentale », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz.

NICOD (M.) et DEVILLE (S.), « Réserve héréditaire - Réduction des libéralités », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz.

SALVAGE-GEREST (P.) et MARIA (I.),

- « Art. 382 à 386 - Fasc. 10 : Minorité. - Généralités sur les différents régimes de protection », *in J-CI C. civ.*
- « Art. 389 à 393 - Fasc. 30 : Minorité. - Intervention du juge des tutelles dans l'administration légale », *in J-CI C. civ.*

RAYMOND (G.), « Assistance éducative », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz.

SALVAGE-GEREST (P.), « Art. 394 à 410 - Fasc. 30 : Minorité. - Tuteur. - Gouvernement de la personne du mineur », *in J-CI C. civ.*

VAREILLE (B.), « Avantage matrimonial », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz.

Articles

ANCEL (B.), « La résidence alternée : panacée ou pis-aller ? », *AJ fam.* 2015, p. 213.

ANDORNO (R.), « Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée : primauté technique ou primauté de la personne », *RIDC* 1994, n° 1, pp. 141-152.

ANSAULT (J.-J.), « L'influence de la conception française de la filiation sur le système probatoire », *RLDC*, 1^{er} mai 2010, p. 71.

ARDEEFF (I.), « Plaidoyer pour le maintien de l'action à fins de subsides », *AJ fam.* 2012, p. 39.

ATIBACK (A.), « L'intérêt de l'enfant dans les procédures d'assistance éducative », *Dr. Fam.* 2006, n° 4, étude 18.

AUBIN (S.), « Les droits du père face à l'accouchement anonyme », *LPA*, 20 mars 2003, n° 57, p. 3.

AVENA-ROBARDET (V.), « Maltraitance des parents divorcés : insoluble ? », *AJ fam.* 2016, p. 175.

BANDRAC (M.), « Réflexions sur la maternité », *in Mélanges Raynaud*, Dalloz Sirey, 1985, p. 271.

BARDET (J.-P.), « Enfants abandonnés et enfants assistés à Rouen dans la seconde moitié du XVIIIe siècle », *in Hommage à Marcel Reinhard. Sur la population française au XVIIIe et au XIXe siècle*, Société de démographie historique, 1973, pp. 19-49.

BAS (C.), « Les séquelles de la suppression de la procédure judiciaire de changement de nom », *RLDC*, 1 avril 2007, n° 37.

BATTEUR (A.),

- « Secrets autour de la conception de l'enfant (Etude de droit civil) », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, coll. Les Mélanges, Defrénois, 2005, pp. 15-50.
- « La paternité judiciairement déclarée de plus en plus contestée, mais ses effets sont un peu diminués ! », *L'essentiel Droit de la famille et des personnes*, 6 septembre 2016, n° 8, p. 1.
- « La Cour de cassation défavorable à l'utilisation inconditionnelle des tables de références pour le calcul des pensions alimentaires », *L'essentiel Droit de la famille et des personnes*, 15 décembre 2013, n° 11, p. 1.

BATTEUR (A.) et **DOUVILLE (Th.)**, « Présentation critique de la réforme de l'administration légale », *D.* 2015, p. 2330.

BEIGNER (B.) et **TORRICELLI-CHRIFI (S.)**, « La renonciation anticipée à l'action en réduction : l'audace récompensée », *JCP N*, 17 juin 2016, n° 24, p. 1199.

BELINGUIER-RAIZ (E.), « La résidence alternée en Italie », *AJ fam.* 2018, p. 288.

BELLIVIER (F.), « La possibilité d'être parent en dépit de la nature et l'impossibilité d'être parent à raison du droit », in *Être parent aujourd'hui*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2010, pp. 39-47.

BENSUSSAN (P.), « Aliénation parentale, abus psychologique de l'enfant et DSM-5 », *Gaz. Pal.*, 6 février 2018, n° 5, p. 9.

BERNARD-XEMARD (C.), « Naître sans mère... et le père ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, Lextenso, 2012.

BERNIGAUD (S.), « Les diverses filiations et les reconnaissances mensongères », *LPA*, 3 mai 1995, n° 53, p. 97.

BERRO-LEFEVRE (I.), « Adoption et filiation. Droit à l'enfant, droits de l'enfant ? », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de J.-P. Costa*, Dalloz, 2011, pp. 25-37.

BETTIO (N.), « Le « Droit à l'enfant » nouveau droit de l'Homme ? », *RDP*, 1 mars 2010, n° 2, p. 473.

BINET (J.-R.), « Circulaire Taubira - Ne pas se plaindre des conséquences dont on chérit les causes », *JCP G*, 11 février 2013, n° 7, p. 161.

BIOY (X.), « Le processus de révision des lois « bioéthique » », *Constitutions* 2010, p. 132.

BLOUET PATIN (A.-L.), « Diagnostic préimplantatoire et conditions de recours au « bébé médicament » », *Lexbase Hebdo - Ed. Privée Générale*, 11 janvier 2007, n° 243.

BONNET (G.), « L'appréhension du patrimoine successoral par le notaire », *AJ fam.* 2006, p. 369.

BONNET (V.), « Réflexions sur la présomption de paternité du XXI^e siècle dans ses rapports avec le mariage », *D.* 2013, p. 107.

BONNET (C.), **GARBINTI (B.)** et **SOLAZ (A.)**, « Les conditions de vie des enfants après le divorce », *Insee Première* février 2015, n° 1536.

BOULANGER (F.),

- « Réflexions sur la portée et les limites du principe d'égalité des deux membres du couple dans l'attribution et l'exercice des droits parentaux », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, Lextenso, 2012.
- « Le bilan mitigé d'une réforme : la loi n°96-604 du 5 juillet 1996 modificatrice du droit de l'adoption », *D.* 1996, p. 307.

BOURREAU-DUBOIS (C.), « Les fondements économiques de la table de référence », *AJ fam.* novembre 2010, p. 460.

BOUTON (J.), « Des manifestations de la volonté des représentants de l'enfant, sujet de l'adoption interne ou internationale », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruylant éd., 2000, pp. 101-128.

BOUVIER (F.), « A la recherche de la paternité », *RTD Civ.* 1990, p. 394.

BRENNER (C.), « La succession », in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir.*, Dalloz éd., 2004, pp. 427-449.

BRETONNEAU (A.) et **LESSI (J.)**, « Noms patronymiques : du changement dans le changement », *AJDA* 2014, p. 444.

BRIERE (C.), « La coparentalité : mythe ou réalité ? », *RDSS* 2002, p. 567.

BRUGGEMAN (M.),

- « De quelques difficultés de lecture de la réforme de l'administration légale », *Gaz. Pal.*, 13 décembre 2016, n° 83, p. 83.
- « L'administration légale », in *Etre parents - Ser padres*, sous la dir. de M. BRUGGEMAN et J. SOLÉ RESINA, Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2017.
- « Le cadre juridique explicite : l'autorité parentale et la notion d'actes usuels », *JDJ*, décembre 2017, n° 368, 369 et 370, p. 5.

BRUNETTI-PONS (C.), « La proposition de loi relative à la protection de l'enfant : analyse sous l'angle de l'adoption », *Gaz. Pal.*, 6 janvier 2015, n° 6, p. 5.

BRUNETTI-PONS (C.) et **HERZOG-EVANS (M.)**, « La généralisation de la garde alternée en question », *Gaz. Pal.*, 28 novembre 2017, n° 41, p. 11.

BUISSON (G.) et **LAPINTE (A.)**, « Le couple dans tous ses états », *Insee Première*, 14 février 2013, n° 1435.

BURGARD (M.), « Les circonstances dans lesquelles le jeune majeur bénéficie de l'obligation d'entretien », *Dr. Fam.*, 8 juillet 2008, n° 7-8, comm. 93.

CADARS BEAUFOR (C.), « La résidence alternée, principe ou exception ? Etat du droit et de la jurisprudence », *AJ fam.* 2018, p. 264.

CADOU (E.), « L'enfant de filiation inconnue peut-il être confié à un organisme autorisé pour l'adoption ? », *D.* 2011, p. 2093.

CAPELIER (F.),

- « « Réforme de la protection de l'enfant » - Présentation générale », *AJ fam.* 2016, p. 195.
- « La réforme de la protection de l'enfance : une révolution discrète », *RDSS* 2016, p. 540.

CARAYON (L.), « Nouvelle procédure de reconnaissance de filiation. Viser les personnes étrangères, frapper tous les pères », *AJ fam.*, octobre 2018, p. 541.

CARBONNIER (J.),

- « La filiation », in *Essais sur les lois*, coll. Anthologie du droit, LGDJ, Lextenso, 2^e éd., 1995, pp. 53-58.
- « À chacun sa famille, à chacun son droit », in *Essais sur les lois*, coll. Anthologie du droit, LGDJ, Lextenso, 2^e éd., 1995, pp. 91-97.

CASEY (J.),

- « Retranchement en valeur et refus du principe de concentration des demandes », *AJ fam.* 2017, p. 78.
- « Les actions au bénéfice des enfants contre le conjoint survivant », *AJ fam.*, juin 2018, p. 330.

CATALA (P.),

- « La métamorphose du droit de la famille », in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir.*, Dalloz, 2004, p. 341.
- « La réforme des successions et des libéralités et le droit de l'entreprise », *LPA*, 28 juin 2007, n° 129, p. 3.
- « Le droit successoral entre son passé et son avenir », in *Le monde du droit, écrits rédigés en l'honneur de Jean Foyer*, Economica, 2008, pp. 229 et s.

CENAC (P.) et PEYROUX (C.), « La mort de la réserve héréditaire ? », *JCP N*, 4 mars 2011, n° 9, p. 1092.

CHABAULT (C.), « La notion d'emploi régulier ou le maintien de la contribution à l'entretien », *Dr. Fam.* 2000, n° 6, comm. 73.

CHAMPENOIS (G.),

- « 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, p. 2686.
- « La paternité », in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir.*, Dalloz, 2004, p. 359.

CHAMPENOIS (M.-P. et G.), « 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 hommage de François Terré*, coll. Etudes Mélanges, Dalloz, 1999, pp. 485-508.

CHAZAL (J.), « La notion de danger couru par l'enfant dans l'institution française d'assistance éducative », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel.*, Pedone, Paris, 1975, pp. 327-343.

CHENEDE (F.),

- « Conséquences de l'établissement judiciaire de la paternité naturelle sur le nom de l'enfant : quelques dispositions transitoires », *AJ fam.* 2007, p. 141.
- « Rejet de l'expertise biologique en matière de constatation de possession d'état », *AJ fam.* 2011, p. 376.

CHEYNET DE BEAUPRE (A.),

- « Les liens du sang (filiation et vérité biologique) », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, 2015, pp. 441-459.
- « Homme et femme il les créa », *D.* 2008, p. 1216.
- « Le bébé du double espoir », *D.* 2011, p. 603.
- « La révision de la loi relative à la bioéthique », *D.* 2011, p. 2217.

CHOPIN (M.) et CADARS BEAUFOUR (C.), « La résidence alternée : état du droit, bilan et jurisprudence », *AJ fam.* 2010, p. 21.

COCTEAU-SENN (D.), « Dernières précisions sur le régime de l'action en rétablissement de la présomption de paternité légitime », *D.* 2002, p. 1588.

COHEN (D.), « Le droit à... », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage de François Terré*, coll. Études Mélanges, Dalloz, 1999, pp. 393-400.

COMBRET (J.) et BAILLON-WIRTZ (N.), « Quand modernisation rime avec confusion : l'administration légale selon l'ordonnance du 15 octobre 2015 », *JCP N*, 11 décembre 2015, n° 50, p. 41.

COMMAILLE (J.), « Analyse introductive : L'avenir de la famille et la place de l'enfant », in *Enfance et violences*, sous la dir. de J. RUBELLIN-DEVICHI et M. AUDRIEUX, coll. PUL, 1992, pp. 13-18.

CORNU (G.),

- « La naissance et la grâce », *D.* 1971, chron. 173.
- « L'embryon humain », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, pp. 5-12.
- « La famille unilinéaire », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, pp. 99-118.
- « Les filiations par greffe : adoption et procréation médicalement assistée », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, pp. 131-140.
- « Du sentiment en droit civil », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, pp. 71-84.

CORPART (I.),

- « La réforme du 5 juillet 1996 relative à l'adoption : refonte d'ensemble ou retouche ? », *LPA*, 25 novembre 1996, n° 142, p. 5.
- « Le déclin de l'émancipation des mineurs », *JCP N*, 3 octobre 2003, n° 40, p. 1523.
- « Les dysfonctionnements de la coparentalité », *AJ fam.* 2009, p. 155.
- « Pas de reconnaissance légale pour le syndrome d'aliénation parentale », *RJPF*, 1 septembre 2013, n° 9.
- « La gestation pour autrui de l'ombre à la lumière. Entre droit français et réalités étrangères », *Dr. Fam.* 2015, n° 11, étude 14.
- « Le renforcement du dispositif de protection de l'enfant par la loi du 14 mars 2016 : de nouvelles perspectives dans la continuité », *Dr. Fam.* 2016, n° 7-8, étude 14.

COTTET (M.), « L'impact de la déclaration de délaissement unilatéral sur le parent non délaissant », *Dalloz actualité*, 12 juillet 2019.

COURTOIS (P.-A.), « La protection du concubin survivant », *AJ fam.* 2018, p. 339.

DAURIAC (I.), « La renonciation anticipée de l'action en réduction », *D.* 2006, p. 2574.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.),

- « Propos hétérodoxes sur les familles naturelles », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille : liber amicorum.*, PUS, LGDJ, 1994, pp. 67-77.
- « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ.* 1995, p. 249.
- « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, pp. 281-298.
- « Le lien parental », *LPA*, 1 juillet 2004, n° 131, p. 70.
- « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », *RLDC* 2005, p. 21.
- « Droits de l'enfant : chroniques d'actualité législative et jurisprudentielle n°5 », *LPA*, 2 juin 2009, n° 109.
- « Les chemins de l'adoptabilité », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, 2015, pp. 483-502.

DELECRAZ (Y.), « L'aide des parents envers les enfants - . - Le financement des études supérieures et la mise à disposition d'un logement », *JCP N*, 26 avril 2013, n° 17, p. 1114.

DELECRAZ (Y.) et CHETAÏLLE (M.),

- « Les obligations légales en matière d'aide financière parentale », *RJPF*, 1 juin 2011, n° 6.
- « Le financement par les parents des études supérieures de leurs enfants », *JCP N*, 6 mai 2011, n° 18, p. 1154.

DELAISI DE PARSEVAL (G.), « Origines ou histoire ? Plutôt tenter de se construire une identité narrative », *AJ fam.* 2003, p. 94.

DEPOND (A.), « Assurance-vie : les incohérences du droit positif - . - (première partie) », *JCP N*, 9 avril 2010, n° 14, p. 1167.

DIONISI-PEYRUSSE (A.),

- « Le droit de la filiation issu de la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *D.* 2009, p. 966.
- « La sécurisation de la filiation paternelle par l'ordonnance 2005-759 du 4 juillet 2005 », *D.* 2006, p. 612.
- « Repenser la filiation en cas d'ouverture de l'AMP à toutes les femmes », *JCP G*, 8 juillet 2019, n° 27, p. 1315.

DIONISI-PEYRUSSE (A.) et PICHARD (M.), « Autorité parentale et stéréotypes de genre : la part du droit », *AJ fam.* 2014, p. 174.

DOUBLEIN (C.), « Changement de nom par décret au profit du mineur », *AJ fam.* 2016, p. 113.

DOUMENG (V.),

- « Etude comparative de l'adoption française et de l'adoption ouverte aux Etats-Unis », in *Parents de sang. Parents adoptifs*, sous la dir. de A. FINE et C. NEIRINCK, coll. Droit et société, LGDJ, 2000.
- « L'enfant délaissé et l'aide sociale : les notions nouvelles. La notion de délaissement et l'incidence de la loi du 14 mars 2016 sur le dispositif légal de contrôle et de sanction de l'autorité parentale », *JDJ*, décembre 2017, n° 368, 369 et 370, p. 37.

DREIFUSS-NETTER (F.),

- « L'accouchement sous X », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille : liber amicorum.*, PUS, LGDJ, 1994, pp. 99-113.
- « La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers », *RTD Civ.* 1996, p. 1.
- « Les manifestations de volonté tendant à la création ou à l'extinction de liens familiaux », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000, pp. 263-288.
- « La loi française : des principes au pragmatisme », in *La maîtrise de la vie*, sous la dir. de L. KHAÏAT et C. MARCHAL, Erès, 2012, pp. 109-117.

DURAND (E.),

- « La vie de l'enfant après la séparation des parents. Illustrations concrètes par un juge des enfants », *AJ fam.* 2010, p. 18.
- « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? Table ronde consacrée aux familles en difficultés », *LPA*, 24 février 2010, n° 39, p. 20.

EGEA (P.),

- « L'impératif en droit de la famille », *RRJ*, 1 mars 2004, n° 2, pp. 651-719.
- « La « condition foetale » entre « procréation et embryologie ». Du titre VI de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 », *RDSS* 2005, p. 232.

EUDIER (F.), « 40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui », *AJ fam.* 2014, p. 295.

EUDIER (F.) et GOUTTENOIRE (A.), « La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant. Une réforme « impressionniste » », *JCP G*, 18 avril 2016, n° 16, doct. 479.

F. (B.), « Obligation d'entretien post majoritaire : revirement concernant la charge de la preuve », *AJ fam.* 2002, p. 379.

FARGE (C.), « La clause de réversibilité d'usufruit : une technique souple à la disposition des praticiens », *Defrénois*, 31 octobre 2005, n° 20, p. 1560.

FABRE-MAGNAN (M.), « L'impossibilité d'une gestation pour autrui « éthique » », in *La famille en mutation. Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2014, pp. 465-484.

FAVIER (Y.),

- « Les échecs de l'adoption », *Inf. soc.*, mars 2008, n° 146, Heurts et bonheurs de l'adoption, pp. 122-131.
- « Aide familiale : les temps de la transmission », in *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, pp. 385-396.

FENOUILLET (D.), « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté », in *Archives de philosophie du droit. La Famille en mutation.*, Dalloz éd., 2014, pp. 37-71.

FERRE-ANDRE (S.),

- « L'usufruit dans les libéralités à l'épreuve du temps », in *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 397.
- « L'assurance vie, le conjoint et les descendants du stipulant », *AJ fam.* 2016, p. 412.

FLAUSS-DIEM (J.),

- « Maternité de substitution et transfert de parenté en Angleterre », *RIDC*, décembre 1996, n° 4, 48, pp. 855-864.
- « Vie familiale et paternité hors mariage : quelques pistes européennes », *RLDC* 2006, p. 33.

FLORENTIN (I.), « Le diagnostic préimplantatoire et le contrôle de la qualité des enfants à naître », in *Le Droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire*, sous la dir. de C. LABRUSSE-RIOU, LGDJ, Paris, 1998, pp. 109-146.

FOSSIER (Th.), « La solidarité familiale en faveur du jeune majeur », *LPA*, 28 avril 1999, n° 84, p. 54.

FRANK (R.), « Les donations entre vifs au détriment des enfants réservataires du donateur », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz, LexisNexis, 2012, pp. 111-124.

FULCHIRON (H.),

- « L'autorité parentale rénovée (commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale) », *Deffrénois*, 15 août 2002, n° 15, p. 959.
- « De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXI^e siècle », in *Le monde du droit. Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, pp. 394 et s.
- « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », in *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, sous la dir. de H. FULCHIRON, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, pp. IX-XIX.
- « Réserve et ordre public : protection nécessaire ou protection du nécessaire ? », *Dr. et patr.* Avril 2015, p. 59.
- « Jura vigilantibus », *Dr. Fam.* janvier 2018, n° 1.

GALLANT (E.), « Notion de droit de garde et exceptions au retour immédiat de l'enfant déplacé illicitement », *JCP G*, 16 octobre 2017, n° 42, p. 1084.

GALLMEISTER (I.), « Le principe de coparentalité », *AJ fam.* 2009, p. 148.

GANANCIA (D.), « La résidence alternée en médiation familiale », *AJ Fam.* 2018, p. 273.

GARÇON (J.-P.), « Technique sociétaire et libéralité indirecte », in *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 429.

GAREIL-SUTTER (L.), « Du changement de nom de famille découlant d'un changement de filiation : appel au législateur pour un pas de plus... », *D.* 2015, p. 744.

GARE (Th.),

- « Une volumineuse circulaire complète l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *RJPF* 2006, p. 12.
- « La loi du 22 décembre 2010 pose de nouvelles règles en matière de consentement à l'adoption », *RJPF*, 1 mars 2011, n° 3, p. 32.

GAUDEMET (S.), « La représentation successorale au lendemain de la loi du 23 juin 2006 », *Defrénois*, 30 septembre 2006, n° 18, p. 1366.

GAUMONT-PRAT (H.),

- « L'évolution de l'assistance médicale à la procréation, liberté ou dépendance », in *La liberté de la personne sur son corps*, sous la dir. de P. MUZNY, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2010, pp. 65-76.
- « L'intérêt de l'enfant et l'évolution du droit de l'autorité parentale. Diversité ou unicité en droit comparé », in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012.

GANZER (A.), « L'entretien de l'enfant majeur », in *Droit de l'enfant et de la famille. Hommage à M.-J. Gebler*, Presses universitaires de Nancy, 1998, p. 133.

GBLER (L.), « La coparentalité à l'épreuve de la séparation : aspects pratiques », *AJ fam.* 2009, p. 150.

GBLER (L.), **SALVAGE-GEREST (P.)** et **SANNIER (A.)**, « « Réforme de la protection de l'enfant » - Sélection d'articles », *AJ fam.* 2016, p. 199.

GBLER (M.-J.), « L'obligation d'entretien des parents à l'égard de leurs enfants majeurs qui poursuivent des études », *D.* 1976, chron., p. 131.

GOBERT (M.),

- « Le nom ou la redécouverte d'un masque », *JCP G* 1980, I, 2966.
- « Les incidences juridiques des progrès des sciences biologique et médicale sur le droit des personnes », in *Actes du colloque. Génétique, procréation et droit*, Actes sud, 1985, p. 161.
- « L'attribution du nom : égalité ou liberté ? », *LPA*, 23 mai 2001, n° 102, p. 4.

GOGOS-GINTRAND (A.), « Le nom et le prénom sont-ils encore des éléments d'identification de la personne ? », in *Personnes et familles du XXI^e siècle.*, sous la dir. de J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, coll. Le droit en mouvement, Centre de recherche et d'analyses juridiques éd., 2018, p. 17.

GOLSE (B.), « Résidence alternée - point de vue d'un pédopsychiatre », *AJ fam.* 2012, p. 44.

GOUBEAUX (G.), « Le nom », in *Droit de l'enfant et de la famille. Hommage à M.-J. Gebler*, Presses universitaires de Nancy, 1998, p. 23.

GOUTTENOIRE (A.),

- « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », *Dr. Fam.* 2003, n° 1, chron. 1.
- « Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005 », *Dr. Fam.* 2006, n° 1, étude 6.
- « Article 1er : définition de l'enfant », *Dr. Fam.* 2009, n° 11, p. 16.
- « Les décisions des parents séparés relatives à l'enfant », *AJ fam.* 2010, p. 12.

- « La protection internationale de l'enfant contre la pauvreté », in *Droits de l'enfant et pauvreté*, sous la dir. de C. NEIRINCK, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2010, pp. 39-49.
- « L'expertise génétique exclue en matière de possession d'état », *Lexbase Hebdo - Ed. Privée Générale* 14 juillet 2011, n° 448.
- « Interview d'Adeline Gouttenoire, Présidente du groupe de travail », *AJ fam.* 2014, p. 297.
- « Favoriser l'adoption simple de certains enfants placés », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, 2015, pp. 513-522.
- « L'harmonisation des pouvoirs dans la nouvelle administration légale », in *Simplification et modernisation du droit de la famille : mythe ou réalité ? Actes du colloque tenu à Grenoble les 30 et 31 mars 2017*, sous la dir. de I. MARIA, coll. Droit civil et procédures, Connaissances et savoirs, 2018.

GRANET (F.),

- « 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 : liber amicorum.*, PUS, LGDJ, 1994, pp. 219-233.
- « La maternité en questions : état d'alerte », *D.* 2001, p. 3138.
- « Les motifs de révocation d'une adoption simple », *AJ fam.* 2002, p. 24.
- « 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 *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz, Litec, 2006, p. 149.

GRANET-LAMBRECHTS (F.),

- « L'établissement et la contestation des liens de filiation », *AJ fam.* 2003, p. 162.
- « La présomption de paternité », *Dr. Fam.* 2006, n° 1, étude 3.
- « Le choix de donner la vie sans qu'une filiation soit établie », in *Etre parent aujourd'hui*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2010, pp. 27-38.

GRANGEAT (M.), « Résidence alternée : Etat des lieux des pratiques et des recherches », *Dr. Fam.* 2019, n° 7-8, p. 17.

GRATADOUR (H.),

- « De la modification de la protection des mineurs et des majeurs vulnérables par l'ordonnance portant simplification et modernisation du droit de la famille », *RLDC*, 1 mars 2016, n° 135.
- « Le projet de réforme du droit de la famille, entre droits et intérêt de l'enfant », *RLDC* 2014, p. 121.

GRIDEL (J.-P.), « Vérité biologique et droit positif de la filiation (1972-1993) », *D.* 1993, p. 191.

GRIMALDI (M.),

- « Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », *D.* 2006, p. 2551.
- « La représentation de l'héritier renonçant », *Defrénois*, 15 janvier 2008, n° 1, p. 25.

- « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », *Defrénois*, 30 août 2012, n° 15-16, p. 755.
- « Un testament-partage peut être transgénérationnel », *RTD civ.* 2013, p. 164.
- « La réserve héréditaire ne relève pas de l'ordre public international », *RTD Civ.* 2018, p. 189.

GRÜNDLER (T.), « Les droits des enfants contre les droits des femmes : vers la fin de l'accouchement sous X ? », *La Revue des droits de l'homme* 2013, n° 3.

GUIGUET-SCHIELE (Q.), « Titularité de l'action en retranchement : de l'incohérence à l'hypocrisie », *Gaz. Pal.*, 9 juin 2015, n° 160, p. 5.

GUIGUI (J.), « Révision des lois de bioéthique : le DPI-HLA en question », *Dr. adm.* 2010, n° 1, étude 1.

GUINERET-BROBBEL (A.) et SIRE (S.), « Maman dit oui, papa aussi, ou les regrettables incertitudes de la présomption d'accord en matière d'exercice conjoint de l'autorité parentale », *LPA*, 31 mars 2003, n° 64, p. 5.

GUTMANN (D.), « Identité civile et identité familiale », *LPA*, 28 avril 1999, n° 84, p. 37.

HAOULIA (N.), « Un enfant nommé désir : réflexions sur les enjeux et risques de l'affirmation d'un droit à l'enfant », *LPA*, 11 octobre 2013, n° 204, p. 7.

HAUSER (J.),

- « L'obligation civile d'entretien du jeune majeur », in *L'enfant, la famille et l'argent*, LGDJ, 1991, pp. 163-174.
- « Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du XXe siècle », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille : liber amicorum.*, PUS, LGDJ éd., 1994, pp. 235-242.
- « Du sens de la réforme de 1996 : adoption simple sur adoption plénière », *RTD Civ.* 2001, p. 122.
- « Des petits hommes et des petits d'hommes », in *L'enfant et les conventions internationales*, sous la dir. de J. RUBELLIN-DEVICHI et R. FRANK, PUL, 1996.
- « Un nouveau-né : l'enfant conventionnel ? », *D.* 1996, p. 182.
- « Jeunes majeurs et vieux mineurs », in *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein. Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruylant Bruxelles, 1998, pp. 315-334.
- « L'établissement et l'entretien des enfants majeurs : une famille à titre onéreux ? », *Defrénois*, 30 novembre 1999, n° 22, p. 1217.
- « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *L'avenir du droit - Mélanges en hommage de François Terré*, coll. Études Mélanges, Dalloz, 1999, pp. 441-453.
- « Des filiations à la filiation », *RJPF*, septembre 2005, p. 9.
- « Le choix de ne pas donner la vie : un droit de ne pas donner la vie ? », in *Être parent aujourd'hui*, coll. thèmes et commentaires, Dalloz, 2010, pp. 9-25.
- « Diversité et actualité des aliments en droit moderne », in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 621.

- « Changement administratif et changement judiciaire : vers une théorie générale des changements de nom ? », *Dr. et patr.*, 1 octobre 2013, n° 229.
- « Accouchement sous X : des pratiques douteuses », *RTD Civ.* 2014, p. 635.
- « Rectification, changement de nom et procédure administrative : des procédures différentes », *RTD Civ.* 2015, p. 850.

HENNETTE-VAUCHEZ (S.), « La loi n°2004-800 du 6 août 2004 : vers la fin de l'« exception bioéthique » ? », *RDSS* 2005, p. 185.

HENRION (R.), « À propos de l'accouchement sous X : réflexions d'un médecin », *AJ fam.* 2003, p. 90.

HERZOG-EVANS (M.), « Autonomie de la volonté et nom. Un plaidoyer », *RRJ* 1997, n° 1, p. 45.

HERZOG-EVANS (M.) et BRUNETTI-PONS (C.),

- « Résidence alternée, syndrome d'aliénation parentale et violences domestiques : entre inversion du jugement de Salomon et mise en danger (première partie) », *RJPF*, 1 juillet 2014, n° 7-8.
- « Résidence alternée, syndrome d'aliénation parentale et violences domestiques : entre inversion du jugement de Salomon et mise en danger (Deuxième partie) », *RJPF*, 1 septembre 2014, n° 9.

HIERNAUX (G.), « Difficultés actuelles en matière d'autorité parentale et d'hébergement », in *Filiation, autorité parentale et modalités d'hébergement. Actes du XIe Colloque de l'Association « Famille & Droit »*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 129-192.

HOAREAU (O.) et VAN STEENLANDT (Ph.), « La renonciation anticipée à l'action en retranchement », *JCP N*, 12 décembre 2008, n° 50, p. 1357.

HOLLEAUX (A.), « Enfants désirés, enfants demandés. Désirs d'enfant », *Inf. soc.*, juillet 1991, n° 12, pp. 6-9.

HOVASSE (S.), « Assurance-vie : attribution bénéficiaire ou donation ? - . - Le point sur la jurisprudence récente du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation », *JCP N*, 16 juillet 2010, n° 28, p. 1244.

HUET-WEILLER (D.), « Vérité biologique et filiation : le droit français. », in *Droit de la filiation et progrès scientifique*, sous la dir. de C. LABRUSSE-RIOU et G. CORNU, pp. 9 et s.

HURSTEL (F.), « La fonction paternelle, questions de théorie ou : des lois à la loi », in *Le père. Métaphore paternelle et fonctions du père : l'Interdit, la Filiation, la Transmission*, coll. L'espace analytique, Denoël, 1989, pp. 235-262.

JACQUES (Ph.), « Rapport introductif », in *Être parent aujourd'hui*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2010, pp. 1-6.

JACOBS (B.), « Hébergement égalitaire, mise en pratique en Belgique depuis plus de dix ans... », *AJ fam.* 2018, p. 283.

JANUEL (P.), « Nouvelle tentative parlementaire sur la résidence alternée », *Dalloz actualité*, 22 novembre 2017.

JESTAZ (Ph.),

- « A propos du nom patronymique : diagnostic et pronostic », *RTD Civ.* 1989, p. 269.

- « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in *L'avenir du droit - Mélanges en hommage de François Terré*, coll. Études Mélanges, Dalloz, 1999, pp. 417-430.

JULIEN (Ph.), « La résidence alternée. Les critères de la mise en place », *AJ fam.* 2018, p. 268.

JUSTON (M.),

- « Le syndrome d'aliénation parentale », *Gaz. Pal.* n° 230, 18 août 2011, p. 7.
- « De la coparentalité à la déparentalité », *AJ fam.* 2011, p. 579.

KAYSER (P.), « Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle », *D.*, 9 juillet 1987, n° 27, p. 189.

KERNALEGUEN (F.), « Le corps de la femme et la biomédecine en droit français : la fin de la servitude ? », in *Corps de la femme et biomédecine*, sous la dir. de B. FEUILLET-LIGER et A. AOUJI-MRAD, Bruylant, 2013, p. 89.

KESSLER (G.),

- « Le droit de ne pas être père », *AJ fam.* 2017, n° 5, p. 292.
- « Les devoirs réciproques des parents séparés », *Dr. Fam.* 2018, n° 2.
- « La famille d'accueil à vocation adoptive : regards sur le programme « Banque-mixte » québécois », *AJ fam.* février 2019, p. 84.

KILGUS (N.), « Disparition des besoins de l'enfant majeur et charge de la preuve », *Dalloz actualité*, 20 novembre 2012

KIMMEL-ALCOVER (A.),

- « Le droit à la vie familiale à l'épreuve de la séparation », in *La convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, sous la dir. de C. NEIRINCK et M. BRUGGEMAN, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, pp. 43-54.
- « L'assistance éducative et les parents du mineur : entre confiance et défiance », *RDSS* 2013, p. 132.

LAFON (C.), « L'incidence du déménagement d'un parent sur la résidence de l'enfant - Panorama de jurisprudence : 100 décisions de Cours d'appel », *Dr. Fam.* 2016, n° 5, dossier 13.

LAMBOLEY (A.), « L'enfant à tout prix. Le permis et l'interdit. », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, pp. 313-333.

LANSIAUX-MORNET (H.), « Du juge du danger patrimonial », *AJ fam.* 2016, p. 634.

LAOUENAN (O.), « Les conventions sur l'autorité parentale depuis la loi du 4 mars 2002 », *JCP G*, 9 juillet 2003, n° 28, doct. 149.

LARRIBAU-TERNEYRE (V.),

- « Recevabilité de l'action en nullité d'une adoption plénière fondée sur le vice du consentement par la mère », *D.* 1991, p. 20.
- « Le mythe du sang en droit de la filiation », *LPA*, 16 mars 1994, n° 32.
- « Où la portée de l'irrévocabilité de l'adoption plénière suscite encore des difficultés : pour ou contre le recours en révision ? », *D.* 1996, p. 214.

LASBATS (M.), « Etude du syndrome d'aliénation parentale à partir d'une expertise civile », *AJ fam.* 2004, p. 397.

LASSALAS (C.), « La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité... », *LPA*, 16 juin 2016, n° 120, p. 6.

LAURENT-MERLE (I.), « La connaissance de ses origines familiales depuis la loi du 5 juillet 1996 », *D.* 1998, p. 373.

LAVALLEE (C.), « Pour une adoption sans rupture du lien d'origine », *Inf. soc.*, mars 2008, n° 146, Heurts et bonheurs de l'adoption, pp. 132-140.

LE BIHAN-GUENOLE (M.), « La révocation de l'adoption », *JCP G*, 27 novembre 1991, n° 48, I, 3539.

LE BOURSICOT (M.-C.),

- « Du secret absolu au secret relatif », *AJ fam.* 2003, p. 86.
- « Le droit de connaître son ascendance - et celui de la faire connaître - et le dispositif français l'accès aux origines », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez. Liber amicorum*, coll. Montchrestien, Lextenso, 2012, pp. 175-194.
- « Qui trop embrasse mal étirent », *RLDC* 2014, p. 111.
- « Quand l'abandon devient le délaissement parental », *RJPF* 2018, n° 3.
- « L'effet couperet du placement en vue de l'adoption vis-à-vis de la famille d'origine et l'intérêt de l'enfant », *RJPF* 2019, n° 5, p. 43.

LE BRETON (D.), « Entre libération et aliénation : ambivalences de la biomédecine », in *Corps de la femme et biomédecine*, sous la dir. de B. FEUILLET-LIGER et A. AOUJI-MRAD, Bruylant, 2013, p. 325.

LEBRUN (F.), « 25 ans d'études démographiques sur la France d'Ancien Régime. Bilans et perspectives », *Historiens et géographes*, octobre 1976, p. 79.

LECUYER (H.), « Assurance vie et droit des successions : dyarchie ou symbiose ? », *AJ fam.* 2007, p. 414.

LE DOUARON (C.), « Qui adopte l'enfant doit le nourrir (en partie) », *Dalloz actualité*, 6 mai 2010.

LEFEBVRE-TEILLARD (A.), « Pater is est quem nuptiae demonstrant. Jalons pour une histoire de la présomption de paternité », in *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, sous la dir. de R. GANGHOFER, PUS, 1992, p. 393.

LE GALLOU (C.), « Tontine, libéralité et aléa », *D.* 2005, p. 2263.

LE GUIDEC (R.), « Regards sur les fonctions économiques de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Dalloz, LexisNexis éd., 2012, pp. 299-310.

LEGROS (B.), « Bioéthique et procréation. De la dichotomie entre la norme et son application aux dysfonctionnements dans l'application de la norme », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau. Droit médical et éthique médicale : regards contemporains.*, coll. Mélanges, LEH, 2015, pp. 151-169.

LEMOULAND (J.-J.),

- « Procréation médicalement assistée et droit de la filiation », *D.* 1995, p. 15.

- « Le choix du prénom et du nom en droit français », in *L'identité de la personne humaine. Etude de droit français et de droit comparé*, sous la dir. de J. POUSSON PETIT, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 631.
- « Vérités, vérités... », in *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, sous la dir. de H. FULCHIRON, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, pp. 123-124.

LEROY (M.), « Sécuriser l'exhérédation par l'assurance-vie », *Droit et patrimoine* octobre 2018, n° 284, p. 34.

LEROYER (A.-M.),

- « L'enfant confié à un tiers : de l'autorité parentale à l'autorité familiale », *RTD Civ.* 1998, p. 587.
- « Mariage - Personnes du même sexe - Adoption - Nom - Etat civil - Livre de famille », *RTD Civ.* 2013, p. 675.

LEQUETTE (Y.), « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, LGDJ, Lextenso, 2012.

LEVILLAIN (N.),

- « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N*, 10 novembre 2006, n° 45, p. 1349.
- « Familles recomposées : difficultés pratiques liées au droit viager au logement », *AJ fam.*, juin 2018, p. 323.

LIBCHABER (R.), « La notion de mariage civil », in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 326 et s.

LOPEZ (G.), « Analyse éthique du syndrome d'aliénation parentale (SAP) ou aliénation parentale (AP) », *AJfam.* 2013, p. 283.

MADANAMOOHOO (A.), « La gestation pour autrui : étude comparative des législations anglaises et françaises », in *Personnes et Familles. Hommage à Jacqueline Pousson-Petit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016, pp. 119-137.

MALAUURIE (Ph.), « Le respect de la vie en droit civil », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'université de sciences sociales de Toulouse, 1996, pp. 429-439.

MALLET-BRICOUT (B.), « Réforme de l'accouchement sous X. - Quel équilibre entre les droits de l'enfant et les droits de la mère biologique ? », *JCP G*, 13 mars 2002, n° 11, I, 119.

MARAIS (A.),

- « Famille, santé : évolutions et perspectives. Et au-delà de l'IAD pour toutes : la maternité pour autrui ? », *JDSAM*, 1 juillet 2013, n° 2, pp. 20-24.
- « La procréation pour tous ? », *Revue de droit d'Assas*, février 2014, n° 9, p. 91.

MARGUENAUD (J.-P.), « Textes communautaires et européens », in *Droits de l'enfant et pauvreté*, sous la dir. de C. NEIRINCK, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2010, pp. 29-37.

MARIA (I.), « Réflexions autour de la distinction entre titularité et exercice de l'autorité parentale », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, LexisNexis éd., 2015, pp. 735-753.

MARIA (I.) et RAOUL-CORMEIL (G.), « La nouvelle administration légale : 1 + 1 = 1 ? », *Dr. Fam.* 2016, n° 1, dossier 4.

MARION (L.), MALVERTI (C.), VILLETTE (V.) et ROUX (C.), « Bioéthique : le Conseil d'Etat livre son diagnostic avant révision », *AJDA* 2019, p. 30.

MARRAUD DES GROTTES (G.), « Droit d'être mère versus droit de ne pas être père », *RLDC*, 1 mai 2007, n° 38, pp. 50-52.

MASSIP (J.),

- « Le rôle des expertises biologiques dans le procès de filiation », *LPA* 1996, n° 26, p. 21.
- « La remise d'un enfant à l'aide sociale en cas d'accouchement anonyme », *D.* 1997, p. 587.
- « Les nouvelles règles de l'adoption », *LPA*, 14 mars 1997, n° 32, p. 4.
- « Le contrôle par la Cour de cassation de la notion de possession d'état », *LPA*, 18 mars 2002, n° 55, p. 16.
- « Incidences de l'ordonnance relative à la filiation sur le nom de famille », *Dr. Fam.* janvier 2006, n° 1, étude 8.
- « La loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation », *LPA*, 8 juin 2009, n° 113, p. 3.
- « Charge de la preuve en cas de demande de suppression de la contribution à l'entretien d'un enfant majeur », *LPA*, 11 septembre 2009, n° 182, p. 12.

MASTOR (W.), « Dispositions internes », in *Droits de l'enfant et pauvreté*, sous la dir. de C. NEIRINCK, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2010, pp. 19-27.

MATHEY (N.), « Circulaire Taubira - Entre illusions et contradictions », *JCP G*, 11 février 2013, n° 7, p. 162.

MATHIEU (J.-M.), « « Je renonce donc... je transmets » - . - La renonciation comme mode d'optimisation de la transmission », *JCP N*, 7 décembre 2012, n° 49, p. 1391.

MAUCLAIR (S.), « De la rénovation des mécanismes de protection des intérêts de l'enfant mineur par l'ordonnance du 15 octobre 2015 », *RJPF*, 18 décembre 2015, n° 12.

MAUGER-VIELPEAU (L.),

- « Une règle prétorienne : L'expertise biologique de droit en filiation (contribution à l'étude sur la diversité des fondements du droit de la filiation) », in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 1992.
- « 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, n° 128, p. 3.

MAURY (J.), « Réquisitoire contre la saisine », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 335.

MEULDERS-KLEIN (M.-Th.),

- « 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 : liber amicorum.*, PUS, LGDJ, 1994, pp. 319-340.

MEYZEAUD-GARAUD (M.-C.), « L'adoption d'un enfant né sous X : quelle place pour les grands-parents ? », *RLDC* 2010, n° 76, p. 37.

MILLET (F.),

- « La vérité affective et le nouveau dogme de la filiation », *JCP G*, 15 février 2006, n° 7, I, p. 112.
- « L'adoption : d'un intérêt à l'autre », *RRJ* 2003, p. 1805.

MIRABAIL (S.), « Repenser l'action à fins de subsides », *Dr. Fam.* 2011, n° 9, étude 19.

MIRKOVIC (A.), « Statut de l'embryon, la question interdite ! », *JCP G*, 25 janvier 2010, n° 4, p. 99.

MONEGER (F.), « Regard critique sur la réforme de l'adoption », *RDSS* 1997, p. 1.

MONTILLET (L.), « L'équilibre délicat entre la filiation d'origine et la filiation adoptive de l'enfant accouché « sous X » après la réforme du 16 janvier 2009 », *RLDC* 2010, p. 68.

MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.), « L'autorité parentale et les tiers », *Dr. Fam.* 2010, n° 4, étude 7.

MORANGE (J.), « La procréation médicalement assistée et la cohérence du droit », *RFDA* 2019, p. 111.

MOREAU (C.), **MUNOZ-PEREZ (B.)** et **SERVERIN (E.)**, « La résidence en alternance des enfants de parents séparés », *Etudes et Statistiques Justice* 2004, n° 23.

MULON-MONTERAN (E.), « La répression en pénale en droit de la famille, ou comment réduire à néant l'espoir de la coparentalité », *RJPF* 2002, n° 10.

MURAT (P.),

- « Indisponibilité de la filiation et perspectives d'avenir (variations libres sur un thème controversé) », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille : liber amicorum.*, PUS, LGDJ, 1994, pp. 341-356.
- « Couple, filiation, parenté », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, pp. 53-71.
- « L'indivisibilité du consentement à l'adoption et du jugement prononçant l'adoption », *Dr. Fam.* 2002, n° 5, comm. 57.
- « Dans l'action en constatation de la possession d'état, l'expertise biologique n'est pas de droit », *Dr. Fam.* 2006, n° 2, comm. 26.
- « L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état », *Dr. Fam.* 2006, n° 1, étude 5.
- « Les grands-parents, l'accouchement anonyme de leur fille et l'adoption de l'enfant », *Dr. Fam.* 2008, n° 7-8, comm. 102.
- « Acte de notoriété ou action en constatation de la possession d'état : pas de subsidiarité de la seconde voie par rapport à la première », *Dr. Fam.* 2009, n° 7-8, comm. 89.

- « Individualisme, libéralisme, légistique », in *Mariage-conjugalité , Parenté-parentalité*, sous la dir. de H. FULCHIRON, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, pp. 237-243.
- « La subsidiarité de l'obligation du père par le sang de l'enfant adopté simplement », *Dr. Fam.* 2010, n° 7-8, comm. 115.
- « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz, LexisNexis, 2012, pp. 405-426.

NEIRINCK (C.),

- « L'accouchement sous X : le fait et le droit », *JCP G*, 10 avril 1996, n° 15, I, 3922.
- « Le couple et l'assistance médicale à la procréation », *LPA*, 13 août 1999, n° 161, p. 3.
- « La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État : la découverte de la face cachée de la lune ? », *RDSS* 2002, p. 189.
- « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ? », *D.* 2003, p. 841.
- « L'accouchement sous X », in *La famille que je veux, quand je veux ? Évolution du droit de la famille*, sous la dir. de C. NEIRINCK, Érès, 2003, pp. 85-104.
- « L'autorité parentale, institution « mythée » », in *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, coll. Les travaux de l'IFR. Mutation des normes juridiques, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse éd., 2005, p. 447.
- « La maternité », *Dr. Fam.* 2006, n° 1, étude 2.
- « L'irrévocabilité de l'adoption en question », *RDSS* 2006, p. 1076.
- « L'enfant, être vulnérable », *RDSS* 2007, p. 5.
- « Est-il possible d'être le grand-parent d'un enfant sans filiation établie ? », *RDSS* 2010, p. 735.
- « Adoptabilité et statut d'un enfant sans filiation confié à un organisme autorisé pour l'adoption (OAA) », *Dr. Fam.* 2011, n°9, comm. 127.
- « Contribution à l'entretien de l'enfant majeur et choix de ses études », *Dr. Fam.* 2012, n° 10, comm. 144.
- « Le refus de reconnaître son enfant peut-il être fautif ? », *Dr. Fam.* 2012, n° 11, comm. 168.
- « La contestation de la filiation constatée par un acte de notoriété et la preuve biologique », *Dr. Fam.* 2014, n° 5, comm. 75.
- « La remise en cause implicite du cadre juridique : l'article L. 223-1-2 du Code de l'action sociale et des familles », *JDJ*, décembre 2017, n° 368, 369 et 370, p. 14.
- « L'adoption peut-elle devenir un mode de protection de l'enfant ? », *JDJ*, décembre 2017, n° 368, 369 et 370, p. 63.

NEYRAND (G.), « Incertitudes et paradoxes de la famille contemporaine », in *Personnes et familles - Hommage à Jacqueline Pousson-Petit*, Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2016, pp. 35-47.

NICOD (M.),

- « Volonté individuelle et sujet de droit dans la philosophie juridique de Burlamaqui », in *De la volonté individuelle*, sous la dir. de J.-P. COUJOU, PU Toulouse, 2010, p. 7.
- « Variations sur la substance de la réserve héréditaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz, LexisNexis, 2012, pp. 459-465.

PARICARD (S.),

- « La syndrome d'aliénation parentale, catalyseur d'un conflit des droits de l'enfant », in *La convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, sous la dir. de C. NEIRINCK et M. BRUGGEMAN, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, pp. 71-89.
- « L'embryon in vitro », in *La bioéthique en débat : le début de la vie*, sous la dir. de A. MARAIS, B. BOYER-BÉVIÈRE et D. DIBIE, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2019, p. 51.

PARICARD-PIOUX (S.), « Refuser d'être parent », in *La famille que je veux, quand je veux ? Évolution du droit de la famille*, sous la dir. de C. NEIRINCK, Érés, 2003, pp. 57-83.

PASCAL (A.) et TRAPERO (M.), « Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence de la Cour de cassation », in *La vérité. Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation*, La Documentation française, Paris, 2005, p. 101.

PEGLION-ZIKA (C.-M.), « Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ? », *RTD Civ.*, janvier-mars 2018, vol. I, pp. 1-20.

PERELMUTTER (C.), « On achève bien les enfants », *Gaz. Pal.* n° 84, 25 mars 2010, p. 7.

PERES (C.),

- « Les successions à l'heure des nouvelles mutations de la famille », in *La famille en mutation. Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2014, pp. 173-197.
- « Lien biologique et filiation : quel avenir ? », *D.* 2019, p. 1184.

PETRONI-MAUDIERE (N.), « Pour une nouvelle analyse de la clause de réversibilité d'usufruit au profit du conjoint survivant », *Deffrénois*, 15 mars 2006, n° 7, p. 549.

PIERRE (M.), « L'exercice de l'autorité parentale », in *La famille que je veux, quand je veux ? Évolution du droit de la famille*, sous la dir. de C. NEIRINCK, Érés, 2003, pp. 127-142.

PHILIPPE (C.), « Volonté, responsabilité et filiation », *D.* 1991, p. 47.

PIERRE (M.), « Qu'est-ce que la famille ? », in *La famille que je veux, quand je veux ? Évolution du droit de la famille*, sous la dir. de C. NEIRINCK, Érés, 2003, pp. 21-26.

PIERRON (J.-Ph.), « La famille, entre tradition et modernité : comment les droits fondamentaux font-ils évoluer le droit de la famille ? », in *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, sous la dir. de H. FULCHIRON, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, pp. 197-208.

PIERROT-BLONDEAU (J.) et GALVEZ (M.), « Application de la prescription quinquennale à l'action en paiement d'une contribution à l'entretien et à l'éducation exclue de la règle « aliments ne s'arrangent pas » », *Gaz. Pal.*, 25 octobre 2016, n° 37, p. 73.

PILLEBOUT (J.-F.), « A propos de la renonciation à l'action en réduction - . - Une fâcheuse controverse », *JCP N*, 14 mars 2008, n° 11, act. 279.

PIOTRAUT (J.-L.), « La notion de gravité dans le Code civil », *Gaz. Pal.*, 19 septembre 2000, n° 263, p. 4.

POLLAUD-DULIAN (F.), « Déshériter ses enfants : mode d'emploi », *RTD com.* 2018, p. 110.

POUSSIN (G.),

- « Pour une évaluation des effets réels de la résidence alternée en cas de divorce des parents », *RTDF* 2005, n° 1.
- « Créance d'entretien de l'enfant et vie sentimentale des parents débiteurs », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz, LexisNexis éd., 2012, pp. 443-458.

POUSSON PETIT (J.),

- « Le droit à l'anonymat », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'université de sciences sociales de Toulouse, 1996, pp. 595-621.
- « La négation du lien nourricier par le droit français », in *L'enfant et les familles nourricières en droit comparé*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1997, pp. 197-234.
- « Les volontés individuelles et le droit de la filiation charnelle dans les droits européens », in *De la volonté individuelle*, sous la dir. de M. NICOD, Presses universitaires de Toulouse, 2010, p. 57.
- « L'accueil bénévole et durable d'un enfant par un tiers. Le droit français confronté à un ensemble de modèles », *JDJ*, décembre 2017, n° 368, 369 et 370, p. 46.

PRADEL (J.), « L'obligation pour les parents d'entretenir un enfant au delà de sa majorité pour lui permettre de continuer ses études », *JCP* 1966, I, 2038.

PY (B.), « La délégation de l'autorité parentale et l'obligation d'entretien des père et mère à l'égard de leur enfant mineur », *RDSS* 1996, p. 229.

RAFFRAY (J.G.), « Quel avenir pour la réserve ? », *JCP N* 1986, I, p. 249.

RAINER (F.), « La signification différente attachée à la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille », *RIDC*, septembre 1993, n° 3, 45, pp. 635-655.

RAOUL-CORMEIL (G.),

- « Réflexions sur le nom de l'enfant mineur », *RRJ* 2006, p. 791.
- « Aliments et notions voisines », *LPA*, 24 juin 2010, n° 125, p. 4.

RASSAT (M.-L.), « Du droit des pupilles de l'Etat à la connaissance de leurs origines », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, pp. 683-697.

RAYMOND (G.), « Volonté individuelle et filiation par le sang », *RTD Civ.* 1982, p. 538 s.

RAYNAUD (P.),

- « L'inégalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement. Où va la jurisprudence ? », *D.* 1980, Chron. 1 s.
- « 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-RIOU et G. CORNU, coll. Perspectives économiques et juridiques, Economica, 1982, pp. 87-99.
- « L'enfant peut-il être objet de droit ? », *D.* 1988, chron. 109.

REBOURG (M.), « Le changement de fondement de la créance alimentaire », *LPA*, 24 juin 2010, n° 125, p. 15.

REGNIER-LOILIER (A.), « Quand la séparation des parents s'accompagne d'une rupture du lien entre le père et l'enfant », *Population et Sociétés. Bulletin mensuel d'information de l'INED* mai 2013, n° 500.

REIN-LESCATEREYRES (I.) et TRAVADE-LANNOY (S.), « L'évolution des conflits parentaux : l'exécution des décisions judiciaires à l'épreuve de la pratique », *RJPF* 2018, n° 5.

RENCHON (J.-L.), « Transmettre ses « biens » à ses enfants : un devoir devenu désuet ? », in *Personnes et familles - Hommage à Jacqueline Pousson-Petit*, Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2016, pp. 313-328.

REVERDY (P.-M.), « La contractualisation de la transmission successorale », *LPA*, 14 février 2007, n° 33, p. 4.

RENET (Th.), « Loi n°96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption », *RTD Civ.* 1996, p. 999.

RHEINSTEIN (M.), « La famille. Son évolution et son droit », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Pedone, Paris, 1975, pp. 193-206.

RIEUBERNET (C.),

- « Cumul de créances alimentaires dans l'adoption simple », *LPA*, 19 novembre 2010, n° 231, p. 5.
- « Proportionnalité et obligation alimentaire », *Defrénois*, 30 avril 2016, n° 8, p. 424.

ROMAN (D.), « La constitutionnalité de la procédure d'accouchement sous X : une décision attendue et prévisible », *RDSS* 2012, p. 750.

ROSENCZVEIG (J.-P.), « La loi n°2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant », *JDJ*, mars 2016, n° 353, pp. 16-53.

ROSSIGNOL (L.), « Discours officiel de la 13e édition des Etats généraux du droit de la famille et du patrimoine », *Gaz. Pal.* n° hors-série 2, 11 avril 2017, p. 54.

RUBELLIN-DEVICHI (J.),

- « La gestation pour le compte d'autrui », *D.*, 20 juin 1985, n° 24, p. 147.
- « Congélation d'embryons fécondation in vitro mère de substitution. Point de vue d'un juriste », in *Génétique, procréation et droit. Actes du colloque*, Actes Sud éd., 1985.
- « Les procréations assistées : état des questions », *RTD Civ.* 1987, p. 457.
- « Droits de la mère et droits de l'enfant : réflexions sur les formes de l'abandon », *RTD Civ.* 1991, p. 695.
- « Réflexions pour d'indispensables réformes en matière d'adoption », *D.* 1991, p. 209.
- « L'adoption : réflexions sur le rapport Mattei », *LPA*, 3 mai 1995, n° 53, p. 13.
- « Droit de la famille - Secret de l'accouchement et revendications », *JCP G*, janvier 1999, n° 1, I, 101.
- « La recherche des origines personnelles et le droit à l'accouchement sous X dans la loi du 22 janvier 2002 - A la mémoire de Brigitte Trillat », *Dr. Fam.* 2002, n° 5, chron. 11.

SALVAGE-GEREST (P.),

- « De la loi du 3 janvier 1972 à la loi du 8 janvier 1993...ou plaider pour une vraie réforme du droit de la filiation », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille : liber amicorum.*, PUS, LGDJ, 1994, pp. 415-426.
- « La reconnaissance d'enfant, ou de quelques surprises réservées par l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *Dr. Fam.* 2006, n° 1, étude 4.
- « Le rapport de l'ONED sur la situation des pupilles de l'Etat », *Dr. Fam.* 2007, n° 6, étude 24.
- « Les grands-parents et l'adoption de leurs petits-enfants », *Dr. Fam.* 2009, n° 10, étude 32.
- « Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat : une pépinière de conflits insolubles », *AJ fam.* juin 2018, p. 354.

SANNIER (A.),

- « Tour d'horizon du délit d'abandon de famille en 2014 », *Gaz. Pal.*, 16 septembre 2014, n° 259, p. 16.
- « Pupilles de l'Etat : on ne pourra pas dire qu'on ne savait pas. A propos de l'article L. 224-8 CASF », *AJ fam.*, juillet 2016, p. 379.
- « L'exercice de l'autorité parentale n'est pas un long fleuve tranquille », *Gaz. Pal.* 2016, n° 1, p. 70.

SARCELET (J.-D.) et BAILLON-WIRTZ (N.), « L'état civil à l'épreuve d'une identité sociale », in *Etudes offertes à Jacques Combret*, Defrénois, 2017, p. 17.

SAULIER (M.), « Possession et possession d'état. Réflexion sur la possession d'état comme technique juridique générale », *RTD Civ.* 2016, p. 555.

SAUVAGE (F.),

- « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *AJ fam.* 2006, p. 355.
- « Le déclin de la réserve héréditaire précipité par la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* 18 juillet 2008, n° 29, p. 1248.
- « Les prolongements liquidatifs de la renonciation anticipée à l'action en réduction - . - Retour sur une « Fâcheuse controverse » », *JCP N*, 28 mars 2008, n° 13, act. 328.

SAYN (I.), « Fondements et conséquences juridiques de la table de référence », *AJ fam.* novembre 2010, p. 464.

SAYN (I.) et BOURREAU-DUBOIS (C.), « Présentation de la table de référence pour fixer le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants », *AJ fam.*, novembre 2010, p. 458.

SERIAUX (A.),

- « La procréation artificielle sans artifices : illicéité et responsabilités », *D.* 7 juillet 1988, n° 26, p. 201.
- « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 801.

SIFFREIN-BLANC (C.) et **BONIFAY (E.)**, « Regards critiques sur les mesures de protection », *AJ fam.*, juin 2017, n° 6, p. 333.

SINDRES (D.), « Les délices de l'hubris », *D.* 2017, p. 2544.

SOSSON (J.), « 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 Bruxelles, 1998.

STORME MICHELEZ (A.), « La renonciation anticipée à l'action en réduction et la renonciation à l'action en retranchement dix ans après », *JCP N*, 17 juin 2016, n° 24, p. 1198.

SUREAU (C.), « Être prénatal et choix de société », in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 1299.

SUTTON (G.), « Le nom aux Etats-Unis. Rapport présenté aux Journées 1986 de l'Association Famille et droit sur le nom patronymique », *RTD civ.* 1990, p. 427

TANI (A.), « La réserve héréditaire : règle d'ordre public ou règles impérative ? », *Dr. Fam.* 2018, n° 10, p. 32.

TERRASSON DE FOUGERES (A.), « Le devenir des embryons conçus in vitro après dissolution du couple parental », *RDSS* 1996, p. 623.

TERRE (F.), « A propos de l'autorité parentale », in *Archives de philosophie du droit. Réformes du droit de la famille*, Sirey, 1975, p. 45.

THERY (R.), « Véritable père et paternité vraie », *JCP G* 1979, I, chron. 2927.

THOURET (S.), « La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale ou la recherche d'une véritable coparentalité », *Précédures* 2002, n° 5, chron. 7.

THOUVENIN (D.), « Les filiations ne sont ni vraies, ni fausses mais dépendent des choix des parents », *LPA*, 3 mai 1995, n° 53, 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, n° 5, étude 11.

TRILLAT (B.), « 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 : liber amicorum.*, PUS, LGDJ, 1994, pp. 513-531.

VALORY (S.), « La contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant adopté en la forme simple par les parents biologiques peut être partielle », *RJPF* 2010, n° 6.

VAREILLE (B.),

- « Nouveau rapport, nouvelle réduction », *D.* 2006, p. 2565.
- « Portée liquidative de l'action en réduction : attention, danger ! », *Defrénois*, 30 janvier 2008, n° 2, p. 159.
- « Réflexions sur l'imputation en droit des successions », *RTD Civ.* 2009, p. 1.

VERDIER (P.),

- « La loi du 22 janvier 2002 constitue-t-elle une avancée pour le droit à la connaissance de ses origines ? », *AJ fam.* 2003, p. 92.
- « Billet d'humeur : « Familles, je vous hais » », *JDJ*, mars 2016, n° 353, pp. 12-13.

VIAL (G.), « Remise en cause de l'accouchement sous X : nouvel échec ! », *RDLF* 2012, chron. n°17.

VIALLETON (H.), « La place de la saisine dans le système dévolutif français actuel », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier. Tome II*, Dalloz, 1961.

VIDAL (J.),

- « La place de la vérité biologique dans le droit de la filiation », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 1113-1136.
- « 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, pp. 887-915.
- « Un droit à la connaissance de ses origines ? », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'université de sciences sociales de Toulouse, 1996, pp. 733-753.

VIGNEAU (D.),

- « Observations sur le nouveau droit pénal de l'"avortement" », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'université de sciences sociales de Toulouse, 1996, pp. 755-778.
- « Les nouvelles règles de la dévolution successorale », *D.* 2006, p. 2556.
- « Les dispositions de la loi « bioéthique » du 7 juillet 2011 relatives à l'embryon et au foetus humain », *D.* 2011, p. 2224.
- « Mourir avant de naître. Diversité du droit ou contradiction ? », in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012.

VINCENT (D.), « Réserve héréditaire et ordre public international. Mise en oeuvre des arrêts du 27 septembre 2017 », *Dr. Fam.* 2018, n° 5, étude 13, p. 16.

VIVAS (E.), « Les relations des parents séparés avec leurs enfants adultes », *Insee Première*, juin 2008, n° 1196.

ZALEWSKI (V.), « La renonciation anticipée à l'action en réduction : imputation et/ou réduction ? », *Deffrénois*, 30 novembre 2007, n° 22, p. 1587.

ZENATI (F.), « Le crépuscule du patronyme », *RTD Civ.* 1986, p. 208.

ZIANT-DUFRASNE (M.), « Bilan des lois nouvelles. Le point de vue du psy sur les questions d'hébergement », in *Filiation, autorité parentale et modalités d'hébergement. Actes du XIe Colloque de l'Association « Famille & Droit »*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 193-204.

Rapports

ANDRE (M.), MILON (A.) et RICHEMONT (H. DE), *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui*, rapport GPA, Sénat, 25 juin 2008.

BAREGES (B.), *Mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret*, 12 novembre 2010.

BAUDIS (D.), *Rapport « Enfants confiés, enfants placés : défendre et promouvoir leurs droits »*, 2011.

BELMOKHTAR (Z.), *Les adoptions simples et plénières en 2007*, juin 2009.

BENOIT A LA GUILLAUME (C.), **BLAISON (S.)**, **BOUET-SIMON (M.-L.)**, **DEKENS (S.)**, **LOHEAC (C.)** et **ROUSSE (A.)**, *Plaidoyer pour l'adoption nationale*, septembre 2013.

BRETON (X.) et **TOURAINÉ (J.-L.)**, *Rapport d'information. Mission d'information sur la révision de la loi relative à la bioéthique*, 15 janvier 2019.

COLOMBANI (J.-M.), *Rapport sur l'adoption*, coll. La documentation française, 2008.

DINI (M.) et **MEUNIER (M.)**, *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales sur la protection de l'enfance*, 25 juin 2014.

FULCHIRON (H.), *La mise en œuvre du droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents et la généralisation de l'exercice commun de l'autorité parentale*, mai 1997.

GUILLONNEAU (M.) et **MOREAU (C.)**, *La résidence des enfants de parents séparés. De la demande des parents à la décision du juge*, Ministère de la justice, novembre 2013.

HESSE (C.) et **NAVES (P.)**, *Rapport sur les conditions de reconnaissance du « délaissement parental » et ses conséquences pour l'enfant*, novembre 2009.

LEONETTI (J.), *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, La documentation française, 2009.

MATTEI (J.-F.), *Rapport sur le projet de loi relatif à l'adoption*, Ass. nat., 15 décembre 1995.

RAMADIER (A.) et **GOULET (P.)**, *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du règlement par la mission d'information sur l'aide sociale à l'enfance*, 3 juillet 2019.

RICHEMONT (H.), *Rapport au Sénat portant sur la réforme de la protection juridique des majeurs*, session ordinaire 2006/2007.

ROSENCZVEIG (J.-P.), *Rapport « De nouveaux droits pour les enfants ? Oui... Dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie »*, 29 janvier 2014.

TERRE (F.), *La révision des lois de bioéthique. Étude du Conseil d'État*, La documentation française, 2009.

THERY (I.), *Couple, filiation, et parenté aujourd'hui - Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, 1998.

THERY (I.) et **LEROYER (A.-M.)**, *Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalités. Le droit face aux nouvelles valeurs de la responsabilité générationnelle*, 2014.

VILLENEUVE-GOKALP (C.), *Études sur les mères de naissance qui demandent le secret de leur identité lors de leur accouchement*, juin 2010.

YAHIEL (M.), *Rapport sur le partage des responsabilités parentales*, Ministère de la famille, de l'enfance et des personnes handicapées, 2001.

Agence de la biomédecine, *Etat des lieux du diagnostic prénatal en France*, 2008.

Agence de la biomédecine, *Rapport médical et scientifique, Activité d'Assistance Médicale à la Procréation 2016*.

Avis CCNE n°107 du 15 oct. 2009 sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals.

Avis CCNE n°107 du 15 oct. 2009 sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals.

Avis CCNE n°120 du 25 avril 2013 sur les questions éthiques associées au développement des tests génétiques fœtaux sur sang maternel.

Avis du CCNE n°126 du 15 juin 2017 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation.

Avis du CCNE n° 129 du 18 septembre 2018, « Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019 ».

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

ONED, *La situation des pupilles de l'Etat. Enquête au 31 décembre 2011*, coll. La documentation française, janvier 2013.

Rapport d'activité 2015 du CNAOP.

Jurisprudence

Partie 1 – Le refus du statut de parent

Titre 1 – L'effet important de l'absence de lien affectif sur la filiation refusée *ab initio*

Chapitre 1 – La naissance refusée

Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, Bull. 1991, A.P., n° 4, p.5 ; *RTD Civ.* 1992, p. 489, comm. Gobert.

Civ. 1^{re}, 17 décembre 2008, n° 07-20.468, Bull. 2008, I, n° 289 ; *JCP G* 2009. I. 102, n° 10, obs. Rubellin-Devichi ; *Dr. Fam.*, février 2009, 27, note Murat.

Civ. 1^{re}, 6 avril 2011, n° 09-17.130, 09-66.486 et 10-19.053, Bull. 2011, I, n° 70, 71 et 72 ; *D.* 2011. Pan. 1995, obs. Bonfils et Gouttenoire ; *Dr. Fam.* 2011, étude 14, obs. Neirinck ; *D.* 2011, 1522, note Berthiau et Brunet ; *RLDC* 2011/83, n° 4275, obs. Mirkovic.

Cass. 1^{re} civ., 13 sept. 2013 n° 12-30.138 et 12-18.315, Bull. 2013, I, n° 176 ; *D.* 2013. Chron. 2349, obs. Fulchiron et Bidaud-Garon ; *D.* 2013. 2384, note Fabre-Magnan ; *JCP G* 2014. Doctr. 43, n° 4, obs. Gouttenoire ; *RTD civ.* 2013, 816, obs. Hauser ; *Dr. Fam.* 2013, comm. 151, comm. Neirinck ; *AJ fam.* 2014, 244, obs. Chénéde.

Civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n° 13-50.005, Bull. 2014, I, n° 45 ; *RJPF* 2014-5/8, obs. Corpart.

Cass., Ass. plén., 3 juillet 2015, n°11-16.495, 14-21.323, 15-50.002, 15-28.597, 16-16.901, et 16-20.052, Publiés au Bull. ; *D.* 2015 p. 1773, comm. Sindres ; *RTD civ.* 2015, p. 581, note Hauser.

Civ. 1^{re}, 5 juillet 2017, n° 15-28.597, 16-16.901, 11-16.495 et 16-20.052, Publiés au Bull. : JurisData n° 2017-013091 ; *JCP G*, 25 septembre 2017, n° 39, p. 1691, comm. Gouttenoire ; *Dr. Fam.* 2017, étude 13, note Binet ; *Dr. Fam.* 2017, étude 14, avis Ingall-Montagnier ; *D.* 2017, p. 1737, note Fulchiron ; *AJ fam.* 2017, p. 375, note Chénédedé.

Civ. 1^{re}, 29 novembre 2017, n° 16-50.061, Publié au Bull. : JurisData n° 2017-024282 ; *Dr. Fam.* 2018, étude 2, note Fulchiron ; *JCP G*, 18 décembre 2017, 2306, comm. Gouttenoire.

CA Rennes, 28 sept. 2015, n°14/07321 et 14/05537 ; *Dr. Fam.*, 11 janvier 2015, n° 11, p. 30, comm. Binet ; *Gaz. Pal.*, 5 janvier 2016, n° 1, comm. Dimitrov.

CA Rennes, 7 mars 2016, n°15/03855 ; *Dr. Fam.* mai 2016, n° 5, étude 17, note Fulchiron.

CA Rouen, 31 mai 2018, n° 17/02084 : JurisData n° 2018-011018 ; *JCP G*, n° 41, 8 octobre 2018, p. 1802, note Binet.

CE Ass., 31 octobre 1980, req. n°13028 ; *JCP G*, 1982, I, p. 403, comm. Dekeuwer-Défossez.

CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, n° C-65192/11 et *Labassée c/ France* ; *Dr. Fam.*, novembre 2015, n°11, étude Corpart.

CEDH, avis consultatif, 10 avril 2019, n° P16-2018-001 : JurisData n° 2019-005685 ; *RJPF*, n° 5, mai 2019, p. 30, comm. Le Boursicot ; *D.* 2019, p. 1084, comm. Fulchiron ; *JCP G*, mai 2019, p. 975, comm. Gouttenoire et Sudre.

Chapitre 2 – Le non établissement de la filiation

Cass. civ., 1^{er} juin 1853, *aff. Lahirigoyen*.

Cass. civ., 3 avril 1872, *aff. Miquel*.

Civ. 1^{re}, 5 juillet 1988, n°86-144.89, Bull. civ. n°217 ; *D.* 1989, p. 398, concl. Charbonnier ; *RTD civ.* 1988, p. 722, obs. Rubellin-Devichi.

Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, n° 98-12.806, Bull. 2000, I, n° 103, p. 69 ; *D.* 2001, p. 1427, note Gaumont-Prat ; *D.* 2000, p. 731, note Garé ; *RTD civ.* 2000, p. 304, note Hauser ; *D.* 2001, p. 2868, note Desnoyer.

Civ. 1^{re}, 29 mai 2001, n°99-21.830, Bull. 2001, I, n° 152, p. 99 ; *RTD civ.* 2001, p. 572, note Hauser ; *D.* 2002, p. 2018, note Granet ; *D.* 2002, p. 1588, comm. Cocteau-Senn.

Civ. 1^{re}, 12 juillet 2001, n°99-14.644 ; *D.* 2002, p. 2019, note Granet.

Civ. 1^{re}, 6 avril 2004, n° 03-19.026, Bull. 2004, I, n° 107, p. 87 ; *RDSS* 2004, p. 691, comm. Monéger.

Civ. 1^{re}, 14 juin 2005, n°03-12.641, Bull. 2005, I, n° 253, p. 214 ; *RTD civ.* 2005, p. 584, note Hauser ; *D.* 2006, p. 1139, note Granet-Lambrechts.

Civ. 1^{re}, 6 décembre 2005, n° 03-15.588, Bull. 2005, I, n° 476, p. 400 ; *D.* 2006, p. 1139, note Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2006, p. 98, note Hauser.

Civ. 1^{re}, 7 avril 2006, n°05-11.285, Bull. 2006, I, n° 195, p. 171 ; *RDSS* 2006, p. 575, obs. Neirinck ; *D.* 2006, p. 1707, note Revel ; *Dr. Fam.*, n° 6, juin 2006, comm. 124 Murat.

Civ. 1^{re}, 16 juin 2011, n° 08-20.475, Bull. 2011, I, n° 116 ; *D.*, 2011, p. 1757, comm. Siffrein-Blanc.

Civ. 1^{re}, 8 juin 2016, n°15-16.696, Publié au Bull. ; *Dr. Fam.*, septembre 2016, n° 9, comm. 173, comm. Fulchiron.

Civ. 1^{re}, 6 juillet 2016, n° 15-19.853, Publié au Bull. ; *D.* 6 octobre 2016, n° 33, p. 1980.

Civ. 1^{re}, 9 novembre 2016, n°15-25.068, Publié au Bull. ; *RTD civ.* 2017, p. 111, note Hauser ; *D.* 2017, p. 729, note Granet-Lambrechts ; *D.* 2017, p. 470, note Douchy-Oudot.

Civ. 1^{re}, 22 mars 2017, n°15-20.547 ; *Dr. fam.* juin 2017, n° 6, comm. 126, comm. Fulchiron.

Civ. 1^{re}, 12 juin 2018, n° 17-16.793, Publié au Bull. : JurisData n° 2018-010171 ; *Dr. fam.* n° 9, septembre 2018, comm. 211, note Fulchiron et chron. 3, obs. Egéa ; *AJ fam.* 2018, p. 397, obs. Houssier ; *RTD civ.* 2018, p. 635, obs. Leroyer.

Civ. 1^{re}, 5 décembre 2018, n° 17-30.914, Publié au Bulletin ; *AJ fam.* 2019, p. 43, note Salvage-Gerest.

CA Riom, 16 décembre 1997, n°XR161297X ; *JCP G*, n° 1, janvier 1999, p. 101, comm. Rubellin-Devichi.

CA Paris, 10 avril 2008, n°07/11288.

CA Angers, 26 janvier 2011, n°10-01339 ; *RLDC* 2014, p. 111, note Le Boursicot ; *Dr. Fam.*, n° 3, mars 2011, comm. 37, Neirinck.

CA Rennes, 29 novembre 2011, n°10/01603.

CA Caen, 29 mars 2012, n°10/02442.

CA Fort-de-France, 25 mai 2012, n°11/00320.

CA Rennes, 7 mars 2016, n°15/05178.

CA Versailles, 10 octobre 2016, n° 15/07061 ; *Dr. Fam.* janvier 2017, n° 1, repère 1, note Fulchiron.

CA Toulouse, 19 avril 2017, n°17/259.

CA Riom, 5 mars 2019, n° 18/0171 ; RJPF, n° 5, mai 2019, p. 43, comm. Le Boursicot.

TGI Créteil, 6 juin 2007, n°06/17903.

TGI Nantes, 24 avril 2014, n°14/00325.

Cons. Constit. déc. n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012.

CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, n° 6833/74.

CEDH, 13 février 2003, *Odièvre c/ France*, n° 42326/98.

CEDH, 10 janvier 2008, *Kearns c/ France*, n°35991/04.

CEDH, 20 décembre 2007, *Phinikaridou c/ Chypre*, n° 23890/02, §65 ; *AJ fam.* 2012, p. 23, note Perrin.

Titre 2 – L'effet atténué de l'absence de lien affectif sur la filiation établie

Chapitre 1 – La rupture de la filiation reposant sur l'engendrement

Civ. 1^{re}, 16 juin 1992, n°90-20.467, Bull. 1992, I, n° 183, p. 124 ; *D.* 1993, p. 50, note Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 1992, p. 748, note Hauser.

Civ. 1^{ere}, 3 juillet 1995, n°93-14.244, Bull. 1995, I, n°199, p. 142 ; *LPA* 1996, n° 26, p. 21, comm. Massip.

Civ. 1^{re}, 12 octobre 1999, n°98-18.916.

Civ. 1^{re}, 23 juin 2010, n°09-15.129, Bull. 2010, I, n° 143 ; *RTD civ.* 2010, p. 540, note Hauser ; *D.* 2011, p. 1585, obs. Granet-Lambrechts.

Civ. 1^{re}, 16 juin 2011, n° 08-20.475, Bull. 2011, I, p. 116 ; *RTD civ.* 2011, p. 524, note Hauser ; *D.* 2012, p. 1432, note, Granet-Lambrechts ; *D.* 2012, p. 1033, note Douchy-Oudot.

Civ. 1^{re}, 23 novembre 2011, n°10-30.714 ; *RTD civ.* 2012, p. 109, note Hauser ; Civ. 1^{re}, 3 décembre 2014, n°13-24.268, Publié au Bull. ; *RTD civ.* 2015, p. 118, note Hauser ; *D.* 2015, p. 649, obs. Douchy-Oudot.

Civ. 1^{re}, 27 novembre 2011, n°00-10.151, Bull. 2001, I, n° 292, p. 184 ; *Dr. Fam.*, n° 5, mai 2002, comm. 57, Murat ; *RJPF* 1 février 2002, n° 2, pp. 19-20, comm. Blanc.

Civ. 1^{re}, 16 mars 2016, n°15-10.780 ; *RTD. Civ.* 2016, p. 338, note Hauser.

Civ. 1^{re}, 8 juin 2016, n°15-16.696, Publié au bull. ; *AJ fam.* août 2016, p. 388, comm. Saulier.

Civ. 1^{re}, 6 juillet 2016, n°15-19.853, Publié au Bull. ; *D.* 2016, 1980, note Fulchiron ; *RTD Civ.* 2016, 831, obs. Hauser ; *D.* 2017, 470, obs. Douchy-Oudot ; *D.* 2017, 729, obs. Granet-Lambrechts.

Civ. 1^{re}, 5 oct. 2016, n°15-25.507, Publié au Bull. ; *RJPF*, décembre 2016, n° 12, pp. 39-42, comm. Pétrot.

CA Versailles, 18 août 1986, JurisData : 1986-044601.

CA Bordeaux, 21 janvier 1988, JurisData : 1988-600846.

Ca Pau, 30 mai 1990, n°XPAU300590X ; *D.* 1991, p. 20, note Larribau-Terneyre ; *RDSS* 1991, p. 353, note Monéger.

CA Rennes, 16 décembre 1996, JurisData : 1996-049899.

CA Poitiers, 14 janvier 2009, n°07/01712.

CA Lyon, 19 décembre 2011, n°09/07978.

CA Rennes, 8 janvier 2013, n° 10/06285 : JurisData n° 2013-000164.

CA Caen, 9 janvier 2014, n°09/01687.

CA Rennes, 11 mars 2014, n°11/02827.

CA Douai, 19 juin 2014, n°14/00806 ; *RJPF* 2014, n° 9, pp. 47-48, comm. Corpart.

CA Douai, 3 juillet 2014, n°14/00480.

CA Toulouse, 18 octobre 2016, n°15/00051.

CA Toulouse, 3 novembre 2016, JurisData : 2016-024924.

CA Chambéry, 17 janvier 2017, n° 16/00595 : JurisData n° 2017-000775.

CA Toulouse, 19 avril 2017, n°17/259.

CA Besançon, 9 juin 2017, n° 16/02252 : JurisData n° 2017-017257.

Chapitre 2 – La rupture de la filiation adoptive

Civ. 1^{re}, 20 mars 1978, n° 76-13.415, Bull. 1978, I, n° 114, p. 93

Civ. 1^{re}, 7 mars 1989, n°87-14.045, Bull. 1989, I, n° 111, p. 73 ; *Defrénois* 1989, p. 694, obs. Massip.

Civ. 1^{re}, 21 juin 1989, n° 87-19.742, Bull. 1989, I, n°249, p. 166 ; *D.* 1990, p. 182, comm. Lesca.

Civ. 1^{re}, 30 juin 1992, n° 90-22.016.

Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 2009, n° 08-16.067.

CA Rouen, 31 mars 1987, Gaz. Pal. 1988, n° 2, p. 278.

CA Paris, 2 juillet 1993, JurisData n°1993-022332.

CA Pau, 6 octobre 1993, JurisData n°1993-047767.

CA Paris, 24 février 1994, JurisData n°1994-20985.

CA Pau, 26 juin 1995, n° JurisData 1996-765094 ; D. 1996, p. 214, comm. Larribau-Terneyre.

CA Dijon, 28 janvier 1997 : JurisData n°1997-043812.

CA Pau, 10 juillet 1997, JurisData n°1997-046308.

CA Versailles, 9 décembre 1999, n°8885-98.

CA Poitiers, 29 mai 2001, n°00/03187 ; D. 2002, somm. 1874, obs. Henneron.

CA Bordeaux, 7 mars 2002, JurisData n°2002-172988.

CA Papeete, 7 novembre 2002, n°412/CIV/00.

CA Paris, 16 janvier 2003, n°2002/06063 ; AJ fam. 2003, p. 181, obs. F. B ; RTD. civ. 2003, p. 280, obs. Hauser.

CA Versailles, 25 mars 2004, n°03/05625 : JurisData n°2004-241188 ; Dr. Fam. 2004, p. 219, note Murat ; RTD civ. 2004, p. 497, obs. Hauser.

CA Papeete, 15 décembre 2005 : JurisData n°2005-299274.

CA Poitiers, 20 mai 2009, n°08/00799.

CA Versailles, 9 septembre 2010, n°10/00487.

CA Besançon, 13 mars 2013, n° 11/02498.

CA Rouen, 4 mai 2017, n°15/03706 : JurisData n°2017-010073.

CA Nancy, 22 mai 2017, n°17/01104.

Trib. civ. Saverne, 19 janvier 1954 ; D. 1954, 531.

TGI Paris, 28 octobre 1980, n°08-0551.

TGI Paris, 15 mars 2000 : JurisData n°2000-123007 ; RTD civ. 2001, p. 122, obs. Hauser ; D. 2001. somm. 1874, obs. Honneron.

Partie 2 – Le refus de la fonction parentale

Titre 1 – L'effet restreint de l'absence de lien affectif dans les aspects objectifs de la fonction parentale

Chapitre 1 – Le refus de la prise en charge financière

- Cass. civ., 30 novembre 1910, D. 1912, I, p. 74.
- Civ. 2^e, 7 mars 1962, Bull. civ. II, n° 272, p. 191.
- Civ. 2^e, 18 mai 1967 ; D. 1967, p. 633.
- Civ. 2^e, 26 novembre 1970 ; D. 1971, somm., p. 104.
- Civ. 2^e, 19 octobre 1977 ; D. 1978, p. 89.
- Civ. 1^{re}, 3 juin 1980, n° 78-15.744, Bull. civ. I, n° 171.
- Civ. 2^e, 20 octobre 1980, Bull. civ. II, n° 226, p. 154 ; JCP 1981, II, 19665, note Jambu-Merlin.
- Civ. 2^e, 29 octobre 1980, n° 79-15.301, Bull. 1980, II, n° 226.
- Civ. 1^{re}, 19 octobre 1982, n° 81-13.947, Bull. civ. I, n° 290.
- Civ. 1^{re}, 13 février 1985, n° 83-15.112, Bull. 1985, I, n° 62, p. 60 : JurisData n° 1985-700596.
- Civ. 1^{re}, 21 juillet 1987, n° 16-887, Bull. civ. 1987, I, n° 246 ; D. 1988, p. 225, note Massip.
- Civ. 2^e, 6 janvier 1988, n° 86-16.806, Bull. civ. II, n° 1.
- Civ. 2^e, 8 février 1989, n° 87-17.771, Bull. 1989, II, n° 32, p. 16 ; Defrénois 1989, 34625, note Massip ; D. 1990, p. 185, obs. Bénabent.
- Civ. 1^{re}, 8 décembre 1993, n° 91-20.710 ; LPA n° 32, 16 mars 1994, note Massip.
- Civ. 1^{re}, 26 janvier 1994, n° 91-11.390, Bull. Civ. I, n° 30, p. 23.
- Civ. 2^e, 2 mars 1994, n° 92-19.313, Bull. civ. II, n° 77 ; RTD civ. 1994, p. 847, note Hauser.
- Civ. 1^{re}, 12 juillet 1994, n° 92-17.461, Bull. 1994, I, n° 247p. 179.
- Civ. 1^{re}, 12 juillet 1994, n° 92-21.444, Bull. civ. 1994, I, n° 247.
- Civ. 2^e, 29 mai 1996, n° 94-20.511, Bull. 1996, II, n° 115, p. 72 ; D. 1997, 455, note Bourgault-Coudevylle.
- Civ. 1^{re}, 25 juin 1996, n° 94-17.619 ; D. 1997, p. 455, note D. Bourgault-Coudevylle.
- Civ. 1^{re}, 1er octobre 1996, n° 94-13.217 ; Dr. Fam. 1997, comm. 25, obs. Murat.
- Civ. 2^e, 27 janvier 2000, n° 96-11.410, Bull. 2000, II, n° 17, p. 11 : JurisData n° 2000-000244 ; Dr. Fam. 2000, comm. 73, note Chabault ; RJPF, avril 2000, p. 53, note Valory.
- Civ. 2^e, 26 septembre 2002, n° 00-21.234, Bull. 2002, II, n° 192, p. 152 ; AJ fam. 2002, p. 379, obs. F. B. ; Defrénois 2003, p. 613, obs. Massip ; RTD civ. 2003, p. 74, obs. Hauser ; JCP G 2003, I, 101, n° 8, obs. Berthet ; JCP G 2003, II, p. 10093, note Hocquet-Berg ; RJPF 2002, n° 12, p. 33, obs. Valory.
- Civ. 2e, 6 mars 2003, n° 01-14.664, Bull. 2003, II, n° 46, p. 41 ; Dr. Fam. 2003, comm. 142, obs. Murat.
- Civ. 1^{re}, 9 décembre 2003, n° 01-10.140 ; Dr. Fam. 2004, comm. 71, obs. Murat.
- Crim., 24 mars 2004, n° 03-82.077, Bull. crim., n° 78, D. 2004, somm. 2756, obs. Mirabail.

Civ. 1^{re}, 12 mai 2004, n° 02-17.441 : JurisData n° 2004-023606, *Dr. Fam.*, septembre 2004, comm. 143, note Murat.

Civ. 1^{re}, 22 février 2005, n° 02-17.135, Bull. 2005, I, n° 94 ; *RTD civ.* 2005, p. 379, obs. Hauser ; *AJ fam.* 2005, p. 243, obs. Chénéde.

Civ. 2^e, 24 février 2005, n° 02-18.173, Bull. civ. II, n° 42, *Dr. Fam.* 2005, comm. 74, obs. Larribau-Terneyre.

Ass. Plén., 10 juin 2005, n° 03-18.922, Bull. 2005, AP, n° 6, p. 15 ; *RTD civ.* 2006, p. 320, note Mestre ; *D.* 2006, p. 254, comm. Libchaber.

Civ. 1^{re}, 4 octobre 2005, n° 03-13.375, Bull. civ. I, n° 350 : JurisData n° 2005-030063 ; *AJ fam.* 2005, p. 466, obs. Chénéde ; *RTD civ.* 2005, p. 828, obs. Perrot ; *Defrénois* 2006, p. 341, obs. Massip ; *Procédures* 2005, comm. 278, note Perrot.

Civ. 1^{re}, 14 février 2006, n° 05-11.001, Bull. civ. I, n° 64, p. 64 ; *Dr. Fam.* 2006, n° 88, note Murat.

Civ. 1^{re}, 20 juin 2006, n° 05-17.475, Bull. 2006, I, n° 312, p. 270 ; *RTD civ.* 2006, p. 740, note Hauser.

Civ. 1^{re}, 11 juillet 2006, n° 04-14.185, Bull. 2006, I, n° 388, p. 333 ; *AJ fam.* 2006, p. 425, obs. Chénéde ; *RTD civ.* 2006, p. 736, obs. Hauser ; *Dr. Fam.* 2006, comm. n° 203, note Murat.

Civ. 1^{re}, 12 décembre 2006, n° 05-11.945, Bull. 2006, I, n° 543, p. 483 ; *RTD civ.* 2007, p. 96, note Hauser.

Civ. 1^{re}, 18 janvier 2007, n° 06-10.833 : JurisData n° 2007-036918 ; Bull. civ. I, n° 25 ; *Dr. fam.* n° 3, mars 2007, comm. 58, Murat ; *RTD civ.* 2007, p. 328, obs. Hauser ; *AJ fam.* 2007, p. 139, obs. Chénéde.

Civ. 1^{re}, 9 janvier 2008, n° 06-19.581, Bull. 2008, I, n° 1, p. 1 : JurisData n° 2008-042167 ; *Dr. Fam.* 2008, comm. 35, comm. Murat. ; *JCP G* 2008, II, 10064, note Bazin.

Civ. 1^{re}, 8 octobre 2008, n° n° 07-16.646 et 06-21.912, Bull. 2008, I, n° 218 et 219 ; *RLDC* n° 55, 1^{er} décembre 2008, note G. S.

Civ. 1^{re}, 3 décembre 2008, n° 07-12.042 ; *Dr. Fam.* n° 3, mars 2009, comm. 28, note Murat.

Civ. 1^{re}, 28 janvier 2009, n° 07-15.243 : JurisData n° 2009-046772.

Civ. 1^{re}, 8 avril 2009, n° 08-13.161 ; *Dr. Fam.* 2009, n° 92, note Murat ; *LPA* n° 182, 11 septembre 2009, p. 12, note Massip.

Civ. 1^{re}, 22 octobre 2009, n° 08-19.559, Bull. civ. I, n° 249 ; *AJ fam.* 2010, p. 80, obs. Gallmeister.

Civ. 1^{re}, 12 mai 2010, n° 08-21.112 ; *RJPF* n° 9, 1^{er} septembre 2010.

Civ. 1^{re}, 20 octobre 2010, n° 09-66.133, Bull. 2010, I, n° 205 ; *LPA* n° 23, 2 février 2011, p. 7, note Rogue ; *Dr. Fam.* n° 12, décembre 2010, comm. 193, comm. Maria ; *L'essentiel Droit de la famille et des personnes* n° 11, 15 décembre 2010, p. 1, obs. Batteur.

Civ. 1^{re}, 9 février 2011, n° 09-71.102 ; *RLDC* n° 81, 1^{er} avril 2011, note J. G.

Civ. 1^{re}, 7 décembre 2011, n° 10-26.105 ; *RLDC* n° 90, 1^{er} février 2012

Civ. 1^{re}, 12 avril 2012, n° 11-17.002

Civ. 1^{re}, 7 novembre 2012, n° 12-17.394, Bull. 2012, I, n° 231 ; *RTD civ.* 2013, p. 96, note Hauser.

Civ. 1^{re}, 21 novembre 2012, n° 11-20.140.

Civ. 1^{re}, 5 décembre 2012, n° 11-19.779 ; *Gaz. Pal.* 16 mars 2013, n° 122, obs. Casado.

Civ. 1^{re}, 23 octobre 2013, n° 12-25.301, Bull. 2013, I, n° 203 ; *Dr. Fam.* n° 12, décembre 2013, comm. 162, note Neirinck ; *LPA* n° 243, 5 décembre 2013, p. 12, note Massip ; *RLDC* n° 113, 1^{er} mars 2014, comm. Douris ; *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes* n° 11, 15 décembre 2013, p. 1, note Batteur ; *LPA* n° 258, 26 décembre 2013, p. 10, note Hisquin.

Civ. 1^{re}, 14 janvier 2015, n° 13-25.139.

Civ. 1^{re}, 28 janvier 2015, n° 14-10.440 ; *L'essentiel Droit de la famille et des personnes*, 15 mars 2015, n° 3, p. 3, note Batteur.

Civ. 1^{re}, 7 octobre 2015, n° 14-23.237, Bull. 2016, I, n° 837 ; *Dalloz actualité*, 25 octobre 2015, note Da Silva ; *RLDC* n° 132, 14 décembre 2015.

Civ. 1^{re}, 25 mai 2016, n° 15-17.993, Publié au Bull. : *JurisData* n° 2016-009857 ; *Dalloz actualité*, 6 juin 2016, obs. Da Silva ; *D.* 2016, p. 1200, obs. Gallmeister ; *Procédures* n° 8-9, août 2016, comm. 265, note Douchy-Oudot.

Civ. 1^{re}, 8 juin 2016, n° 14-26.273 ; *RTD civ.* 2016, p. 601, note Hauser.

Civ. 1^{re}, 22 juin 2016, n° 15-21.783, Publié au Bull. : *JurisData* n° 2016-012092 ; *Dalloz actualité*, 6 juillet 2016, obs. Da Silva.

Civ. 1^{re}, 22 juin 2016, n° 15-22.022.

Civ. 1^{re}, 27 juin 2018, n° 17-20.934 : *JurisData* n° 2018-011341 ; *Dr. Fam.* 2018, n° 10, note Molière.

Civ. 1^{re}, 21 novembre 2018, n° 17-27.054, Publié au Bull. ; *RJPF* n° 2, février 2019, p. 39, comm. Corpart.

CA Lyon, 13 novembre 1952 ; *D.* 1953, jurispr., p. 755, note Gervésie.

CA Grenoble, 18 janvier 1960, *D.* 1960, jurispr., p. 273.

CA Paris, 17 juin 1965 ; *D.* 1966, p. 273.

CA Paris, 23 janvier 1976 et 18 octobre 1977 ; Gaz. Pal. 1978, 2, p. 369, note Massip.

CA Paris, 28 janvier 1982 : JurisData n° 1982-028335.

CA Paris, 2 février 1983 : JurisData n° 1983-021393.

CA Paris, 22 février 1983 ; *D.* 1983, IR 450, obs. Bénabent.

CA Toulouse, 21 mars 1984 : JurisData n° 1984-042135.

CA Bordeaux, 26 avril 1984 : JurisData n° 1984-041077.

CA Paris, 29 octobre 1984, JurisData n° 026458.

CA Paris, 29 mars 1985 ; *D.* 1986.

CA Poitiers, 19 novembre 1986 ; *RDSS* 1987, 667, note Monéger.

CA Paris, 19 décembre 1986 : JurisData n° 1986-027384.

CA Paris, 12 mars 1987 : JurisData n° 020913.

CA Paris, 7 mai 1987 : JurisData n° 1987-022172.

CA Paris, 25 mai 1987 : JurisData n° 1984-023394.

CA Paris, 25 avril 1988 : JurisData n° 1988-022361.

CA Versailles, 8 décembre 1988 : JurisData n° 1988-048414.

CA Reims, 2 février 1989 : JurisData n° 1989-041202.

CA Montpellier, 7 novembre 1989 : JurisData n° 003470.

CA Paris, 1^{er} décembre 1989 : JurisData n° 026729.

CA Nancy, 15 janvier 1990, n° 1016/89.

CA Versailles, 27 novembre 1992 ; *Gaz. Pal.* 1993, I, somm. p. 164.

CA Paris, 26 avril 1994, n° 92-15511 ; *RTD civ.* 1994, 582, obs. Hauser.

CA Bordeaux, 27 septembre 1994, n° 93/004626.

CA Paris, 30 octobre 1996 : JurisData n° 1996-024505.

CA Riom, 28 janvier 1997, n° 96/1082.

CA Grenoble, 6 mai 1997 : JurisData n° 1997-043024.

CA Bordeaux, 18 juin 1997 : JurisData n° 1997-046885.

CA Paris, 2 juillet 1997 : JurisData n° 1997-022637.

CA Toulouse 8 décembre 1997 : JurisData n° 1997-047666.

CA Montpellier, 2 avril 1998 : JurisData n° 1998-034953.

CA Paris, 22 octobre 1998 : JurisData n° 1998-024020.

CA Douai, 15 mars 2001 ; *D.* 2002, 1875, obs. Bourgault-Coudeville.

CA Paris, 4 juillet 2002 : JurisData n° 2002-187443.

CA Pau, 9 septembre 2002, n° 01/00116 : JurisData n° 2002-210318.

CA Rennes, 7 février 2006 : JurisData n° 2006-310522.

CA Colmar, 4 mars 2006 : JurisData n° 2006-305872.

CA Paris, 18 mai 2006 ; *RTD civ.* 2006, p. 751, obs. Hauser.

CA Bourges, 25 janvier 2007 : JurisData n° 2007-355838.

CA Besançon, 30 mai 2007 : JurisData n° 2007-345321 ; *JCP* 2008, IV, 1129.

CA Amiens, 10 octobre 2007 : JurisData n° 2007-345118.

CA Dijon, 19 octobre 2007, n° 07/00306 ; *Dr. Fam.* 2008, comm. 93, note Burgard.

CA Rennes, 15 mai 2008 : JurisData n° 2008-373318.

CA Lyon, 1^{er} février 2010, n° 08/07864.

CA Versailles, 17 février 2011, n° 10/00515 : JurisData n° 2011-002015 ; *JCP G* n° 13, 28 mars 2011, p. 328, obs. Kessler.

CA Rouen, 19 mai 2011 : JurisData n° 2011-013240.

CA Douai, 16 février 2012, n° 11/03092 : JurisData n° 2012-009668.

CA Agen, 19 avril 2012, n° 11/00855 : JurisData n° 2012-012142 ; *Dr. Fam.* n° 10, octobre 2012, comm. 144.

CA Limoges, 21 mars 2017, n° 16/00164 : JurisData n° 2017-005402 ; *Dr. fam.* n° 9, septembre 2017, comm. 178, note Neirinck.

TGI Villeurbanne, 19 juillet 1977, Gaz. Pal. 1978, 1, somm. p. 208.

Chapitre 2 – Le refus de la transmission

Civ., 13 août 1866, *DP* 1866, 1, 465.

Req., 18 mars 1872, *DP* 1872, 1, 309.

Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1961, Bull. n° 136.

Civ. 1^{re}, 27 mai 1961, Bull. civ. I, n° 268 ; *D.* 1962, 657, note Boulanger.

Civ. 1^{re}, 10 juillet 1968, Bull. n° 211.

Civ. 1^{re}, 21 janvier 1969, Bull. 1969, n° 34.

Civ. 1^{re}, 4 mai 1977, n° 76-10.320, Bull. 1977, I, n° 208, p. 164.

Civ. 1^{re}, 20 octobre 1982, Bull. 1982, I, n° 299 ; *D.* 1983, 120, note Rémy ; *Defrénois* 1983, art. 33061, note Breton ; *RTD civ.* 1983, 771, obs. Patarin.

Civ. 1^{re}, 20 mars 1984, n° 83-11.143, Bull. 1984, I, n° 108.

Civ. 1^{re}, 3 juin 1986, Bull. 1986, I, n° 154, p. 154 ; *RTD civ.* 1987, 580, obs. Patarin ; *D.* 1987, I, jurisp. 33, note Morin ; *Defrénois*, 1987, I, 58, note Morin ; *JCP* 1987, II, 20891, note Rambure.

Civ. 1^{re}, 24 novembre 1987, n° 86-10.635, Bull. 1987, I, n° 309, p. 221 ; *JCP* 1989, II, 21214, note Testu ; *RTD civ.* 1989, 803, obs. Patarin.

Civ. 1^{re}, 4 octobre 1988, Bull. I, n° 270 ; *RTD civ.* 1989, 610, obs. Patarin ; *Defrénois* 1989, art. 34424, p. 167, note Morin.

Civ. 1^{re}, 31 janvier 1989, n° 87-11.829, Bull. 1989, I, n° 55, p. 35.

Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, n° 90-13.135, Bull. 1991, I, n° 159, p. 104.

Civ. 1^{re}, 4 février 1992, n° 90-15.760, Bull. 1992, I, n° 41, p. 30 ; *D.* 1993, Somm. 227, obs. Vareille ; *RTD civ.* 1992, p. 432, note Patarin.

Civ. 1^{re}, 31 mars 1992, n° 90-17.714, Bull. civ. 1992, I, n° 98, p. 65 ; *JCP* 1993, I, 3676, n° 3, obs. Testu.

Civ. 1^{re}, 20 février 1996, n° 94-10.262, Bull. 1996, I, n° 102, p. 70 ; *RTD civ.* 1996, p. 447, obs. Patarin ; *Defrénois* 1996, art. 36387, obs. Champenois.

Civ. 1^{re}, 3 décembre 1996, n° 94-21.799, Bull. 1996, I, n° 437, p. 304 ; *RTD civ.* 1997, p. 981, obs. Patarin ; *D.* 1997, Somm., p. 366, obs. Vareille ; *JCP* 1998, I, 133, n° 12, obs. Le Guidec ; *Defrénois* 1997, 817, obs. Champenois.

Com., 2 décembre 1997, n° 96-10.072, Bull. civ. 1997, IV, n° 318, p. 276 ; *Defrénois* 1998, art. 36782, note Chappert ; *D.* 1998, 263, note Tixier.

Civ. 1^{re}, 16 juin 1998, n° 96-16.277, Bull. 1998, I, n° 215, p. 149 : JurisData n° 1998-002740 ; *JCP G* 1999, I, p. 101, obs. Farge ; *JCP G* 1998, II, p. 10157, note Gutmann ; *Dr. Fam.* 1998, comm. 151, note Murat ; *D.* 1998, somm. p. 355, obs. Granet ; *D.* 1999, p. 360, note Massip ; *RTD civ.* 1998, p. 879, obs. Hauser ; *Gaz. Pal.* n° 1, 1999, p. 143, note Sainte-Rose.

Civ. 1^{re}, 5 janvier 1999, n° 96-22.054.

Civ. 1^{re}, 20 novembre 2001, n° 99-17.212, Bull. 2001, I, n° 288, p. 182.

Civ. 1^{re}, 27 novembre 2001, n° 00-12.012, Bull. civ. 2001, I, n° 293 : JurisData n° 2001-011876 ; *Defrénois* 2002, art. 37478, p. 192, obs. Massip ; *RTD civ.* 2002, p. 71, obs. Hauser.

Ch. Mixte, 23 novembre 2004, n° 01-13.592, 02-11.352, 02-17.507 et 03-13.673, Bull. 2004, mixte, n° 4, p. 9 : JurisData n° 2004-025781, 2004-025782, 2004-025783 et 2004-025784 ; *JCP N* n° 1, 14 janvier 2005, 1003, comm. Grosjean ; *Dr. fam.* n° 3, mars 2005, étude 6, comm. Lécuyer ; *JCP G* n° 6, 9 février 2005, doct. 111, comm. Ghestin ; *RLDC* n° 12, 1^{er} janvier 2005, p. 37, comm. Leroy.

Ch. mixte, 21 décembre 2007, n° 06-12.769, Bull. mixte, 2007, n° 13 : JurisData n° 2007-042070 ; *JCP N* n° 24, 13 juin 2008, 1222, comm. Pierre et Gentilhomme.

Civ. 1^{re}, 3 mars 2009, n° 05-17.163, Bull. civ. 2009, I, n° 42 : JurisData n° 2009-047352 ; *Dr. fam.* n° 5, mai 2009, comm. 57, note Murat ; *JCP G* n° 15, 8 avril 2009, II, 10062, note Garé ; *Procédures* n° 5, mai 2009, comm. 156, note Douchy-Oudot.

Civ. 1^{re}, 30 septembre 2009, n° 08-17.411, Bull. 2009, I, n° 199 : JurisData n° 2009-049667 ; *JCP N* n° 51, 18 décembre 2009, 1340, obs. Garçon ; *Dr. Fam.* n° 11, novembre 2009, comm. 143, obs. Beignier.

Civ. 1^{re}, 17 mars 2010, n° 08-14.619, Bull. civ. 2010, I, n° 64 : JurisData n° 2010-002011 ; *Dr. fam.* n° 6, juin 2010, comm. 102, Murat ; *RTD civ.* 2010, p. 521, obs. Hauser.

Civ. 1^{re}, 10 octobre 2012, n° 11-17.891, Bull. 2012, I, n° 200.

Civ. 1^{re}, 7 novembre 2012, n° 11-23.396, Bull. 2012, I, n° 237 ; *RTD civ.* 2013, p. 164, obs. Grimaldi ; *AJ fam.* 2013, p. 58, obs. Levillain ; *Dalloz actualités*, 20 novembre 2012, obs. Marrocchella ; *Defrénois* n° 10, 30 mai 2013, note Vareille.

Civ. 1^{re}, 27 septembre 2017, n° 16-13.151 et n° 16-17.198 : JurisData n° 2017-018698 et 018703 ; *Dr. Fam.* 2017, n° 11, p. 28, note Nicod ; *RTD com.* 2018, p. 110, obs. Pollaud-Dulian ; *RTD civ.* 2017, p. 833, obs. Usunier ; *AJ fam.* 2017, p. 598, obs. Lagarde, Meier-Bourdeau, Savouré et Kessler ; *Defrénois* n° 16, 19 avril 2018, p. 49, note Gasté.

Civ. 1^{re}, 10 janvier 2018, n° 16-27.894, Publié au Bull. ; *Dalloz actualité*, 22 janvier 2018, obs. Guiguet-Schiélé.

Civ. 1^{re}, 11 avril 2018, n° 17-19.313, Publié au Bull. : JurisData n° 2018-005623 ; *Dalloz actualité*, 18 mai 2018, obs. Guiguet-Schiélé ; *AJ fam.* 2018, p. 357, obs. Levillain ; *Dr. Fam.* n° 7-8, juillet 2018, comm. 187, comm. Nicod.

Civ. 1^{re}, 5 septembre 2018, n° 17-21.140 ; *AJ fam.* octobre 2018, p. 547, obs. Saulier.

Civ. 1^{re}, 29 mai 2019, n° 18-13.383 ; *RJPF* n° 7-8, juillet-août 2019, p. 61, note Godechot-Patris

CA Paris, 12 janvier 2006 ; *RTD civ.* 2006, p. 277, obs. Hauser.

CA Rennes, 7 février 2012, n° 10/01202 : JurisData n° 2012-001780.

CA Riom, 16 janvier 2018, n° 17/00694 ; *RJPF* n° 6, juin 2018, note Corpart.

CA Montpellier, 2 mai 2018, n° 16/07205 : JurisData n° 2018-007302 ; *Dr. Fam.* n° 9, septembre 2018, note Fulchiron.

TGI Chaumont, 30 mars 2010, n° 10/00053 : JurisData n° 2010-016704 ; *Dr fam.* 2010, comm. 141, note Massip ; *Defrénois* 2011, art. 39230, n° 2, p. 818, obs. Massip.

TGI Nanterre, 28 mai 2019, n° 18/01502 : JurisData n° 2019-009635.

CE, 21 avril 1997, n° 160716 : JurisData n° 1997-050238 ; *JCP* 1997, I, p. 4052, n° 4, obs. Teyssié.

CE, 29 septembre 2003 ; *Gaz. Pal.* 2004, somm. 1360.

CE, 27 juillet 2005, n° 265340 ; *RTD civ.* 2005, p. 753, obs. Hauser.

CE, 4 décembre 2009, n° 309004 ; *RTD civ.* 2010, p. 297, obs. Hauser ; *AJDA* 2009, p. 2323, obs. Brondel.

CE, 23 novembre 2011, n° 34068.

CE, 8 mars 2012, n° 342126 ; *RTD civ.* 2012, p. 504, obs. Hauser.

CE, 22 juin 2012, n° 335238 et 347939 : JurisData n° 2012-013556.

CE, 8 mars 2012, n° 342126 ; *RTD civ.* 2012, p. 504, obs. Hauser.

CE, 12 décembre 2012, n° 357865 ; *RTD civ.* 2013, p. 344, obs. Hauser ; *LPA*, 5 août 2014, p. 10, obs. Dekeuwer-Défossez.

CE, 31 janvier 2014, n° 362444 : JurisData n° 2014-001622 ; *Dr. Fam.* 2014, Focus 10, obs. Lamarche ; *D.* 2014, p. 1175, obs. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2015, 2014, p. 332, obs. Hauser ; *LPA*, 5 août 2014, p. 10, obs. Dekeuwer-Défossez.

CAA Paris, 21 mars 2019, n° 18PA01787 ; *RJPF* n° 5, mai 2019, comm. Corpart.

CEDH, 13 juin 1979, Marckx c. Belgique, affaire n° 6833/74.

Titre 2 – L'effet inégal de l'absence de lien affectif dans les aspects subjectifs de la fonction parentale

Chapitre 1 – L'exercice unilatéral de l'autorité parentale

Civ. 1re, 23 avril 2003, n° 02-05.033 ; *Dr. Fam.* 2003, n° 143, obs. Murat ; *JCP* 2004, II, 10058, comm. Bourrat-Gueguen.

Civ. 1re, 14 mars 2006, n° 05-13.360, Bull. civ. I, n° 161 ; *Dr. fam.* 2006, comm. n° 157, obs. Murat.

Civ. 1^{re}, 25 avril 2007, n° 06-16.886, Bull. 2007. I, n° 156.

Civ. 1^{re}, 9 juillet 2008, n° 07-19.217 et 07-19.218

Civ. 1^{re}, 14 avril 2010, n° 09-13.686.

Civ. 1^{re}, 4 novembre 2010, n° 09-15.165.

Civ. 1^{re}, 23 novembre 2011, n° 10-23.391, Bull. civ. 2011, I, n° 202 ; *RTD civ.* 2012, p. 111, note Hauser ; *D.* 2012, p. 635, note Vassallo.

Civ. 1^{re}, 26 juin 2013, n° 12-14.392 : JurisData n° 2013-013137, Bull. 2013, I, n° 134 ; *Dr. fam.* n° 11, novembre 2013, comm. 152, note Paricard.

Civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 13-10.618, *Dr. Fam.* n° 3, 2014, comm. 34, obs. Neirinck.

Civ. 1^{re}, 28 mai 2015, n° 14-16.511, Bull. civ. 2015 n° 51, I, n° 118 ; *RTD civ.* 2015, p. 600, note Hauser ; *D.* 2016, p. 674, obs. Douchy-Oudot.

Civ. 1^{re}, 8 juillet 2015, n° 14-22.101

Civ. 1^{re}, 12 octobre 2017, n° 17-16.760 : JurisData n° 2017-020015 ; *Dr. Fam.* n°1, janvier 2018, note Dupin.

Civ. 1^{re}, 29 novembre 2017, n° 17-24.015 ; *AJ. Fam.*, mai 2018, p. 293, note Sannier.

Civ. 1^{re}, 13 décembre 2017, n° 17-23.673.

CA Paris, 25 avril 1913, S. 1914, 2, p. 40.

CA Aix en Provence, 30 mai 1995 ; *JCP G* n° 2, 10 janvier 1996, II, 22566, note Garé.

CA Nîmes, 18 décembre 2008, n° 08/00108.

CA Nîmes, 12 février 2009, n° 08/00173.

CA Pau, 8 mars 2011, n° de RG : 11/00105 et 11/00154.

CA Lyon, 6 juin 2011, n° 09/07117.

CA Douai, 30 juin 2011, n° 10/089561.

CA Aix-en-Provence, 28 octobre 2011, n° 11/00127.

CA Rennes, 22 mars 2013, n° 12/00351.

CA Paris, 18 juin 2015, n° 15/00864 : JurisData n° 2015-015144 ; *Dr Fam.*, décembre 2015, p. 216, comm. Binet.

TGI Nanterre, 13 décembre 1976 ; *Gaz. Pal.* 1977, I, jurispr. p. 201, note Brazier.

CE, 13 avril 2018, n° 392949, *Ministre de l'Education nationale de l'Enseignement supérieur et de la Recherche* ; *RJPF* n° 6, juin 2018, p. 37, comm. Corpart.

CEDH, 11 février 2016, *Mitrova et Savik c/ République de Macédoine*, n° 42534/09 ; *AJ fam.* 2016, p. 205, note Viganotti.

CEDH, 16 juin 2016, *Fourkiotis c/ Grèce*, n° 74758/11 ; *JurisData* n° 2016-013427 ; *Dr. Fam.* n° 9, septembre 2016, comm. 175, note. Delmas.

CEDH, 6 octobre 2016, *Moog c/ Allemagne*, n° 23280/08 et n° 2334/10 ; *Dr. Fam.* n° 2, février 2017, comm. 37, comm. Millerieux

CEDH, 21 septembre 2017, *Severe c/ Autriche*, n° 53661/15 ; *Dr. Fam.* n° 1, janvier 2018, comm. Dupin

CEDH, 1^{er} février 2018, *M. K. c/ Grèce*, n° 51312/16 ; *Dr. Fam.* n° 4, avril 2018, note Garcia.

Chapitre 2 – L'absence d'exercice de l'autorité parentale

Civ. 1^{re}, 20 novembre 1985, n° 84-13094, *Bull. civ. I*, n° 316 ; *Gaz. Pal.* 1986, n° 1, p. 695, note Massip ; *Defrénois* 1986, art. 33735, n° 47, note Massip ; *JCP N* 1987, II, p. 137, note Fossier.

Civ. 1^{re}, 13 janvier 1998, n° 96-05.136 ; *JurisData* n° 1998-000265.

Civ. 1^{re}, 3 novembre 2004, n° 03-05.056, *Bull.* 2004, I, n° 246, p. 205 ; *JurisData* n° 2004-025432 ; *Dr. Fam.* n° 5, mai 2005, comm. 122, comm. Salvage-Gerest.

Civ. 1^{re}, 5 avril 2005, n° 04-05.019, *Bul.* 2005, I, n° 162, p. 139 ; *JurisData* n° 2005-027908 ; *Dr. Fam.* n° 7/8, juillet 2005, comm. 155, comm. Murat.

Cass., avis n° 15004, 24 mars 2014, n° 13-70.010 ; *Dalloz actualités*, 18 avril 2014, note Douville.

Civ. 1^{re}, 3 décembre 2014, n° 13-24.268 ; *JurisData* n° 2014-029460 ; *Lexbase Hebdo éd. Gén.*, 15 janvier 2015, 597, comm. Gouttenoire ; *Dr. Fam.* 2015, comm. 132, Neirinck.

Civ. 1^{re}, 16 septembre 2014, n° 13-23.045.

Civ. 1^{re}, 4 mars 2015, n° 13-24.793.

Civ. 1^{re}, 18 novembre 2015, n° 14-21.286, *Bull.* 2016, I, n° 840.

Civ. 1^{re}, 4 janvier 2017, n° 15-28.935, *Publié au Bull*

Civ. 1^{re}, 4 janvier 2017, n° 15-28.935, *Publié au Bull.* ; *JurisData* n° 2017-000002 ; *L'essentiel du droit de la famille*, 1^{er} février 2017, n° 2, p. 2, note Batteur ; *Dr. Fam.* n° 4, avril 2017, comm. 82, note Tetard ; *LPA* n° 56, 20 mars 2017, p. 10, comm. Hisquin.

Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2017, n° 15-29.272 ; *JurisData* n° 2017-016887 ; *Dr. Fam.* n° 9, septembre 2017, comm. 181, comm. Fulchiron

Civ. 1^{re}, 10 janvier 2018, n° 17-12.521 et 16-27.230 ; *JCP G* n° 8, 19 février 2018, doct. 228, note Gouttenoire, n° 21

Civ. 1^{re}, 21 novembre 2018, n° 17-31.293 ; *L'essentiel du droit de la famille*, 1^{er} février 2019, n° 2, p. 2, note Rogue.

Civ. 1^{re}, avis 19 juin 2019, n° 19-70.007 et 19-70.008, Publiés au Bull. ; *Dalloz actualités*, 12 juillet 2019, comm. Cottet.

CA Paris, 18 décembre 1961 ; *JCP G* 1962, II, 12621, note Raynaud.

CA Angers, 26 mars 1999 : JurisData n° 1999-106044.

CA Agen, 6 mai 2004 : JurisData n° 2004-240493.

CA Versailles, 7 septembre 2006, n° 06/02041.

CA Nîmes, 18 décembre 2008, n° 08/00108.

CA Nîmes, 12 février 2009, n° 08/00173.

CA Rouen, 24 février 2011, n° 10/02822.

CA Amiens, 22 mars 2012, n° 11/02417 : JurisData n° 2012-011787.

CA Rennes, 22 mars 2013, n° 12/00351.

CA Versailles, 24 octobre 2013, n° 13/01200 : JurisData n° 2013-023917.

CA Amiens, 29 janvier 2015, n° 14/01967 : JurisData n° 2015-015697.

CA Paris, 19 février 2015, n° 14/14890, JurisData n° 2015-003459.

CA Lyon, 17 mars 2015, n° 14/05885 : JurisData n° 2015-010086.

CA Paris, 7 mai 2015, n° 14/16937, JurisData n° 2015-011118.

CA Rouen, 26 mars 2015, n° 14/00912.

CA Paris, 7 mai 2015, n° 14/24133 : JurisData n° 2016-011116.

CA Paris, 8 septembre 2016, n° 15/18464 : JurisData n° 2016-018651.

CA Lyon, 7 février 2017, n° 16/06225 : JurisData n° 2017-002939.

CA Caen, 7 mai 2017, n° 14/00822 : JurisData n° 2015-010912.

CA Chambéry, 16 mai 2017, n° 16/01125.

TI Saint-Denis, 20 mars 2007 ; *LPA* n° 110, 3 juin 2009, p. 7, note Pomart-Nomdedeo.

INDEX

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

-A-

Accès aux origines personnelles : 46, 120.

Abandon de famille : 333, 347.

Accompagnement en économie sociale et familiale : 327.

Accouchement sous le secret

- Établissement de la filiation maternelle : 119 et s., 149 et s., 175 et s.
- Établissement de la filiation paternelle : 178 et s.
- Recours de la famille élargie : 181 et s.

Accueil durable et bénévole : 613 et s.

Acte de naissance

- Acte de naissance étranger : 91.
- Déclaration de naissance : 147 et s.
- Établissement de la filiation maternelle : 147 et s.
- Établissement de la filiation paternelle : 157.

Acte de notoriété

- Établissement de la filiation : 132, 159, 200.

- Contestation de la filiation : 211 et s.

Actes usuels de l'autorité parentale

- Accueil durable et bénévole : 613.
- Enfant confié à un tiers : 545, 549 et s.
- Exercice conjoint de l'autorité parentale : 507 et s.
- Exercice unilatéral de l'autorité parentale : 532.

Actes d'administration :

- Exercice conjoint de l'autorité parentale : 511 et s.
- Exercice unilatéral de l'autorité parentale : 533 et s.

Actes de disposition :

- Exercice conjoint de l'autorité parentale : 520 et s.
- Exercice unilatéral de l'autorité parentale : 533 et s.

Action à fins de subsides : 136 et s., 337.

Action en constatation de la possession d'état : 130 et s., 137.

Action en contestation de la possession d'état : 211 et s.

Action en contestation de la filiation

- Assistance médicale à la procréation : 214 et s.
- Contestation de la filiation maternelle : 200 et s.
- Contestation de la filiation paternelle : 206 et s.
- Délais pour agir : 218 et s.
- Objet de la preuve : 200 et s., 212 et s., 221, 224.

Actions en établissement de la filiation

- Assistance médicale à la procréation : 140.
- Délais pour agir : 116, 171, 174 et s.
- Établissement de la filiation maternelle : 116 et s., 174 et s.
- Établissement de la filiation paternelle : 121 et s.
- Objet de la preuve : 117 et s., 125, 129, 130 et s., 140.

Action en recherche de maternité : V.
actions en établissement de la filiation

Action en recherche de paternité : V.
actions en établissement de la filiation

Action en réduction : 432 et s., 452 et s.

Action en retranchement : 436, 453, 455.

Action en rétablissement de la présomption de paternité : 124 et s., 160.

Administration légale : 511 et s., 520 et s., 533 et s., 578, 580.

Adoption

- Adoption plénière : 229 et s., 284 et s., 307 et s., 608 et s.

- Adoption simple : 270 et s., 300 et s., 610 et s.
- Adoption de l'enfant du conjoint : 528.
- Consentement des parents : 234 et s., 526, 532.
- Consentement de l'enfant de plus de treize ans : 257 et s., 308, 606.
- Effets : 229 et s., 608, 610.
- Refus abusif : 528, 607.
- Révocation : 266 et s.

Aliénation parentale : 496, 499 et s.

Anonymat du don de gamètes : 44.

Assistance médicale à la procréation

- Accueil de l'embryon : 32, 70, 72, 80.
- Conditions : 31.
- Consentement : 43, 49, 51 et s.
- Contestation de la filiation : 214 et s.
- Couples de femmes : 57 et s., 117, 201, 204.
- Don d'embryons : 62 et s.
- Don de gamètes : 44 et s., 57 et s.
- Établissement de la filiation : 140, 204, 216.
- Projet de loi relatif à la bioéthique : 33, 56 et s., 117 et s., 201 et s.

Assurance vie : 463.

Autorité parentale

- Délégation partielle : 538, 553, 579 et s., 583, 587.
- Délégation totale : 538, 574 et s.

- Exercice conjoint : 482 et s., 490, 499, 505 et s.
- Exercice exclusif : 530 et s.
- Retrait partiel : 526, 579 et s., 583, 586 et s.
- Retrait total : 526 et s., 574 et s., 583, 586, 600.
- Titularité : 575 et s.

- B -

Biologie

- Lien biologique maternel : 116 et s., 201.
- Lien biologique paternel : 52, 123 et s., 207 et s.
- Preuve du lien biologique : 117 et s., 125, 129, 130 et s., 200 et s., 212 et s., 221, 224.

- C -

Consentement

- Caducité du consentement à l'AMP : 31.
- Consentement à l'adoption : 234 et s., 240 et s., 257 et s., 308, 526, 532, 606.
- Consentement à l'accueil d'embryon : 71.
- Consentement à l'AMP : 43, 49, 51 et s.

- Consentement au don d'embryons : 65 et s.
- Consentement à la réalisation de l'expertise génétique : 169.
- Révocation du consentement à l'AMP : 49 et s.

Contrôle de proportionnalité : 171, 225 et s., 260, 468.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : 59, 226 et s.

Confusion

- De la coparentalité et de l'exercice conjoint de l'autorité parentale : 537.
- De la filiation et des origines personnelles : 120.
- De la révocation et de la rupture de la filiation : 269, 289 et s.

- D -

Déclaration commune anticipée de filiation : 117, 165, 204, 216.

Déclaration de délaissement parental :

Déclaration de naissance :

Déclaration judiciaire de délaissement parental : 567 et s., 576 et s., 585, 586.

Délégation de l'autorité parentale

- Directe : 564 et s.
- Indirecte : 567 et s.
- Partielle : 538, 553, 579 et s., 583, 587.
- Totale : 538, 574 et s.

Délégué aux prestations familiales : 327.

Désir d'enfant : 2, 12, 15 et s.

Diagnostic préimplantatoire : 34 et s., 74 et s.,

Diagnostic prénatal : 101 et s., 110.

Don de gamètes : 44 et s., 57 et s.

Droit à la connaissance des origines personnelles : 46, 120.

- E -

Embryon

- Accueil d'embryons : 32, 70, 72, 80.
- Embryons surnuméraires : 34 et s., 47, 49 et s., 63 et s., 78 et s.
- *In utero* : 30 et s.
- *In vitro* : 83 et s.

Engendrement

- Engendrement charnel : 116 et s., 122 et s., 212 et s.
- Engendrement volontaire : 48, 140 et s., 215 et s.
- Rôle causal dans l'engendrement : 48, 135, 159, 216, 223.

Exhérédation : V. succession.

Expertise génétique

- Consentement : 169.
- Droit à l'expertise génétique : 137, 160, 201, 208.
- Pouvoirs du juge : 169.
- Refus de se soumettre à l'expertise : 169.

- F -

Fécondation *in vitro* : 33 et s., 42, 60.

Fiction : 43 et s., 50 et s., 56 et s., 89, 426.

Filiation

- Actions en établissement de la filiation : 116 et s., 121 et s., 140, 174 et s.
- Actions en contestation de la filiation : 200 et s., 206 et s., 214 et s.
- Effet déclaratif : 357 et s.
- Effets de la filiation : 315 et s.
- Filiation adoptive : 263 et s., 606 et s.
- *Mater semper certa is est* : 116.
- Présomption de paternité : 156 et s.
- Reconnaissance : 161 et s.

Fin de non-recevoir : 119 et s., 152, 176, 186.

Fonction parentale

- Prise en charge de la personne de l'enfant : 479 et s., 541 et s.
- Prise en charge des biens de l'enfant : V. administration légale.
- Prise en charge financière : 323 et s.
- Transmission du nom : 391 et s.
- Transmission du patrimoine : 421 et s.

- G -

Genre

- Aspect genré de l'établissement de la filiation : 115 et s., 143 et s., 161 et s.
- Aspect genré de la contestation de la filiation : 199 et s.
- Rôles genrés dans la famille : 3 et s.
- Rôles genrés dans la procréation : 50 et s., 83 et s.

Gestation : 83 et s., 116 et s.

Gestation pour autrui : 91 et s.

- I -

Identité : 403, 411, 419 et s.

Infertilité : 33.

Inceste : 153.

Indignité : V. succession.

Indisponibilité de la filiation : 228.

Ingratitude : V. succession.

Insémination artificielle : 39, 43.

Intérêt de l'enfant

- Accord entre parents : 482, 487.
- Accouchement sous le secret : 120, 176, 179 et s., 184.
- Adoption : 232, 236, 239, 249, 258, 291 et s., 297 et s., 576, 598, 606 et s.
- Assistance médicale à la procréation : 54, 81, 215.

- Contestation de la filiation : 223.
- Droit de visite : 490, 495
- Enfant confié à un tiers : 552, 561.
- Exercice exclusif de l'autorité parentale : 531 et s.
- Interruption de grossesse : 89, 96, 105.
- Nom : 402, 408, 411, 418 et s.
- Prise en charge financière : 327.
- Résidence de l'enfant : 487, 499 et s.
- Retrait de l'autorité parentale : 529
- Sanctions du non-respect des droits de l'autre parent : 497 et s.
- Tutelle : 604.

Interruption médicale de grossesse : 98 et s.

Interruption volontaire de grossesse : 95 et s.

- L -

Lien affectif

- Investissement affectif de l'embryon : 27, 32, 43, 49, 83, 111.
- Investissement affectif du nouveau-né : 120, 150, 190.
- Lien affectif et absence d'exercice de l'autorité parentale : 560, 614 et s.
- Lien affectif et adoption : 274 et s., 302, 304 et s., 607.

- Lien affectif et exercice de l'autorité parentale : 530 et s., 538.
- Lien affectif et filiation fondée sur l'engendrement : 222 et s., 231 et s.
- Lien affectif et prise en charge financière : 323, 351 et s., 363, 382.
- Lien affectif et transmission du nom : 400 et s., 411.
- Lien affectif et transmission du patrimoine : 445 et s.

- M -

Maternité

- Accouchement : 149 et s.
- Acte de naissance : 146 et s.
- Avortement : 84 et s., 94 et s.
- Preuve : 116 et s., 200 et s.

Maternité pour autrui : 91 et s.

Mythe

- Du couple : 52, 55, 536, 559.
- De l'égalité : 52.
- Mythe de l'engendrement : 48.

- N -

Nom de famille

- Demande de modification par l'enfant : 400 et s.
- Demande de modification par un parent : 398 et s.
- Rupture de la filiation : 405 et s.

- Transmission du nom : 393 et s.

- O -

Obligation alimentaire

- Aliments : 329 et s.
- Exécution en nature : 326 et s., 348 et s.
- Exonération : 338 et s.
- Manquements graves de l'enfant : 351 et s.
- Objet : 365.

Obligation d'entretien

- Enfant majeur : 369 et s.
- Exécution en nature : 326, 346.
- Exonération : 338 et s.
- Objet : 360 et s.
- Pension alimentaire : 329 et s.

Ordre public international : 332, 445, 465 et s.

Ordre public interne : 91, 357, 467 et s., 560.

Origines personnelles : 46, 120.

- P -

Paiement direct : 335.

Parents

- Égalité : 43 et s.
- Inégalité : 85 et s., 115 et s., 143 et s., 167 et s., 199 et s.

Paternité

- Paternité biologique : 52, 123 et s., 207 et s.
- Paternité volontaire : 48, 140 et s., 215 et s.
- Preuve de la paternité : 122 et s., 140 et s.

Pension alimentaire : 329 et s.

Possession d'état

- Acte de notoriété : 132, 159, 200, 211 et s.
- Action en constatation : 130 et s., 137.
- Contestation : 211 et s.
- Éléments constitutifs : 135.
- Établissement de la filiation : 130 et s.,

Présomption de paternité

- Conditions : 157.
- Rétablissement : 124 et s., 158 et s.

Preuve

- Adminicules : 7, 128.
- Expertise génétique : 137, 160, 169, 201, 208.

Procréation médicalement assistée : V. assistance médicale à la procréation.

Proportionnalité : V. contrôle de proportionnalité.

Puissance paternelle : 3 et s., 558.

Pupilles de l'État : 237, 248, 550, 559, 576, 585 et s., 598 et s., 606, 612 et s.

- R -

Recherche de parenté : V. actions en établissement de la filiation

Reconnaissance

- Accouchement sous le secret : 178 et s.
- Conditions : 162 et s.
- Reconnaissance de complaisance : 210.

Réserve héréditaire

- Action en retranchement : 436, 453, 455.
- Action en réduction : 432 et s., 452 et s.
- Réserve en nature : 438 et s.
- Réserve en valeur : 432 et s.
- **Résidence du mineur** : 487, 499 et s.

Retrait de l'autorité parentale

- Partiel : 526, 579 et s., 583, 586 et s.
- Total : 526 et s., 574 et s., 583, 586, 600.

- S -

Société civile : 465 et s.

Succession

- Application d'une loi étrangère : 465 et s.
- Contrôle de proportionnalité : 468

- T -

- Conversion de l'usufruit du conjoint en rente viagère : 442 et s.
- Créance d'aliments : 468.
- Droit de retour légal : 468.
- Exhérédation : 423, 432, 434, 442 et s., 456, 463.
- Indignité : 457 et s., 467 et s.
- Ingratitude : 459.
- Renoncement : 447 et s.
- Réunion fictive : 425 et s.
- Saisine : 430 et s.
- Substitution de parts d'usufruit à une libéralité en pleine propriété : 439 et s.
- Techniques sociétaire : 465 et s.

Syndrome d'aliénation parentale : V.
aliénation parentale

- V -

Vérité biologique : 129, 132, 207 et s.,
220, 223, 225, 228.

Volonté : 13 et s.

Table de référence : 332.

Tiers :

- Enfant confié à un tiers par le JAF : 544 et s.
- Enfant confié à un tiers par le JE : 548 et s.
- Grands-parents : 181 et s.

Tontine : 462.

Transcription des actes de l'état civil étranger : 91.

Transfert d'embryons : 43, 57 et s., 60, 63

Trust : 465.

Tutelle

- Tutelle de droit commun : 592.
- Tutelle départementale : 594 et s.
- Tutelle des pupilles de l'État : 599 et s.

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|---|-----|
| REMERCIEMENTS..... | I |
| TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS..... | III |
| SOMMAIRE..... | VII |

| | |
|-----------------------------|---|
| INTRODUCTION GÉNÉRALE | 1 |
|-----------------------------|---|

| | |
|--|----|
| PARTIE I - LE REFUS DU STATUT DE PARENT..... | 25 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| Titre I – L’effet important de l’absence de lien affectif sur la filiation refusée <i>ab initio</i> | 27 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| Chapitre I - La naissance refusée | 29 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| Section 1 – Le refus absolu de l’embryon <i>in vitro</i> par la cessation du projet parental | 29 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| §1 - Un refus à l’efficacité totale..... | 32 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| A - Le DPI créateur d’embryons exclus dès l’origine du projet parental..... | 34 |
|---|----|

| | |
|---------------------------------------|----|
| 1 - Le refus de l’embryon malade..... | 34 |
|---------------------------------------|----|

| | |
|--|----|
| 2 - Le refus de l’embryon ne permettant pas de sauver un premier enfant malade | 37 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| B - La consécration de la fiction de l’égalité des membres du couple favorisant la cessation du projet parental : la corporalité ignorée..... | 40 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| 1 - La non-prise en compte de la volonté du donneur de gamètes | 41 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| 2 - Le refus de l’un des membres du couple suffisant pour caractériser la cessation du projet parental | 44 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| a) L’inégale implication corporelle rendue invisible par la fiction du « couple demandeur » | 45 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| b) La remise en cause prochaine de la fiction du « couple demandeur » par l’ouverture de l’AMP aux femmes seules ? | 48 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| §2 - Un refus aux conséquences destructrices..... | 52 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| A - L’insertion dans un nouveau projet parental : une option non favorisée | 53 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| 1 - Une option soumise à la réunion de conditions strictes | 54 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| a) L’accord des deux membres du couple..... | 54 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| b) L’assouplissement des autres conditions du recueil..... | 57 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| 2 - Une option réservée à certains embryons..... | 59 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| a) L’exclusion des embryons issus d’une AMP avec DPI ayant révélé une anomalie | 59 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| b) L’incertitude relative aux embryons issus d’une AMP avec DPI n’ayant pas révélé d’anomalie..... | 60 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| B - L’option favorisée : la destruction..... | 61 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| Section 2 - Le refus limité de l’embryon en gestation | 64 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| §1 - Le monopole du refus par la gestatrice : la corporalité retrouvée..... | 65 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| A - La non-prise en compte de la volonté du géniteur | 66 |
|--|----|

| | |
|--|-----|
| B - La non-prise en compte de la volonté des parents d'intention dans le cadre d'une GPA | 70 |
| §2 - Le refus encadré de la gestatrice | 74 |
| A - L'efficacité totale du refus de la gestatrice limitée dans le temps | 74 |
| B - L'encadrement du refus au-delà de douze semaines | 76 |
| 1 - Un refus soumis à des conditions médicales <i>a priori</i> strictes | 77 |
| a) Une mise en péril grave de la santé de la femme..... | 77 |
| b) Un enfant ayant de fortes probabilités d'être atteint d'une maladie grave reconnue comme incurable au moment du diagnostic | 78 |
| 2 - Des conditions médicales sujettes à interprétation..... | 79 |
| a) La souplesse de la condition relative à la femme enceinte | 79 |
| b) La souplesse de la condition relative à l'enfant..... | 81 |
| Conclusion du chapitre I..... | 85 |
| Chapitre II - Le non-établissement de la filiation..... | 87 |
| Section 1 – La mise en évidence du caractère genré du refus..... | 87 |
| §1 - La limite au refus de la femme permettant de dégager le critère de la gestation : la persistance de l'exclusivité du biologique | 89 |
| §2 - Les limites au refus de l'homme permettant de dégager le critère de l'engendrement : le dédoublement du critère du refus | 94 |
| A - L'engendrement par le biologique | 95 |
| 1 - Les actions permettant d'imposer l'établissement de la filiation paternelle | 95 |
| a) L'action spécifique au refus de l'enfant né dans les liens du mariage : l'action en rétablissement de la présomption de paternité..... | 96 |
| b) Les actions entravant le refus de l'enfant né hors mariage..... | 98 |
| α - L'action en recherche de paternité..... | 98 |
| β - L'action en constatation de la possession d'état d'enfant | 100 |
| 2 - L'action permettant d'imposer l'aspect pécuniaire de la fonction parentale sans établir la filiation : l'action à fins de subsides | 106 |
| B - L'engendrement par la volonté..... | 108 |
| Section 2 - L'inégalité de l'homme et de la femme face au refus..... | 110 |
| §1 - L'inégalité face à la faculté de refus : le refus de l'homme facilité..... | 110 |
| A - Le comportement actif nécessaire au refus de la filiation maternelle | 111 |
| 1 - Un refus initial nécessitant un comportement actif..... | 111 |
| a) La non-figuration du nom de la mère sur l'acte d'état civil de l'enfant : une effectivité non garantie..... | 112 |
| b) L'accouchement sous le secret : un mode de refus nécessaire | 115 |
| 2 - La confirmation du refus initial par un comportement passif : la non reconnaissance de l'enfant..... | 119 |
| B - Le comportement passif suffisant au refus de la filiation paternelle | 121 |
| 1 - Les expressions du refus spécifiques au mari de l'accouchée..... | 122 |

| | |
|--|------------|
| a) Le refus du mari déclarant la naissance nécessitant un comportement actif : le non-usage de la présomption de paternité | 123 |
| b) Le refus passif du mari n'ayant pas déclaré la naissance de l'enfant : le non-rétablissement de la présomption de paternité | 124 |
| α - Le non-usage du rétablissement de plein droit de la présomption de paternité | 124 |
| β - Le non-usage du rétablissement judiciaire de la présomption de paternité..... | 125 |
| 2 - L'expression passive du refus commune à tous les pères : la non-reconnaissance..... | 126 |
| a) Une faculté de refus en principe libre..... | 127 |
| b) Les tempéraments à la liberté de refus : la sanction de la non-reconnaissance dans certains cas | 129 |
| α - Le tempérament apporté par le droit : la sanction du refus en cas d'AMP avec tiers donneur | 129 |
| β - L'extension du tempérament par la jurisprudence hors AMP ?..... | 130 |
| §2 - L'inégalité face à l'effectivité du refus : l'efficacité supérieure du refus de l'accouchée | 131 |
| A – La possibilité de neutraliser le refus de l'homme..... | 132 |
| B – Les effets absolus du refus de la femme..... | 134 |
| 1 - L'impossibilité presque totale d'entraver le refus de l'accouchée | 135 |
| a) Limitation de droit à l'action en recherche de maternité | 135 |
| b) Limitation de fait à l'action en recherche de maternité | 136 |
| 2 - Le rayonnement du refus de la mère sur l'ensemble de la famille potentielle | 138 |
| a) L'incidence sur la filiation paternelle | 138 |
| b) L'incidence sur la famille élargie : les grands-parents | 140 |
| α - Le recours facilité contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État | 140 |
| β - L'exclusion justifiée de l'intervention à l'instance en adoption | 143 |
| Conclusion du chapitre II | 147 |
| Conclusion du Titre I..... | 151 |
| Titre II – L'effet atténué de l'absence de lien affectif sur la filiation établie | 153 |
| Chapitre I – La rupture de la filiation reposant sur l'engendrement | 155 |
| Section 1 - La rupture limitée de la filiation non conforme à la réalité de l'engendrement | 155 |
| §1 - Un refus par principe possible | 156 |
| A - Le refus très théorique de la filiation maternelle..... | 157 |
| B - Un refus en pratique circonscrit à la filiation paternelle | 161 |
| 1 - La rupture de la filiation non conforme à la vérité biologique..... | 161 |
| a) La contestation de la paternité établie au moyen d'une présomption de paternité ou d'une reconnaissance | 162 |
| b) La contestation de la filiation établie au moyen d'un acte de notoriété constatant la possession d'état | 164 |
| 2 - L'exceptionnelle rupture de la filiation non conforme à la volonté procréative | 166 |
| §2 - Un refus limité dans le temps..... | 169 |
| A - La stricte limitation par le législateur de la faculté de rompre le lien de filiation..... | 169 |

| | |
|---|-----|
| 1 - La sécurisation de la filiation ne reposant que sur un titre | 170 |
| 2 - La sécurisation amplifiée de la filiation reposant sur un titre traditionnel corroboré par une possession d'état pendant un délai suffisant | 172 |
| B - La pondération par la jurisprudence au moyen d'un contrôle de proportionnalité | 176 |
| Section 2 - La rupture exceptionnelle de la filiation conforme à la réalité de l'engendrement par l'adoption plénière..... | 179 |
| §1 - Une rupture de la filiation réservée à certains parents | 180 |
| A - L'exclusion de la rupture unilatérale de la filiation | 180 |
| B - Une adoption réservée à la double rupture de la filiation..... | 182 |
| 1 - Le principe : la nécessité du consentement des deux parents..... | 182 |
| a) La nécessité d'un double consentement respectant un formalisme spécifique..... | 182 |
| α - Le principe : le consentement par acte authentique | 183 |
| β - Le formalisme allégé en cas de remise de l'enfant à l'ASE..... | 184 |
| b) La nécessité d'un double consentement prolongé | 184 |
| 2 - L'exception : le non-accomplissement de la fonction parentale | 188 |
| a) Le désintérêt risquant de compromettre la santé ou la moralité de l'enfant | 189 |
| b) L'impossibilité de manifester sa volonté..... | 190 |
| α - L'absence | 190 |
| β - L'altération des facultés mentales ou corporelles | 191 |
| c) La perte des droits d'autorité parentale..... | 192 |
| §2 - Une rupture de la filiation réservée à certains enfants | 196 |
| A - Une adoption réservée aux jeunes enfants | 196 |
| B - Une adoption soumise au consentement de l'enfant de plus de treize ans | 197 |
| Conclusion du chapitre I..... | 201 |
| Chapitre II - La rupture de la filiation adoptive | 203 |
| Section 1 - La rupture exceptionnelle de la filiation de l'adopté majeur par la révocation | 204 |
| §1 - La révocation : une notion confuse | 205 |
| A - Travail de définition | 205 |
| B - Divergence avec la définition communément admise..... | 207 |
| §2 - L'application exceptionnelle et limitée à l'adoption simple de la révocation | 208 |
| A - La révocation de l'adoption simple : des conditions très restrictives | 209 |
| 1 - L'exigence de motifs graves..... | 209 |
| a) L'appréciation stricte des motifs graves par la jurisprudence | 210 |
| b) Les interrogations concernant le bien-fondé de la révocation..... | 212 |
| 2 - La restriction du champ de la révocation accrue par la réforme de 2016 | 215 |
| B - La révocation de l'adoption simple : seule illustration de la révocation entendue <i>stricto sensu</i> | 217 |
| Section 2 - L'impossible rupture de la filiation de l'adopté mineur | 219 |
| §1 - Les conséquences critiquables de l'appréhension extensive de la notion d'irrévocabilité | 220 |
| A - La conséquence principale : l'impossibilité de prononcer une nouvelle adoption plénière... .. | 220 |

| | |
|---|------------|
| 1 - Une impossibilité légalement fondée | 220 |
| 2 - Une impossibilité critiquable..... | 222 |
| a) L'inadéquation avec la logique d'ensemble des textes..... | 222 |
| b) La non-conformité à l'intérêt de l'enfant | 224 |
| B - La conséquence subsidiaire : l'impossibilité pour les adoptants de remettre l'enfant à l'ASE | 227 |
| 1 - Une impossibilité déduite de façon erronée par la jurisprudence | 228 |
| 2 - Une déduction non conforme à l'intérêt de l'enfant..... | 229 |
| §2 - Le palliatif : la superposition d'un nouveau lien de filiation | 232 |
| Conclusion du chapitre II | 239 |
| Conclusion du Titre II..... | 241 |
| Conclusion de la Partie I..... | 243 |
| PARTIE II - LE REFUS DE LA FONCTION PARENTALE..... | 245 |
| Titre I - L'effet restreint de l'absence de lien affectif dans les aspects objectifs de la fonction parentale | 249 |
| Chapitre I - Le refus de la prise en charge financière | 251 |
| Section 1 - La possibilité de contraindre la prise en charge financière de l'enfant | 252 |
| §1 - La possibilité de contraindre l'exécution de l'obligation de prise en charge financière..... | 253 |
| A - La possibilité de forcer la prise en charge financière en nature | 254 |
| B - La possibilité de forcer la prise en charge financière sous forme de pension alimentaire | 256 |
| 1 - Une obligation quantifiable fixée en justice..... | 257 |
| 2 - Des voies d'exécution privilégiées..... | 261 |
| §2 - Les rares exceptions à l'obligation de prise en charge..... | 262 |
| A - L'exclusion de la prise en charge pour des raisons objectives liées aux ressources | 264 |
| 1 - La suffisance des ressources de l'enfant | 264 |
| 2 - L'insuffisance des ressources parentales..... | 266 |
| a) L'incidence sur l'obligation d'entretien | 266 |
| b) L'incidence sur l'obligation alimentaire..... | 269 |
| B - L'exclusion de la prise en charge en raison du manquement grave de l'enfant : l'affleurement du lien affectif en matière d'obligation alimentaire | 271 |
| Section 2 - Une obligation perdurant tout au long de la vie de l'enfant | 273 |
| §1 - La protection justifiée de l'enfant mineur par l'obligation d'entretien..... | 273 |
| A - Une obligation pesant toujours sur le parent dès la naissance de l'enfant | 274 |
| B - Un objet étendu allant au-delà de l'obligation de garantir la subsistance de l'enfant..... | 276 |
| §2 - La nécessité de clarifier et nuancer la protection de l'enfant majeur..... | 277 |
| A - La protection justifiée de l'enfant majeur par l'obligation alimentaire..... | 278 |
| B - La protection critiquable de l'enfant majeur par l'obligation d'entretien | 280 |
| 1 - La nécessité de clarifier le critère de prolongation au-delà de la minorité..... | 281 |
| a) L'imprécision actuelle du critère due à une appréhension jurisprudentielle extensive .. | 282 |

| | |
|--|-----|
| b) L'intérêt de la fixation du critère de la continuation des études : délimitation de la durée et distinction de l'obligation alimentaire | 285 |
| 2 - La nécessité de nuancer la protection de l'enfant majeur..... | 287 |
| a) L'inversion de la charge de la preuve de la continuation des études..... | 287 |
| b) La prise en compte du comportement de l'enfant | 289 |
| Conclusion du chapitre I..... | 291 |
| Chapitre II - Le refus de la transmission | 293 |
| Section 1 - L'impossible refus de la transmission du nom | 294 |
| §1 - La seule volonté impuissante à priver l'enfant de son nom..... | 295 |
| A - L'exclusion du nom de l'un des parents <i>ab initio</i> incompatible avec la traduction d'un refus | 295 |
| B - L'exclusion du nom de l'un des parents lors du changement de nom incompatible avec la traduction d'un refus..... | 299 |
| 1 - Le changement de nom en raison de l'accord des parents à l'occasion de l'établissement d'un second lien de filiation..... | 300 |
| 2 - La procédure administrative de changement de nom réservée à l'enfant ayant un intérêt légitime à changer de nom : l'affleurement du lien affectif | 301 |
| §2 - La rupture de la filiation : seule possibilité de refuser le port de son nom par l'enfant..... | 303 |
| A - L'insuffisance de la modification de la filiation : nécessité d'une rupture | 304 |
| 1 - L'incompatibilité de l'établissement d'une filiation fondée sur la procréation avec un refus du nom | 304 |
| a) Le changement de nom en cas d'établissement volontaire de la filiation | 304 |
| b) Le changement de nom en cas d'établissement judiciaire de la filiation | 306 |
| 2 - L'incompatibilité du prononcé d'une adoption simple avec un refus du nom | 307 |
| B - Les limites au refus du nom en cas de rupture de la filiation | 308 |
| 1 - Une possibilité limitée par les hypothèses restreintes de rupture de la filiation | 309 |
| 2 - L'absence de systématisme du changement de nom en cas de modification de la filiation..... | 310 |
| Section 2 - Le refus limité de la transmission du patrimoine..... | 313 |
| §1 - La persistance de la protection de l'enfant majeur par la réserve en dépit de la disparition presque complète de sa valeur symbolique..... | 315 |
| A - La protection par la réserve héréditaire : une transmission du patrimoine garantie uniquement en valeur | 315 |
| 1 - La protection contre les soustractions de biens : la reconstitution et la préservation de la masse de calcul garantie | 316 |
| a) La protection contre les donataires : la reconstitution par la réunion fictive des donations | 316 |
| b) La protection contre les légataires : la préservation par la saisine | 321 |
| 2 - La protection contre l'excès de libéralités par leur réduction en valeur | 323 |
| B - La persistance très résiduelle de la valeur symbolique de la réserve héréditaire : une protection limitée aux libéralités faites au conjoint survivant | 327 |

| | |
|--|------------|
| 1 - La protection de la propriété par la substitution de parts d'usufruit à une libéralité en pleine propriété : une faculté réservée à l'enfant non commun..... | 327 |
| 2 - La protection de la jouissance par la conversion de l'usufruit du conjoint en rente viagère | 329 |
| §2 - L'affleurement encore insuffisant de la prise en compte du lien affectif | 331 |
| A - La prise en compte du lien affectif dans les règles classiques de transmission encore majoritairement soumise à la volonté de l'enfant..... | 332 |
| 1 - Le principe : La réalisation de la volonté du parent soumise à l'acceptation de l'enfant .. | 332 |
| a) Le renoncement de l'enfant à la succession : une garantie inégale de prise en compte de la situation familiale et affective selon la personne des gratifiés | 333 |
| α - Le renoncement de l'enfant insuffisant à garantir la volonté du parent de gratifier d'autres personnes que ses descendants en présence de petits-enfants | 333 |
| β - La volonté du parent de favoriser ses petits-enfants garantie par le renoncement de l'enfant | 335 |
| b) Le renoncement de l'enfant à agir en réduction des libéralités excessives : une renonciation très encadrée aux effets limités | 336 |
| 2 - L'exception : le comportement particulièrement grave de l'enfant | 340 |
| B - La tolérance croissante vis-à-vis des contournements des règles classiques de transmission du patrimoine | 342 |
| 1 - L'assurance vie et les techniques sociétaires | 343 |
| 2 - Techniques sociétaires et application d'une loi étrangère..... | 345 |
| Conclusion du chapitre II | 351 |
| Conclusion du Titre I..... | 355 |
| Titre II – L'effet inégal de l'absence de lien affectif dans les aspects subjectifs de la fonction parentale | 357 |
| Chapitre I - L'exercice unilatéral de l'autorité parentale | 359 |
| Section 1 - L'exercice de l'autorité parentale par les deux parents encouragé : la recherche du maintien du lien affectif | 360 |
| §1 - La volonté d'impliquer les deux parents dans la vie de l'enfant | 361 |
| A - La codécision favorisée par les accords entre les parents | 361 |
| B - Le maintien du lien encouragé en cas de séparation par les modalités d'exercice de l'autorité parentale | 364 |
| 1 - La résidence alternée : un mode de résidence garant du lien affectif mais rarement adapté | 365 |
| 2 - Le droit de visite du parent chez lequel l'enfant ne réside pas : un droit parental impossible à garantir à l'enfant..... | 369 |
| §2 - La volonté de sanctionner le parent faisant obstacle au maintien du lien..... | 372 |
| A - La condamnation de l'obstacle au maintien du lien..... | 372 |
| B - La difficulté de prononcer des sanctions adaptées | 375 |
| 1 - L'intérêt de l'enfant, obstacle à une sanction civile systématique | 375 |

| | |
|---|-----|
| a) La fixation de la résidence chez le parent le plus respectueux des droits de l'autre | 376 |
| b) Les sanctions symboliques et financières | 378 |
| 2 - L'entérinement du conflit parental par la sanction pénale | 379 |
| Section 2 - Le non-exercice de l'autorité parentale par un parent nié : la réalité du lien affectif occultée par l'illusion du couple parental..... | 381 |
| §1 - L'exercice conjoint de l'autorité parentale érigé en principe quelle que soit la situation familiale | 382 |
| A - L'absence de risque de blocage pour les actes les moins graves de l'autorité parentale | 383 |
| 1 - La présomption d'accord des actes usuels relatifs à la personne de l'enfant | 383 |
| 2 - La présomption de pouvoir des actes de conservation et d'administration des biens de l'enfant | 387 |
| B - Le risque seulement théorique de blocage des actes les plus graves de l'autorité parentale .. | 389 |
| 1 - Les actes non usuels relatifs à la personne de l'enfant : un risque de blocage limité par l'inapplication fréquente de la codécision | 390 |
| 2 - Les actes de disposition des biens de l'enfant : un risque de blocage incertain..... | 393 |
| §2 - La traduction juridique du refus dépendante de la volonté du parent exerçant l'autorité parentale | 396 |
| A - La traduction juridique du refus d'exercer l'autorité parentale : l'exercice unilatéral..... | 397 |
| 1 - Le retrait de l'autorité parentale : une traduction peu adaptée en raison de sa rigidité..... | 397 |
| 2 - L'exercice exclusif de l'autorité parentale : le juste équilibre entre traduction juridique et préservation du lien affectif | 401 |
| a) L'exercice exclusif de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant | 402 |
| b) L'exercice exclusif de l'autorité parentale sur les biens de l'enfant | 404 |
| B - La recherche de concordance entre situation juridique et réelle : vers une acception non stigmatisante de l'exercice exclusif..... | 407 |
| Conclusion du chapitre I..... | 411 |
| Chapitre II – L'absence d'exercice de l'autorité parentale | 415 |
| Section 1 – La prise en charge par un tiers : palliatif nécessaire au désintérêt parental | 416 |
| §1 - Les difficultés entraînées par l'absence de modification de la dévolution de l'autorité parentale | 418 |
| A - La faiblesse des pouvoirs du tiers auquel l'enfant a été confié par le juge aux affaires familiales | 418 |
| 1 - La possibilité d'accomplir uniquement les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant | 419 |
| 2 - Les possibilités limitées d'accomplir les autres actes sans le concours des parents grâce à une autorisation du JAF ou du JE..... | 420 |
| B - Les pouvoirs limités du tiers auquel l'enfant est confié par le juge des enfants | 421 |
| 1 - La possibilité d'accomplir tous les actes usuels sans l'accord des parents ? | 422 |
| 2 - La possibilité limitée d'accomplir les autres actes sans le concours des parents grâce à une autorisation du JE | 426 |

| | |
|---|-----|
| §2 - La nécessaire modification de la dévolution de l'autorité parentale..... | 427 |
| A - La variété des mesures de modification de la dévolution de l'autorité parentale | 429 |
| 1 - La rigidité des conditions de la modification volontaire | 429 |
| a) Des conditions de mise en œuvre trop rigides | 430 |
| α - La nécessité d'obtenir le consentement de tous les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale..... | 430 |
| β - Une modification exigée par les circonstances | 432 |
| b) Un assouplissement propice à une prise en charge apaisée..... | 433 |
| 2 - La modification imposée privilégiée | 434 |
| a) La délégation imposée | 434 |
| α - La délégation directe | 434 |
| β - La délégation indirecte opérée par la déclaration de délaissement | 437 |
| b) Le retrait de l'autorité parentale | 439 |
| α - Le défaut de soins ou de direction mettant l'enfant manifestement en danger..... | 439 |
| β - Le désintérêt à l'égard de l'enfant placé pendant plus de deux ans | 441 |
| B - Une simplification souhaitable | 442 |
| 1 - La similitude des effets des différentes modifications de la dévolution de l'autorité parentale sur la privation des prérogatives parentales..... | 442 |
| a) La délégation totale et le retrait total : des effets presque identiques | 443 |
| α - Des effets presque identiques sur la prise en charge de la personne de l'enfant | 443 |
| β - Incertitudes des effets sur l'administration légale..... | 445 |
| b) La délégation partielle et le retrait partiel : des effets identiques..... | 446 |
| 2 - L'inégalité des conséquences de la modification de la dévolution de l'autorité parentale sur l'ouverture d'une mesure de tutelle | 447 |
| a) Le principe général : l'ouverture de la tutelle en cas de privation de l'exercice de l'autorité parentale..... | 448 |
| b) La pratique : la mise en place inégale de la tutelle selon la personne assurant la prise en charge de l'enfant et la voie choisie pour modifier la dévolution de l'autorité parentale .. | 450 |
| α - La protection de la tutelle garantie..... | 450 |
| β - La protection de la tutelle incertaine | 451 |
| Section 2 – L'opportunité variable de la mise en place d'un régime de protection durable..... | 454 |
| §1 - La tutelle : organe nécessaire à la protection de l'enfant dont les parents n'exercent plus l'autorité parentale ?..... | 455 |
| A - La protection variable conférée par la tutelle..... | 456 |
| 1 - L'enfant ayant des liens affectifs avec sa famille : la tutelle de droit commun | 456 |
| a) La possibilité pour la famille d'assumer la charge de l'enfant : la tutelle familiale..... | 457 |
| b) L'impossibilité pour la famille d'assumer la charge de l'enfant : la tutelle départementale | 459 |
| α - L'incertitude sur les causes d'ouverture | 460 |
| β - L'incertitude sur le fonctionnement | 461 |

| | |
|---|------------|
| 2 - L'enfant sans liens affectifs avec sa famille : la tutelle des pupilles de l'État | 463 |
| B - L'opportunité discutable de l'ouverture systématique d'une tutelle | 465 |
| 1 - La seule tutelle véritablement protectrice : la tutelle complète..... | 465 |
| 2 - L'inutile substitution d'une mesure de tutelle à une mesure de délégation | 467 |
| §2 - L'adoption : réponse adaptée à la situation de l'enfant dont les parents n'exercent plus l'autorité parentale ?..... | 468 |
| A - L'adoption plénière : une réponse à la situation des enfants jeunes et non insérés dans une famille..... | 469 |
| B - L'adoption simple : une réponse plus nuancée respectueuse de la complexité de l'histoire de l'enfant..... | 471 |
| §3 - L'accueil durable et bénévole | 474 |
| Conclusion du chapitre II | 479 |
| Conclusion du Titre II..... | 483 |
| Conclusion de la Partie II | 485 |
| CONCLUSION GÉNÉRALE | 487 |
| | |
| BIBLIOGRAPHIE | 491 |
| INDEX..... | 539 |