

UNIVERSITE DE MONTPELLIER I
FACULTE DE DROIT

Droit Civil, 1ère année de droit – 2003–2004
– Volume VI –La filiation–

D. Mainguy

Professeur à la faculté de droit de Montpellier,



Velasquez, Les ménines(1557)

Et Dieu dit à la femme : "J'aggraverai le travail de ta grossesse; tu enfanteras des fils dans la douleur, ton désir se portera vers ton mari mais c'est lui qui dominera sur toi" (Genèse 3, 16).

TITRE 2

LA FILIATION

Le droit de l'enfant, de l'enfance ou de la filiation ne recouvre pas les mêmes situations ni les mêmes règles : on trouve par exemple dans les règles intéressant le droit de l'enfant, toutes les questions relative à la protection de l'enfance, par exemple proclamées par la convention de New York de 1990, les questions relatives à la protection pénale de l'enfant ou inversement relative à la poursuite pénale des enfants délinquants, les questions intéressant la participation des enfants à diverses procédures familiales (divorce de ses parents par exemple), les questions relative à l'éducation des enfants, les questions sociales (l'enfant au travail, l'enfant et la sécurité sociale), etc.

Si le droit de l'enfant envisage l'enfant comme un pré citoyen, voire comme un citoyen à part entière, comme un individu au sein de la société qui l'entoure, et prend donc en compte de multiples branches du droit, le droit de la filiation envisage en revanche l'enfant dans sa situation civile. Toute personne trouve dans sa filiation son *origine* (nous sommes tous le fils ou la fille de quelqu'un) et son *avenir* (nous sommes appelés à devenir, ou nous sommes déjà, le père ou la mère de quelqu'un). Il est cependant évident que le droit de la filiation et le droit de l'enfant se recouvrent pour une bonne partie.

La filiation figure donc l'histoire d'une personne. La filiation est le lien de droit qui existe entre une personne et chacun de ses parents (mère et père) : il y a une filiation *maternelle* et une filiation *paternelle*. Elle est un fait *naturel* que la loi transforme en un fait *juridique*.

La filiation est d'abord un *fait naturel*. C'est le fait biologique de la procréation qui établit une filiation maternelle et une filiation paternelle. Entre ces

deux types de filiation, il y a une différence très importante qui tient à la preuve : la filiation maternelle repose sur un fait flagrant (l'accouchement), la filiation paternelle n'est au contraire susceptible d'aucune preuve directe.

La filiation est aussi un *fait juridique*. Fondamentalement, le droit distingue trois types de filiation indépendamment de tout problème biologique :

– La **filiation légitime**, celle établie par la naissance de parents mariés, elle prévalait en droit français jusqu'en 2005.

– La **filiation naturelle**, établie hors mariage (jusqu'en 2005), avec diverses situations : la *filiation naturelle simple*, l'enfant né de parents vivants ou non ensemble, la *filiation naturelle adultérine*, l'enfant est né d'un parent au moins qui est marié avec un autre que son autre parent (*a matre* ou *a patre* selon le cas), la *filiation naturelle incestueuse*, l'enfant est né de parents alliés ou de proche parenté.

– La **filiation artificielle** qui est apparue avec les progrès de la médecine et qui permet à des parents dans l'incapacité de procréer naturellement sans assistance médicale d'y parvenir : ce type de filiation s'insère cependant dans un régime de filiation légitime ou naturelle. Il n'y pas de type de filiation en ce cas.

– **La filiation adoptive**, qui permet de créer un lien de filiation où il n'y en a pas, une filiation fictive plus ou resserrée selon qu'il s'agit d'une *filiation adoptive plénière* ou d'une *adoption simple*.

Evolution historique. – Pendant longtemps, seule la filiation légitime prévalait, les autres types de filiation étant considérés comme moins importants, avec un bémol pour la filiation adoptive qui, à Rome par exemple a connu un statut très favorable. L'importance de la filiation légitime était telle que, sociologiquement, tout était fait pour la favoriser, la présomption *pater is est* en étant l'exemple type. La *vérité sociologique* : la paix dans les familles, était ainsi préférée à la vérité biologique.

Le Code civil portait la marque de la primauté de la filiation légitime, portée par la doctrine chrétienne. Tout une série de réformes avait, au cours du XX^e siècle tenté de reconnaître la filiation naturelle mais ce n'est qu'avec la **loi du 3 janvier 1972**, réformant totalement le droit de la filiation que les règles en la matière ont véritablement changé, avec d'une part la reconnaissance de l'égalité entre les modes de filiation et donc entre la filiation légitime et la filiation naturelle mais aussi, et en conséquence, avec la recherche d'une plus grande vérité biologique dans l'établissement de la filiation.

L'article 334 du Code civil est à cet égard le socle de ce nouveau droit de la filiation : « *l'enfant naturel a, en général, les mêmes droits et les mêmes devoirs qu'un enfant légitime né de ses pères et mères* ». Restent cependant les enfants adultérins ('expression fut supprimée du Code par la loi de 1972) et incestueux dont on verra le sort plus tard.

Depuis 1972, beaucoup de choses ont évoluée et notamment dans le secteur médical, traduites notamment dans le champ de la bioéthique, dont la question des empreintes génétiques qui peut révolutionner la vérité biologique de la filiation, avec ou en opposition avec la vérité sociologique et juridique de la filiation.

L'ordonnance du 4 juillet 2005 a, pour partie, modifié les règles en la matière et notamment supprimé la distinction fondamentale préexistante entre *filiation légitime* et *filiation naturelle*.

Plan. Nous étudierons successivement les *REGLES GENERALES* (Sous-titre 1) avant d'envisager les trois grands modes de filiation : la *FILIATION LEGITIME* (Sous-Titre 2), la *FILIATION NATURELLE* (Sous-Titre 3) et la *FILIATION ADOPTIVE* (Sous-Titre 4).

SOUS-TITRE 1

REGLES GENERALES SUR LA FILIATION

Le Code civil comporte désormais un ensemble de règles, les articles 310-1 et suivants à 311-20 du Code civil, rassemblé sous un chapitre intitulé « *dispositions communes à la filiation légitime et à la filiation naturelle* » prémisses d'une fusion des régimes à venir, qui concernent les présomptions établies en matière de filiation, ainsi que la notion complexe de *possession d'état*. On peut y ajouter les règles intéressent la procréation médicale assistée, permettant d'envisager les données biologiques d'une part (Chapitre 1) et les données sociologiques (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. – LES DONNEES BIOLOGIQUES

La filiation résulte d'une parenté maternelle et d'une parenté paternelle. La parenté maternelle résulte en principe du seul fait de la naissance, hormis la question de « l'accouchement sous X ».

La parenté paternelle est en revanche plus difficile à établir qui suppose d'observer non pas le moment de la naissance mais celui de la conception, et encore, par le biais de présomptions, s'agissant des modes de reproduction charnelle (Section 1), que les techniques de procréation médicalement assistée rendent également complexe (Section 2).

SECTION 1. – LA PROCREATION CHARNELLE

La preuve de la paternité s'effectue alors par un jeu de présomptions (§ 1) voire par des procédés techniques (§ 2).

§ 1. – La preuve par présomption

La détermination de la paternité s'effectue à partir des conditions de la conception de l'enfant, fait intime et secret, ce qui suppose le mécanisme des présomptions.

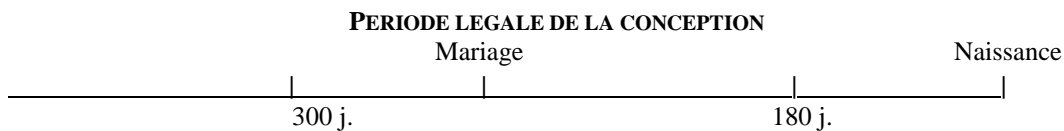
Il n’y a donc pas de preuve directe de la paternité, de sorte que la paternité est toujours incertaine. Les mécanismes de présomption envisagés permettent alors de partir d’un fait connu, la naissance, pour remonter vers le fait inconnu, la conception. La présomption *pater is est*, en matière de filiation légitime est ainsi la présomption la plus efficace.

Lé détermination de la conception par présomption permet ainsi de savoir à quel moment elle – la conception – a eu lieu, et par là même de déterminer si la filiation est légitime, naturelle, simple ou adultérine, etc, voire de savoir qui est le père en cas de mariage successif (mais le délai de viduité permet, en principe, d’éviter cette question) ou de liaisons successives ou multiples de la mère, ou de l’existence de l’enfant par le biais de l’adage *infans conceptus pro nato habetur*.

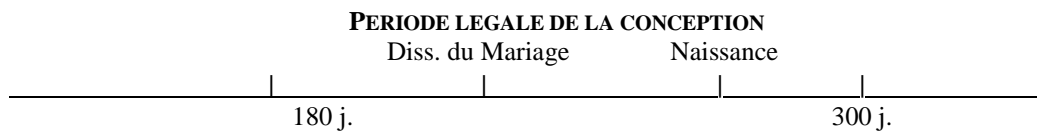
L’article 311 du Code civil détermine ainsi ces présomptions.

1. – La période légale de présomption

Existence de la présomption. – Pour pouvoir déterminer la date de la conception, on remonte dans le passé, à partir du jour, connu, de la naissance, pendant un temps égal à la durée de la grossesse. Encore faut-il déterminer la durée de la grossesse. Faute de pouvoir recourir à une preuve directe, le Code civil fixe la date extrême des grossesses à 180 jours pour les plus courtes et 300 jours pour les plus longues, laissant une période de 121 jours pour placer la date de la conception de l’enfant. Cette période est appelée « *période légale de la conception* ».



Il résulte de ces délais que l’enfant né plus de 179 jours après la célébration du mariage est légitime car, en vertu de la présomption, on peut le considérer comme ayant été conçu pendant le mariage. De même l’enfant qui naît dans les 300 jours qui suivent la dissolution du mariage est également légitime en vertu de la même présomption.



Il s’agit, par cette présomption d’éviter que le juge ne fixe lui-même la durée exacte de la grossesse qui, pour des raisons évidentes de faveur à la légitimité, risquent d’aboutir à des solutions absurdes (sous l’Ancien Régime, des juges avaient fixé la durée de la naissance à plus d’un an, en droit musulman, la théorie de l’« enfant endormi » pour légitimer l’enfant né bien après le décès du mari de sa mère, en raison de la douleur qui l’a frappé en ressentant le décès de son « père »,

etc). Pourtant la durée ainsi envisagée n'est pas si avantageuse que cela : certaines grossesses peuvent durer plus de 300 jours et le droit allemand fixe la période de conception jusqu'au 302 jours et le droit hollandais jusqu'à 306, de même qu'un enfant dont la gestation aurait duré moins de 180 jours peut être viable.

Force probante de la présomption. – Le seul problème, dans le droit antérieur à 1972, était de savoir quelle était la force probante de la présomption. Était-ce une présomption irréfragable ou seulement une présomption simple susceptible de preuve contraire ? La Cour de cassation, dans un arrêt célèbre, l'arrêt *Ogez* rendu le 9 juin 1959 (D.1959, 557), se prononça en faveur du caractère irréfragable de la présomption. En l'espèce, l'enfant était né 306 jours après le suicide du mari de la mère, mais il était établi que les médecins, pour empêcher une interruption prématurée de la grossesse, avaient eu recours à des traitements susceptibles de retarder la naissance. La Cour de cassation n'en déclara pas moins que l'enfant était illégitime.

Pour éviter l'outrance et l'irréalisme de telles solutions, la loi de 1972 a préféré faire de la présomption relative à la durée de la grossesse une **présomption simple**, susceptible de tomber devant la preuve contraire (art.311 al.3 C.civ.), de façon à allonger la période légale de conception si des faits peuvent le justifier.

2. – L'indifférence de la date de la conception

La durée légale de la grossesse est déterminée dans les limites de 180 et 300 jours précédant la naissance. Mais quand exactement a eu lieu la conception ? Cette hypothèse vise par exemple le cas de l'enfant conçu avant le mariage et né après la dissolution du mariage (ce qui suppose quand même un mariage très bref, trois ou quatre mois).

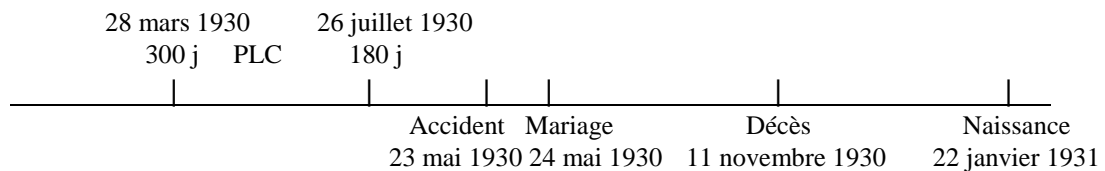
Depuis l'arrêt *Dewalle*, du 2 juillet 1936 (D.1936, 1, 118), qui admit que l'enfant conçu avant le mariage de ses parents, et né après sa dissolution, bénéficie de la légitimité en raison de la survenance du mariage durant la période de gestation, l'enfant est également considéré comme légitime du fait même que pendant un moment quelconque de la gestation de l'enfant, les parents se sont trouvés mariés. Cet arrêt, mais surtout l'arrêt *Héranval*, rendu par les Chambres réunies de la Cour de cassation le 8 mars 1939 (D.1941, 2, 25), sont venus préciser un point également très important : l'enfant est considéré comme légitime dès sa conception.

L'arrêt *Héranval* a introduit une disposition originale reprise encore par la loi de 1972 dans l'article 311 nouveau alinéa 2, aux termes duquel "*la conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant*" (la période visée est la période légale de conception). C'est la **présomption *omni meliore momento***.

Pour mieux comprendre la portée d'une telle disposition qui permet à l'enfant de choisir lui-même la date de sa conception au mieux de ses intérêts, nous allons examiner les faits de l'affaire *Héranval*.

En l'espèce, le sieur Héranval vivait en concubinage et la femme avec laquelle il vivait était enceinte. Héranval a un accident de travail le 23 mai 1930, il se marie le 24 mai 1930 et décède des suites de cet accident le 11 novembre 1930. La dame Héranval accouche d'une fille le 22 janvier 1931, soit plus de 180 jours mais moins de 300 jours après la célébration du mariage. L'enfant pouvait être considérée comme légitime du fait de sa conception pendant le mariage puisqu'elle était née plus de 180 jours après la célébration. Mais, si elle choisit cette première source de légitimité, elle ne peut avoir droit à la rente accident de travail, n'étant pas considérée comme conçue au jour de l'accident. En revanche, si l'on fait remonter sa conception au-delà du mariage, 300 jours avant sa naissance, et si l'on estime que l'enfant est légitime dès l'époque de sa conception, alors elle aura droit à la rente due aux enfants en cas d'accident de travail du père. A l'intérieur de la période légale de conception, l'enfant a choisi le moment qui lui était le plus favorable.

SCHÉMA DE L'ARRÊT HÉRANVAL



§ 2. – La preuve par procédés techniques

Au moment de l'adoption de la loi de 1972, la preuve de la paternité par des moyens techniques se résumait à l'**examen comparé des sangs**. C'était une preuve essentiellement négative : si les sangs n'étaient pas compatibles, on pouvait en déduire que telle personne *n'est pas le père*, mais pas que telle autre personne, parce que les sangs concordaient, *est le père*.

Ce sont les progrès des biotechnologies et des empreintes génétiques qui, désormais, permettent d'apporter la preuve positive de la paternité. Les articles 16-11 et 16-12 du Code civil, introduits par la loi *Bioéthique* de 1994 n'autorisent cependant l'usage de cette preuve que dans le cadre d'une action en justice relative à la filiation (action en recherche de paternité par exemple) et par des experts agréés à cet effet ; cependant l'usage de cette preuve s'effectue sans contrainte, dans ce cadre, le principe de la liberté de la preuve ayant été posé en 2005.

SECTION 2. – LA PROCREATION MEDICALEMENT ASSISTEE

Il s'agit ici de tenir compte de l'évolution des techniques médicales qui permettent d'assurer des reproductions humaines sans relation charnelle, voire sans reproduction au sens technique du terme via les techniques de clonage humain. Cette question a été au cœur de bien des débats, pas seulement juridiques, avant d'être consacrée par les lois « bioéthique » du 29 juillet 1994, intégrées dans le Code civil, art. 311-19 s, et dans le Code de la Santé publique, art., L. 152-1 s. (Assistance

médicale à la procréation), L. 673-1 s (à propos des dons de gamètes), modifiée par la loi du 6 août 2004 (et non modifiée par l'ordonnance de 2005).

Elle concerne une question mineure en nombre : mille enfants naissent ainsi chaque année, contre 700 à 800 000 de façon « naturelle ».

Les règles de la PMA (Procréation Médicalement Assistée) obéissent alors à plusieurs principes directeurs.

– Elles sont en premier *subsidiaries* à la procréation charnelle : le recours à une technique de PMA n'est possible que pour « *remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué* » (CSP, art. L. 152-2) ou bien pour « *éviter la transmission d'une maladie d'une particulière gravité* ».

Elles sont ensuite étroitement encadrées par plusieurs conditions (CSP, art. L. 2141-2), organisée sous la formule générale selon laquelle la PMA « est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple ».

- *. – Une première série de conditions repose sur la situation des parents :
 - Les deux parents (« une homme et une femme ») doivent être vivants ;
 - Les parents doivent être mariés (sans condition d'ancienneté) ou, non mariés, doivent vivre maritalement depuis deux ans (condition qui n'est pas sanctionnée) (et donc il ne doivent pas être séparés, en situation de demande de divorce, etc.)
 - Les parents doivent être en âge de procréer (c'est surtout le problème des grossesses tardives) ;
 - Les parents doivent se soumettre à un formalisme précis, exigeant l'expression d'un consentement éclairé (informations particulières, délai de réflexion d'un mois) et même tatillon dès lors que l'on procède à un don de gamète (C. civ., art. 311-20 : acte authentique ; jugement en cas de transfert d'embryon, C. civ., art. 2141-5).

**.

– La PMA n'est ensuite possible que si des tentatives ordinaires ont échoué : on considère que la procréation endogène est préférée à la procréation exogène. L'assistance médicale doit donc en premier faciliter une procréation endogène. Ce n'est donc qu'en cas d'échec qu'une technique d'assistance médicale peut être effectuée de façon exogène, c'est-à-dire par recours à un tiers donneur.

***.

– La PMA est enfin réservée à certains praticiens spécialement agréés.

Trois techniques peuvent être utilisées : l'insémination artificielle (1), les fécondations in vitro (2) et le transfert d'embryon (3).

1. – L'insémination artificielle

Développée depuis 1973, celle-ci a été réglementée à partir de 1994 seulement et pose de nombreuses questions éthiques et juridiques : pourquoi le

réserver aux couples et ne pas l'ouvrir aux femmes célibataires (d'où le problème des femmes homosexuelles), pourquoi le subordonner au consentement du mari (à la différence de la procréation charnelle), pourquoi et comment nier les « droits » du tiers donneur, pourquoi et comment préserver le secret de l'identité du donneur, etc.

*. – **Les IAC** (insémination artificielle provenant du conjoint ou du concubin) sont les formules les plus souples : le médecin se contente de pallier quelque difficulté physiologique des candidats parents. On ne trouve ici que les conditions propres à la situation des parents déjà évoquée par l'article L. 2141-2 du CSP.

**.

– **Les IAD** (insémination artificielle provenant d'un tiers donneur) sont des formules beaucoup plus lourdes dans la mesure où l'intervention d'un tiers est susceptible de modifier la situation juridique de l'enfant à naître.

C'est ainsi que :

- Le principe de subsidiarité joue pleinement par rapport à l'IAC ;
- seuls les Cecos (Centre d'étude et de conservation du sperme) agréés peuvent procéder à ces techniques, ce qui prohibe l'IAD par insémination de sperme frais ;
- que ces opérations sont nécessairement gratuites (C. civ., art. 16-5, 16-8), ce qui concerne tant le don de sperme, qui ne peut donc être rémunéré, que l'activité d'entremise, le tout étant pénalement sanctionné ;
- que le consentement écrit du donneur et de son conjoint sont requis ;
- que le consentement par acte authentique du couple receveur est exigé (C ; civ., art. 311-20),
- que le donneur doit avoir déjà procréé et s'être soumis à un teste de dépistage des maladies transmissibles ;
- le nombre de don est limité : le nombre d'enfant issu d'un même donneur ne peut dépasser le nombre de cinq ;
- que l'anonymat est préservé de sorte que les noms du donneur et celui du receveur ne peuvent apparaître en même temps et que le receveur ne peut choisir le receveur et que toute action en recherche de paternité est proscrite contre le donneur.

2. – La fécondation in vitro

La technique des fécondations in vitro, FIV, ou « bébé éprouvette » apparue en 1982 résulte de la fécondation en laboratoire d'ovules implantés ensuite chez la mère qui assumera une gestation normale.

On retrouve les **FIV endogènes**, traitées juridiquement comme les IAC et les **FIV exogènes**, juridiquement traitées comme les IAD. Une différence cependant, le tiers donneur peut être un homme, comme en matière d'IAD, ou une femme, par le biais de don d'ovocyte. La FIV exogène ne peut être alors qu'à demi exogène : elle doit s'effectuer avec les gamètes d'au moins l'un des parents receveurs.

Une nouvelle difficulté se pose cependant dans la mesure où la FIV peut porter sur plusieurs embryons de façon à multiplier les chances de réussites de l'opération et éventuellement renouveler l'implantation en cas d'échec. La conservation des embryons surnuméraires suppose alors le consentement écrit du couple receveur et renouvelé chaque année.

3. – Les transferts d'embryon

La technique a quelque chose à voir avec celle des mères porteuses. L'hypothèse couvre par exemple celle où une FIV de l'ovocyte d'une femme produit un embryon qui est placé pour gestation chez une autre femme qui va « porter » cet embryon jusqu'à son terme. Le problème alors repose sur la confrontation entre une mère sociologique et une mère gestatrice (voire d'une mère génétique si l'ovocyte résulte d'un don d'ovocyte). La réglementation suppose alors réglée des difficultés philosophiques et morales que notre société n'est pas prête à recevoir et qui relève de la science fiction.

Un tel **don d'embryon** est particulièrement réglementé. Il nécessite outre les autres conditions et mécanismes juridiques généraux assurant anonymat et gratuité, le consentement écrit du donneur et des receveurs assorti d'une autorisation judiciaire. Il ne peut s'agir que de l'hypothèse dans laquelle un ovule est fécondé in vitro puis placé pour gestation chez une autre femme, qui ne sera pas la mère.

L'autre hypothèse, celle dans laquelle une femme est fécondée, porte l'enfant et le remet ensuite à un couple de parents « demandeurs » est la situation qui a été condamnée dans l'arrêt *Alma mater* du 30 mai 1991, déjà rencontré.

CHAPITRE 2. – LES DONNEES SOCIOLOGIQUES

Est visée ici la notion de **possession d'état**, une notion que la loi du 3 janvier 1972 portant réforme de la filiation a totalement rénové. Il s'agit, en quelque sorte, si l'on peut faire un parallèle avec le droit des biens, de la différence existant entre la *propriété* d'un bien et sa *possession*. Si, généralement, je suis propriétaire et possesseur d'un bien, il se peut que je sois propriétaire d'un bien sans en avoir la possession et inversement, que je possède un bien sans en être propriétaire : le droit et le fait, le réel et l'apparent, se conjuguent alors. La réalité sociologique vient alors concurrencer la réalité biologique en matière de filiation.

Il en est presque de façon voisine en matière de filiation avec la notion de possession d'état dont les éléments constitutifs (*nomen, tractatus, fama*) ont été dégagés sous l'Ancien régime à la faveur de l'évolution du droit canonique. Le Code civil de 1804 lui avait confié une place réduite et le législateur de 1972 l'a rénovée.

Réglémentée par les articles 311-1 à 311-3, la possession d'état peut se définir de la façon suivante : c'est le fait pour une personne de jouir apparemment de l'état civil dont elle se prévaut, par exemple l'état d'enfant légitime. C'est une apparence et on considère que cette apparence fait preuve. Elle fait notamment preuve de la

filiation lorsque la vérité biologique est douteuse de sorte que d'autres liens que les liens du sang, les liens affectifs peuvent jouer un rôle.

Observons alors la notion de possession d'état (1) et son régime (2).

1. – Notions de possession d'état

Nous étudierons les éléments (a) et les caractères (b) de la possession d'état.

a. – Les éléments de la possession d'état

Les éléments constitutifs de la possession d'état sont déterminés, à l'imitation de l'institution romaine :

– le nom ("*nomen*") : il faut que l'enfant ait toujours porté le nom de celui ou de celle qui prétend être son père ou sa mère, ce qui contribue en premier à l'intégration d'un enfant.

– le traitement ("*tractatus*") : il faut que le père et la mère prétendus aient toujours traité l'enfant comme le leur, ce qui suppose qu'ils aient pourvu à son entretien, à son éducation et à son établissement dans la vie.

– la renommée ("*fama*") : il faut que l'enfant aux yeux de l'opinion et surtout de la famille à laquelle il prétend appartenir ait toujours été considéré comme l'enfant de tel couple, de tel homme ou de telle femme.

L'appréciation des trois éléments légaux ci-dessus énumérés relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, qui peuvent très bien n'en retenir que certains ou même s'en adjoindre d'autres. Ils peuvent aussi en rejeter s'ils estiment qu'ils ne sont pas suffisamment révélateurs de l'état de l'enfant (Civ. 5 juillet 1988, D.1989, 398).

En revanche il est nécessaire que plusieurs éléments soient réunis et qu'ils soient significatifs en ce sens qu'ils indiquent clairement le rapport de filiation entre un enfant et son ou ses parents.

b. Les caractères de la possession d'état

Les caractères de la possession d'état sont les suivants :

– pour être efficace, la possession d'état doit être **continue** (C. civ., art. 311-1), ce qui supposera une certaine permanence et durée, mais la loi ne fixe pas de minimum ou de maximum. Cela ne signifie pas qu'elle ne peut être intermittente : une cohabitation permanente, des rapports constants, ne sont pas exigés, mais simplement un comportement habituel caractérisant un rapport de parent à enfant.

Elle doit avoir commencé dès la naissance de l'enfant : l'article 311-2 du Code civil impose ainsi que « l'enfant ait toujours porté le nom de ceux dont on le dit

issu ». Le problème se pose en cas de conflit de possession d'état successive : les juridictions semblent plutôt retenir la possession d'état actuelle.

- elle doit être non équivoque et paisible, c'est-à-dire non entachée de violence (sur un cas où l'enfant a été par violence enlevé à son père légal, v. Paris 15 mars 1977, D.1978, 266, note J. Massip).

2.- Régime de la possession d'état

Nous étudierons successivement la preuve et la force probante de la possession d'état.

a. – La preuve de la possession d'état

Elle est régie par l'article 311-3 du Code civil. Ce texte prévoit deux modes de preuve :

- *preuve extrajudiciaire* par l'**acte de notoriété**, délivré par le juge des tutelles à la demande des parents ou de l'enfant. Le lien de filiation légal établi par la possession d'état constaté dans l'acte de notoriété est mentionné en marge de l'acte de naissance de l'enfant (Loi 8 janvier 1993);

- *preuve judiciaire* à l'occasion d'un procès. Il s'agira d'une action en **contestation** (lorsque des tiers conteste la possession d'état d'un enfant) ou en **constatation** (lorsqu'un juge a refusé un acte de notoriété) **de la possession d'état**. On rappellera à ce propos que la possession d'état est une situation de fait qui pourra donc être prouvée par tous moyens.

b. – La force probante de la possession d'état

Elle est double selon qu'elle est seule ou qu'elle se combine avec l'acte de naissance.

- Lorsque la possession d'état joue seule, elle n'est qu'une présomption simple que l'on pourra faire tomber en démontrant que l'apparence ne correspond pas à la réalité.

- Lorsqu'elle se combine avec l'acte de naissance, elle fait désormais preuve incontestable de la maternité. L'enfant ne peut plus réclamer un autre état et nul ne peut lui contester le sien.

Nous verrons cependant que la possession d'état peut renforcer un titre de filiation : lorsque la possession d'état est conforme au titre, elle est inattaquable, de sorte que lorsque la possession d'état n'est pas conforme au titre, la jurisprudence a ouvert la possibilité de contester le titre.

SOUS-TITRE 2

LA FILIATION CHARNELLE

C'est le régime de principe de tous les enfants, où l'on distinguait autrefois entre les enfants légitimes, nés *régulièrement* du mariage de leurs parents, et des autres, les enfants naturels, même s'il demeure quelques différences.

CHAPITRE 1

L'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION PAR LA LOI

Lorsque l'on parle d'enfant légitime, il faut envisager deux séries de problèmes : quelles sont les conditions de la légitimité, c'est le problème de l'établissement de la légitimité ? (Section 1), existe-t-il des actions en justice permettant de réclamer ou de contester la légitimité de l'enfant, c'est le problème du contentieux de la légitimité ? (Section 2).

SECTION 1 – L'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION

L'établissement de la filiation, par la loi, d'un enfant suppose établies la maternité (§ 1) et la paternité (§ 2).

§ 1. – LA MATERNITE

Aux termes de l'article 311-25 du Code civil, « *la filiation est établie à l'égard de la mère par désignation de celle-ci dans l'acte de naissance* ». C'est la preuve normale, étant entendu que la preuve de la maternité s'établit par la grossesse et l'accouchement : *mater semper certa est*. L'acte de naissance prouve en principe l'accouchement de la mère et l'identité de l'enfant (avec celui dont la mère est accouchée).

Le nouvel article 311-25 suppose cependant une telle désignation, ce qui permet de valider l'hypothèse de l'accouchement sous X, l'accouchement anonyme.

Il n'a toutefois qu'une force probante limitée, jusqu'à preuve du contraire, étant entendu qu'une fausse déclaration constitue un faux en écriture publique et vraisemblablement que la mère déclarée n'est pas la véritable mère : il y a en outre « vol » d'enfant, une *supposition* d'enfant.

L'officier d'état civil n'a pas constaté la naissance de ses propres yeux; il n'a constaté que la déclaration de celui qui lui a rapporté la naissance. Malgré sa force probante limitée, l'acte de naissance sera cependant utile : il permet à celui dont l'identité est contestée de faire la preuve de cette identité par tous les moyens.

§ 2. – LA PATERNITE

Il ne suffit pas à l'enfant d'être issu d'une femme mariée et d'avoir été rattaché selon un mode ou un autre au mariage. Encore faut-il qu'il soit issu des œuvres du mari de la mère. Cette exigence normale soulevait de grandes difficultés de preuve mais également quelques soucis familiaux si le législateur n'avait pris soin d'édicter une présomption. C'est la présomption *pater is est* (*pater is est quem nuptiae demonstrant*) de l'article 312 du Code civil selon laquelle « *l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari* », légèrement modifiée en 2005 : « *l'enfant conçu et né pendant mariage a pour père le mari* ». Cette présomption est dite « *présomption de paternité* » (ex-légitime). Nous verrons qu'elle ne peut être écartée que dans des cas très rares.

La présomption de l'article 312 était, sous l'empire du Code civil avant 1972 presque irréfragable de sorte que les contestations de paternité légitime étaient presque impossibles, par l'action en désaveu de paternité.

La loi de 1972 a bousculé le socle de la paternité légitime en assurant une plus grande place à la vérité biologique, contre la vérité sociologique.

Sous l'empire du Code civil de 1804, l'ancien article 312 du Code civil indiquait que seul était légitime "*l'enfant conçu pendant le mariage*". Tel système excluait notamment de la légitimité l'enfant né pendant le mariage mais qui aurait été conçu avant.

– La jurisprudence postérieure à 1804 tenta d'atténuer la rigueur du principe en admettant notamment dans un arrêt célèbre, l'arrêt *Degas*, rendu par la Cour de cassation le 8 janvier 1930 (D.P. 1930, I, 51; S. 1930, I, 257), que l'enfant né au

cours du mariage a la qualité d'enfant légitime quelle que soit la date de sa conception.

– Quelques années plus tard, le 2 juillet 1936 (D.1936, 1, 118), un autre arrêt, connu sous le nom de *Dewalle*, alla même jusqu'à admettre que l'enfant conçu avant le mariage de ses parents, et né après sa dissolution, bénéficie de la légitimité en raison de la survenance du mariage durant la période de gestation.

Cette jurisprudence sous son double aspect a été consacrée par la loi de 1972. On peut donc rattacher l'enfant au mariage de ses parents de trois façons différentes : rattachement par la conception pendant le mariage (1); rattachement par la naissance pendant le mariage (2); rattachement par la gestation pendant le mariage (3) auxquels il convient d'ajouter les restrictions à la présomption de paternité (4).

1. – Le rattachement par la conception pendant le mariage

C'est la source essentielle et la plus normale de la filiation (art.311-1 et s. et 312 C.civ.) où l'on retrouve tous les éléments déjà envisagés en matière de présomption assurant la détermination de la date de la conception est légitime l'enfant né à partir du 180^e jours suivant le mariage jusqu'au 300^eme jour après sa dissolution.

2. – Le rattachement par la naissance pendant le mariage

Cette hypothèse vise le cas de l'enfant né dans les 179 premiers jours du mariage, donc nécessairement conçu avant le mariage de ses parents. Il s'agit des « enfants de fiancés ». Il devrait en principe être considéré comme un enfant naturel puisque issu des relations entre un homme et une femme qui à l'époque de la conception n'étaient pas mariés. Ce n'était pas l'avis de la jurisprudence depuis l'arrêt *Degas*. La loi de 1972, dans l'article 314 al.1, dispose que « *l'enfant né avant le 180^eme jour du mariage est légitime* ».

On peut dire que l'enfant conçu avant le mariage mais né pendant le mariage est légitime, et non légitimé.

3. – Le rattachement par la gestation pendant le mariage

Cette hypothèse vise le cas de l'enfant conçu avant le mariage et né après la dissolution du mariage, dans les conditions déjà étudiées.



4. – Les restrictions à la présomption de paternité.

La présomption, en revanche, ne s'applique pas dans les trois hypothèses suivantes :

a. – Enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage

Avant la loi de 1972, l'ancien article 315 du Code civil disposait que la légitimité d'un tel enfant pouvait être contestée. C'était donc que l'enfant bénéficiait de la présomption de paternité légitime tant que personne ne lui déniait cet état.

La loi de 1972 a mis fin à cette légitimité factice. Aux termes de l'article 315 nouveau, il est dit que « *la présomption de paternité n'est pas applicable à l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage* » (pas plus qu'elle n'est applicable, ajoute l'article, « *en cas d'absence déclarée du mari, à celui qui est né plus de 300 jours après sa disparition* »).

Dans ces conditions, il est clair que la conception après la dissolution du mariage fait échec à la présomption de paternité. Cela ne pose guère de difficulté en cas de veuvage, mais davantage en cas de divorce dans la mesure où la dissolution du mariage naît en principe du prononcé du divorce. En réalité, elle commence au moment du jour où les époux ont eu une résidence séparée judiciairement constatée.

2. – Enfant conçu pendant la séparation légale des époux

La loi de 1972 écarte la présomption de paternité dans le cas où l'enfant est né plus de 300 jours après l'ordonnance du juge autorisant la résidence séparée, lors de l'instance en divorce ou en séparation de corps. La présomption est aussi écartée si l'enfant naît moins de 180 jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation (art.313 C.civ.).

Cependant, chacun des époux peut demander que les effets de la présomption de paternité soient rétablis s'il justifie que dans la période légale de la conception, une **réunion de fait** a eu lieu entre les époux, ce qui rend vraisemblable la paternité du mari. De la même façon, la présomption de paternité retrouve de plein droit toute sa force si l'enfant, à l'égard des deux époux, a la possession d'état d'enfant légitime. Cela suppose une réconciliation des époux (art.313 al.2 C.civ.).

3. – Enfant conçu pendant une période de séparation de fait des époux

C'est l'hypothèse que vise l'article 313-1 nouveau du Code civil : « *la présomption de paternité est écartée quand l'enfant inscrit sans l'indication du nom du mari n'a de possession d'état qu'à l'égard de sa mère* ». En fait, il s'agit du cas où deux époux sont séparés de fait et où l'enfant est l'œuvre d'un autre que le mari. La mère le déclare sous son nom de jeune fille et l'élève comme s'il était naturel. Avant 1972, un tel enfant était considéré comme légitime sauf désaveu du mari. La loi de 1972 en a fait un enfant naturel, ce qui facilite la reconnaissance du véritable père de l'enfant.

Comme dans le cas précédent, les époux peuvent demander que les effets de la présomption de paternité soient rétablis en justifiant que dans la période légale de la conception, une réunion de fait a eu lieu entre eux, ce qui rend vraisemblable la paternité du mari.

Enfin, la présomption de paternité légitime est rétablie de plein droit, sans action en justice donc, en cas de possession d'état d'enfant.

CHAPITRE 2

L'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION PAR RECONNAISSANCE

Avant 2005, les enfants légitimes étaient distingués des enfants naturels, des enfants nés de deux personnes qui n'étaient pas mariées, ou du moins pas ensemble.

Avant la réforme de 1972, le droit distinguait trois grandes catégories d'enfants naturels : les enfants naturels simples dont aucun des deux auteurs n'étaient dans les liens du mariage, les enfants adultérins dont au moins un auteur était marié, les enfants incestueux dont les auteurs ne pouvaient être mariés parce qu'il existait entre eux un lien de parenté ou d'alliance qui constituait un empêchement au mariage.

La loi de 1972 supprimait ces différentes catégories : il n'y avait plus désormais que des enfants naturels. Au delà d'une question de terminologie, le législateur a surtout eu en vue une unification du statut des enfants naturels (de la même façon qu'il a voulu établir une égalité de principe entre enfants naturels et enfants légitimes).

Depuis 2005, cette distinction n'a plus cours et l'article 316 du Code civil dispose que chaque fois que la filiation n'est pas établie par la loi, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité, par la volonté donc.

SECTION 1 - LES ENFANTS DONT LA RECONNAISSANCE PEUT ÊTRE ETABLIE

§ 1 – PRINCIPE

Le principe est la liberté d'établissement de la filiation à tous les enfants et notamment aux enfants adultérins.

Dans le droit antérieur, la filiation d'un enfant adultérin ne pouvait être établie qu'à l'égard de celui de ses auteurs qui n'était pas marié. Elle ne pouvait jamais être établie à l'égard du parent marié.

Depuis la loi de 1972, l'enfant né de relations adultérines peut dorénavant intenter une action en recherche de maternité ou de paternité contre l'un de ses auteurs même s'il est marié. Il pourra également être reconnu non seulement par celui de ses auteurs qui est célibataire mais également par celui qui est engagé dans les liens du mariage.

Ce principe joue d'une manière absolue pour les enfants adultérins "*a patre*", c'est-à-dire dont le père est marié. Il joue également pour les enfants adultérins "*a matre*", c'est-à-dire dont la mère est mariée. Mais dans cette dernière hypothèse, il faut que la présomption de paternité de l'article 312 soit écartée. Elle l'est, nous l'avons vu, pour les enfants inscrits à l'état civil sous le seul nom de sa mère, pour l'enfant conçu pendant une période de séparation légale et pour l'enfant ayant fait l'objet d'un désaveu de paternité. Un tel enfant pourra être reconnu par son père dans la mesure où le mari de la mère ne bénéficiera pas de la présomption de l'article 312. La filiation maternelle se trouvera directement établie par l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance.

§ 2 – EXCEPTIONS

Les exceptions au principe de la liberté d'établissement de la filiation naturelle sont au nombre de deux. La première concerne l'enfant incestueux (I), la seconde l'enfant ayant une filiation déjà établie par ailleurs (II).

I - Enfant incestueux

L'inceste suppose l'existence de liens de parenté entre les auteurs de l'enfant. Lorsque l'inceste se réalise en ligne directe (père et fille, mère et fils) ou en ligne collatérale (frère et soeur), l'inceste est "absolu" (parce qu'il y a empêchement absolu au mariage). Dans ces hypothèses, l'enfant issu de telles relations ne pourra être reconnu que par un seul de ses auteurs. La seconde reconnaissance sera nulle.

II - Enfant ayant déjà une filiation établie

Quand l'enfant a une filiation déjà établie par une reconnaissance antérieure, l'existence de cette reconnaissance rend irrecevable l'établissement d'une autre filiation naturelle qui la contredirait (art.338; sur la contestation de la reconnaissance, v. art.339). Il faut donc la contester en justice.

Quand l'enfant a une filiation par la loi déjà établie, il pourra néanmoins être reconnu dans deux hypothèses.

- La première hypothèse (connue du droit antérieur) vise le cas de l'enfant né plus de 180 jours et moins de 300 jours après la dissolution du mariage. L'enfant peut dans un tel cas choisir, en vue de sa légitimation, sa date de conception et demander à être considéré comme né postérieurement au mariage (cette solution est édictée par l'article 311 nouveau dans son alinéa 2).

- La seconde hypothèse (toute nouvelle) est déduite de l'article 334-9 nouveau. *A contrario*, lorsque l'enfant a une filiation légale établie seulement par un titre et non par la possession d'état, la reconnaissance ou la recherche redevient possible. Lorsqu'une reconnaissance aura été reçue en application de cet article, il en résultera un conflit de filiation que les tribunaux devront trancher.

SECTION 2 - LES MODES D'ETABLISSEMENT DE LA RECONNAISSANCE

Ils sont énoncés par l'article 334-8 du Code civil. Selon ce texte, la filiation ex-naturelle est légalement établie par reconnaissance volontaire (§ 1). Elle peut également l'être par l'effet d'un jugement (§ 2) ou par la possession d'état (§ 3). Les deux premiers modes étaient connus du droit antérieur à la loi de 1972 qui n'a fait que les reprendre en les assouplissant. Le troisième est de création récente puisqu'il date de la loi du 25 juin 1982.

§ 1. – L'ETABLISSEMENT VOLONTAIRE DE LA RECONNAISSANCE

Le mode normal d'établissement de la filiation non légale est la reconnaissance de l'enfant par auteur ou ses auteurs, selon la formule (issue de la loi de 1972) de l'article 316, al.2 du Code civil.

La reconnaissance est un acte volontaire par lequel une personne déclare être l'auteur d'un enfant et déclare établir un lien de filiation, elle est à la fois un aveu (une confession) et un acte juridique : elle va répondre à des conditions de forme précises.

Elle obéit à des conditions de fond (A) et à des conditions de forme (B).

A.– Conditions de fond

La reconnaissance est un acte *volontaire* émanant du père ou de la mère. C'est pourquoi elle requiert un consentement non vicié mais aucune condition de capacité n'est exigée : un mineur, un aliéné dans une période lucide, peut valablement reconnaître un enfant naturel.

La reconnaissance est un acte *personnel*, ce qui explique que la représentation légale ou conventionnelle ne soit pas possible. Seuls les auteurs de l'enfant peuvent le reconnaître à l'exclusion de toute autre personne.

La reconnaissance est un acte *unilatéral* : elle n'appelle pas le concours de l'enfant. Elle peut être faite contre son gré et l'enfant pourra contester la reconnaissance.

La reconnaissance peut être *prénatale*. Un enfant simplement conçu peut être reconnu. Lorsque la reconnaissance émane du père, elle doit indiquer la mère (seule manière d'identifier l'enfant).

La reconnaissance peut être *posthume*, c'est-à-dire qu'elle intervient après le décès de l'enfant. Ce type de reconnaissance est suspect de fraudes : lorsqu'un père et une mère se sont désintéressés d'un enfant pendant toute sa vie pour ne le reconnaître qu'après sa mort, leur seul but est de recueillir la succession de l'enfant.

B. – Conditions de forme

La reconnaissance peut être expresse (1) ou tacite (2) ou inexistante (3).

1. – Reconnaissance expresse

La reconnaissance est un acte grave. La loi la soumet à une solennité : la reconnaissance doit avoir lieu par acte authentique :

- soit devant un officier d'état civil par exemple au moment de la déclaration de la naissance;
- soit devant le notaire;
- soit par déclaration faite en justice (déclaration faite devant le juge des tutelles).

2. – La reconnaissance tacite

Dans deux hypothèses, la loi considère la filiation maternelle tacitement établie à l'égard de l'enfant naturel.

- Première hypothèse : reconnaissance par le père avec indication et aveu de la mère

L'indication du nom de la mère dans l'acte de reconnaissance souscrit par le père établit également la filiation maternelle s'il y a un aveu de la mère. Cet aveu peut être exprès (lettre par exemple) ou tacite (comportement de la mère) (art.336 C.civ. a contrario).

- Deuxième hypothèse : indication du nom de la mère dans l'acte de naissance + possession d'état

Lorsque le nom de la mère est indiqué dans l'acte de naissance, l'enfant porte son nom et bien souvent la mère est persuadée que la filiation est ainsi établie, ce qui est faux. La mère doit normalement souscrire une reconnaissance. Dans le droit antérieur, lorsque la mère mourait, l'enfant non reconnu devait faire établir judiciairement sa filiation (s'il voulait venir à la succession). En vertu du nouvel article 337 du Code civil, l'enfant n'a plus besoin d'agir en justice s'il a la possession d'état d'enfant naturel (il peut prouver cette possession d'état par un acte de notoriété).

3. – La « non reconnaissance »

Le principe est en effet celui de la liberté de reconnaître ou de ne pas reconnaître un enfant (ce qui n'entravera pas les contentieux de la filiation), même si cette liberté est parfois contrainte, par exemple en cas de PMA (C. civ., art. 311-20, al. 4).

En outre la loi du 8 janvier 1993 avait introduit en droit français la possibilité de l'accouchement sous X de la mère (C. civ., art. 326), qui rend impossible

l'établissement de la maternité de l'enfant. Mais alors, si la date et le lieu de naissance n'apparaissent pas dans l'acte d'Etat-civil, cela entrave-t-il la reconnaissance par le père. L'article 62-1 du Code civil permet au Procureur de rechercher ces dates et lieux pour permettre la reconnaissance par le père, mesure faible, mais qui permet, en principe au moins, la reconnaissance par le père (Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 7 avr. 2006, Dr. Famille, 2006, p. 124, obs. P. Murat).

II. – La contestation ou l'annulation de la reconnaissance

La reconnaissance est un aveu et un acte juridique.

Parce qu'elle est un aveu et donc la preuve d'une filiation, elle peut être contestée si elle est inexacte.

Parce qu'elle est un acte juridique, elle peut aussi être annulée si les conditions de validité ne sont pas remplies.

A.– La contestation

Elle est rare lorsqu'il s'agit de maternité. Elle est plus importante à l'égard des reconnaissances de paternité.

1. – Qui peut agir ?

A la différence de la filiation légitime (au moins dans le texte de la loi de 1972, voir supra la jurisprudence développée sur ce thème), la contestation de la reconnaissance est largement attribuée :

- l'enfant a un intérêt évident à rejeter une reconnaissance inexacte;
- l'autre parent peut également y avoir intérêt (moral);
- le tiers qui se prétend père ou mère peut également contester;
- depuis la loi du 3 janvier 1972, le ministère public peut également agir "*si des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblable la filiation déclarée*" (art.339 al.2).

Cette faculté de contestation reconnue au ministère public par la loi de 1972 s'explique à la lumière d'une jurisprudence antérieure qui refusait, précisément, cette possibilité d'action au ministère public.

En l'espèce, en 1910, en Cochinchine, un individu (le sieur Bodin) reconnaissait des enfants naturels contre de l'argent. Avec cette reconnaissance, ces enfants pouvaient acquérir la nationalité française. Or, le ministère public avait été déclaré irrecevable à agir en contestation de ces reconnaissances frauduleuses (Civ. 17 décembre 1913).

- Cette faculté de contestation est même reconnue à l'auteur de la reconnaissance qui avait effectué une reconnaissance de complaisance et qui pris de remords veut la contester.

2. – En ce qui concerne la preuve

La reconnaissance est présumée sincère. La preuve incombe à celui qui la conteste.

- S'il s'agit d'une reconnaissance de maternité, il faut, pour la contester, démontrer l'absence d'accouchement ou le défaut d'identité de l'enfant.

- S'il s'agit d'une reconnaissance de paternité, la preuve est libre. Elle peut être faite par tous moyens.

3. – Les conséquences de la contestation qui aboutit

Le lien de filiation est rétroactivement anéanti. Un droit de visite peut cependant être accordé à l'auteur de la reconnaissance compte tenu des intérêts de l'enfant et de ses sentiments. Mais, à la différence de la contestation de paternité légitime, le père complaisant ne peut se faire rembourser les sommes qu'il a pu versées pour l'entretien et l'éducation de l'enfant.

B. – L'annulation

La reconnaissance est un acte juridique. Ce qu'il faut retenir, ici, c'est la possibilité de détruire un acte juridique par des techniques différentes. Il en résulte des conséquences différentes et on peut distinguer quatre mécanismes de destruction qui sont la nullité, la caducité, la résolution, la résiliation (voir cours de 2ème année).

- La reconnaissance peut donc être volontaire mais il arrivera fréquemment qu'elle ne le soit pas et l'enfant devra rechercher ses parents pour faire reconnaître ses droits (notamment successoraux).

CHAPITRE 3 – L'ETABLISSEMENT CONTENTIEUX DE LA FILIATION

SECTION 1 – LES PRINCIPES DU CONTENTIEUX DE LA FILIATION

Le régime des actions contentieuses était naturellement, avant 2005, fondé sur la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle, avec une grave question qui reposait sur la force de la présomption de paternité, qu'il n'est pas inutile de rappeler, avant d'envisager les principes actualisés.

I. – Force de la présomption de paternité

La présomption de paternité légitime n'était plus, depuis 1972, quasi irréfragable. Elle n'était cependant pas une présomption simple dans la mesure où la loi déterminait les conditions dans lesquelles la présomption peut être combattue. Il

s'agissait d'hypothèses dans lesquelles la présomption joue en principe, mais est contestée par une tierce personne.

Deux hypothèses différentes étaient envisagées selon que l'enfant a (1) ou n'a pas (2) la possession d'état d'enfant.

II. – L'enfant avait la possession d'état d'enfant

Lorsque l'enfant avait la possession d'état d'enfant légitime, la présomption de paternité ne pouvait être contestée que par le jeu de deux actions prévues par la loi : le désaveu de paternité formé par le mari (a), la contestation de paternité formée par d'autres que le mari (b). La loi de 1972 a ainsi bousculé la « paix des familles » en contestant avec force la réalité sociologique. Ces deux actions ainsi envisagées étaient les seules possibles.

A – Le désaveu de paternité

En principe, cette action pouvait être intentée par le père présumé de l'enfant, c'est-à-dire le mari de la mère.

L'*objet* de cette action était d'écarter la présomption de paternité légitime jouant à l'égard du mari de la mère, tout en laissant subsister la preuve de la maternité légitime.

Son *régime* variait (quelque peu) selon que l'on envisage le désaveu de l'enfant né dans les 179 premiers jours du mariage et celui de l'enfant né après le 180^{ème} jour de mariage, c'est-à-dire conçu pendant le mariage.

*** Le désaveu de l'enfant né dans les 179 premiers jours du mariage**
(art.314 al.2 et 3)

Ce désaveu peut se faire par simple dénégation, sans que le mari n'ait à faire la preuve de sa non paternité. Il n'a qu'à faire la preuve du rapprochement de la date de naissance de l'enfant et de celle du mariage.

Cependant, dans deux cas, la simple dénégation ne suffira pas et la preuve de la non paternité, selon le droit commun de l'action en désaveu, sera toutefois requise dans deux cas :

– si le mari a eu connaissance de la grossesse avant le mariage ;

– si après la naissance, le mari s'est comporté comme le père de l'enfant.

Pour toutes les autres conditions de délais et de procédure, l'action en désaveu par simple dénégation est soumise aux règles de droit commun que nous allons envisager dans l'hypothèse suivante.

**** Le désaveu de l'enfant conçu pendant le mariage**

Le mari de la mère qui veut combattre la présomption doit rapporter la preuve de la non paternité. Depuis la réforme de 1972, tous les moyens de preuve sont admis alors que, dans le droit antérieur, le désaveu n'était possible que pour des causes bien déterminées (exemples : recel de la grossesse ou de la naissance par la mère ; impossibilité de cohabitation). Aux termes de l'article 312 al.2 nouveau, il est dit, en effet, que le père « *pourra désavouer l'enfant en justice, s'il justifie de faits propres à démontrer qu'il ne peut pas en être le père* ». Ainsi le mari pourra invoquer son absence, l'inconduite de sa femme, l'analyse comparative des sangs, son impuissance et même la ressemblance de l'enfant avec un autre homme.

– ***L'action en désaveu peut être exercée par le mari.*** Il dispose d'un délai de six mois :

- après la naissance s'il se trouve sur les lieux de naissance de l'enfant ;
- après son retour s'il est absent au moment de la naissance ;
- après la découverte de la fraude si la naissance a été cachée.

– ***L'action peut aussi être exercée par les héritiers du mari,*** à condition que celui-ci soit mort avant d'avoir formé l'action, mais étant encore dans le délai utile pour le faire et à condition que ces héritiers aient seulement en vue la défense de leurs intérêts pécuniaires. Ils disposent pour intenter l'action d'un délai de six mois à compter de l'époque où l'enfant s'est mis en possession des biens prétendus paternels ou les revendique.

L'action en désaveu est intentée contre l'enfant, mais comme celui-ci est souvent encore mineur, il sera représenté par un tuteur *ad hoc*, désigné par le juge des tutelles et la mère sera appelée à la procédure.

b. – La contestation de paternité aux fins de légitimation par la mère de l'enfant

Les articles 318 et suivants du Code civil permettent à la mère de contester sous certaines conditions la paternité du mari. Cette innovation est considérable car elle met fin au monopole du mari sur l'action en désaveu. On l'a justifiée en invoquant le fait qu'il n'est pas rare que le mari s'abstienne d'exercer le désaveu non point par charité pour l'enfant mais plutôt par malveillance, afin de mettre obstacle à sa légitimation par le remariage de la mère après le divorce.

Les articles 318 et suivants, s'ils admettent l'action en contestation de paternité exercée par la mère, la soumettent à des conditions très strictes :

* ***Quant au fond*** : cette action traduit la substitution d'une légitimité à une autre :

- le premier mariage doit être dissous (divorce, décès) ;
- la mère doit épouser le véritable père avec lequel elle agit conjointement.

* **Quant à la preuve** : la mère devait :

- faire tomber la présomption de paternité du premier mari (notamment par expertise sanguine) ;
- établir la paternité du second mari (à nouveau par analyse comparé des sangs) ;
- la contestation est faite en vue de permettre la légitimation de l'enfant : la contestation de paternité à la demande de la mère ne peut pas déboucher sur une filiation naturelle mais seulement sur une autre filiation légitime. La légitimation sera ici nécessairement une légitimation dite « post nuptias » puisque le remariage de la mère est exigé avant que l'on puisse intenter l'action en contestation.

* **Quant au délai** : l'action doit être intentée par la mère et son nouveau mari dans les six mois de leur mariage et avant que l'enfant ait atteint l'âge de sept ans. Ce double délai se justifie par l'idée qu'il n'est pas bon d'imposer un changement d'état à un enfant qui serait déjà grand et par le souci d'éviter que le recours en contestation de paternité ne soit en fait qu'une sorte d'adoption déguisée par le second mari.

Ces conditions ne soulèvent pas de difficultés lorsque le premier mari favorise son successeur (divorce par consentement mutuel).

Mais la situation est beaucoup plus cruelle lorsque le mari de la mère s'est attaché à l'enfant qui n'est pas le sien. La Cour de cassation préfère le vrai père au mari de la mère.

Dans deux arrêts du 16 février 1977 (D.1977, 328), elle a admis la contestation de paternité légitime alors que l'enfant avait la possession d'état d'enfant légitime du premier mari de la mère et, dans une autre espèce, alors que l'enfant n'avait pas la possession d'état d'enfant commun de son vrai père.

Cette jurisprudence est cruelle et injuste pour le mari aimant et trompé mais attaché à l'enfant. La paternité est-elle dans l'amour ou dans les gènes ? Le vrai père est-il celui qui aime ou celui qui donne la vie ?

« Ce qui distingue l'homme du singe, c'est que le vrai père est celui qui aime et qui élève, non celui qui a eu une relation sexuelle épisodique et n'est qu'un géniteur » (Ph. Malaurie).

Le dialogue de César et Marius, à propos de la paternité de celui-ci sur l'enfant de Fanny mariée à Panisse est... attendrissant :

« *CESAR* :

Ecoute Marius, cette discussion, ça ne peut mener à rien pour le moment.

MARIUS :

Mais enfin, tu sais bien que l'enfant est mon fils.

CESAR :

Bien sûr que je le sais. Il te ressemble comme deux gouttes d'eau. Mais quand même, lui c'est un peu son père (en parlant de Panisse)... Cet enfant, quand il est né il pesait 4 kilos... Ceux-là, c'est sa mère qui les a faits. Maintenant il arrive à 7... Ces trois kilos de plus, c'est trois kilos d'amour... Et l'amour, Marius, ça ne pèse pas lourd. Moi, j'en ai donné ma petite part... Sa mère en a donné beaucoup, naturellement ; mais celui qui a donné le plus, c'est Honoré. Et toi, qu'est-ce que tu lui a donné ?

MARIUS :

La vie.

CESAR :

Les chiens aussi donnent la vie : pourtant, ce ne sont pas des pères »
(Fanny, Acte III scène VI).

2.– L'enfant n'avait pas la possession d'état d'enfant

Lorsque l'enfant n'avait pas la possession d'état d'enfant légitime, deux actions en contestation de paternité légitime étaient possibles. Ces actions, de pure création jurisprudentielle, reposaient, pour ce qui est de la première, sur une interprétation a contrario de l'article 334-9 du Code civil (1) ; pour ce qui est de la seconde, sur une interprétation a contrario de l'article 322 (2).

B. – La contestation fondée sur l'article 334-9 interprété a contrario

Selon ce texte, (abrogé) « *toute reconnaissance est nulle, toute demande en recherche est irrecevable, quand l'enfant a une filiation légitime déjà établie par la possession d'état* ».

Ce texte visant la filiation naturelle signifiait que l'enfant adultérin par sa mère qui jouissait de la possession d'état d'enfant légitime à l'égard du mari et de sa mère ne pouvait voir sa filiation naturelle établie à l'égard de son véritable père.

Selon l'article 334-9 *a contrario*, toute reconnaissance était possible, toute demande en recherche est recevable quand la filiation légitime de l'enfant n'était pas déjà établie par la possession d'état.

Hypothèse. – Un enfant est conçu ou né pendant le mariage. L'acte de naissance indique le nom de la mère et le nom du mari. La présomption « *pater is est* » joue (au profit du mari). Mais l'enfant n'a pas la possession d'état à l'égard du mari : pour la renommée, c'est l'enfant de quelqu'un d'autre, sa filiation paternelle est suspecte.

Un tiers peut-il reconnaître l'enfant et contester la paternité du mari ? La Cour de cassation l'a admis dans un arrêt du 9 juin 1976 :

– enfant conçu lors d'une séparation légale des époux alors que la mère concubine avec un amant n°1 ;

– naissance de l'enfant : il est inscrit à l'état civil avec l'indication du nom du mari mais il n'a pas la possession d'état d'enfant légitime puisque la mère ne vit plus avec le mari.

– La mère rompt avec l'amant n°1 puis concubine avec l'amant n°2 qu'elle épouse (après divorce).

– Contre la volonté de la mère, l'amant n°1 assigne les parents (le premier mari) en vue de faire reconnaître sa paternité (naturelle).

La Cour de cassation a admis cette contestation en se fondant sur l'article 334-9 a contrario.

Le conflit de paternité était résolu en permettant aux intéressés de faire la preuve de la paternité la plus vraisemblable (sur 311-12 al.1). Dans ce cas, la présomption de paternité pouvait donc être combattue par un autre que le mari de la mère ou que la mère. Cette contestation n'était pas soumise aux exigences de brefs délais ; la seule condition posée au succès de l'action réside en l'absence de possession d'état. Si l'action aboutit, elle conduit d'une filiation légitime à une filiation naturelle. En sa faveur, on peut avancer les avantages de la vérité sur le jeu de la présomption « *pater is est* ». Encouragée par ce précédent et quelques auteurs, la Cour de cassation est encore allée plus loin.

b. – La contestation fondée sur l'article 322 al.2 a contrario

L'article 322 al.2 disposait (il est également abrogé) : « *nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance* ».

A contrario, tout intéressé pouvait contester l'état de celui qui n'avait pas un titre de naissance conforme à sa possession. Toute personne intéressée (le mari, l'amant, la mère, l'enfant, les héritiers de chacun d'eux) pouvait anéantir une paternité légitime douteuse sans même lui substituer une paternité naturelle. L'idée était que mieux vaut une absence de filiation qu'une filiation erronée qui n'est pas concrètement vécue. Cette solution a été admise par deux arrêts de la Cour de cassation du 27 février 1985 (D.1985, 265). A nouveau en cette hypothèse on ne rencontrait aucune condition de délai autre que la prescription trentenaire, ni, davantage de condition de preuves particulières.

Selon les propres termes des arrêts, il s'ensuivait, dans le contexte de la loi du 3 janvier 1972, dont l'un des objectifs essentiels a été d'attribuer à chacun son vrai rapport de filiation et qui, à cet effet, a attaché à la possession d'état, comme à son défaut, des conséquences juridiques plus nombreuses que par le passé, qu'en l'absence de possession d'état conforme au titre, la contestation de la paternité comme de la maternité légitime était recevable. Et les arrêts d'ajouter que l'action en contestation directe de la paternité légitime ne saurait priver de toute utilité les actions plus spécifiques que la loi a prévues à cette fin, par dérogation au principe posé par l'article 322, puisqu'il est possible d'y recourir lorsque les conditions en sont réunies, même dans le cas où il y a conjonction du titre et de la possession d'état.

II. – Les principes actualisés depuis 2005

Depuis 2005, plusieurs principes ont renouvelé la méthode contentieuse d'établissement de la filiation.

– S'agissant de la compétence, seul le TGI est compétent (C. civ., art. 318-1).

– S'agissant de la prescription, celle-ci, décennale depuis 2005 (alors que la réforme de la prescription par la loi du 17 mai 2008 n'a pas touché la question du droit de la famille et que la loi de 1972 fondait une prescription trentenaire alors que précédemment les actions étaient imprescriptibles), étant entendu

- D'une part que la prescription joue à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame ;
- d'autre part que la prescription est suspendue pendant la minorité de l'enfant.

En pratique donc, la prescription est de 28 ans.

– S'agissant du droit d'agir, le principe de l'indisponibilité de l'action est posé (C. civ., art. 323) de sorte que tout engagement quelconque, une renonciation par exemple, portant sur le droit de contester ou rechercher une paternité est nul.

En revanche les actions sont *transmissibles*, aux héritiers, lorsque le titulaire de l'action décède avant de pouvoir agir, dans le délai de prescription.

– S'agissant des preuves, la loi du 4 juillet 2005 a retenu le *principe de la liberté de la preuve* : on peut prouver par tout moyen en matière de filiation. Sous l'empire de la loi de 1972, le principe était voisin quoique fondé sur les examens sanguins ou, prudemment, sur « toute autre méthode médicale certaine », ce qui conduit à l'admission, expresse, de l'examen comparé des sangs, assez approximatives (de l'ordre de 50 à 60% de chance) mais aussi l'examen comparé des ADN (de l'ordre de 99,99%), réglé par les lois bioéthiques (C. civ., art. 16-11 et 16-12) précédé par la tristement célèbre affaire *Montand* qui permit l'exhumation du corps du défunt pour un prélèvement d'ADN alors même que celui-ci avait de son vivant refusé tout prélèvement post-mortem. La loi de 2004 a cependant posé comme règle, sans doute comme réaction à cette affaire, que le consentement donné du vivant s'imposait pour un prélèvement post mortem.

En outre, la Cour de cassation a admis que l'expertise médicale était de droit lorsqu'elle était demandée à titre de moyen de défense (Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, Bull. civ. I, n°103).

La question principale est celle du sort du refus de précéder à un examen génétique : nul n'est tenu d'y procéder, même en justice, en raison des principes posés en matière de bioéthique. Cela étant et comme auparavant, un tel refus peut être apprécié par le juge comme un *aveu* ou une *présomption* résultant de ce refus.

SECTION 2 – LES REGLES DU CONTENTIEUX DE LA FILIATION

Ces règles intéressent l'action en recherche maternité (§1), de paternité (§2), en contestation (de filiation (§3) ou les actions à fins de subsides (§ 4) étant entendu que certaines ont déjà été étudiées, notamment les actions relatives à la possession d'Etat.

§ 1 - L'action en recherche de maternité

Cette action soulève peu de problèmes et est très rare : elle suppose qu'un enfant agisse pour faire reconnaître qu'une femme qui a accouché le jour de sa naissance est sa mère. C'est donc un litige qui intéresse les enfants abandonnés à leur naissance (il suffit que le nom de la mère soit inscrit dans l'acte pour que la filiation soit établie à son égard). Elle peut être exercée par l'enfant ou ses représentants. Elle se prescrit par trente ans.

La loi nouvelle consacre désormais la faculté, prévue jusque là seulement par l'article 47 du Code de la famille et de l'aide sociale, pour la femme qui accouche de demander le secret sur son identité, l' « accouchement sous X » (art.326 C.civ.). La loi en fait désormais une fin de non recevoir à l'action en recherche de maternité.

§ 2 - L'action en recherche de paternité

Cette action était autrefois beaucoup plus complexe car elle était limitativement admise mais ne valait que pour l'action en recherche de paternité naturelle. En effet, on n'avait pas voulu l'ouvrir très largement pour éviter qu'un enfant soit rattaché à tout prix à une famille qui n'en veut pas.

Par contre, aucun argument sérieux ne venait s'opposer à ce que l'enfant demande à son auteur des aliments jusqu'à sa majorité.

Cette observation explique le système dualiste qui existait en France jusqu'à la loi du 8 janvier 1993 :

- l'action en recherche de paternité était relativement étroite (A);
- l'action alimentaire dite "action à fins de subsides" était très largement ouverte (B).

La loi du 8 janvier 1993 a « révolutionné » le régime de l'action en recherche de paternité naturelle et « toiletté » le régime de l'action à fins de subsides ; l'ensemble a été réformé en 2005.

A. – L'action en recherche de paternité proprement dite

Autrefois, les limitations apportées à l'action en recherche de paternité naturelle se manifestaient à trois points de vue :

- les cas d'ouverture étaient limitativement énumérés par l'article 340 du Code civil (1);
- il existait des fins de non recevoir à l'action en recherche de paternité (2);
- les conditions d'exercice de l'action étaient strictes (3).

Ces aspects ont été considérablement modifiés par la loi du 8 janvier 1993.

1. –Les cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité naturelle

Un peu d'histoire... Dans l'ancien droit, la paternité naturelle ne conférait ni droits ni obligations familiaux et notamment aucun droit de succession. Par conséquent, la preuve était largement admise par tous moyens comme celle d'un pur fait. La règle *virgini praegnanti semper esse creditur* (on doit croire la fille enceinte quand elle désigne celui qu'elle prétend être le père de son enfant) permettait de pourvoir, au moins à titre provisoire, aux premiers frais de la naissance et à fournir des aliments à l'enfant. Cette règle avait suscité de nombreux scandales : des jeunes filles attribuaient mensongèrement la paternité de leur enfant aux personnes les plus riches et les plus considérées (ex. : l'affaire jugée par le parlement de Grenoble en 1774. Une jeune fille de 15 ans choisit pour maître à danser un nommé F., prend trois leçons de danse et, six mois après, accouche d'une fille; elle désigne pour père F., sexagénaire privé d'un oeil et estropié d'une jambe, aussi peu propre à l'amour qu'à la danse. Selon les termes mêmes de l'avocat général Servan qui, dans cette espèce, avait combattu la règle *Virgini praegnanti* : "*Sa seule présence réfute une grossesse; il suffit de le voir pour le croire innocent; Anne entre vierge chez F. et de son aveu, le troisième jour, elle sort enceinte ! Ce qu'on peut dire de plus honorable pour cette fille, c'est qu'elle ment... Quel est ce témoin à qui sont accordés des privilèges qui eussent honoré le vertueux Caton ? C'est une fille convaincue de faiblesse; on nous donne pour garant de sa conduite une pudeur qu'elle n'a plus*" (Servan, *Discours dans un procès sur une déclaration de grossesse*, Lyon, 1774, p.24; cf. J.F. Fournel, *Traité de la séduction*, 1781, qui qualifie de "triviale" (p.100), la maxime *virgini praegnanti*, qu'il impute au Président Fabre).

En réaction contre ces abus et parce que la Révolution avait accordé des droits successoraux à l'enfant naturel, il parut logique de n'admettre la filiation paternelle que par la seule volonté du père; la Convention interdit donc toute action en justice, qu'elle ait pour objet une réclamation d'aliments ou l'établissement d'un état. La paternité naturelle s'établissait uniquement par une reconnaissance volontaire exprimée dans un acte authentique (L.12 Brumaire an II).

En réaction, le Code Napoléon a adopté une attitude trop restrictive. Il affirmait l'impossibilité d'apporter la preuve du fait de la paternité. Se sont ajoutées des considérations de politique sociale (cf. le mot du Premier Consul : "*l'Etat n'a aucun intérêt à ce que la filiation de l'enfant naturel soit établie*"). La loi avait entendu couper court, dans l'intérêt de la famille, aux actions téméraires. Cette réaction était beaucoup trop rigoureuse car elle faisait de l'enfant naturel et de sa mère des victimes. Ceci explique que la loi de 1972 n'admette la recherche de la paternité naturelle que dans des cas limités.

L'article 340 du Code civil prévoyait cinq cas d'ouverture. Il s'agissait des faits suivants :

– Enlèvement ou viol de la mère lorsque la date des faits se rapporte à celle de la conception.

– Séduction de la mère dans certaines conditions. Elle doit avoir été accomplie :

- soit au moyen de manœuvres dolosives ou de violence morale (ex. : abus de l'inexpérience de la jeune fille ou de sa simplicité d'esprit; abus d'autorité d'un patron envers sa domestique ou son employée; abus d'autorité de l'homme beaucoup plus âgé que la femme);

- soit à la suite d'une promesse de mariage ou de fiançailles.

– Preuve non équivoque de paternité résultant de lettres ou d'autres écrits émanant du père prétendu (ex. : marques d'intérêt portées à l'enfant, assurance donnée à la mère que l'enfant ne sera pas abandonné; inquiétude du père à l'annonce de la grossesse; conseils d'avortement...).

– Concubinage avec la mère pendant la période légale de conception. Par « concubinage » la loi entend « à défaut de communauté de vie, des relations stables et continues ».

– Entretien, éducation, établissement de l'enfant en qualité de père. L'homme doit s'être comporté comme le père de l'enfant. C'est la possession d'état d'enfant naturel que l'on retrouve ici.

Poursuivant cette évolution, la loi du 8 janvier 1993, dans un évident souci de vérité, libère l'action en recherche de paternité naturelle; désormais *"la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée. La preuve ne peut en être rapportée que s'il existe des présomptions ou indices graves "* (art.340 nouveau Code civil).

La formule est reprise des anciens articles concernant la recherche de maternité et figure à l'identique dans les articles 323 et 341 C.civ.

Il n'y a donc désormais plus de freins a priori à l'action en recherche de paternité naturelle.

2. – Les fins de non recevoir à l'action en recherche de paternité naturelle (abrogées par la loi du 8 janvier 1993)

Elles étaient prévues par l'article 340-1 nouveau du Code civil et étaient au nombre de trois :

- Il s'agissait, d'abord, de l'inconduite notoire de la mère (ou le commerce que celle-ci avait pu entretenir avec un autre individu) pendant la période légale de la

conception. Cependant, si la mère démontre que cet individu n'est pas le père, à l'aide d'un examen des sangs ou de toute autre méthode médicale certaine, la fin de non recevoir est écartée.

- Il s'agissait, ensuite, l'impossibilité physique pour le père prétendu d'être le père de l'enfant. L'homme prouvera son éloignement ou une impuissance accidentelle.

- Enfin, la non paternité pouvait être établie par l'analyse des sangs ou toute autre méthode médicale certaine. L'action en recherche de paternité est irrecevable.

Ces fins de non recevoir rendaient impossible toute action en recherche de paternité naturelle : la loi du 8 janvier 1993 a supprimé ces trois fins de non recevoir (l'article 60 de la loi abroge l'article 340-1 du Code civil). Un souci de vérité conduit à ne plus "bloquer" l'action intentée par l'enfant pour faire établir son lien de filiation.

3. – Les conditions actuelles d'exercice de l'action en recherche de paternité

Ces conditions sont posées par l'article 327 du Code civil qui dispose que « la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée », peu important qu'il s'agisse d'une paternité légitime ou naturelles.

Elles sont strictes à trois points de vue :

- **Le demandeur** : l'action est réservée à l'enfant. Pendant sa minorité, il est représenté par sa mère ou par un tuteur (si la mère est inconnue, ou n'a pas reconnu l'enfant, ou est décédée). Le tuteur ne peut agir que sur autorisation du conseil de famille (art.340-2 C.civ.).

- **Le défendeur** : l'action est intentée contre le père prétendu ou, s'il est décédé, contre ses héritiers.

- **Les délais de l'action** : l'action devait être exercée dans les deux ans de la naissance (art.340-4 C.civ.). Cependant, s'il y a eu concubinage et participation du père prétendu à l'entretien de l'enfant, le délai de deux ans court à partir de la cessation du concubinage ou des actes d'entretien.

Désormais, la mère peut exercer l'action pendant toute la minorité de l'enfant et l'enfant lui-même pendant 10 ans à compter de sa majorité.

§ 3. – Les actions en contestation de la filiation

Ce type d'actions doit être distingué des actions en contestation de légitimité qui ont pour objet de contester non pas la filiation elle-même, mais l'existence du mariage des parents.

Les actions en contestation de la filiation légitime concernent la preuve de la filiation légitime, telle que nous l'avons exposée précédemment.

Ces actions sont de deux sortes selon qu'elles ont pour objet de contester les preuves de la maternité légitime ou de la paternité légitime. On parle, dans le premier cas, d'actions en contestation de maternité légitime, dans le second, d'actions en contestation de paternité légitime, déjà étudiées.

A. – L'objet de ces actions est de faire tomber la preuve de la maternité et, conséquemment, la présomption de paternité du mari de la mère.

B. – L'ouverture de ces actions n'est pas la même suivant qu'il y a ou non conformité du titre, c'est-à-dire l'acte de naissance, et de la possession d'état.

1. – Lorsqu'il y a **conformité du titre et de la possession d'état** (*l'enfant dispose d'un titre et est élevé par les titulaires de ce titre*), la contestation de la maternité légitime est impossible, sauf s'il y a eu supposition ou substitution d'enfant (art.322 et 322-1).

* La **supposition d'enfant** est le fait pour une femme (qui n'est pas accouchée) de se procurer le nouveau-né d'une autre femme et de le déclarer à l'état civil comme son propre enfant. Cette "*adoption sauvage*" (en ce sens, Carbonnier, *Droit civil* 2, n°114) sur laquelle se rabattent certains couples stériles devant les difficultés d'une adoption régulière, est un crime que sanctionne pénalement l'article 345 du Code pénal.

* La **substitution d'enfant**, fortuite ou volontaire, résulte d'une confusion entre les nouveaux-nés de deux mères, accouchées le même jour ou à peu près ("*La vie est un long fleuve tranquille*").

2. – **Lorsqu'il n'y a pas conformité du titre et de la possession d'état**, la contestation de la maternité légitime est possible par une interprétation *a contrario* de l'article 322 al.2 C.civ. L'action est ouverte à tout intéressé, qu'il s'agisse pour lui de défendre un intérêt pécuniaire (droits de succession, par exemple), ou un intérêt moral (défense du nom, par exemple; sur cette action, voir infra).

L'action se prescrit par trente ans (plus généralement, sur la prescription des actions relatives à la filiation, v. art.311-7 C.civ.).

§4. – L'action à fins de subsides

Cette action est subsidiaire à l'action en recherche de paternité. Les juges peuvent allouer des subsides à l'enfant, même s'ils rejettent l'action en recherche de paternité, si les relations entre la mère et le défendeur ont été démontrées.

La loi du 3 janvier 1972 a ouvert à tout enfant naturel dont la filiation paternelle n'a pas été établie le droit de réclamer des "subsides" à celui qui a eu des

relations sexuelles avec sa mère pendant la période légale de la conception (art.340-7 C.civ.).

Nous devons étudier les conditions (1), les fins de non recevoir (2) et les effets (3) de cette action.

1. – Les conditions de l'action à fins de subsides

Il existe des conditions de fond et des conditions de formes.

a. – Conditions de fond

- La première condition est que la filiation paternelle de l'enfant ne soit pas établie. Dans le cas où la filiation serait établie, il incomberait au père de subvenir aux besoins de l'enfant.

- La seconde condition posée par l'article 342 est l'existence de relations entre le père et la mère pendant la période légale de conception.

La seule preuve à établir est donc l'existence de relations intimes pendant cette époque. Il n'est pas, notamment, nécessaire de prouver qu'il existe un lien de causalité entre l'existence de ces relations et la naissance de l'enfant. La preuve des relations sexuelles se fait librement, par tous moyens. Pour libre qu'elle soit, la preuve, dans l'état actuel des choses, est difficile car il s'agit d'un événement très intime, qui n'est pas public. Elle peut être faite par tous moyens : le témoignage d'un tiers (à la condition qu'il ne se borne pas à répéter ce que lui a dit la mère), l'aveu du défendeur, résultant notamment de lettres à la mère (ex. TGI Dieppe 13 juin 1974, D.1975, 71, 1ère espèce, note D. Huet-Weiller; JCP 1974, IV, 6470, p.421, note J.A. : en l'espèce le garçon écrit à la fille, avant qu'elle ne soit enceinte, quatre-vingt-douze lettres "*au ton particulièrement amoureux*" qui "*s'accorde mal avec l'hypothèse d'une affection purement sentimentale*"; ces lettres s'achevaient par les majuscules suivantes : F.P.M.B.S.T.L.A. [fermé par mille baisers sur tes lèvres adorées]) ou d'interrogatoires par le juge ou une analyse sanguine si elle est complétée par d'autres éléments, dans l'état actuel du droit; peut-être, plus tard, l'analyse sanguine sera une preuve directe.

b. – Conditions de forme

- **En principe**, l'action à fins de subsides est soumise aux mêmes règles de procédure que l'action en recherche de paternité naturelle.

La loi du 29 décembre 1977, modifiant les articles 342 et 342-6 du Code civil a, toutefois, ouvert des délais plus longs pour l'action à fins de subsides, puisque celle-ci est désormais possible pendant toute la minorité de l'enfant, voire pendant les deux années suivant l'âge de la majorité de l'enfant.

- Une **particularité** existe lorsque la mère a eu des relations avec plusieurs hommes pendant la période légale de la conception.

– Au départ, le législateur avait pensé condamner à payer des subsides tous ceux qui avaient eu des relations sexuelles avec la mère. Mais cette solution risquait d'entraîner de nombreuses fraudes.

– La loi de 1972 admet que des subsides peuvent être demandés à plusieurs hommes (art.342-3). Mais il faudra faire la preuve que les co-amants soit ont commis une faute, soit ont pris un engagement volontaire. La jurisprudence se contente d'éléments inconsistants pour l'admettre (ex. : constitue une faute le fait pour l'homme de ne pas avoir fait usage de préservatifs alors que sa partenaire pensait que tel était le cas).

2.– Les fins de non recevoir opposées à l'action à fins de subsides (abrogées par la loi du 8 janvier 1993)

Les mêmes fins de non recevoir qui pouvaient être invoquées dans une recherche de paternité naturelle pouvaient également l'être pour l'action à fins de subsides.

Cependant la fin de non recevoir tirée de l'inconduite disparaissait dans la mesure où la pluralité d'amants ne justifiait pas l'irrecevabilité de l'action à fins de subsides.

Par contre, le défendeur pouvait opposer à la mère sa débauche (plus que l'inconduite, moins que la prostitution). Dans ce cas, la jurisprudence restait sévère mais il en fallait beaucoup pour qu'une femme soit débauchée... aux yeux du juge s'entend ! (avoir une attitude "libérée" et une réputation de fille facile; par contre, le fait d'avoir en deux jours six amants différents que l'on ne connaissait pas antérieurement caractérisait la débauche).

La loi du 8 janvier 1993 a supprimé ces fins de non recevoir : désormais le défendeur peut écarter la demande en faisant la preuve par tous moyens qu'il ne peut être le père de l'enfant (art.342-4 C.civ.).

Par conséquent :

- l'enfant pour obtenir des subsides doit simplement faire la preuve de l'existence de relations sexuelles pendant la période légale de conception;

- le défendeur à l'action à fins de subsides pour se dégager doit faire la preuve qu'il ne peut être le père de l'enfant.

L'objet de la preuve est donc très différent dans les deux cas.

3. – Les effets de l'action à fins de subsides

En cas de succès de l'action, le défendeur est condamné à verser des "subsides" à l'enfant. Selon l'article 342-2 alinéa 1, les subsides sont les ressources nécessaires à la vie. Ils se règlent sous forme de pension compte tenu des ressources

du débiteur et des besoins du créancier - enfant -. Ils cessent normalement à la majorité de l'enfant.

SOUS-TITRE 4

LA FILIATION ADOPTIVE

Il s'agit d'une filiation artificielle créée en dehors de tout lien de sang, la filiation adoptive résultant de l'adoption a fait l'objet de nombreuses réformes au cours des dernières dizaines d'années. Le statut actuel de l'adoption résulte de la loi du 11 juillet 1966, modifiée par la loi du 22 décembre 1976. La loi du 8 janvier 1993 a apporté quelques retouches à un régime dont on attend, prochainement, la refonte générale.

Il existe deux variétés d'adoption : l'adoption plénière (Chapitre 1) et l'adoption simple (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 - L'ADOPTION PLENIERE

L'adoption plénière a pour but de donner à l'adopté la condition d'enfant légitime de l'adoptant. Elle rompt les liens qui attachaient l'adopté à sa famille d'origine. Il convient d'examiner successivement les conditions (Section 1) et les effets (Section 2) de cette adoption.

SECTION 1 - LES CONDITIONS DE L'ADOPTION PLENIERE

Il existe des conditions de fond (§ 1) et des conditions de forme (§ 2I).

§ 1 - CONDITIONS DE FOND

Certaines conditions intéressent l'adoptant (I), d'autres l'adopté (II). Une dernière condition intéresse en même temps l'adoptant et l'adopté (III).

I. – Les conditions requises de l'adoptant

L'adoption plénière sera le plus souvent demandée par deux époux privés de descendance. Mais il en sera parfois autrement.

A.– Lorsque l'adoption est demandée par deux époux, la loi exige :

- qu'ils ne soient pas séparés de corps;

- qu'ils soient mariés depuis cinq ans ou que les deux aient plus de trente ans (art.343 et 343-1 C.civ.).

B. – L'adoption plénière peut également être demandée par une seule personne, célibataire ou mariée (art.343-1 C.civ.).

Cette possibilité constitue une innovation de la loi de 1966. Dans une telle hypothèse :

- L'âge minimum de l'adoptant a été abaissé à trente ans par la loi de 1976. La condition d'âge ainsi prévue a même été purement et simplement supprimée, par cette dernière loi, en cas d'adoption de l'enfant du conjoint (art.343-2).

- Si l'adoptant est marié et non séparé de corps, il doit obtenir le consentement de son conjoint.

II. – Les conditions requises de l'adopté

Elles sont au nombre de deux :

A. – La première est relative à *l'âge* de l'enfant. Pour bénéficier d'une adoption plénière, l'enfant doit, en principe, être âgé de moins de quinze ans. Cet âge limite peut toutefois être reculé jusqu'à la majorité au profit d'enfants qui, avant l'âge de quinze ans, ont été recueillis en vue d'une adoption ou ont fait l'objet d'une adoption simple. S'il a plus de treize ans, l'adopté doit consentir personnellement à son adoption (art.345).

B. – L'enfant doit être abandonné, il faut que l'enfant *n'ait plus de foyer, de famille*.

Pour éviter les conflits entre parents par le sang et parents adoptifs, la loi a réservé l'adoption à trois catégories d'enfants qu'énumère l'article 347 du Code civil. Ce sont :

1. – Les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption.

Ce consentement doit, en principe, être donné sous la forme authentique. Il peut aussi être donné au service de l'Aide sociale à l'enfance. Il peut être rétracté pendant trois mois. Passé ce délai, les parents peuvent encore demander la restitution de l'enfant, sauf si celui-ci a déjà été placé en vue de l'adoption. En effet, en ce dernier cas, si les personnes qui ont recueilli l'enfant refusent de le "rendre", il appartiendra au tribunal de statuer sur le sort des malheureux enfants (art.348-3).

Le consentement à l'adoption *d'un enfant de moins de deux ans* est soumis à une condition spéciale que prévoit l'article 348-5. Le consentement n'est valable que si l'enfant a été effectivement remis au service de l'Aide sociale à l'enfance ou à une oeuvre d'adoption autorisée.

2. – Les pupilles de l'Etat qui sont sous la tutelle de l'Aide sociale à l'enfance. Tel est notamment le cas :

- des enfants nés de père et mère inconnus;
- des orphelins de père et de mère;
- des enfants dont les parents ont été déchus de l'autorité parentale.

3. – Les enfants qui ont fait l'objet d'une décision judiciaire d'abandon conformément à l'article 350 du Code civil. Il s'agit d'enfants recueillis par un particulier ou l'Aide sociale à l'enfance, dont les parents se sont manifestement désintéressés depuis plus d'un an.

Par ailleurs depuis la loi du 8 janvier 1993, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint n'est permise que lorsque cet enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint (art.345-1 C.civ.).

III - La condition requise a la fois de l'adoptant et de l'adopté

Il s'agit d'une condition de différence d'âge. En principe, il faut entre adoptant et adopté une différence d'âge de quinze ans réduite à dix ans lorsque l'adopté est l'enfant du conjoint de l'adoptant. Le tribunal pourra, s'il y a de justes motifs, prononcer l'adoption même si la différence d'âge est inférieure à celle prévue par la loi (art.344).

§ 2 - CONDITIONS DE FORME

L'adoption plénière est prononcée par jugement du TGI. Un tel jugement ne peut intervenir que si l'enfant a été recueilli au foyer de l'adoptant depuis au moins six mois. D'où deux étapes : le placement en vue de l'adoption plénière et le jugement d'adoption plénière, lequel jugement est transcrit dans les quinze jours sur les registres d'état civil.

SECTION 2 - LES EFFETS DE L'ADOPTION PLENIERE

- A l'égard de sa famille adoptive, l'enfant adopté plénièrement a les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant légitime (sur les effets de l'adoption plénière quant au nom, voir C.civ. art.357).

- A l'égard de sa famille d'origine, il n'a plus aucun lien avec elle.

CHAPITRE 2

L'ADOPTION SIMPLE

Elle s'oppose à l'adoption plénière par ses conditions plus larges (Section 1) et par ses effets plus restreints (Section 2).

SECTION 1 - LES CONDITIONS DE L'ADOPTION SIMPLE

Les conditions de fond et de forme sont celles de l'adoption plénière.

La loi du 8 janvier 1993 a ramené de 15 à 13 ans l'âge minimum à partir duquel le consentement de l'adopté est requis (art.360 C.civ.).

SECTION 2 - LES EFFETS DE L'ADOPTION SIMPLE

C'est essentiellement à ce niveau que résident les différences entre les deux types d'adoption. Ces différences se manifestent à divers plans.

§ 1 - A L'EGARD DE SA FAMILLE D'ORIGINE

L'enfant adopté d'une manière simple conserve ses droits de succession, ses droits et obligations alimentaires.

§ 2 - A L'EGARD DE SA FAMILLE ADOPTIVE

L'enfant adopté voit naître des liens nouveaux qui intéressent à la fois sa personne et son patrimoine.

I.– Sur le plan de la personne de l'enfant

L'adoption simple va conférer à l'adoptant l'autorité parentale.

Elle entraîne des prohibitions au mariage entre l'adoptant et l'adopté ou ses descendants.

L'adopté prend en principe le nom de l'adoptant en l'ajoutant à son nom patronymique d'origine. Il y a toutefois une exception à ce principe : le tribunal peut décider qu'il portera purement et simplement le nom de l'adoptant (art.363 C.civ. modifié par la loi du 8 janvier 1993).

II. – Sur le plan patrimonial

L'adoption simple fait naître des obligations alimentaires entre l'adoptant et l'adopté.

L'adoption simple fait également naître des droits successoraux entre l'adopté et sa famille adoptive.

Notons enfin, pour terminer, qu'à la différence de l'adoption plénière qui est irrévocable, l'adoption simple peut, si cela est justifié par des motifs graves, être l'objet d'une révocation.

C'est par l'étude de cette faculté de révocation de l'adoption simple que s'achève l'étude de la filiation et plus généralement de la famille, et plus généralement encore, le cours de Droit civil de 1ère Année.

CONCLUSION DU COURS DE PREMIERE ANNEE

A l'issue de cet enseignement, quelle conclusion peut-on essayer de tirer de celui-ci ?

*. – *L'introduction générale à l'étude du Droit* (Première partie du cours) nous a essentiellement permis de présenter et de définir des notions essentielles du Droit (privé).

Ces notions sont mouvantes, quoique leur objet (biens, meubles, immeubles, contrat, famille) soit millénaire ; leur origine remonte au génie du droit romain, associé à celui du droit canonique et de la longue érosion des institutions due à l'écoulement bénéfique du temps, et finalement au Code civil. Cela étant l'évolution des méthodes du droit, l'irruption de la jurisprudence, mettent en jeu de nouvelles façon de présenter le droit, ses sources, son interprétation, ses conflits. Il n'est plus possible aujourd'hui d'affirmer de manière péremptoire que le droit est stable : c'est l'inverse, le droit est instable, il évolue sans cesse, soit techniquement, au gré des nouvelles lois, souvent techniques, et des nouvelles interprétations jurisprudentielles, qui font du droit non plus comme on a pu le croire ou l'écrire, un ensemble de prédicats mais un art de l'argumentation, une rencontre des arguments discutables.

L'étude de ces concepts révèle en outre que le droit remodèle la nature : « *le droit est la plus grande école de l'imagination* », écrivait Jean Giraudoux en imaginant que la guerre de Troie n'aurait pas lieu

Le droit remodèle les choses : les pigeons des colombiers, les lapins de garenne, les poissons des étangs sont des immeubles au sens de l'article 524 du Code civil et les inventions, les signes distinctifs sont des meubles, au même titre (ou presque) qu'une télévision ou qu'un vase antique. Le droit remodèle les personnes et la jurisprudence décide que le fœtus, le bébé conçu, est déjà une personne du moins lorsqu'il s'agit pour lui d'hériter.

Le juriste allemand Savigny pouvait ainsi écrire : « *le Droit courbe les faits sous son joug* » et Giraudoux – encore lui – de surenchérir : « *jamais poète n'a interprété plus librement la nature que le juriste la réalité* », mais l'inverse n'est pas faux : « *les faits courbent le droit* » tant la sociologie imprègne la manière de faire du droit ou de le comprendre.

Mais le droit ne peut impunément altérer la nature; c'est là la grande révélation apportée par l'écologie contemporaine : la nature a ses lois qui échappent aux lois de l'homme. Le droit doit apprendre à respecter la nature. Dès lors, le droit

imagine des nouvelles formes d'organisation : il invente le patrimoine de l'humanité, le droit à respirer un air pur, les droits de polluer, éventuellement cessibles (dans le cadre du fameux Protocole de Rio), la guerre humanitaire...

** – *La personne*, objet de la deuxième partie de ce cours, est une réalité naturelle. Le droit respecte la personne parce que celle-ci est sacrée et conçue par Dieu, à moins, plus ordinairement, que l'homme ne soit qu'un animal pensant, à la différence des pigeons, des lapins, des arbres ou de la terre. Une distance infinie séparera toujours les bébés d'hommes des bébés phoques.

Conçue par Dieu, la personne humaine est respectée par le droit :

- Elle est toujours reconnue, c'est la personnalité juridique associée à toute personne physique.
- Elle est protégée ainsi que le démontre le Droit des incapacités.
- Elle est immuable : c'est là le sens du principe de l'immutabilité de l'état de la personne. Mais, de ce point de vue, la désacralisation de la personne est évidente, et la possibilité pour "Marcel" de devenir "Monique" révèle que la conception divine de l'homme ne guide plus la plume du juge (voir jurisprudence sur le transsexualisme).

Bien des systèmes de Droit n'ont pas pour l'homme la même considération : le Droit romain ne reconnaissait pas toujours la personnalité juridique; le Droit Nazi ne protégeait pas certaines personnes dont il faisait impunément des esclaves. Le Droit civil apparaît ainsi comme le Droit de la civilisation, comme un Droit qui génère des droits pour l'homme : ce sont les droits de l'homme.

*** – Si la personne est sacrée, la *famille* l'est tout autant (Troisième et dernière partie de ce cours). Et pourtant, là encore l'évolution est considérable.

La désacralisation de la famille est évidente : l'union libre (qui est l'antinomie parfaite du sacré dans le mariage) progresse en même temps que le nombre de divorces (on ne se marie plus pour ne plus avoir à divorcer : quel gain de temps et d'argent).

La désacralisation de la famille, c'est aussi sa démocratisation. L'autocratie du mari père qui là encore restituait un enseignement biblique s'est effacée devant l'autonomie de la femme et des enfants.

D'institution hiérarchisée le mariage est devenu une association égalitaire... le droit sait parfois évoluer dans le bon sens. Cette désacralisation atteint aussi *l'enfant* de la famille. Notre Droit de la filiation repose sur deux principes : la vérité biologique (voir Loi du 8 janvier 1993), l'égalité juridique (voir le statut de l'enfant naturel désormais calqué sur celui de l'enfant légitime). Le Droit respecte ainsi la vérité et l'égalité naturelle : les enfants sont tous des enfants de Dieu égaux devant la loi. Mais cette cohérence pourrait être remise en cause par les discriminations qu'introduit le projet de loi sur la bioéthique et sur l'insémination artificielle entre l'enfant né naturellement et celui qui naît artificiellement. Là encore, à la suite de la

médecine le Droit remodèle dangereusement la nature. Face à la nature des choses et des personnes le juriste doit apprendre la modestie et c'est peut-être là la seule conclusion à tirer de cet enseignement de Droit civil.