
Les mutations contemporaines du droit de la filiation

Selon le psychanalyste et juriste Pierre Legendre, le droit de la filiation aurait versé dans une « conception bouchère », tant le parti scientiste privilégie la vérité biologique du lien au détriment des autres vérités, qu'elles soient sociologiques (la possession d'état) ou officielles (le titre). Dans quelle mesure ce constat sévère reflète-t-il les mutations contemporaines du droit de la filiation ?

Ces mutations, comprises comme celles du droit positif de la dernière décennie, soulèvent une double difficulté. D'une part, elles s'enracinent dans un écheveau compliqué de transformations antérieures, progressives ou brutales, partielles ou globales. D'autre part, elles ne peuvent se comprendre que si l'institution est entendue dans le sens large de ses modes d'établissement et de ses effets. En effet, la conception que le droit se fait des seconds réagit sur celle qui gouverne les premiers ; ceci caractérise le droit de la filiation de l'Ancien Régime jusqu'à nos jours. En instaurant un principe d'égalité des filiations, le législateur, en 1972, en limita la portée aux effets des filiations et plus précisément aux effets successoraux, mais il persista à concevoir distinctement le régime de l'établissement des filiations légitime et naturelle. En cela, il renoua partiellement avec le droit révolutionnaire, mais modifia profondément le code civil de 1804. L'évolution postérieure à 1972 recompose à nouveau le droit de la filiation sur de nouvelles bases. La France n'a pas procédé à une réforme globale du droit de la famille, mais a entrepris depuis quelques années de le moderniser grâce aux travaux conjugués du législateur et du gouvernement. Le droit de la filiation a été profondément transformé par la loi du 3 janvier 1972, qui demeurera une étape marquante dans son évolution. Cette loi a notamment levé les interdits à l'établissement de la filiation adultérine et posé le principe d'égalité entre les enfants naturels et les enfants légitimes mais en l'accompagnant de restrictions au détriment des enfants adultérins en matière de successions et de libéralités. Dix ans après, la loi du 25 juin 1982 a admis la possession d'état parmi les modes d'établissement de la filiation naturelle. La loi du 8 janvier 1993 a ensuite remédié partiellement au vieillissement des textes et assoupli notamment le régime de l'action en recherche de paternité naturelle, a ouvert à l'enfant majeur l'action en rétablissement de la présomption *Pater is est* et inscrit dans le code civil une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité naturelle lorsque, au cours de l'accouchement, une femme a demandé le secret de son identité. Suite à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Mazurek*, la loi du 3 décembre 2001 a abrogé les dispositions discriminatoires à l'égard des enfants adultérins en droit des successions. La loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille de l'enfant, modifiée par la loi du 18 juin 2003, entrée en vigueur le 1er janvier 2005, a transformé les règles d'attribution du nom à l'enfant. La méthode n'est guère logique puisque la réforme de la filiation aurait dû précéder celle du nom de l'enfant, l'attribution du nom étant liée à l'établissement de la filiation. La loi réformant l'autorité parentale, du 4 mars 2002, a transféré à sa juste place, c'est-à-dire en tête du titre septième du livre premier, le principe d'égalité des filiations. La réforme de la filiation restait alors à réaliser, même si les travaux préparatoires étaient engagés de longue date. Par la loi du 9 décembre 2004, de simplification du droit, le Parlement a habilité le gouvernement à procéder par voie d'ordonnance à la rénovation du droit de la filiation. L'ordonnance du 4 juillet 2005 opère ainsi une restructuration du titre septième du livre premier du code civil et, subsidiairement, un toilettage de tous les textes qui faisaient référence aux expressions « filiation légitime » et « filiation naturelle ». Dans son ensemble, l'ordonnance du 4 juillet 2005, ratifiée par une loi du 16 janvier 2009, a été élaborée dans un souci de remédier au vieillissement de la loi de 1972, de simplification et de meilleure lisibilité des textes, et surtout d'harmonisation des règles de fond concernant l'établissement et la contestation de la

filiation des enfants nés dans le mariage ou hors mariage. Ses grandes orientations sont assez consensuelles et inspirées bien souvent des suggestions exprimées lors des travaux antérieurs.

Cependant, par-delà ces évolutions des sources, qui se sont déroulées dans un climat relativement serein, il faut reconnaître que le propos de Pierre Legendre témoigne assez bien des mutations très conflictuelles des équilibres internes du droit de la filiation. En effet, la montée en puissance de l'individualisme et les coups de boutoir des « droits à... » ont contribué à éroder l'ordre public traditionnel, voire les interdits fondamentaux. La montée en puissance des volontés individuelles en matière de filiation est ainsi doublement conflictuelle : d'un point de vue de droit subjectif, les conflits judiciaires tendant à se multiplier ; d'un point de vue de droit objectif, les incohérences ponctuelles et les mutations anthropologiques qui sont en jeu suscitent encore aujourd'hui de profonds débats dans la communauté des juristes, et au-delà.

Aussi bien convient-il de mettre en rapport les mutations contemporaines des sources du droit de la filiation, qui ont consacré une égalisation somme toute consensuelle (I) et les mutations des équilibres du droit de la filiation qui mettent à l'épreuve l'ordre public, au profit d'une libéralisation beaucoup plus conflictuelle (II).

I- Les mutations contemporaines des sources du droit de la filiation, un facteur d'égalisation consensuelle

Désormais, le droit de la filiation, comme bien d'autres branches du droit, n'est plus régi par le seul droit civil interne. Ce dernier s'intègre dans un ensemble plus vaste et doit se soumettre à des normes supérieures qui contribuent souvent à l'orienter dans des sens nouveaux ou renouvelés, qu'il s'agisse du droit constitutionnel interne ou du droit international matériel. Les mutations contemporaines ont principalement consisté à accueillir plus largement les sources internationales (A) et à simplifier relativement les sources internes (B).

A- L'accueil élargi des sources internationales

L'accueil élargi des sources internationales se vérifie tant au regard de la Convention des droits de l'enfant (1) que de la Convention européenne des droits de l'homme (2).

1- La Convention internationale des droits de l'enfant

Cette convention a suscité un important contentieux quant à son caractère autoexécutoire. La question qui s'est posée, face à des usages inflationnistes de la convention par des plaideurs, est celle de savoir si la convention peut être invoquée par les particuliers devant les tribunaux et appliquée par ces derniers directement - la loi française étant de ce fait éludée - ou si, à l'inverse, la convention n'engage que les États et, par suite, ne crée pas de droits dont les personnes privées puissent se prévaloir. Dans un premier temps, par quatre arrêts conformes, la Cour de cassation a jugé que « *les dispositions de la convention relative aux droits de l'enfant ne créent d'obligations qu'à la charge des États parties et ne peuvent être directement invoquées devant les juridictions* » (Civ. 1^{re}, 10 mars 1993; Civ. 1^{re}, 4 janv. 1995). Cette jurisprudence donna lieu à de nombreuses appréciations doctrinales plutôt critiques. La Cour de cassation aurait voulu couper court à un contentieux dangereux et inutile compte tenu des termes très généraux des dispositions du traité que seule la loi interne est à même de préciser pour en assurer l'effectivité, et aurait refusé d'entrer dans la distinction des dispositions directement applicables de celles qui ne peuvent pas l'être, contrairement au

Conseil d'État qui admit, au cas par cas et selon la rédaction de chaque article, la portée de son application (pour la non-application directe, CE 23 avr. 1997, CE 14 janv. 1998; pour l'application directe de certaines dispositions, CE 10 mars 1995). La Cour de cassation, probablement inquiète du respect de son interprétation par les juges du fond, devait revenir sur la jurisprudence par de nombreux arrêts et admettre l'applicabilité directe de la Convention (not., Civ. 1^{re}, 14 juin 2005 ; Civ. 1^{re}, 7 avr. 2006). La convention de New York vise essentiellement la condition juridique et sociale des enfants au regard de leur éducation, de leur santé, et d'autres droits ou intérêts inspirés des différentes générations des droits de l'homme tels qu'ils peuvent et doivent être adaptés aux enfants. La filiation *stricto sensu* n'en est pas l'objet direct, mais certains articles peuvent avoir une incidence sur la filiation elle-même. Parmi les dispositions susceptibles d'application à la filiation figure l'article 7 de la convention, qui énonce le « droit de l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux ».

2- La Convention européenne des droits de l'homme

Ce texte, dont le rôle et l'autorité en droit civil vont croissant en raison du recours souvent systématique à ses dispositions dans le contentieux judiciaire et administratif interne et des recours des justiciables devant la Cour européenne, n'a pas posé de problème quant à son applicabilité directe qui a toujours été admise. Le droit français de la filiation semblait, à première vue, n'être que très indirectement concerné par la convention. Cependant, la jurisprudence européenne relative à la conformité à la convention des lois nationales démontre que son application n'est nullement exclue en la matière. C'est la condamnation des discriminations qui inaugura l'intervention de la Cour en matière de filiation, de ses modes d'établissement comme de ses effets. Dans l'arrêt *Marckx c/ Belgique* du 13 juin 1979, par interprétation des articles 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) et 14 de la convention (principe d'égalité), la Cour européenne sanctionna les discriminations établies par la loi belge de l'époque entre enfants légitimes et naturels, la rupture d'égalité résultant, d'une part, de l'impossibilité d'établir la filiation naturelle maternelle par la seule indication du nom de la mère dans l'acte de naissance et, d'autre part, de l'infériorité des droits patrimoniaux attachés à la filiation à l'encontre des enfants naturels. La Cour découvre dans l'article 8 une obligation positive des États de prévoir « une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille légitime ou naturelle, de manière à lui permettre de mener une vie familiale normale, notamment la possibilité pour l'enfant né hors mariage d'établir sa filiation maternelle ». C'est à propos des effets successoraux de la filiation que le respect du principe d'égalité entre enfants a été imposé avec force et constance par la Cour européenne des droits de l'homme. La sanction des inégalités subsistant dans la loi du 3 janvier 1972 au détriment de l'enfant adultérin en concours avec des enfants légitimes ou avec le conjoint victime de l'adultère, est intervenue le 1^{er} février 2000 (*Mazurek c/ France*). L'égalité dans les successions, aussi bien légales que testamentaires, fut fondée dans cet arrêt sur l'article 1^{er} du Protocole 1, relatif au respect des biens, mais ce visa n'est là que pour justifier l'harmonie nécessaire entre les effets personnels et les effets patrimoniaux et soutenir pour ces derniers le principe d'égalité de l'article 14 de la convention. C'est la loi du 3 décembre 2001 qui mit en conformité le droit français sur ce point.

Si l'accueil élargi du droit international et européen a fini par s'imposer, il n'en reste pas moins que l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme rend l'influence de la Convention sur le droit interne des États particulièrement incertaine. En effet, cette interprétation nécessaire des droits de l'homme oblige la Cour à inventer un contenu précis aux notions floues de « respect », « vie familiale normale », « marge d'appréciation des États », « rapports raisonnables de proportionnalité », etc. La Cour européenne des droits de

l'homme privilégie en outre une interprétation téléologique et évolutive en tenant compte des convergences ou des divergences des droits internes des États. Quoi qu'il en soit, elle joue un rôle important dans l'harmonisation des droits internes en fonction d'une conception essentiellement individualiste des droits familiaux. La Cour incita du reste à une simplification relative des sources internes.

B- La simplification relative des sources internes

Que le droit mérite d'être simplifié ne fait pas de doute ; qu'une matière aussi fondamentale et délicate le soit par la voie réglementaire n'est acceptable qu'en raison des travaux qui avaient montré les voies à suivre. Le plus curieux est que l'ordonnance du 4 juillet 2005 (1), déclarée applicable le 1^{er} janvier 2006 et suivie d'une très longue circulaire du 30 juin 2006 destinée aux magistrats n'a pas été rapidement ratifiée par le Parlement : il fallut attendre le 16 janvier 2009 pour que l'Assemblée nationale ratifie l'ordonnance à laquelle, comme le Sénat, elle apporta quelques modifications substantielles (2).

1- L'architecture simplifiée du droit de la filiation après l'ordonnance du 4 juillet 2005

Le Titre septième du Livre premier comporte quatre chapitres, dont les trois premiers sont nouveaux. Le plan n'est plus bâti autour de la distinction entre la filiation légitime et la filiation naturelle. Après les dispositions générales (chapitre I), sont désormais envisagés les modes d'établissement non contentieux de la filiation (chapitre II), puis les actions relatives à la filiation (chapitre III), le dernier chapitre étant consacré à l'action à fins de subsides (chapitre IV). Cette mutation est en harmonie avec les évolutions sociologiques, puisque désormais plus de 50% des naissances ont lieu hors mariage. La jurisprudence sur certains textes issus de la loi du 3 janvier 1972 avait porté un coup sérieux à la sécurité de la filiation soit en admettant qu'une filiation puisse être valablement établie à l'égard d'un enfant déjà doté d'une filiation, légitime notamment, soit que des actions en contestation de filiation puissent être exercées dans des conditions beaucoup plus souples que les actions spécialement prévues à cet effet. La filiation en mariage s'en trouvait affaiblie et la filiation hors mariage pouvait être contestée de manière assez large. Cet état du droit que la possibilité de preuve certaine par expertise biologique expliquait ne se justifiait pas, car le régime de ces actions découvertes par les tribunaux échappait aux conditions beaucoup plus strictes des actions expressément réglementées. L'ordonnance sur ce point unifie dans une large mesure le régime des actions en établissement de la filiation ainsi que celui des actions en contestation, et le Sénat puis l'Assemblée nationale renforcent cette unification en ce qui concerne les délais de prescription. Ayant ainsi assez largement simplifié le droit positif au risque de l'appauvrir et surtout de creuser fortement le fossé entre le lien conjugal et la filiation des enfants qui en naissent, au prix d'un écart excessif entre le droit et la majorité des situations de fait, le droit français s'est, dans une large mesure, inspiré des exemples étrangers, d'une manière plus dogmatique et abstraite que ne l'avait été la réforme de 1972. Deux exemples permettent d'illustrer cette simplification.

D'une part, l'article 320 vient remplacer l'ancien article 311-12 à propos des conflits de filiations. Il élève judicieusement en règle générale le principe chronologique qui, dans la loi de 1972, avait une portée limitée à deux hypothèses : les conflits entre deux reconnaissances contraires (ancien art. 338) et le cas où des époux revendiquaient un enfant déjà reconnu par un autre homme que le mari (ancien art. 328). Dorénavant, un lien de filiation légalement établi fait obstacle à l'établissement légal d'un lien contraire tant qu'il n'a pas été annulé par une décision définitive. Par ce mécanisme préventif en droit de tous les conflits, la filiation

établie la première en date empêche l'établissement légal d'un lien contraire tant qu'elle n'a pas été contestée et annulée dans les conditions visées aux articles 321 et 332 et suivants. D'autre part, la durée du délai de prescription de droit commun des actions relatives à la filiation est réduite de trente à dix ans, ce qui constitue un profond changement, étant précisé que ce délai est suspendu, comme dans le droit antérieur, en faveur de l'enfant pendant sa minorité, même s'il a été émancipé.

2- La loi de ratification du 16 janvier 2009

La loi de ratification du 16 janvier 2009 a été l'occasion pour le législateur d'apporter quelques modifications. Ainsi, cette loi procède à une importante simplification en matière d'exclusion et de rétablissement de la présomption de paternité. Avant cette loi, il existait deux cas d'exclusion de la présomption de paternité, et, suivant le cas d'exclusion, les possibilités de rétablissement n'étaient pas les mêmes. Selon l'article 313, la présomption de paternité était exclue lorsque l'enfant avait été conçu durant une période de séparation légale. Dans ce cas, l'alinéa 2 de l'article 313 prévoyait que la présomption était rétablie de plein droit en présence d'une possession d'état (et à condition qu'il n'existe pas de lien de filiation établi à l'égard d'un tiers). Selon l'article 314, la présomption de paternité était encore exclue en cas d'absence de désignation du mari en qualité de père dans l'acte de naissance et d'absence de possession d'état à son égard. Les deux conditions étant cumulatives, il n'était pas question ici de rétablissement sur le fondement de la possession d'état, son absence étant une condition de l'exclusion. En toute hypothèse, quel que soit le cas d'exclusion, la présomption pouvait être rétablie en justice (art. 315 c. civ.). Désormais, la présomption pourra être exclue en cas de conception pendant une période de séparation légale ou en cas d'absence de désignation du mari en qualité de père dans l'acte de naissance. Quel que soit le cas d'exclusion, la présomption sera rétablie de plein droit en présence d'une possession d'état à l'égard du mari de la mère, si aucun lien de filiation n'est établi à l'égard d'un tiers. Naturellement, le rétablissement judiciaire prévu à l'article 315 est maintenu. Autrement dit, désormais, lorsque le mari ne sera pas désigné en qualité de père dans l'acte de naissance de l'enfant mais qu'il y aura bien une possession d'état à son égard, la présomption de paternité sera exclue puis rétablie de plein droit, alors qu'auparavant elle n'était pas exclue, une des conditions n'étant pas remplie. Autre exemple de modification, celle relative au délai pour agir de l'action à fins de subsides. L'ordonnance de 2005 avait laissé inchangé le délai de deux ans pour agir à fins de subsides pendant qu'elle avait modifié le délai de l'action en recherche de paternité, l'allongeant de deux à dix ans. Les éléments du débat relatif au délai adéquat sont les mêmes en matière d'action en recherche de paternité et d'action à fin de subsides. Il faut dans les deux cas mettre en balance d'un côté l'intérêt du père et la sécurité juridique et d'un autre côté l'intérêt de l'enfant (voire de la mère), et dans les deux cas les progrès de l'expertise permettent aujourd'hui d'écarter le risque de déperissement des preuves. Une différence de condition de délai entre les deux actions ne se justifiait donc pas. On comprend alors parfaitement que le législateur de 2009 ait aligné le délai pour agir à fin de subsides sur celui pour agir en recherche de paternité, ce sera désormais dix ans dans un cas comme dans l'autre (ce délai étant naturellement suspendu pendant la minorité de l'enfant).

On le voit, l'évolution des sources a contribué à simplifier le droit de la filiation, tout du moins au regard de ses règles substantielles, car le droit transitoire demeure d'une remarquable complexité. Cela dit, au-delà des critiques suscitées par cette inscription dans le temps des mutations contemporaines, ce sont surtout les modifications des équilibres profonds du droit de la filiation qui continuent à faire débat.

II- Les mutations contemporaines des équilibres du droit de la filiation, un facteur de libéralisation conflictuelle

Les mutations contemporaines du droit de la filiation ont affecté les équilibres de la matière, privilégiant une montée en puissance des volontés individuelles (A), ce qui suscite inévitablement des hésitations quant à l'ordre public (B).

A- La montée en puissance des volontés individuelles

La montée en puissance des volontés individuelles s'observe aussi bien dans les filiations par le sang (1) que dans les filiations électives (2).

1- dans les filiations par le sang

Le souci de liberté a fortement inspiré l'évolution contemporaine du droit de la famille en général et de la filiation en particulier. Cela s'est traduit, à tous les niveaux, par une place grandissante accordée aux volontés individuelles, que ce soit sur le plan personnel ou dans les rapports patrimoniaux, qu'il s'agisse des rapports de couple ou des relations entre parents et enfants. Formellement, le principe d'indisponibilité n'est expressément prévu, par l'ancien article 311-9 et par l'actuel article 323 du code civil selon les mêmes termes, qu'à propos des actions en justice relatives à la filiation dont il est écrit qu'elles « ne peuvent faire l'objet de renonciation ». Ce texte est considéré comme une application particulière d'un principe plus général selon lequel l'état des personnes est hors du commerce juridique. C'est que le principe d'indisponibilité demeure fondé sur l'idée que la filiation est un statut objectif et impératif tandis que les tendances nouvelles du droit des personnes et de la famille s'inspirent de l'individualisme qui caractérise l'idée de droit subjectif sous la maîtrise des volontés individuelles. Ces confusions résultent du souci du législateur ou de la jurisprudence de prétendre rendre compte de tous les intérêts et valeurs en jeu dans la filiation sans savoir selon quels critères et quelles références normatives les hiérarchiser. La notion d'indisponibilité ne peut que s'étioler et perdre ses frontières dans un droit où, de fait, une grande place est laissée au rôle, sinon de la volonté au sens de l'acte juridique, du moins aux initiatives ou comportements tendant à créer ou à détruire en fait un lien de parenté.

Deux mutations en témoignent de façon exemplaire. D'une part, la reconnaissance, mode extrajudiciaire d'établissement de la filiation, est devenue, par la force de l'ordonnance du 4 juillet 2005, un mode général d'établissement de la filiation. En vertu du nouvel article 316 du code civil, la reconnaissance volontaire apparaît certes quelque peu subsidiaire par rapport au premier mode d'établissement par effet de la loi, mais elle n'est plus limitée à la filiation paternelle hors mariage. L'ordonnance du 4 juillet 2005 n'a pas modifié les conditions de validité, de fond et de forme, de la reconnaissance, qu'il conviendra donc de transposer du droit antérieur, et elle admet que la reconnaissance de l'enfant puisse être prénatale « faite avant ou après la naissance », consacrant sur ce point une jurisprudence généralement approuvée. L'enfant conçu peut être reconnu par ses parents, la reconnaissance produisant ses effets d'établissement de la filiation à la naissance. Formellement aussi, le nouvel article 316 du code civil énonce le caractère divisible de la filiation établie par reconnaissance : « la reconnaissance n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur... ». L'acte comporte les énonciations prévues à l'article 62 du code civil et la mention que l'auteur de la reconnaissance a été informé du caractère divisible du lien de filiation ainsi établi

D'autre part, deux arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation du 28 mars et du 30 mai 2000 constituent un revirement de jurisprudence considérable : alors que les solutions traditionnelles considéraient que l'expertise biologique n'était qu'une mesure

d'instruction parmi d'autres et était dès lors facultative pour le juge qui pouvait la refuser en l'absence de tout début de preuve sérieux, la première chambre civile affirme depuis 2000 que « l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder », ce qui consacre un véritable « droit à la preuve biologique » reconnu au demandeur, qu'il soit adulte (mère de l'enfant, père prétendu...) ou mineur, et surtout quel que soit l'objet de l'action (établir ou au contraire détruire un lien de filiation). Ces arrêts de 2000 avaient été rendus à propos d'actions en contestation de reconnaissance paternelle, domaine dans lequel la preuve est libre. On peut du reste relever dans cette évolution récente une dernière tendance qui résulte de la volonté du législateur de tenir compte des progrès scientifiques, ce que l'on retrouve dans le cadre des filiations électives.

2- dans les filiations électives

Les liens entre la science et le droit sont maintenant particulièrement étroits pour tout ce qui touche à la filiation, et le pouvoir politique tente de maîtriser tant bien que mal les possibilités immenses ouvertes par les découvertes scientifiques de ces dernières années. Depuis les lois dites bioéthiques du 29 juillet 1994, modifiées par la loi du 6 août 2004, la procréation peut être médicalement assistée à la demande de couples, hétérosexuels exclusivement, mariés ou non, et qui consentent expressément au projet parental. Les procédés d'assistance médicale à la procréation sont limitativement autorisés : fécondation in vitro, transfert d'embryon, insémination avec tiers donneur. En tout cas, la filiation de l'enfant issu de procréation assistée est alors imposée par application des articles 311-19 et 311-20 du code civil, repris de la législation antérieure par l'ordonnance du 4 juillet 2005 et désormais intégrés aux dispositions générales du nouveau droit de la filiation (chap. I^{er}, sect. III, « De l'assistance médicale à la procréation »). Fondamentalement, pour la filiation de l'enfant en cause, il y a application du droit commun de la filiation tel que généralement établi par l'ordonnance du 4 juillet 2005. Il en est ainsi pour l'établissement extrajudiciaire de la filiation : la filiation maternelle sera établie par indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant ; la filiation paternelle par application de la présomption de paternité si le couple est marié, par reconnaissance volontaire s'il ne l'est pas. Mais quelques dispositions spécifiques sécurisent la filiation : en matière de filiation paternelle, à défaut de reconnaissance, « la paternité est judiciairement déclarée. L'action obéit aux dispositions des articles 328 et 331 ». Cette filiation est aussi protégée puisque, d'une part, aucune contestation de la filiation n'est possible (C. civ., art. 311-20) et que, d'autre part, « en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation ». Cet encadrement n'empêche pas certains auteurs de considérer la PMA, complétée par le dispositif relatif à l'adoption, comme le ferment d'un véritable « droit à l'enfant ». C'est dire les hésitations qui travaillent aujourd'hui la matière, au regard de l'ordre public.

B- Les hésitations de l'ordre public

Les hésitations relatives à l'ordre public sont particulièrement sensibles si l'on considère l'accouchement sous X (1) et l'érosion des interdits fondamentaux comme l'inceste (2).

1- Les hésitations relatives à l'accouchement sous X

Depuis la loi du 8 janvier 1993, il est prévu dans le code civil que « Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit

préservé ». Aux termes de cette loi de 1993, l'accouchement sous X constituait une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité. Ainsi, dès lors que la mère avait demandé le secret de son accouchement, aucun lien de filiation à son égard ne pouvait être établi contre sa volonté au moyen d'une action en recherche. La légalisation de l'accouchement sous X n'imposait pas cette solution. Sans cette fin de non-recevoir, l'accouchement sous X permet « seulement » à la femme de ne pas dévoiler son identité sur l'acte de naissance de l'enfant et de ne pas établir volontairement un lien de filiation. Il n'est pas privé de toute utilité. L'accouchement sous X peut tout à fait se concevoir sans cette fin de non-recevoir. C'est précisément la modification opérée par la loi de ratification du 16 janvier 2009. La femme se retrouve ainsi dans la même position que l'homme qui ne souhaite pas qu'un lien de filiation entre lui et un enfant qu'il a conçu soit établi. Dans cette hypothèse, l'homme refusera alors de reconnaître l'enfant. Néanmoins, si son identité est connue (ou au moins soupçonnée), une action en justice pouvant conduire à établir un lien de filiation contre sa volonté reste possible. La suppression de cette fin de non-recevoir à l'action en recherche que constituait l'accouchement sous X met *a priori* fin à une discrimination fondée sur le sexe. Ainsi que l'ont relevé les rapporteurs de la loi, une condamnation de la Cour EDH sur le fondement de l'article 14 combiné à l'article 8 était à craindre. Concrètement, la suppression de cette fin de non-recevoir ne concernera que très peu de personnes. En effet, il y a environ 700 accouchements sous X par an en France. La plupart des enfants nés sous X sont adoptés rapidement sous la forme plénière. Quand bien même ils apprendraient qu'ils ont été adoptés et souhaiteraient établir un lien de filiation avec leur mère biologique, ils ne le pourront pas, même avec la suppression de la fin de non-recevoir tirée de l'accouchement sous X. En effet, l'identité de leur mère ne sera pas facile à retrouver. Surtout, ainsi que le précise l'article 352 du code civil, « Le placement en vue de l'adoption met obstacle à toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine. Il fait échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance ». Ce n'est plus l'accouchement sous X qui sera ici un obstacle à l'action en recherche de maternité, mais le placement en vue de l'adoption. Il reste tout de même des situations dans lesquelles le changement de législation pourra être utile : lorsque l'enfant ne sera pas adopté. On peut penser particulièrement ici au cas dans lequel le père souhaite établir un lien de filiation à l'égard de son enfant né sous X, comme ce fut le cas dans l'affaire *Benjamin*. On sait depuis l'arrêt du 7 avril 2006 que le père peut reconnaître efficacement un enfant né sous X. Il pourra alors ensuite exercer l'action en recherche pendant la minorité de l'enfant, l'enfant lui-même pouvant encore l'exercer pendant les dix ans de sa majorité. Compte tenu de la loi du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines qui a trouvé un compromis entre l'intérêt de l'enfant et celui de la mère, loi jugée conforme à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH 13 févr. 2003, *Odièvre c/ France*) et de l'abrogation de l'irrecevabilité de l'action en recherche de maternité par la loi du 16 janvier 2009, le droit français ne paraît pas contraire à la Convention. Cela dit, on peut craindre que l'enveloppe laissée par la mère ne demeure vide, dès lors que cette dernière n'est pas à l'abri d'une action ultérieure...

2- L'érosion des interdits fondamentaux : l'exemple de l'inceste

L'inceste consacré en matière pénale se distingue de l'acception civile. Alors que l'inceste pénal interdit et sanctionne certaines relations sexuelles au sein de la famille, l'inceste civil prohibe l'établissement de certains liens de droit : mariage (art. 161, 162 et 163 c. civ.), pacte civil de solidarité (art. 515-2 c. civ.), ou filiation (art. 310-2 c. civ.). En revanche, le droit civil n'interdit pas les relations sexuelles incestueuses en elles-mêmes. Il en fait parfois même état. Ainsi, l'enfant né d'un inceste peut réclamer des subsides à celui qui a eu des relations sexuelles avec sa mère (art. 342, al 3, c. civ.). L'interdit de l'inceste se traduit donc

tout spécialement par une loi d'exogamie jouant uniquement dans les couples institués. Au reste, s'agissant des alliés, il ne paraît pas inéluctable que cet interdit disparaisse, en dépit de la position de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH 13 sept. 2005, *B. et L. c/ Royaume-Uni*). L'interdit de l'inceste entre alliés correspond à l'inceste du deuxième type dont Françoise Héritier a pu expliquer les fondements et indiquer l'importance. Le beau-père, en ayant des relations avec sa belle-fille, prend la place de son fils, partage son intimité, se confond avec lui (sauf si ce dernier est mort, article 164 du Code civil). Cet inceste implique une confusion des identiques aussi dévastatrice que l'inceste du premier type et mérite donc d'être prohibé. Il n'en reste pas moins une hypothèse où l'on a cherché à faire reculer l'interdit : celle qui concerne l'adoption simple de l'enfant incestueux. Le droit positif interdit en effet l'établissement d'une telle filiation par quelque moyen que ce soit, c'est-à-dire notamment par une adoption simple (art. 310-2 c. civ.). Les rédacteurs de l'ordonnance du 4 juillet 2005 avaient voulu, par cette formule, consacrer la solution de la jurisprudence de la Cour de cassation du 6 janvier 2004, qui condamnait l'adoption simple de l'enfant né d'une relation incestueuse entre un frère et une soeur (Civ. 1re, 6 janv. 2004). Cette interdiction est très largement approuvée par la doctrine majoritaire, spécialement parce qu'une telle adoption consacrerait indirectement l'existence du couple incestueux. La conclusion s'impose évidemment dès lors que l'on analyse l'adoption simple comme l'est l'adoption plénière : un procédé permettant d'imiter la nature, « comme si » les parents adoptifs étaient les parents biologiques. Il convient du reste de noter que la loi pénale du 8 février 2010 a choisi de rappeler expressément ce tabou au cœur du Code pénal.

Conclusion : Dans sa très longue histoire, le droit de la filiation a subi une évolution souterraine lente puis visible et rapide. La recherche de sa cohérence a toujours occupé les juristes qui ne sont pas parvenus à l'accomplir pleinement. C'est que la procréation et les liens familiaux n'obéissent pas à une logique rationnelle et ne relèvent ni de la justice distributive, ni de la logique commutative. Une ligne directrice parcourt toutefois les mutations contemporaines : d'un lien institutionnel commandé par l'intérêt général de la société, on est passé à une conception individuelle centrée sur les droits et intérêts particuliers des personnes impliquées dans les rapports de filiation. L'idée qu'il s'agit d'abord d'un lien qui institue les individus dans des rapports asymétriques de générations s'estompe, mais l'idéologie individualiste au soutien d'un lien voulu et maîtrisé par ces mêmes individus ne peut faire abstraction de la réalité des faits qui situent nécessairement ce lien dans la différence des sexes et des générations et qui les engage impérativement les uns envers les autres. Oublier cette différence, ce serait bel et bien consacrer une conception « bouchère » de la filiation... Sans doute faut-il s'en souvenir avant de procéder à la levée de l'interdit qui frappe la maternité pour autrui.