Ministère des affaires sociales et de la santé

Ministère délégué chargé de la famille

Filiation, origines, parentalité

Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle

Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité

Irène THERY présidente

Anne-Marie LEROYER rapporteure

2014

Ministère des affaires sociales et de la santé

Ministère délégué chargé de la famille

Filiation, origines, parentalité

Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle

Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité

Irène THERY présidente

Anne-Marie LEROYER rapporteure

2014

Ce rapport est dédié à la mémoire

de Marie-Christine George

conseillère à la cour d'appel de Paris

Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Ministère des Affaires sociales et de la Santé
Ministère délégué chargé de la Famille

La Ministre

Paris, le 04 octobre 2013

Ref : DB/SL/AS

Madame,

L'investissement dans la jeunesse auquel s'est engagé le président de la République suppose une politique ambitieuse en direction des enfants. Des réformes significatives ont été engagées au cours de la première année du quinquennat, qu'il s'agisse de la reforme des **prestations familiales** pour lutter contre la pauvreté des enfants, ou du développement de **services aux familles** pour créer les conditions de la réussite de tous les enfants.

Cette rénovation de notre politique familiale implique également une série d'**évolutions au sein de notre droit**. Face aux ruptures qui peuvent marquer la vie des enfants, la collectivité doit leur assurer de nouvelles protections, mieux reconnaître leur capacité à construire leur propre trajectoire biographique, et le cas échéant permettre l'exercice de nouveaux droits.

C'est dans cette perspective que je prépare un **projet de loi abordant les nouvelles protections, les nouvelles sécurités, et les nouveaux droits pour les enfants**.

Vous avez accepté d'assurer la présidence du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité » destiné à nourrir la réflexion préalable à l'écriture de ce texte. Je tiens à vous en remercier très sincèrement.

Epaulée par Anne-Marie Leroyer en tant que rapporteure qui vous accompagnera dans la conduite des travaux, vous avez toute latitude pour identifier les autres membres du groupe de travail, qui pourra se réunir au Ministère de la Famille et bénéficier de son soutien logistique.

Je vous remercie de bien vouloir me transmettre pour le 10 décembre la présentation de la réflexion de votre groupe de travail, sur la base du cahier des charges que vous trouverez en annexe à ce courrier.

.../...

55, rue Saint-Dominique – 75007 Paris

Nous aurons l'occasion, au cours des prochaines semaines, de nous rencontrer pour échanger sur l'avancée de vos travaux. Dans l'attente, je vous prie d'agréer, Madame, l'expression de mes sentiments les meilleurs.

Dominique BERTINOTTI

PJ : cahier des charges du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité »

Madame Irène Théry
[redacted]

Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Cahier des charges du groupe de travail
« Filiation, origines, parentalité »

Présidente : Irène THERY, sociologue, directrice d'études à l'EHESS
Rapporteure : Anne-Marie LEROYER, juriste, professeur à l'université Panthéon Sorbonne, Paris I

Ce groupe aura pour tâche d'appréhender les métamorphoses contemporaines de la filiation, d'analyser la diversité de ses modalités d'établissement, ainsi que les questions qu'elles soulèvent.

Il envisagera également les situations dans lesquelles sont impliquées des personnes qui ne sont pas les parents de l'enfant au sens de la filiation, en distinguant deux cas :

a) La question de l'accès aux origines, et en général des droits de l'enfant à connaitre l'identité de personnes qui ne sont pas (ou plus) ses parents au sens de la filiation, n'ont aucune vocation à le devenir, et n'exercent pas de responsabilité éducative a son égard. Deux cas de figures seront distingués. D'une part celui des parents de naissance des enfants abandonnés et ensuite adoptés. D'autre part celui des donneurs d'engendrement dans les situations d'assistance médicale à la procréation avec un tiers donneur.

b) La question des droits dans les situations où des personnes exercent de fait des responsabilités éducatives à l'égard de l'enfant, sans avoir de vocation à se substituer aux parents.

Les travaux seront restitués à la Ministre chargée de la famille début décembre sous forme d'un rapport présentant les principaux enjeux d'analyse mis en évidence, les points de discussion au sein du groupe de travail, ainsi qu'une série de propositions détaillées.

SOMMAIRE

Composition du groupe de travail……9
Remerciements……11

INTRODUCTION . Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle……..13

VOLUME 1 – REFLEXION PROSPECTIVE SUR LA FILIATION……25

–Partie I : POUR UN DROIT DE LA FILIATION COMMUN ET PLURALISTE ……..27
Chapitre 1 : De l'ordre matrimonial au démariage : un autre récit du changement familial……29
Chapitre 2 : Une même filiation pour tous……..44
Chapitre 3 : Etat des personnes, état civil et filiation……..57

-Partie II : UNE SEULE FILIATION, TROIS MODALITES D'ETABLISSEMENT……..75
Chapitre 4 : Première modalité d'établissement : l'engendrement par procréation……77
Chapitre 5 : Deuxième modalité d'établissement : l'adoption……91
Annexe au chapitre 5 : Restructurer le titre VIII du code civil ……..123
Chapitre 6 : Un droit spécial de l'adoption : l 'adoption de l'enfant du conjoint……..131
Chapitre 7: Troisième modalité d'établissement : l'engendrement avec tiers donneur……147
Annexe au chapitre 7 : Deux questions sur la gestation pour autrui……185

VOLUME 2 – ACCES AUX ORIGINES ET PARENTALITE. PROPOSITIONS POUR UNE LOI FAMILLE……199

Introduction : accompagner le droit d'accès aux origines personnelles ……..201
Chapitre 8 : L'accès aux origines des personnes nées d'engendrement avec tiers donneur……205
Annexe au chapitre 8 : Accès aux origines et levée de l'anonymat au Royaume-Uni…….237

Chapitre 9 : L'accès aux origines des personnes nées sous X, adoptées et pupilles…..245
Chapitre 10 : Reconnaître la place familiale du beau-parent……...275

- SYNTHESE DES PROPOSITIONS DE REFORME……309
- Présentation des membres du groupe de travail……....333

ANNEXE

Liste des auditions

Contributions des personnes et groupes auditionnés

« Filiation, origines, parentalité »

Composition du groupe de travail

Présidente : Irène THERY, sociologue, directrice d'études à l'EHESS
Rapporteure : Anne-Marie LEROYER, juriste, professeur à l'université Panthéon Sorbonne, Paris I

Secrétariat scientifique :
Marianne SCHULZ, juriste, Paris
Jérôme COURDURIES, anthropologue, maître de conférence à l'université de Toulouse le Mirail

Assistante :
Maïté SAULIER, doctorante en droit de la famille, université Panthéon Sorbonne, Paris I

Juristes :
Hugues FULCHIRON, professeur à l'université Jean Moulin, Lyon III.
Pierre MURAT professeur à l'université P. Mendés-France, Grenoble II.
Laurence BRUNET chercheur à l'université Panthéon-Sorbonne, Paris I
Sylvain BOLLEE professeur à l'université Panthéon-Sorbonne, Paris I
Hubert BOSSE- PLATIERE professeur à l'université de Bourgogne, Dijon
Jehanne SOSSON, professeur à l'université catholique de Louvain

Sociologues :
Martine GROSS, ingénieure de recherche au CNRS, Paris
Simone BATEMAN, directrice de recherche au CNRS, Paris

Anthropologues :
Agnès FINE, directrice d'études à l'EHESS
Enric PORQUERES I GENE , directeur d'études à l'EHESS
Agnès MARTIAL, chargée de recherche au CNRS, Marseille

Démographe :
Laurent TOULEMON, directeur de recherche à l'INED

Psychiatres, psychanalystes :
Geneviève DELAISI de PARSEVAL, psychanalyste, spécialiste de bioéthique, Paris
Caroline ELIACHEFF, pédopsychiatre et psychanalyste, Paris

Médecins spécialistes de l'AMP:
Israël NISAND, professeur de gynécologie-obstétrique à l'université de Strasbourg
Juliette GUIBERT, gynécologue-obstétricienne, Institut mutualiste Montsouris, Paris

Epidémiologiste :
Alfred SPIRA, professeur honoraire de santé publique et épidémiologie à l'université Paris Sud

Philosophes :
Fabienne BRUGERE professeure à l'université Michel de Montaigne, Bordeaux III
Marie GAILLE, chargée de recherche au CNRS, Paris

Historienne:
Sylvie STEINBERG, maitresse de conférence à l'université de Rouen

Politiste
Jennifer MERCHANT, professeure à l'université Panthéon-Assas, Paris II

Remerciements

Ce rapport a bénéficié tout d'abord de la confiance de notre commanditaire, Dominique Bertinotti, ministre déléguée chargée de la famille. Tout en organisant des échanges réguliers avec son cabinet, elle nous a permis de composer notre groupe de travail et organiser nos séances dans la plus parfaite indépendance et de rédiger notre rapport en toute liberté. Nous tenons à lui dire tout notre respect et à la remercier très vivement.

Nous remercions aussi tout particulièrement les présidents d'organismes, les responsables d'associations et les experts qui ont répondu positivement à nos sollicitations pour des auditions. Chacune de celles-ci était préparée comme un moment d'échange véritablement approfondi, transcrit et transmis à l'ensemble de notre groupe. Nous avons beaucoup appris. Les contributions écrites que nous avons reçues ont été intégralement rassemblées dans l'annexe de ce rapport.

Du fait du temps très court imparti à notre mission, ces auditions n'ont pu être aussi nombreuses que nous l'aurions souhaité, aussi sommes-nous particulièrement redevables à toutes celles et ceux qui, en nous écrivant, en nous envoyant des textes et en se rendant disponibles pour des échanges informels, ont nourri très directement notre réflexion. Merci en particulier aux avocats, notaires et magistrats spécialistes de la famille qui ont bien voulu répondre à nos questions et nous faire part de leur expérience.

Enfin, nous voulons rendre hommage à l'implication exceptionnelle des membres du groupe de travail que nous avons réuni de septembre à fin décembre 2013 pour une réflexion collective qui fut aussi intense qu'informée, aussi amicale qu'exigeante. Par leurs exposés, par les discussions qu'ils ont animées, par les nombreux écrits qu'ils nous ont confiés, et parfois même par leur contribution directe à la rédaction de tel ou tel chapitre, nos collègues ont participé très directement à l'élaboration de ce rapport. Si, en tant que co-rédactrices, nous nous considérons comme seules responsables des erreurs que le texte pourrait contenir et des manques éventuels dans la formulation des propositions, nous savons tout ce que les analyses et les préconisations que nous avons élaborées doivent aux connaissances et à la réflexion des membres de notre groupe de travail. Qu'ils trouvent ici le témoignage de notre amitié et de notre chaleureuse gratitude.

Nous devons des remerciements tout particuliers à Jérôme Courduriès et à Marianne Schulz, qui ont assuré le secrétariat scientifique de la mission : sans leur grand professionnalisme et leur engagement sans faille, le rapport qu'on va lire ne serait pas ce qu'il est. Une mention spéciale est due à Martine Gross qui nous a prêté main forte avec une grande générosité au moment très intense du bouclage. Un grand merci enfin à Maïté Saulier, assistante de notre groupe, qui a assuré la retranscription de l'ensemble des réunions plénières et des auditions, tout en poursuivant son travail de doctorat en droit.

Enfin, pour leur appui constant, nous tenons à remercier très vivement nos institutions d'appartenance respectives, l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales et l'Université Paris 1.

Irène Théry et Anne-Marie Leroyer

Introduction

Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle

« Filiation, origines, parentalité » : la dénomination de notre groupe de travail résume la mission qui nous a été confiée. Elle comportait deux volets distincts et liés. Le premier était d'élaborer, dans la perspective d'une prochaine loi sur la famille, des analyses et préconisations sur deux thèmes précis : l'accès aux origines et la place familiale des beaux-parents. Le second était d'aller au-delà, et de proposer au débat public et politique une réflexion prospective sur la filiation en général.
Nous sommes particulièrement reconnaissants à notre commanditaire de nous avoir permis de déployer cette réflexion prospective. En effet, à travers les deux premiers thèmes qui nous ont été confiés, la question de la filiation est directement posée et l'éluder ne nous aurait pas permis de présenter une analyse satisfaisante. De façon plus générale, il nous importe tout particulièrement, en tant qu'universitaires, qu'une mission d'expertise ne se limite pas à solliciter des propositions sur tel ou tel sujet particulier mais témoigne aussi de l'ambition de donner un horizon moins morcelé au débat citoyen, en permettant à des spécialistes de confronter au sein d'un groupe de travail, puis de rendre publiques par un rapport, les analyses d'ensemble qu'ils ont forgées au cours du temps.

Quel est le problème posé ?

À première vue, la question de l'accès aux origines et celle des beaux-parents dans les familles recomposées n'ont rien à voir. L'accès aux origines concerne deux situations : celle des enfants nés sous X, adoptés ou pupilles, et celle des enfants nés d'engendrement avec un tiers donneur dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation (AMP). Ces deux situations impliquent des personnes qui ont joué un rôle dans le passé, autour de la naissance de l'enfant, mais qui ne sont plus présentes dans sa vie voire n'y ont jamais été, et en tout cas ne jouent aucun rôle éducatif ou de soin : les parents de naissance d'une part, les donneurs d'engendrement d'autre part. Au contraire, les beaux-parents qui vivent aujourd'hui dans les familles recomposées sont des personnes qui n'ont pas été partie prenante de la naissance de l'enfant, n'étaient pas dans sa vie au départ, mais qui ensuite ont rencontré un de ses parents (veuf, séparé ou divorcé), ont décidé de partager sa vie et

assument de fait des responsabilités de soin, d'éducation et de prise en charge de cet enfant au quotidien.
Deux situations opposées, donc.
Elles ont pourtant en commun quelque chose d'essentiel : tous ces personnages sont maintenus à l'écart de la famille, voire relégués dans les placards de l'histoire familiale. Nous n'évoquons pas ici les aléas de la vie des gens ou leurs conflits privés. Non, si ces personnages sont privés d'existence, c'est *au sein de nos institutions*, par le droit, par l'État. Ils n'ont pas droit de cité, soit qu'ils n'aient pas de reconnaissance sociale (les beaux-parents), soit que leur identité soit devenue inaccessible (les parents de naissance), soit qu'elle ait été volontairement effacée, pour faire comme s'ils n'avaient jamais existé (les mères sous X ; les donneurs de gamètes et d'embryons). Et pourtant ils ont existé, ils existent.

Ces différentes formes d'effacement institutionnel peuvent être vécues par l'enfant comme le déni de son histoire biographique, et par l'adulte comme une atteinte à son identité personnelle et une injustice qui lui est faite. De là une critique portée par les nouvelles générations contre un droit qui paraît obsolète :
- Critique des personnes nées sous X, des adoptés et pupilles, ou encore des enfants nés d'AMP, devenus aujourd'hui de jeunes adultes et pour qui l'accès aux origines doit être reconnu comme un droit fondamental de la personne ne menaçant en rien la filiation, alors que ce fut pour leurs aînés des générations précédentes une quête solitaire et douloureuse, dont ils ne pouvaient même pas parler à leurs proches.
- Critique, aussi, des jeunes beaux-parents trentenaires ou quarantenaires qui ont pu voir comment dans la génération de leurs propres parents, la première qui ait connu le divorce de masse, les beaux-pères et belles-mères –aujourd'hui devenus des « beaux-grands parents »– n'ont bénéficié d'aucune forme de reconnaissance sociale, alors même que jamais dans l'histoire de la famille autant de soins, de dévouement, d'engagement financier et de responsabilité pour les enfant d'autrui n'ont été déployés spontanément et à une aussi vaste échelle.

Avec le développement du divorce, mais aussi de l'adoption et plus récemment de l'AMP, ces situations familiales se sont développées dans tout le monde occidental, et elles ont donné lieu dans de nombreux pays à des évolutions significatives du droit. En contraste, le débat français apparaît singulièrement bloqué, notamment parce que se perpétue un extraordinaire malentendu sur l'objet même de ce qui est en question.

C'est ici qu'apparaît la question de la filiation.

En effet, les opposants à toute évolution du droit prétendent que les jeunes adultes veulent *s'en prendre à la filiation* en cherchant à la remplacer par une autre filiation, alternative et rivale. Ainsi, on accuse ceux qui sont en quête de leurs origines de vouloir « biologiser la filiation » : un thème omniprésent aussi bien à propos des personnes nées sous X que des personnes nées d'un don de gamètes. Quant aux jeunes beaux-parents qui revendiquent une place familiale, on les soupçonne de vouloir porter atteinte aux prérogatives de l'autre parent (l'ex-époux de leur conjoint), voire de s'opposer à la coparentalité des parents divorcés.
Ces accusations sont d'autant plus difficiles à entendre pour les jeunes adultes concernés, que tout le sens de leur démarche est au contraire qu'une place soit faite dans notre droit à des liens et à des rôles qui justement, *ne relèvent pas de la filiation*. Non seulement ils ne cherchent pas à mettre en danger leur lien à leurs parents mais ils affirment que si satisfaction était donnée à leurs revendications, cela ne pourrait que conforter la filiation des

parents divorcés en général, des parents d'enfants adoptés ou nés d'AMP avec tiers donneur en général, et que c'est même très exactement cela qu'en France on refuse encore de comprendre.
Ces malentendus ne sont pas de simples incompréhensions. Ce sont des symptômes. Les réticences au changement révèlent tout un ensemble de préjugés qui portent en réalité sur *la filiation elle-même*.

On ne peut donc pas aller jusqu'à la racine des controverses sur l'accès aux origines ou sur les familles recomposées, si on ne se penche pas aussi sur le contexte qui leur donne sens : la grande métamorphose de la filiation, et plus généralement de la famille et de la parenté, dans les sociétés occidentales contemporaines. Cette grande métamorphose, la génération du *baby boom* –qui est aujourd'hui aux commandes– avait l'habitude, depuis les années 1970, de se vivre comme celle qui la portait et qui l'incarnait. Et en effet, c'est avec l'arrivée à l'âge adulte des *baby-boomers* qu'on a vu se développer la contraception moderne, l'émancipation sexuelle, l'union libre et la famille hors mariage, le couple où les deux travaillent, la valeur d'égalité de sexe, les séparations et divorces, les familles monoparentales et recomposées…
Mais voilà que, pour la première fois, cette génération se trouve à son tour mise en question par celle de ses propres enfants, qui l'interroge sur ce qu'elle a fait ou n'a pas fait. Une nouvelle génération d'adultes qui certes est héritière des bouleversements familiaux du dernier tiers du XXème siècle, mais qui témoigne aussi de nouveaux problèmes, apporte de nouvelles problématiques, et surtout porte de nouvelles aspirations et de nouveaux espoirs. En témoignent par exemple la multiplication des couples mixtes dans un monde de plus en plus international, le recours croissant aux nouvelles technologies de la procréation, le développement important de l'homoparentalité, l'aspiration à une implication plus décisive des hommes dans la conciliation entre vie familiale et vie professionnelle, les formes nouvelles d'exercice concret de la paternité ou encore un questionnement renouvelé sur les identités masculines et féminines.

Sur la filiation, les origines et la parentalité, la génération du *baby boom,* qui a porté le changement, acceptera-t-elle de se laisser interroger par la suivante ? Saura-t-elle l'écouter ? Sera-t-elle capable de remettre en cause certains de ses schémas de pensée et de revoir certaines de ces certitudes ? Telle est l'interrogation qui surgit inévitablement quand on se penche sur la vaste question des transformations de la filiation en général.

Ce rapport est constitué de deux volumes.

Le volume I, « Réflexion prospective sur la filiation » comporte deux parties.

– ***Première partie : « Pour un droit de la filiation commun et pluraliste ».***

Dans la première partie, nous posons les bases d'une analyse d'ensemble des transformations de la filiation en resituant les changements actuels au sein d'une perspective historique de temps long. Il est inhabituel d'aller aussi loin, mais nous pensons qu'il faut au minimum remonter jusqu'à la constitution du droit moderne de la famille par la Révolution française et le Code Napoléon de 1804 si l'on veut comprendre de quelle conception de la

famille, du couple et de la filiation nous sommes héritiers[1]. La famille, en effet, n'est jamais un simple réseau de relations interpersonnelles, qu'elles soient faites de liens charnels et/ou de liens affectifs. Elle est toujours aussi, d'abord, une *institution* inscrite au sein d'un système symbolique de parenté[2].
Si l'on en reste au seul plan des comportements familiaux, on perçoit au fil du temps à la fois des changements capitaux et des continuités, ces dernières plus importantes qu'on ne le dit souvent. En revanche, dès qu'on se place au plan symbolique de la parenté, de l'institution juridique du mariage et de la filiation, ce qu'on aperçoit est une véritable *métamorphose*.

Tout l'objet de la première partie est de dérouler l'analyse de cette métamorphose :

- D'abord en rappelant que l'ordre familial institué en 1804 par le premier code civil des français avait deux caractéristiques majeures. C'était un ordre *matrimonial,* au sens où le permis et l'interdit sexuels, la procréation et la famille, et enfin la société en général, étaient organisés par le contraste entre l'état de personne mariée (très valorisé) et celui de non mariée (dévalorisé voire stigmatisé en particulier pour les femmes, à l'exception des religieuses). C'était un ordre *hiérarchique* ; plus précisément : fondé sur le principe général de complémentarité hiérarchique des sexes.

- Ensuite en montrant comment la cohérence initiale de cet ordre matrimonial de la famille s'est trouvée peu à peu défaite par la montée de deux grandes valeurs démocratiques (associées bien entendu à des transformations très concrètes de la société) : l'égalité de sexe, la personnalisation du lien à l'enfant. La métamorphose de l'institution familiale se traduit d'abord par un premier grand moment de *modernisation* dans les années 1970, partout en Occident. Pour la France c'est une impressionnante successions de réformes du droit de la famille : réforme des régimes matrimoniaux (1965), création de l'adoption plénière (1966), passage de la puissance paternelle à l'autorité parentale (1970), égalité des filiations légitime et naturelle (1972), légalisation de l'avortement (1975), divorce par consentement mutuel (1975).

- Enfin en expliquant pourquoi ce n'est qu'après ce premier moment de réforme qu'on a commencé à percevoir le nouveau phénomène social du *démariage*[3]. Ce mot ne signifie ni la crise ni la dévalorisation du mariage, mais renvoie à un fait social radicalement nouveau : désormais se marier ou non, se démarier ou non, n'est plus perçu comme une obligation sociale impérative ou comme l'horizon indépassable de l'ensemble des rapports sexués, mais comme une question de conscience personnelle. *S'ouvre alors le deuxième temps de la métamorphose, celui du démariage* : par delà la modernisation juridique déjà opérée, il s'agit d'édifier un nouvel ensemble de repères et de normes capable de substituer à l'ancien « ordre matrimonial de la famille », une alternative cohérente et lisible pour tous. Dans cette perspective, l'axe du droit commun de la famille ne sera plus le mariage mais la filiation.

---

[1] Ce choix situe le présent rapport dans la continuité du rapport *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, remis en 1998 à la ministre des affaires sociales, Martine Aubry, et à la garde des sceaux, Elisabeth Guigou. Réfutant la thèse alors dominante de « l'individualisation » de la famille, ce rapport est le premier à avoir soutenu que les progrès de *l'égalité de sexe* et la *personnalisation du lien à l'enfant* sont les véritables moteurs du changement des valeurs familiales contemporaines et des métamorphoses de la parenté. Cf I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée,* La documentation française/Odile Jacob, 1998.
[2] v. not. A.-M. Leroyer, *Droit de la famille*, PUF, coll. Licence, 2011.
[3] I. Théry, *Le démariage*, Odile Jacob, 1993.

Nous soulignons tout ce qui a déjà été accompli dans ce sens :

- Une véritable *métamorphose de la conjugalité* a été mise en oeuvre. Notre société a substitué au modèle du mariage traditionnel (par hypothèse hétérosexuel et procréatif, fondé sur la hiérarchie entre hommes et femmes et idéalement indissoluble) un nouveau droit du couple : égalitaire, commun et pluraliste. Mariés, pacsés et concubins, de sexe différent et de même sexe, cohabitent désormais au sein du droit civil de la famille. L'institution en 2013 du mariage des couples de personnes de même sexe a parachevé cette grande mutation. Même si une société évolue toujours et qu'une transformation n'est jamais achevée, il est clair que les bases d'un « nouveau régime » du couple au XXIème siècle sont désormais posées. Les questions encore suspens en matière de conjugalité consistent principalement à en tirer toutes les conséquences.

Nous soulignons enfin pourquoi en matière de filiation nous sommes au milieu du gué :

- Dans un premier temps, la filiation s'est puissamment unifiée grâce à l'égalisation des filiations légitime et naturelle, qui a fait sombrer dans l'oubli la grande fracture qui organisait autrefois tout l'univers familial, séparant d'un côté l'honneur et de l'autre la honte. Puis est apparu le principe de maintien d'une coparentalité post divorce. Enfin l'antique distinction entre filiation légitime et naturelle a été effacée du droit[4]. Ces changements capitaux ont traduit la montée de la valeur majeure d'égalité entre tous les enfants, quelle que soit la situation de leurs parents (mariés ou non mariés, unis ou séparés). Le principe d'indissolubilité s'est déplacé du mariage vers la filiation. *La filiation est désormais l'axe d'un droit commun de la famille*.

- Mais cette métamorphose est inachevée : alors que le droit du couple est désormais commun et pluraliste, la filiation a certes été unifiée selon des valeurs fortes (plus unifiée encore que le couple), mais *son caractère pluraliste n'est toujours ni reconnu, ni pensé, ni institué*.
Pour le montrer, nous consacrons un chapitre aux controverses sur la filiation de même sexe qui ont accompagné la loi sur le mariage pour tous : en effet, rien ne révèle mieux où sont les problèmes et questions en suspens que les malentendus extraordinaires auxquels cette loi a donné lieu[5]. Par exemple, selon les opposants : l'idée que l'on s'apprêtait à « mentir » aux enfants sur leur origine, ou à leur faire croire qu'un enfant pourrait « naître de deux femmes », ou encore que les mots « père » et « mère » allaient disparaître du droit et de l'état civil. Ces accusations infondées ont révélé non seulement le poids des préjugés sur les familles homoparentales, mais aussi la prégnance dans l'opinion de représentations largement dépassées de l'adoption et de la procréation assistée avec tiers donneur. Mais si elles ont pu se répandre aussi facilement, c'est aussi qu'elles témoignent à leur manière d'un certain caractère obsolète du droit français lui-même : en effet, malgré des changements très importants dans les valeurs et les pratiques, l'adoption et surtout l'engendrement avec tiers donneur sont encore largement organisés en droit selon un modèle de pseudo-procréation charnelle.

Ainsi cette première partie donne le sens de la réforme qui nous paraît nécessaire : accomplir pour la filiation l'équivalent de la métamorphose qui a déjà été réalisée pour la conjugalité. Cela passe principalement par une réforme de l'adoption et de l'engendrement avec tiers

[4] A.-M. Leroyer, Réforme de la filiation, RTD civ. 2005, 836.
[5] A.M. Leroyer, La loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage pour tous, au passé, présent et futur, D. 2013, 1697 ; RTDCiv. 2013, 675.

donneur, avec pour objectif d'instituer pour tous un droit de la filiation « commun et pluraliste » capable d'incarner de façon lisible et cohérente les valeurs majeures sur lesquelles reposent ce lien aujourd'hui.

– ***Deuxième partie : « Une filiation, trois modalités d'établissement »***

Dans le contexte d'élaboration d'une nouvelle cohérence du droit de la famille au temps du démariage, cette partie déroule la deuxième grande idée de ce rapport : respecter à la fois le besoin d'égalité et celui de pluralité passe par la distinction entre ***la filiation***, comme lien de parenté défini par des droits, des devoirs, des attentes et des interdits particuliers, et ses ***modalités d'établissement***.
– *La filiation* en tant que lien de parenté doit désormais être résolument définie comme un lien commun à tous et animé pour tous des mêmes valeurs fondamentales de justice : il nous faut ici rompre de façon décisive avec le passé de hiérarchie entre *les* filiations (légitime et naturelle ; charnelle et adoptive) et promouvoir l'égalité entre tous les enfants par l'unité de la notion de filiation.
– En revanche, une place décisive peut et doit être faite à la pluralité quand il s'agit des *modalités d'établissement* de celle-ci, car rien ne justifie de conserver le modèle unique de la procréation, alors que la filiation contemporaine est de plus en plus souvent fondée sur l'engagement parental envers un enfant que le couple de ses parents ne prétend en aucune manière avoir procréé ensemble.

Cette distinction entre la filiation (une) et ses modalités d'établissement (plurielles) nous permet de nous émanciper du cadre habituel des débats où l'on est toujours sommé de choisir entre deux conceptions opposées du « vrai parent » : le parent biologique ou le parent social. Si on y réfléchit, rien n'est plus étrange que la place centrale qu'a prise cette opposition dans le débat public depuis une dizaine d'années.
En effet, dans la réalité sociale, ces valeurs ne s'opposent en rien :

- jamais la valeur de l'engendrement charnel n'a été aussi importante, comme en témoignent le choix de plus en plus réfléchi de donner la vie à tel moment, l'investissement affectif immense qui accompagne la grossesse et la naissance, ainsi que la lutte sans merci de notre société contre la stérilité.
- jamais la valeur de *l'engagement parental* n'a été aussi forte, comme en témoigne le développement sans précédent de l'adoption en France, et en particulier les dizaines de milliers de couples bénéficiaires d'un agrément mais aujourd'hui en attente, du fait de la chute du nombre des enfants adoptables dans le monde.
- jamais enfin la valeur du *projet parental liant indissolublement les deux valeurs de procréation charnelle et d'engagement parental* n'a été aussi plébiscitée, comme en témoigne l'expansion rapide de l'AMP avec tiers donneur dans l'ensemble des sociétés développées, que le don sollicité soit un don de sperme, d'ovocyte, d'embryon ou de gestation (dans les pays qui l'autorisent).

Loin d'exclure ou de hiérarchiser, nous pensons que le sens d'une réforme de la filiation doit être de ***faire coexister à égale dignité trois modalités d'établissement de la filiation : l'engendrement par procréation charnelle, l'adoption, l'engendrement avec tiers donneur.***

Nous proposons dans ce sens un ensemble de réformes dont l'objet est de dessiner une nouvelle cohérence, lisible pour tous, de notre droit commun de la filiation :

a) Sur *l'engendrement par procréation charnelle*, qui représente l'immense majorité des cas, nous constatons que le débat public est encore largement à construire. Nous n'avons pas cherché à nous substituer à ce débat manquant, car ce serait contraire à la conception de l'expertise partagée par notre groupe[6]. Nous ne faisons donc pas de propositions. En revanche, nous appelons de nos vœux une très prochaine réflexion de fond sur ces sujets, et nous déroulons pour y inciter tout un ensemble de questions brûlantes, depuis le problème croissant des paternités imposées, jusqu'à celui de la division de la maternité physique en une maternité génétique et une maternité gestationnelle, en passant par l'usage des tests ADN, la question des transferts d'embryon post mortem, la place du père biologique dans l'accouchement sous X, ou encore le sens actuel de la présomption de paternité en mariage et les usages parfois abusif de la reconnaissance.

b) Sur *l'adoption*, nous proposons une véritable réforme d'ensemble avec l'ambition de lui donner une nouvelle cohérence, un demi siècle après la loi de 1966. En effet l'adoption en France est encore largement organisée selon le modèle qui fut alors établi : celui de l'adoption plénière comme une « deuxième naissance » effaçant la première. Ce modèle pseudo-procréatif est aujourd'hui largement battu en brèche. En effet, les adoptants et les adoptés d'aujourd'hui ne veulent plus se sentir menacés dans leur légitimité par un droit hérité de « l'ordre matrimonial de filiation » qui place toujours la procréation charnelle en modèle. Ils veulent que l'adoption soit valorisée pour elle même, comme une façon à part entière de faire une famille, dont les spécificités n'ont pas à être cachées, bien au contraire, car elles témoignent de valeurs humaines très fortes.
Dans cette perspective, permettre l'adoption à tous les couples, mariés, pacsés et concubins, de sexe différent et de même sexe, nous paraît tout simplement logique. Nous détaillons de multiples suggestions juridiques pour revaloriser l'adoption simple et moderniser l'adoption plénière. Enfin, nous consacrons un chapitre particulier à l'adoption de l'enfant du conjoint, qui à notre sens devrait être organisée spécialement, afin de favoriser la constitution du couple parental liant le parent d'origine et le parent adoptif, et de protéger les relations entre l'enfant et sa famille étendue, en particulier ses grands-parents.

c) Sur *l'engendrement avec tiers donneur*, nous proposons également une véritable réforme, afin d'en finir avec le modèle « Ni vu ni connu » hérité des débuts de l'assistance médicale à la procréation (AMP) dans les années 1970. En ce temps là, on cachait le recours au don pour faire passer le père stérile pour le géniteur de l'enfant. Nous proposons ici que la France rejoigne le vaste cercle des pays qui ont su abandonner la logique du secret et du mensonge au profit d'un nouveau modèle de « *Responsabilité* ». Sous ce terme, il s'agit tout simplement d'instituer en droit la réalité des pratiques : reconnaître que l'on fait naître un enfant de la coopération d'un

[6] Notre travail a été accompagné d'une réflexion collective sur la notion même d'expertise en matière familiale, et plus précisément sur le sens, les objectifs et les limites de l'exercice que nous étions en train de faire. Nous remercions tout particulièrement notre collègue Marie Gaille pour la part qu'elle a prise, en philosophe, à cette réflexivité tout au long de nos séances. Ne pas nous substituer au débat public, mais l'accompagner et le prolonger ; travailler la relation entre notre réflexion d'universitaires et les apports des personnes et associations auditionnées ; expliciter clairement nos raisonnements et nos choix dans le but de rendre aux acteurs de la société civile un peu de ce qu'ils nous ont donné : telles ont été parmi nos priorités.

couple d'intention (où l'un procrée et l'autre pas) et d'un tiers qui a donné de sa capacité procréative pour permettre à d'autres d'avoir un enfant. Ces engendrements à trois n'ont rien de honteux, bien au contraire. C'est pourquoi le don, au lieu d'être dissimulé comme c'est le cas aujourd'hui, devrait être valorisé pour son altruisme, sa générosité.
L'engendrement avec tiers donneur en AMP ne peut être assimilé ni à une procréation charnelle, ni à une adoption. C'est pourquoi nous proposons d'instituer pour lui une modalité *sui generis* d'établissement de la filiation, reposant pour tous les couples sur une « déclaration commune anticipée de filiation ».

Ces propositions signifiant qu'à notre sens l'engendrement avec tiers donneur doit cesser d'être maquillé en procréation du couple receveur, et être reconnu comme une nouvelle manière de mettre des enfants au monde, nous proposons que l'AMP soit ouverte sans tarder aux couples de femmes.

Nous ne nous prononçons pas sur l'encadrement de la gestation pour autrui (GPA), le groupe étant très divisé à ce sujet. En revanche, dans l'intérêt majeur de l'enfant, nous préconisons unanimement la reconnaissance des filiations issues de GPA à l'étranger.

Le Volume II de ce rapport est intitulé : « Accès aux origines et parentalité. Propositions pour une loi Famille ».

Ayant pu dérouler une approche d'ensemble et montrer la cohérence d'une réforme qui aurait l'ambition d'instituer « un droit de la filiation commun et pluraliste » donnant à tous des repères clairs, nous sommes mieux armés pour traiter des cas qui nous ont été tout spécialement confiés par notre commanditaire en vue d'une prochaine loi « famille » : car nous pouvons montrer *qu'ils ne concernent pas la filiation*.

- Tout d'abord, nous rappelons que la notion ***d'accès aux origines*** s'est développée justement pour indiquer que la quête des origines n'a rien à voir avec une recherche en maternité ou en paternité. Il ne s'agit ici en aucun cas d'établir une filiation, mais simplement de pouvoir connaître l'identité d'une personne dont on est né. La Cour européenne des droits de l'homme a peu a peu consacré le droit d'accès aux origines comme un droit fondamental de la personne.

Nous distinguons l'accès aux origines des personnes nées d'une assistance médicale à la procréation, et l'accès aux origines des personnes nées sous X, adoptées et pupilles. Les questions posées ne sont pas les mêmes, et font l'objet de deux chapitres différents. Mais dans l'un et l'autre cas *nous proposons que soit institué un véritable droit d'accès aux origines à partir de l'âge de la majorité*, étant bien précisé qu'un droit à la communication de l'identité n'est pas un droit à la rencontre. Protégés par leur droit à la vie privée, les parents de naissance (pour les adoptés et pupilles) et les donneurs de gamètes et d'embryons (pour les personnes nées d'AMP) doivent donner leur accord préalablement à toute rencontre.

Ces démarches supposent un véritable accompagnement, c'est pourquoi nous proposons d'élargir les compétences du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP), de le réorganiser en deux collèges et de renforcer ses moyens, en particulier en matière de médiation.

- Enfin, nous proposons de ***reconnaître une place familiale aux beaux-parents dans les familles recomposées***. Nous avons été surpris de lire dans la presse que nous nous apprêterions à proposer un « statut » du beau-parent, alors que nous n'avons jamais été favorables à cette idée, qui serait un corset bien trop rigide pour la diversité des situations vécues. Nous pensons en outre que ce qui fait la valeur du lien beaux-parents/beaux-enfants est la liberté élective propre à ce lien : ne pas la respecter serait prendre le risque de transformer les beaux-parents en « sous-parents », alors qu'il s'agit au contraire de leur accorder la reconnaissance sociale qui leur a toujours été refusée.
C'est dans cet esprit de respect de la place familiale singulière des beaux-parents d'aujourd'hui, qui ne se veulent ni des substituts ni des rivaux des parents, que nous proposons un ensemble de mesures permettant de soutenir cette place par des possibilités offertes, jamais imposées, mais dont il leur sera possible de se saisir si cela peut favoriser l'intérêt de l'enfant : ainsi du « mandat d'éducation quotidienne », du « certificat de recomposition familiale », ou encore de la possibilité de léguer des biens à son bel enfant avec la même fiscalité que pour un enfant. Par delà, tout un éventail d'autres propositions permettent de faire face à des situations difficiles, telles la séparation, la maladie grave ou encore le décès du conjoint, dans le souci en particulier que les fratries recomposées ne soient pas séparées si l'intérêt de l'enfant le commande.

Pour conclure

En définitive, l'ensemble formé par les deux volumes de ce rapport lie les enjeux de droit à une grande question : celle de l'émergence de *nouvelles valeurs familiales* accompagnant la métamorphose contemporaine de la filiation, et plus largement des relations aux enfants. Les références ne sont plus les mêmes qu'au temps du mariage traditionnel, de la hiérarchie des sexes, de la stigmatisation des enfants naturels, de l'interdiction du divorce et de la pathologisation de l'homosexualité. Mais contrairement à ce que répètent à l'envi les nostalgiques de l'ordre matrimonial de la famille, les valeurs de transmission, de dévouement, d'attention, de soin et d'éducation n'ont pas disparu avec l'avènement du démariage. Transformées, renouvelées, elles sont plus vivantes que jamais. Nous les avons rencontrées, dans les pratiques, dans les attentes à l'égard du droit, à chacune des étapes de notre réflexion.
Ce qui rassemble ces valeurs, par-delà les exigences de liberté et d'égalité qui étaient déjà caractéristiques des grandes réformes des années 1970, est un certain rapport au temps, conjuguant différentes dimensions où peuvent s'inscrire les distinctions de sexe, d'âge et de génération :

- Le principe d'indissolubilité n'a pas disparu : il s'est déplacé du mariage vers la filiation.
Dans une société où l'on peut tout perdre du jour au lendemain (son travail, sa maison, l'amour de son conjoint) la filiation contemporaine veut assurer à tous les enfant la sécurité d'un lien différent de tous les autres, le seul lien social conçu désormais comme

inconditionnel, fait pour durer la vie entière quelles que soient ses modalités d'établissement, et quel que soit le sexe des parents ou leur statut conjugal.

- Loin d'enfermer l'enfant dans le cercle de la petite famille nucléaire, la filiation l'ouvre, aujourd'hui comme hier, vers ses ascendants, grands-parents, arrière-grands-parents, aïeux, tout en le préparant à se soucier un jour de ses descendants. La transmission (du patrimoine, du nom, de la mémoire, des valeurs) a beaucoup changé, mais elle continue de nous rappeler que la filiation ne se conjugue pas seulement au présent, ni même dans le temps long de la vie. Elle participe aussi directement de la temporalité transgénérationnelle liant
les vivants à la fois à la mémoire de ceux qui ne sont plus et à l'esquisse anticipée de ceux qui ne sont pas encore.

- Lorsque les parents de l'enfant ne sont pas ses géniteurs, le prix accordé à l'engagement parental dans l'établissement de la filiation a remplacé l'ancien impératif de mimer une procréation, tout en cachant à l'enfant la réalité de sa propre histoire. La perception croissante de l'accès aux origines comme un droit fondamental de la personne témoigne d'un rapport nouveau à la temporalité biographique, et d'une attention inédite à l'histoire personnelle de l'enfant, qui a cessé de se fondre dans celle des adultes, selon les intérêts bien compris de ceux-ci. Un nouveau devoir est ainsi apparu pour les parents : celui d'assurer à l'enfant les conditions élémentaires de construction de son identité narrative.
.
- La place spécifique qu'occupent les beaux-parents dans les familles recomposées, démontre qu'à côté de la filiation inconditionnelle et indissoluble, d'autres liens sont possibles entre les enfants et les adultes qui prennent soin d'eux et veillent à leur éducation : des liens fondamentalement électifs, dont la durée tiendra principalement à la profondeur de l'affection partagée. L'univers de la parenté s'ouvre ici vers d'autres relations et attachements, rappelant que « les miens » ne sont pas le tout de la famille. A la tentation du repli, volets clos, portes refermées a succédé le pari, difficile, ambitieux, d'une nouvelle hospitalité familiale.

- Enfin, la mobilité accrue, l'importance des migrations dans un monde globalisé, transforme à son tour la temporalité par la mixité croissante des couples, le vaste métissage des lignées. L'ouverture de la famille à l'autre, l'étranger, le différent, n'est plus vue aujourd'hui seulement ou principalement comme un risque pour l'intégrité du groupe, mais aussi comme une chance pour les individus. Une chance de changer, d'ouvrir son futur vers des possibilités inconnues ; une chance aussi de se poser, de s'intégrer, de donner à l'insoutenable légèreté d'un présent sans attaches, le lest de nouveaux enracinements.

Le principe de responsabilité –au sens fort du verbe latin *respondeo* « je réponds de »– est le cœur de ces valeurs qui lient aujourd'hui les adultes, parents ou non, aux enfants dont ils prennent soin. Il se redouble d'un attachement renouvelé à la transmission entre les générations dans un monde où l'assignation à un présent sans passé ni futur est devenu le symbole de la relégation sociale. C'est ce double aspect que nous avons voulu souligner en parlant de ***nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle.***

VOLUME 1

REFLEXION PROSPECTIVE SUR LA FILIATION

Partie I

POUR UN DROIT DE LA FILIATION

COMMUN ET PLURALISTE

Chapitre 1

De l'ordre matrimonial au démariage,

un autre récit du changement familial

Le trouble que crée dans les esprits la mutation de la famille contemporaine ne doit pas être sous estimé. Depuis un demi siècle les changements sont si rapides et si profonds qu'ils suscitent à intervalles réguliers des poussées de vrai désarroi. Comme en atteste l'émoi qu'a suscité en France la loi sur le « mariage pour tous », récemment une inquiétude nouvelle s'est fait jour. Elle exprime de façon diffuse le sentiment de basculer dans l'inconnu. Elle transcende plus qu'on ne croit les camps politiques, anime d'innombrables discussions privées, mais sans parvenir à trouver l'espace ou les mots d'une expression publique parce qu'elle est surtout faite d'anxiété, d'interrogations et de désorientation face à un monde devenu opaque. Elle est masquée, de surcroît, par le renouveau bruyant d'un familialisme traditionnaliste que les réformes libérales des années 1970 avaient marginalisé depuis plusieurs décennies.

Ce sentiment de basculer vers l'inconnu que ressentent certains de nos contemporains n'a jusqu'à présent pas été vraiment analysé. Pourtant, se soucier d'en comprendre les ressorts, d'entendre les questions posées et *a fortiori* de leur apporter des réponses n'est pas une tâche impossible. Pour cela, il faut mettre à distance les polémiques et se tourner vers le cœur du problème, la famille elle-même. Sans qu'on semble l'avoir compris, elle est entrée dans ce qu'on pourrait appeler « l'Acte II » de son changement.

L'Acte I fut celui de *la révolution du couple et de la conjugalité*. À partir des années 1970, dans tout l'Occident, les mêmes grands indices démographiques signalent une rupture inattendue avec la famille des années cinquante. Les démographes avouent leur surprise[7] devant la baisse rapide de la nuptialité, l'augmentation des unions libres, des familles hors

[7] Voir L. Roussel, *La famille incertaine*, Odile Jacob, 1989. Ce chapitre doit beaucoup aux échanges noués de longue date entre sociologues et démographes sur l'appréhension des changements familiaux, échanges dont Laurent Toulemon est à l'INED l'un des acteurs majeurs, et d'autre part au souci de situer le présent dans *l'histoire longue de la famille occidentale*, dont témoigne le remarquable travail de Sylvie Steinberg sur la bâtardise et plus largement la dimension sexuée de la transmission. Nous les remercions très vivement l'un et l'autre pour leurs exposés et interventions dans notre groupe de travail, qui ont nourri ce chapitre de synthèse.

mariage, l'explosion des séparations et des divorces et, en conséquence, la croissance vertigineuse des familles monoparentales, puis des familles recomposées. La génération du *baby boom* découvre l'amour libre, la contraception, l'égalité des sexes et semble rompre tous les codes, reconsidérer tous ses devoirs. On parle alors de « mort de la famille », de « triomphe de l'individu ». Mais on voit mieux aujourd'hui, avec le recul du temps, que tous ces changements témoignaient en réalité moins d'une disparition que d'une véritable redéfinition du couple. Elle a suscité des débats passionnels, créé d'innombrables questions inédites, suscité de nouvelles inégalités. Mais loin d'avoir signé la mort de la famille, elle lui a donné une nouvelle vitalité[8].

Remarquons simplement que cette phase de turbulences autour des enjeux de couple s'est achevée pour l'essentiel, en France, avec le débat houleux sur le Pacs des années 1997-99. Il a marqué, dans la fureur des polémiques, la fin d'un cycle. En instituant en droit le couple de même sexe, la société a achevé une véritable révolution symbolique. En effet, considérer le couple homosexuel comme un couple « comme les autres » n'a été possible que parce que dans l'esprit commun le couple en général s'était déjà redéfini autrement.

Désormais, un nouveau régime de la conjugalité s'est installé. La coexistence pacifique de deux grandes formes de conjugalité, l'union libre et le mariage est totalement passée dans les mœurs. Le Pacs apparaît désormais comme un « concubinage officialisé » donnant des droits aux unions libres stables déclarées. Le divorce, qui ne s'est jamais banalisé pour ceux qui le vivent, inquiète par les asymétries qu'il révèle entre les sexes et les conséquences qu'il génère en particulier pour les enfants. Mais en même temps il est devenu une composante de la vie sociale moins stigmatisée, et qui peut être mieux anticipée et mieux contrôlée par les individus. Personne n'imagine plus de revenir en arrière, au point que les jeunes générations peinent à croire que le divorce par consentement mutuel était interdit jusqu'en 1975.

Enfin, la représentation de la conjugalité contemporaine comme un lien fondé sur la « conversation » intime, dans une double dimension amoureuse et amicale, trouvant son sens en elle-même indépendamment des enjeux de procréation, s'est imposée. En moins de dix ans, les couples de même sexe ont conquis une véritable place sociale[9]. Bien entendu, toutes ces mutations suscitent encore des remous. Il ne s'agit pas de nier l'existence en France de secteurs radicalement hostiles à tout ces changements, ni la persistance d'une vraie homophobie. Mais on n'a pas assez remarqué, au moment des conflits récents sur le « mariage pour tous », à quel point le consensus sur le couple avait progressé en France. La proposition d'une union civile assurant au couple les même droits que le mariage, était proprement inimaginable au moment du Pacs : elle serait aujourd'hui acceptée par la grande majorité des opposants au mariage homosexuel.

Si l'intensité des conflits autour du « mariage pour tous » ne portait pas sur le couple, ils se concentraient bel et bien sur *la filiation* : un signe majeur que le changement de la famille est entré dans son Acte II.

Car avec l'homoparentalité, c'est désormais de façon plus générale sur les liens entre parents et enfants que se concentrent toutes les inquiétudes, tous les débats sur la famille. Non pas

---

[8] Pour une analyse globale des changements familiaux, voir I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, rapport à M. Aubry, ministre des Affaires sociales, et à E. Guigou, garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, La documentation française/Odile Jacob, 1998.
[9] Voir J. Courduriès, *Être en couple (gay). Conjugalité et homosexualité masculine en France*, Lyon, PUL, 2011.

que les changements de la filiation soient radicalement nouveaux –de fait ils se sont déployés parallèlement à ceux du couple–, mais ils ont longtemps évolué à bas bruit. Pendant toutes ces dernières décennies, les liens entre parents et enfants, et plus largement les liens intergénérationnels ont même offert une sorte de contrepartie rassurante aux transformations du couple. Alors que la conjugalité devenait plus fragile, plus contractuelle et plus précaire, un puissant mouvement inverse transformait la filiation : *elle est devenue le symbole même du lien inconditionnel et idéalement indissoluble*. Dans un monde où tout change, où l'on peut tout perdre (sa maison, son travail, son conjoint), où l'on ne sait pas de quoi seront faits les lendemains, elle est désormais le point d'appui majeur du besoin humain de sécurité. De plus, au moment où les couples affichaient une pluralité croissante (mariés et non mariés, unis et séparés, de sexe différent et de même sexe), la filiation s'est unifiée comme jamais auparavant, avec l'égalité des filiations légitime et naturelle. Elle est ainsi devenue en quelques décennies l'axe d'un droit commun de la famille.

C'est sans doute pour cette raison que tout ce qui paraît vouloir troubler l'idéal de la filiation suscite des réactions d'une virulence, voire d'une violence qui dépasse de loin celles que l'on a connues par le passé sur le couple. Pourtant, personne ne met en cause ni son caractère inconditionnel, ni son caractère idéalement indissoluble : le consensus ici est total. D'où vient alors le désarroi profond qui affecte les représentations de la filiation depuis quelques années ? Et pourquoi ce désarroi a-t-il explosé en manifestations de haine à l'occasion de la loi sur le « mariage pour tous », faisant des homosexuels les boucs émissaires des désarrois inconscients de toute une société ?

De fait, il y a déjà plusieurs années que de multiples indices s'accumulent : peu à peu, sans nous en rendre compte, nous avons cessé de nous accorder sur le sens du mot « parent ». Comme si, sans qu'on y prenne garde, le socle commun qui lui donnait son évidence s'était progressivement dérobé sous nos pieds. Cependant, la conscience de ce changement n'était pas encore apparue. C'est pourquoi, dans le débat public, l'idée qu'on allait instituer l'homoparentalité est apparue comme un coup de tonnerre. Mais en réalité, l'idée qu'un enfant puisse avoir deux parents de même sexe n'a pas créé le problème : elle l'a *révélé*. La force de la déflagration est à la mesure de la méconnaissance qu'a encore notre société de son propre changement.

Pour analyser ce problème, on commencera par revenir brièvement sur quelques uns des sujets récents de discussion sur la filiation. On montrera comment une opposition est devenue le cadre obligé de tout débat : celle du « parent biologique » et du « parent social ». Elle a pris récemment les dimensions d'un véritable conflit anthropologique entre partisans de la nature et partisans de la volonté.
Pourtant, cette opposition est loin d'aller d'elle-même. Dans une perspective d'anthropologie sociale, elle apparaît surtout comme un symptôme : celui de la difficulté de l'idéologie individualiste contemporaine à reconnaître que la famille est une *institution,* et à percevoir en conséquence la métamorphose de notre système symbolique de parenté.

On proposera alors une autre approche, un autre récit du changement. Remettre en perspective les débats actuels en les replaçant dans le temps long de l'histoire permet de penser non pas en parallèle mais ensemble, les transformations du couple et celles de la filiation. De fait, l'Acte I et l'Acte II des mutations contemporaines de la famille témoignent d'un même phénomène de transformation majeure de la parenté : le démariage.

I. Parent biologique, parent social : la quête sans issue du « vrai parent »

En France, les débats sur la famille de ces dernières années ont mis en scène de façon récurrente l'opposition entre deux figures présentées comme inconciliables : le parent dit "biologique" et le parent dit "social". Elle structure les discussions sur l'adoption, sur l'accès aux origines, sur l'assistance médicale à la procréation, sur les familles recomposées et enfin sur l'homoparentalité. Entre ces deux représentations contradictoires d'un idéal du *vrai parent* chacun s'est trouvé, en quelque sorte, sommé de choisir[10].

Pourtant, ces alternatives apparaissent étranges, et même absurdes, lorsqu'on a en tête le contexte global de l'évolution des familles d'aujourd'hui. Ces dernières décennies, loin de s'opposer, les valeurs attachées à la filiation charnelle et à la filiation élective se sont affirmées simultanément. C'est la même société qui d'un côté a institué, organisé et valorisé comme jamais auparavant le lien adoptif, et qui de l'autre a mis en place des moyens sans précédent pour lutter contre la stérilité et permettre aux couples qui le souhaitent d'engendrer les enfants tant désirés. Pourquoi opposer, comme si elles étaient nécessairement concurrentes, deux façons d'établir la filiation qui coexistent très pacifiquement dans notre société? Pourquoi chercher obstinément à les hiérarchiser alors que nous ne sommes prêts à renoncer ni à l'une ni à l'autre et que la hiérarchie des filiations est justement ce que nous avons banni de notre droit commun ?

Ces interrogations redoublent d'intensité quand on aborde l'une des questions les plus controversées aujourd'hui : l'engendrement avec tiers donneur dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation (AMP). Que le don reçu soit un don de sperme, d'ovocyte, d'embryon ou de gestation –dans les pays qui l'autorisent–, lorsqu'un couple fait appel à un tiers donneur, les membres de ce couple sont souvent nommés "parents d'intention" cependant que le donneur est ramené pour sa part du côté du pur "biologique". Pourtant, chacun sait que les parents d'intention ne sont pas devenus parents uniquement en faisant acte de volonté. À la différence des adoptants, ils ont bel et bien fait *naître* un enfant. Et de fait ce couple, où l'un procrée et l'autre pas, *unit au sein d'un même projet parental et pour que naisse un même enfant, les deux valeurs que le débat français s'obstine à opposer*. Il nous signifie aussi bien le prix immense attaché au fait de devenir parent en transmettant la vie à un enfant, que le prix immense attaché au fait de pouvoir devenir parent sans procréer. Plus encore, ces deux valeurs qu'on pose comme exclusives l'une de l'autre, sont dans un tel couple vécues comme indissociables : toute différence qui serait faite entre les deux parents selon la part respective qu'ils ont prise à la procréation apparaîtrait comme un véritable déni de la particularité du processus complexe qu'ils ont voulu et mené ensemble avec l'aide de l'institution médicale, processus qui a conduit à la conception puis à la naissance de leur enfant commun.

Comment expliquer, alors, que notre culture ne parvienne toujours pas à mettre des mots sur ces situations particulières ? Pourquoi tend-elle systématiquement à les ramener soit du côté du *tout biologique*, soit à l'inverse du côté du *tout volonté*, quitte à imposer au réel de telles distorsions qu'il en devient irreprésentable ? Pourquoi lorsque les enfants nés de ces dons et

[10] Nous reprenons ici sous une forme synthétique l'argumentation développée in I. Théry, « La filiation au temps du démariage », postface de H. Fulchiron et J. Sosson, (dir), *Parenté, filiation, origine, le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruylant, 2013.

devenus adultes s'insurgent contre la situation juridique qu'on leur a imposée pour soumettre les différentes composantes de leur identité personnelle au moule d'une logique de l'exclusivité et de la rivalité (le social "ou" le biologique), leurs revendications sont-elles si peu audibles que certains n'hésitent pas à les accuser de vouloir, contre toute évidence, "biologiser la filiation"[11] ?

Ces situations complexes, âprement disputées, extrêmement passionnelles, montrent que l'opposition du parent biologique et du parent social n'est pas une simple façon de parler. Une alternative est imposée, qui structure et oriente l'action en pesant de tout son poids dans les controverses contemporaines, avec une force d'attraction telle qu'il faut faire un réel effort pour y échapper, et s'extirper des impasses dans lesquelles elle tend à nous enfermer.

Un parent "social" qui n'a rien de social

Dans une perspective socio-anthropologique, le premier constat qui s'impose est *l'oubli de l'institution de la parenté* dont témoignent ces discussions. Le parent qu'on dit « social » n'a rien de social au sens où l'on emploie ce terme depuis Durkheim ou Mauss dès lors qu'il est défini simplement soit par un ressenti affectif et psychologique, soit (le plus souvent) par un projet qu'il fait et un engagement moral qu'il prend, mais sans référence aucune à ce qui fait un père ou une mère au sein d'un système symbolique de parenté, et qui est tout simplement un statut.

Le propre d'un statut social institué de père ou de mère, en effet, c'est qu'*on ne peut pas décider souverainement de se le donner à soi-même* : il ne peut être conféré à un individu que par d'autres, à travers les rites qu'exige le système de parenté de la société dont il est membre. Ainsi, j'aurai beau prendre tous les engagements possibles à l'égard de tel enfant dont je prends soin, cela ne fera pas de moi un parent tant que la société ne m'accordera pas ce statut. C'est pourquoi penser qu'on peut passer de ce qui est parfaitement institué, "l'engagement fait dans les règles" (par exemple, lors d'une adoption) à tout autre chose, "l'engagement en général", pour trouver dans une certaine attitude morale de l'adulte envers l'enfant le *fondement* universel de la filiation, est une forme de méconnaissance du rôle fondamental de l'institution dans la vie humaine.

Mais il ne suffit pas de faire remarquer que le prétendu parent « social » n'a rien de social, et qu'il est plutôt un parent psychologique ; il faut aussi rappeler que le prétendu parent « biologique » est en réalité tout aussi social que l'autre ! En effet c'est bien là que gît le véritable noyau d'impensé de ce débat, dans une façon presque compulsive de rejeter le corps au loin avec tant d'unanimité que le « biologique » est devenu un véritable repoussoir.

Ici, l'analyse sociologique se doit de souligner les étonnants chassés-croisés qui se produisent dans notre culture. Au moment même où en France le débat s'organise sur le refoulement du corps vers la pure matérialité physique par l'usage de ce mot fétiche de « biologique », il est impossible au sociologue d'ignorer que c'est justement l'idée complètement inverse, celle de *l'éminente socialité du corps*, qui est depuis vingt ans au moins au cœur des recherches des sciences sociales, et en particulier de l'anthropologie. L'intégration du corps à la réflexion de nos disciplines est relativement récente. Elle a transformé non seulement les façons de comprendre le genre et la parenté, mais les paradigmes les plus fondamentaux organisant nos représentations de la personne et de la

[11] Fine, A., & Martial, A. (2010). Vers une naturalisation de la filiation? *Genèses, 78*, 121-134.

société, en somme de l'humanité elle-même.

Le corps, par delà l'opposition entre paternité « sociale » et maternité « naturelle »

Au départ de toutes les recherches qui ont présidé au renouveau contemporain de l'anthropologie de la parenté se trouve la question du corps, et plus largement le rapport entre parenté, corps et personne, ce qui explique que l'engendrement, loin d'être rejeté en dehors du champ du social institué –vers le biologique par exemple– est désormais parfaitement intégré à l'anthropologie de la parenté[12]. Or l'un des points de départ de cette nouvelle et grande enquête sur le corps, les « techniques du corps » et la vie corporelle en général comme une question éminemment sociale, fut une préoccupation politique. Il s'agit de la critique féministe des préjugés occidentaux modernes sur la nature féminine, et en particulier d'un schéma qui a marqué de son empreinte toute l'histoire socio-juridique de la parenté et du droit de la famille : l'évidence apparente de l'opposition entre une maternité dite « naturelle » et une paternité dite « sociale »[13].

Ce schéma s'est imposé dans notre culture à l'entrée dans la modernité, comme une façon de traduire en langage individualiste l'antique opposition du droit romain entre la mère « toujours certaine » (*mater certissima est*) et le père « incertain » (*pater incertus est*). C'est alors qu'on a commencé d'opposer deux références radicalement opposées : d'une part, l'ordre féminin du corps-nature ; de l'autre, l'ordre masculin de la volonté-culture, essence supposée du social.

Il est donc clair que l'opposition entre la maternité « naturelle » et la paternité « sociale » n'est pas une idée éternelle ou universelle : elle appartient à une aire culturelle, elle a une histoire, et c'est vraiment en Occident, avec l'entrée dans la société individualiste moderne, qu'elle se durcit au plan juridique, pour la France avec le Code Napoléon de 1804. Prendre la mesure de cet héritage suppose d'inscrire la réflexion sur les métamorphoses contemporaines de la parenté dans le temps long de l'histoire moderne.

II. L'hypothèse d'une "dématrimonialisation" de la filiation

La crainte d'une « biologisation » en marche de la filiation occidentale est omniprésente aujourd'hui. La thèse en a été défendue par des juristes aux convictions aussi opposées que Pierre Legendre[14] ou Marcela Iacub[15]. Mais par-delà tel ou tel auteur, on constate vite qu'il s'agit d'une idée aujourd'hui assez répandue dans l'opinion, qui y voit tantôt la victoire conjointe de la technoscience et de l'individualisme sur les fictions du droit et les montages symboliques de la filiation, tantôt la victoire d'une forme de naturalisme physique contre l'émancipation de la volonté du Moi. Érigée en une sorte de *"grand récit" du changement*, elle a été absolument dominante lors des débats préparatoires à la révision des lois de bioéthique de 2011.

Mais avec le débat sur le mariage de même sexe et l'homoparentalité, on a assisté au cours de l'année 2012 à un retournement spectaculaire. C'est le récit contraire qui a soudain pris

[12] Cf. M. Godelier, *Les métamorphoses de la parenté*, Paris, Fayard, 2004.
[13] Voir l'article célèbre de Sherry B ; Ortner, « Is Female to Male as Nature is to Culture ? », 1974, *Feminist Studies*, 1, p.5-31.
[14] Voir P. Legendre, *Leçons VI, Les enfants du texte, essai sur la fonction parentale des Etats*, Fayard, 1992.
[15] Voir M. Iacub, *L'Empire du ventre : Pour une autre histoire de la maternité*, Paris, Fayard, 2004

de l'ampleur dans l'opinion, comme si la tendance lourde qui menaçait la parenté n'était plus la "biologisation" mais son inverse : ce qu'on pourrait nommer la "mentalisation" de la filiation. Sous l'égide d'une conception radicalement constructiviste de la différence des sexes complètement détachée du corps et de la nature, elle aurait inventé le "genre" comme une construction sociale absolument arbitraire, permettant à chacun de tenir pour rien le corps, par une sorte d'affirmation soudaine de toute-puissance de la volonté pure.

Dans une telle perspective, s'est affirmé *un autre grand récit* : celui d'un lien universel et immémorial entre la procréation et la filiation, enracinant dans l'hétérosexualité reproductive et les liens du sang la double filiation maternelle et paternelle (qui serait une simple "reprise" culturelle d'une relation naturelle). Cet enracinement de la culture –la filiation– dans la nature –la procréation– aurait jusqu'à présent toujours subsisté quelles que soient les transformations de la famille et de la parenté, mais serait menacé d'être balayé aujourd'hui par une véritable "rupture de civilisation"[16].

Ces deux thèses opposées affirment l'une que le parent "biologique" va s'imposer au détriment du parent "social", et l'autre qu'à l'inverse c'est le parent "social' qui va renvoyer dans l'inanité le lien charnel. Mais ni l'une ni l'autre ne s'intéresse au fait que l'engendrement humain tel que les anthropologues peuvent le décrire, est logiquement indissociable du *système de parenté* dans lequel il vient s'inscrire, ce qui implique qu'on ne peut jamais le réduire à du "biologique". C'est pourquoi la tâche majeure d'une socio-anthropologie historique consiste à s'extirper de l'injonction qui nous est faite de choisir entre l'une et l'autre thèses, pour tenter d'élaborer une autre façon, plus exacte au plan descriptif, de faire le récit du changement.

Le point nodal est le suivant : à l'entrée dans la modernité, notre système de parenté valorisait aussi bien l'engendrement dans sa dimension la plus charnelle que l'expression de la volonté. Mais d'une part il le faisait uniquement dans le cadre du *mariage* et d'autre part cette valorisation passait par une opposition majeure entre les filiations maternelle et paternelle, opposition qui était posée comme la condition de leur complémentarité hiérarchique. Si l'on peut constater aujourd'hui une véritable métamorphose de la filiation, elle porte sur ces deux caractéristiques. C'est pourquoi ce qui se passe aujourd'hui n'est ni une biologisation ni une mentalisation de la filiation, mais ce qu'on pourrait nommer –d'un mot certes peu seyant– une "dématrimonialisation" de la filiation.

Elle n'est pas séparable de la mutation plus générale qui lui donne à la fois son sens et sa formidable énergie : la remise en cause du principe de complémentarité hiérarchique des sexes qui avait été maintenu par la première phase de la modernité, et l'affirmation de leur égalité comme une valeur cardinale des sociétés démocratiques.

La famille et le mariage « naturels »

À l'aube de la modernité, pour rompre avec la cosmologie religieuse établissant la société d'Ancien régime sur la hiérarchie des ordres de naissance et fonder en nature la valeur suprême d'autonomie, les philosophes des Lumières et les théoriciens du droit naturel ont proposé plusieurs versions d'un mythe qui a rapidement échappé à ses premiers auteurs pour devenir une composante majeure de la culture démocratique moderne : celui du passage de

[16] Voir en particulier D. Mazeaud et Y. Lequette (dir) *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, éditions Panthéon Assas 2014.

l'état de nature à l'état de société par un contrat social. Dans ce mythe des origines, la famille conjugale occupe une place à la fois très singulière et décisive puisqu'elle est « la première des sociétés et la seule naturelle » (Rousseau). Prendre la mesure de l'importance de ce récit est capital : la *petite famille conjugale*, vue comme le point de passage entre l'animal et l'homme, la nature et la culture, et en somme l'atome originel de toute socialité humaine, est au cœur de l'idéologie individualiste depuis plus de deux siècles[17].

Cette nature très singulière conférée à la famille conjugale repose sur l'idée qu'entre mâles et femelles humains, adultes et petits, parents et enfants –sexes, âges, générations–, les relations n'auraient pas besoin d'être médiatisées par des règles, des conventions ou des significations instituées parce qu'elles se forgeraient spontanément à partir de la simple complémentarité entre les dispositions et capacités respectives d'êtres différents et « incomplets » ayant besoin les uns des autres, et dont les positions respectives sont naturellement hiérarchisées.

Cette représentation donna au mariage un statut tout à fait unique : celui d'être la seule institution humaine considérée comme « indisponible » à la volonté des législateurs, car antérieure à tout contrat social. En d'autres termes la seule institution « naturelle » car ancrée dans la nature humaine elle-même. Ce caractère unique du mariage est si important que–Portalis, le principal rédacteur du Code Napoléon de 1804, premier Code civil des Français, ne manque pas de le rappeler en tête de l'un des passages les plus importants de son célèbre *Discours préliminaire au projet de Code civil* :

> « Nous nous sommes convaincus que le mariage, qui existait avant l'établissement du christianisme, qui a précédé toute loi positive, et qui dérive de la constitution même de notre être, n'est ni un acte civil ni un acte religieux, *mais un acte naturel* qui a fixé l'attention des législateurs et que la religion a sanctifié. »

Un « acte naturel »: il va de soi que la nature ainsi entendue n'est pas la nature physique mais celle de la « loi naturelle » sur laquelle repose la nature humaine dans la perfection de son essence rationnelle et morale. La puissance de cette naturalisation du mariage dans l'imaginaire collectif explique pourquoi *il ne suffit jamais de parler de la « filiation » en général, si l'on veut comprendre les changements de la parenté de la fin de la Révolution française jusqu'aux grands bouleversements des années 1960. Il faut nécessairement partir d'une double asymétrie : entre filiation légitime et filiation naturelle ; entre filiation maternelle et paternelle.*

La filiation au temps du mariage moderne : une double asymétrie

Comment se représenter aujourd'hui l'abîme qui séparait la filiation légitime et la filiation naturelle tout au long du XIXème siècle et encore pendant une bonne moitié du XXème siècle ? Il coupait comme en deux l'espace social, opposant, comme le jour et la nuit, la vertu et le péché, l'honneur et la honte, la dignité et la perdition, la famille et le sexe.

Tout s'est passé comme si la promotion de la petite famille conjugale par la Révolution française à travers la création du mariage civil en 1792 et l'institution du principe de libre choix du conjoint –qui crée une sorte de majorité civile de l'homme et de la femme à côté de la majorité politique réservée à l'homme « indépendant »– avaient rendu le sort des bâtards encore pire que sous l'Ancien Régime. Dans la logique de la société aristocratique, une

[17] Pour une analyse approfondie de cette mythologie moderne des origines cf. I. Théry, *La distinction de sexe, une nouvelle approche de l'égalité*, Odile Jacob, 2007.

certaine place leur était réservée, et même si l'adage « Bâtards ne succèdent point » les laissait au seuil de la transmission lignagère, leur statut n'était pas celui de réprouvés et leur légitimation était possible. Avec le Code Napoléon, qui renverse ici la logique égalitaire toute récente promue par le droit révolutionnaire qui avait tenté de donner quelques droits aux enfants naturels, ils deviennent véritablement des parias sociaux. Ils incarnent par leur personne même cette nature « des bêtes » dont on dit qu'elle a présidé à leur conception, ils sont à la fois le signe du déshonneur féminin, la trace indélébile de la honte, et la personnification de cette forme très particulière d'errance dans les limbes du social qu'est l'absence d'état familial.

Le mot même d'enfant « naturel » doit ici être commenté car on a tendance aujourd'hui à confondre filiation naturelle et lien biologique issu de la procréation. L'adjectif est fait pour rejeter : il renvoie imaginairement les bâtards hors de la société, vers la jungle des passions, des vices et du désordre, vers l'avilissement de l'animalité, vers une sorte d'infra-humanité asservie à ses plus bas instincts. Mais aux yeux de la sociologie du droit, il va de soi que la filiation naturelle, qu'on nomme aussi filiation illégitime ou filiation hors mariage, n'est ni plus ni moins naturelle que l'autre ! La filiation hors mariage est tout aussi *sociale*, tout aussi *instituée à l'intérieur du droit*, que la filiation légitime. Et, bien entendu, rien ne montre avec plus de clarté ce caractère institué de la filiation dite naturelle que la différence entre la paternité et la maternité hors mariage.

Maternité et paternité hors mariage

Nulle part l'asymétrie entre maternité et paternité n'est aussi forte que dans la filiation hors mariage, qui n'est pas pleinement une filiation puisque l'enfant naturel n'entre pas dans la famille de son auteur, et demeure donc « sans famille » même si les parents qui l'ont reconnu lui doivent, selon leur sexe, soins et aliments. Deux situations opposées se font face lorsqu'une grossesse hors mariage se profile.

- Celle de l'homme géniteur de l'enfant, qui en aucun cas ne sera amené à admettre sa part dans la procréation et à se reconnaître « père » selon la filiation, s'il n'en a pas envie, et qui peut donc s'éclipser tranquillement en faisant comme si sa relation sexuelle et procréative à la femme qui a donné naissance à l'enfant n'avait jamais existé.

- Celle de la femme génitrice pour qui, au contraire, le droit n'autorise aucun jeu avec la vérité de la procréation, saisie par le fait de l'accouchement. Pour elle, toute feinte est un crime gravement puni : le crime de supposition d'enfant (si la femme prétend faussement être la génitrice d'un enfant dont elle n'a pas accouché) ou celui d'interposition d'enfant (si elle échange son enfant avec une autre femme). L'empire de la vérité obligatoire ne laisse à la femme qui accouche qu'un choix : devenir la « mère » au sens statutaire de la parenté, ou bien abandonner l'enfant.

Dans un vigoureux pamphlet sur le mariage, publié en 1867, l'historien et féministe Paul Lacombe estimait à soixante-quinze mille par an les naissances hors mariage et à cinquante mille le nombre annuel d'enfants naturels abandonnés. Il décrit les effets dramatiques d'un ordre matrimonial de filiation qui fait porter à la seule fille-mère le poids de la stigmatisation sociale, tout en exonérant le géniteur de toute responsabilité grâce à l'article 340 du Code civil qui a institué l'interdiction de recherche en paternité :

> Les 75000 naissances naturelles qui arrivent chaque année représentent à peu près autant de drames très réels, très poignants, dont le moindre exercerait singulièrement la sensibilité

> publique, si le cœur des mères, où ce drame terrible se joue, pouvait être ouvert et développé aux yeux [...] À l'heure qu'il est, quand les statisticiens font leurs comptes au bout de l'an, c'est par milliers qu'ils recensent les enfants naturels qui ont été jetés sur les chemins, dans des caves, dans des fosses d'aisance, comme des petits chiens, ou coupés par morceaux afin de les cacher plus sûrement, ou enterrés après avoir été étouffés à peine, ou brûlés, vaporisés dans des cheminées, des poêles, des fours, etc. [...] Il faut le dire, ces filles sont folles, folles de la peur du mépris public, quand elles ne le sont pas par vingt autres causes: solitude, dénuement, jalousie, indignation, etc. [...] Imaginez cette gamine de 18 ans à peine, qui ne sait rien de rien, qui n'a que des appréhensions, des imaginations, des pressentiments [...] au moment où elle voit qu'elle va devenir la cible du mépris et des colères universelles. Parents, amis, voisins, et les passants même, tous, les connus et les inconnus, vont se déclarer contre elle. Elle seule d'un côté, et tout le reste des hommes de l'autre [...] Jamais aucun homme ne s'est trouvé dans une situation absolument semblable, car pour qu'elle le fût, il faudrait changer la nature masculine en la féminine.[18]

On voit donc que le célèbre adage juridique opposant le père « incertain » et la mère « toujours certaine » n'est pas un simple constat sur la différence entre le mâle, qu'Aristote définissait comme l'être qui « engendre hors de soi » et la femelle qui « engendre en soi ». Il indique le principe d'une asymétrie du droit, qui définit toujours la paternité d'un homme de façon indirecte, par le rapport de l'homme avec la maternité d'une femme. Traditionnellement, on insistait sur les causes indépassables de cette asymétrie en les liant au « mystère impénétrable de la paternité ». Pourtant le même « mystère impénétrable » générait, dans le mariage, un tout autre traitement de l'incertitude procréative : dans ce cas, l'enfant avait par principe un père et une mère.

Maternité et paternité en mariage

Dans la parenté occidentale moderne, on le sait, c'est par son statut d'*époux* que l'homme est désigné à l'avance comme *le père* des enfants que son épouse mettra au monde. L'asymétrie sexuée est donc très différente de celle qui oppose une fille-mère et son séducteur, puisque par hypothèse le mariage donne deux parents à l'enfant. C'est en ce sens que l'on a pu dire que la fonction majeure du mariage est de fabriquer institutionnellement des pères grâce à la présomption *Pater is est quem nuptiae demonstrant* (le père est celui que les noces désignent). Le doyen Carbonnier a traduit cela d'une formule frappante : « Le cœur du mariage, ce n'est pas le couple, c'est la présomption de paternité. »

N'imaginons pas, cependant, que cette présomption de paternité (qui concerne un statut de père dans la *filiation*) n'ait aucun rapport avec la procréation. On présuppose que l'époux est le géniteur de l'enfant et c'est pourquoi, dans certaines circonstances, la présomption de paternité peut tomber (par exemple quand la conception était impossible, l'époux étant absent). Par rapport au fait de la procréation, le volontarisme masculin est plus limité dans le cadre matrimonial que dans la vie hors mariage, où l'arbitraire de l'homme est parfaitement protégé par l'interdiction de recherche en paternité. Mais il n'en est pas moins présent. Ainsi, alors que la femme mariée n'a pas plus que la femme non mariée le droit de reconnaître pour sien un enfant qu'elle n'a pas procréé, le mari y est juridiquement autorisé. Il peut donc « jouer » sur le pouvoir que lui donne son état social d'époux : un état qui, certes, peut permettre à l'épouse d'introduire dans la famille un enfant qui n'est pas de lui, mais qui permet aussi au mari de priver l'amant de celle-ci de tout espoir de se voir attribuer un enfant qu'il a fait, et enfin l'autorise à inciter son épouse à utiliser, *ni vu ni connu*, les

[18] P. Lacombe, *Le mariage libre*, 1867, p.11-14. Pour une analyse de l'œuvre de Lacombe, cf A. Fine et N. Adell (dir.) *Histoire et anthropologie, autour de Paul Lacombe*, Paris, éditions de CTHS, 2012.

bons services d'un géniteur secret pour dissimuler une stérilité masculine portant atteinte à une certaine image de sa virilité, et assurer la transmission de son patrimoine.

Volontarisme masculin et subordination des femmes

Ce retour en arrière permet de comprendre pourquoi l'anthropologie contemporaine s'est attachée à introduire la dimension du genre dans l'étude de la parenté. Car il ne suffit pas de reconnaître qu'il y a deux sexes, ou que les deux sont présents dans la famille, ou même qu'il existe des représentations culturelles stéréotypées de ce qui est masculin ou féminin, pour prendre toute la mesure de la "distinction de sexe" comme distinction sociale instituée.

Le point central est que **le modèle matrimonial de filiation** qui est au principe de l'abîme entre filiation légitime et filiation naturelle est construit sur une asymétrie drastique entre les sexes et une hiérarchie complète entre maternité et paternité. Cette asymétrie a toujours été présentée comme fondée sur la nature incontournable qui rend la mère certaine et le père incertain, et on la représente classiquement sous la forme d'une opposition entre la maternité « naturelle » (dans ou hors mariage) et la paternité qui serait «sociale» parce qu'elle reposerait uniquement sur la volonté : libre volonté de reconnaître ou de ne pas reconnaître un enfant hors mariage, libre volonté aussi de se marier et, ce faisant, de se reconnaître à l'avance père des enfants que l'épouse mettra au monde.
Mais en réalité, c'est *l'institution de la parenté* (telle qu'en témoignait le droit du Code Napoléon) qui avait toujours-déjà prévu la signification sociale d'une naissance, l'état social d'un enfant nouveau-né et ses rapports juridiquement possibles à ses géniteurs, selon que la naissance intervenait dans ou hors mariage. Selon leur contexte, les émotions violentes que suscitaient pour les femmes les premiers signes d'une grossesse –terreur ou joie, désespoir ou plénitude– témoignent de ce que le corps est toujours-déjà investi, et même surinvesti de significations, de valeurs et de droits.
Ce que révélaient ces émotions, jusqu'aux années 1960, est d'abord le poids de la subordination sociale des femmes, qui passait par leur division impitoyable en deux catégories, les épouses honorables et les filles perdues, et celui de la hiérarchie dans le couple et la famille, quand une double morale sexuelle confortée par le droit pénal veillait à ce que la punition soit véritablement sans commune mesure en cas d'adultère selon qu'elle visait la femme mariée, éternelle mineure devant obéissance à son mari, ou celui qui lui devait protection et gouvernement.

Que l'opposition historique entre filiation maternelle et filiation paternelle soit complètement ignorée des débats actuels opposant le *tout biologique* au *tout volonté* (pour définir le "parent" en général) alors même qu'elle informe autant les positions des uns et des autres, est une énigme que l'on ne peut que constater. Comme nous allons le voir, elle a des effets d'autant plus puissants qu'ils sont incontrôlés sur la façon dont est perçue la mutation de la filiation au temps du démariage.

III. Le temps du démariage

Nous vivons depuis la fin des années 1960 une grande métamorphose des représentations et des pratiques de la parenté dans les sociétés démocratiques développées. Cette mutation encore inachevée a commencé en droit français dès 1964, par la réforme des régimes matrimoniaux, poursuivie en 1970 par la réforme de l'autorité parentale, et surtout en 1972 par la réforme capitale posant le principe d'égalité des filiations légitimes et naturelles. Mais ce n'est que plus tard qu'on commença d'apercevoir l'ampleur du changement à l'œuvre,

quand se précisa l'avènement d'un phénomène social que personne n'avait anticipé : le **démariage**[19]. On a proposé ce terme pour désigner non la baisse du nombre des mariages, non la crise ou la dévalorisation de celui-ci, mais une redéfinition majeure de la place et du rôle de l'institution matrimoniale dans le système de parenté occidental et, plus largement, dans l'organisation globale de la dimension sexuée de notre vie sociale. *Le démariage signifie que le fait de se marier, de ne pas se marier ou de se démarier, qui était autrefois une obligation sociale impérative et l'horizon indépassable des relations sexuées, est devenu une question de conscience personnelle.*

Le démariage signifie que l'égalité des sexes va bien au-delà de l'acquisition de tel droit égal, de telle opportunité possible pour les femmes. Elle change jusqu'au sens même des relations de parenté, comme nous l'avons rappelé pour le couple. Parce que le démariage ouvre la question de la cohérence d'ensemble de notre système de parenté quand celui-ci ne repose plus sur l'« hypothèse matrimoniale » –qui renvoyait hors de la famille, dans l'opprobre moral et la déviance sociale, toutes les relations conjugales et filiales hors mariage–, il est *mutatis mutandis* d'une importance comparable à ce qui se passa dans les institutions politiques à l'entrée dans la modernité, quand la religion cessa d'être l'horizon indépassable de la vie sociale des humains et devint une question de conscience personnelle. Les religions ne disparurent pas, elles ne furent pas disqualifiées, mais à travers l'avènement des droits de l'homme apparut un nouveau « sacré » permettant d'énoncer les valeurs ultimes fondant la vie en commun tout en séparant l'ordre politique et l'ordre religieux.

En matière de parenté, l'égalité de sexe et le démariage ont mis à l'ordre du jour non seulement des modifications du contenu normatif de tel ou tel statut (celui de père ou de mère, par exemple) mais une recomposition de l'articulation traditionnelle entre couple et filiation via le mariage, impliquant l'émergence d'une autre logique normative de la parenté. Désormais, en effet, la fonction du droit ne pouvait plus être de définir et de servir un unique modèle de mœurs familiales, comme le fit pendant le XIXème et une grande partie du XXème siècle en France le Code Napoléon pour défendre le modèle bourgeois de la petite famille conjugale légitime et stable, modèle prétendument ancré dans la « nature humaine » elle-même. Par-delà la révolution de velours que fut l'égalité entre filiation légitime et naturelle, une autre question a commencé de se poser : celle de la diversité des trajectoires biographiques liant des parents et des enfants.

Poids du modèle matrimonial de filiation

En effet, nous ne sommes pas seulement les héritiers d'une conception du mariage comme socle de la seule "vraie" famille, aujourd'hui dépassée. Nous avons hérité aussi d'un modèle matrimonial de filiation, dont l'idéal peut être résumé par la formule : *« Un seul père, une seule mère, pas un de moins, pas un de plus.»* L'idéal du mariage traditionnel, en effet, était que les trois grandes composantes de la filiation (biologique, sociale/éducative et juridique/symbolique) soient en quelque sorte rassemblées sur une seule tête masculine, le père, et une seule tête féminine, la mère. Chacun des deux parents devait être à la fois le géniteur de l'enfant, celui qui le soigne et l'élève dans sa maison, celui enfin que le droit désigne en lui accordant, selon des procédures codifiées, le statut de "parent" dans notre système symbolique de parenté.

[19] Cf. I. Théry, *Le Démariage*, Paris, Odile Jacob, 1993.

Bien sûr, la réalité n'était pas toujours conforme à cet idéal –les maris et pères n'étaient pas toujours les géniteurs de leurs enfants– mais dans ces cas on faisait "comme si". Et autant la naissance hors mariage était vilipendée, autant le mariage se devait d'abriter un *modèle procréatif de filiation*, plaçant la valeur suprême du côté du lien de sang. Ainsi, alors même que la paternité reposait sur une *fiction juridique* de première grandeur « le père est celui que les noces désignent », elle était censée reposer sur une *réalité factuelle* « le père est celui que le sang désigne ». Prendre en compte ce modèle matrimonial permet de comprendre pourquoi le poids accordé à la volonté et le poids accordé au lien de sang n'étaient pas contradictoires mais articulés d'une certaine façon : ce qui les liait était l'opposition entre le statut de marié et le statut de non marié, et le principe de complémentarité hiérarchique de sexes. La filiation maternelle fondée sur l'accouchement était englobée dans la filiation paternelle fondée sur la volonté au sein de l'unité supérieure du couple de l'époux et de l'épouse, couple dirigé et représenté dans la société par l'époux.

Un tel modèle matrimonial est mis en difficulté dans tous les cas où par hypothèse il n'y a pas de coïncidence entre les composantes biologiques, sociales et juridiques qui faisaient naguère ce qu'on nommait "un vrai parent". C'est le cas de l'adoption (où il y a des parents de naissance et des parents adoptifs), de l'engendrement avec tiers donneur (où le donneur est un géniteur mais certainement pas un parent), et enfin des recompositions familiales après séparation ou coexistent les parents séparés et leurs nouveaux conjoints, les beaux-parents de l'enfant de la première union.
Pendant un certain temps, la force du modèle matrimonial procréatif était telle qu'il a pu attirer dans son orbite aussi bien l'adoption plénière que l'Assistance Médicale à la Procréation (AMP) avec tiers donneur. L'une et l'autre ont été conçues au départ pour mimer à leur tour ce modèle, et cela alors même que par hypothèse, dans ces cas les notions de parents et de géniteurs ne peuvent pas se recouvrir. Pour réussir cela, on a tout simplement effacé les personnages "en trop" afin que la famille adoptive et la famille issue de l'AMP avec tiers donneur, passent pour des familles fondées sur la procréation du couple. En effet, plus la référence au mariage s'est effacée, plus ce qui en est resté du modèle matrimonial antérieur est seulement la dimension de la procréation.

Dans l'adoption plénière, on a tout fait pour effacer l'histoire antérieure de l'enfant, considérer l'adoption comme une deuxième naissance, et parfois faire passer les parents adoptifs pour les géniteurs en ne révélant pas à l'enfant qu'il avait été adopté. Dans l'AMP avec tiers donneur, on est allé encore plus loin en mettant en place un modèle *ni vu ni connu*, permettant d'escamoter purement et simplement le recours à un don. En droit français, ce modèle pseudo procréatif est si verrouillé qu'aux yeux non seulement du public, mais de l'enfant lui-même, le parent stérile ne peut que passer pour le géniteur de l'enfant.
Cependant, tout en enjoignant à ces familles de passer pour des familles fondées sur la procréation, notre société les a longtemps considérées aussi comme de la « fausse monnaie », supposées à jamais incapables d'atteindre à la perfection du modèle de référence… d'où l'inquiétude et le sentiment de manque de légitimité qui taraude tous les parents qui ne sont pas des géniteurs.

Cette situation est aujourd'hui contestée, et ces dernières décennies ont justement été celles de la remise en cause, par les premiers intéressés, du modèle pseudo-procréatif dans lequel on les avait enfermés. Parents adoptants, enfants adoptés, et (de plus en plus souvent) enfants nés d'un engendrement avec tiers donneur, ont revendiqué que leur famille puisse exister et être valorisée *pour elle-même*, sans devoir se couler de force dans un modèle unique. De nombreux pays démocratiques ont abandonné le modèle *ni vu ni connu* en

matière d'AMP et ont fait droit, dans la même logique, à la demande de l'enfant devenu majeur de pouvoir connaître ses origines.

En France, en revanche, tout se passe comme si nous ne parvenions pas à passer le cap et à nous défaire véritablement du modèle matrimonial de filiation dont nous sommes héritiers. Certes, désormais les enfants sont parfaitement à égalité en droit, que leurs parents soient ou non mariés : la loi de 1792 a posé le principe d'égalité des filiations légitime et naturelle, et celle-ci fut parachevée en 2005 par la suppression pure et simple de ces catégories de notre code civil. Pourtant, notre droit se refuse toujours à accueillir à égalité toutes les filiations : qu'elles soient fondées sur la procréation charnelle, sur l'adoption ou sur l'engendrement avec tiers donneur.

On peut le dire autrement : alors que nous avons réussi à instituer un droit du couple à la fois commun à tous et pluraliste, et que la coexistence du mariage, du Pacs et de l'union libre, loin de nous poser problème apparaît à tout un chacun comme le triomphe d'une vraie compréhension collective du sens et de la valeur des différents choix des couples, un espace ouvert à de la diversité heureuse des mœurs démocratiques, en revanche sur la filiation nous restons fermés à un véritable pluralisme. Notre droit de l'adoption reste fortement marqué par un modèle pseudo-procréatif. Quant à celui de la procréation assistée, il en relève entièrement. Cette situation crée des tensions de plus en plus fortes, qui s'expriment à travers la recherche désespérée d'un critère du *vrai parent*, et l'opposition de plus en plus aiguë entre le parent dit « biologique » et le parent dit « social ». Mais cette alternative est sans issue.

Le développement de l'homoparentalité, à partir de la fin des années 1990, s'inscrit dans ce contexte à la fois complexe et paradoxal. Elle participe directement de l'évolution de la filiation au temps du démariage, qui a ouvert de nouveaux espaces à l'adoption et à la procréation assistée. Mais elle révèle aussi de façon lumineuse les limites, les tensions et les contradictions de notre droit civil actuel, encore largement tributaire du modèle matrimonial de filiation dont nous sommes les héritiers. C'est vers elle qu'il nous faut à présent nous tourner.

Chapitre 2

Une même filiation pour tous

La loi du 17 mai 2013 qui a institué en France le mariage des couples de personnes de même a représenté un changement majeur non seulement de notre droit civil, mais de notre système de parenté[20]. Certes, nous n'étions pas le premier pays à franchir le pas. Mais cet argument n'enlève rien à la dimension déstabilisante de ce changement. Depuis aussi longtemps qu'on se souvienne, le mariage occidental était par définition l'union d'un homme et d'une femme, et la filiation était organisée selon un principe de mixité des lignées, maternelle et paternelle, de surcroît égalitaires au plan de la descendance[21]. Un tel bouleversement des références ne va pas de soi, et il appelait à tout le moins une véritable *pédagogie de la loi*, par une réflexion sur les changements du mariage et de la filiation en général. Mais la dimension de l'histoire ne fut pas évoquée par les politiques avant le grand discours de présentation du projet à l'Assemblée Nationale par la garde des Sceaux, Christiane Taubira, le 29 janvier 2013. Avant ce moment, la seule justification donnée dans le discours politique fut le refus des « discriminations » et l'affirmation de « l'égalité des sexualités ».

Certes, ces références s'inscrivent très clairement dans l'évolution du droit international, et nous n'en discutons pas la validité juridique. En revanche, au plan de la vie sociale, un fossé s'est creusé d'emblée entre le discours politique sur la réforme et le questionnement majeur des français, qui portait moins sur les sexualités (homosexuels, hétérosexuels) que sur les sexes (hommes, femmes) et le genre (masculin/féminin). Donnant le sentiment d'un déni, ce silence sur la question des sexes a alimenté à son tour l'inquiétude : « est-on en train de nous dire qu'il n'y a plus d'hommes ? plus de femmes ? ; Plus de père ni de mère mais du « parent 1 » et du « parent 2 » ?

[20] Ce chapitre a une immense dette envers les travaux de Jérôme Courduriès sur le couple gay et l'homoparentalité, auxquels nous avons puisé directement pour certains passages, et bien sûr ceux de Martine Gross, qui a initié en France la recherche sur les familles homoparentales. Nous les remercions très chaleureusement pour leurs exposés au sein du groupe de travail, les documents encore inédits qu'ils nous ont généreusement communiqués et leur engagement tout particulier pour la préparation de ce rapport.

[21] Égalitaire au sens où notre système de parenté n'est ni patrilinéaire, ni matrilinéaire, mais cognatique.

Il nous semble important de revenir sur les malentendus de fond que les opposants au projet de loi ont exprimés autour de deux grandes affirmations :

- la loi instituerait une « suppression de la différence des sexes » dans le mariage et la filiation.
- Elle accréditerait un « mensonge aux enfants » en laissant penser qu'un enfant pourrait « naître de deux femmes ou de deux hommes »

En effet, ces deux affirmations ne sont pas seulement factuellement erronées, la loi n'ayant asexué ni les épouses et époux, ni les pères et les mères. Elles révèlent un des problèmes les plus importants de tout ce débat : au lieu d'interroger la dimension « mensongère » de certains aspects de notre droit, et ce qu'elle impose aujourd'hui encore à nombre de couples de sexe différent et à leurs enfants, les accusations portées contre les familles homoparentales ont stigmatisé les seuls couples qui ne sont jamais tentés de mentir à l'enfant sur son mode de conception. Ce renversement paradoxal révèle en réalité où se trouve le cœur de toute réflexion sur ce que pourrait être l'ambition d'une réforme globale de la filiation : substituer, au modèle matrimonial « pseudo-procréatif » un droit de la filiation à la fois *commun et pluraliste*, respectueux de la spécificité des nouvelles formes de filiation fondées sur l'engagement, et soucieux d'assurer enfin le droit fondamental de l'enfant d'accéder à sa propre histoire[22].

I. Le couple de même sexe, révélateur des changements de l'institution

A. Mariage et distinction de sexe

Il y a deux siècles, le fait que le mariage civil fût par définition l'union d'un homme et d'une femme était une évidence. Le défi est de comprendre pourquoi aujourd'hui cette évidence a cessé d'en être une. Une première réponse tient à l'histoire même de l'institution matrimoniale. De fait, l'institution d'un mariage de même sexe, tout en étant un véritable changement, n'est ni une rupture de civilisation ni un saut dans l'inconnu car le mariage a d'ores et déjà changé. Alors que naguère encore le cœur de cette institution était la présomption de paternité, aujourd'hui ce n'est plus le cas : le cœur du mariage contemporain n'est plus la présomption de paternité, c'est le couple.

Rappel historique

On a invoqué parfois l'absence de définition du mariage dans le code civil français pour affirmer qu'il ne serait pas acquis juridiquement que le mariage républicain soit l'union d'un homme et d'une femme. Cette hypothèse fut même à l'origine de ce qu'on a nommé le « mariage de Bègles ». Pourtant, les raisons de cette absence sont parfaitement connues des historiens, et il se trouve que c'est très exactement le contraire qui est vrai. On trouvait autrefois à ce point *évident* que le mariage fût « l'union de l'homme et de la femme » qu'on aurait trouvé risible de le préciser. Reconnaître ce fait est le point de départ de toute réflexion sur l'institution matrimoniale, car ce dont il nous faut rendre compte aujourd'hui est l'histoire d'un long et profond changement social : celle de l'abandon progressif d'un ancien système de représentations et de valeurs – dans lequel nous ne nous reconnaissons plus – et de l'émergence d'un autre.

« *La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil* » : l'article 7 de la Constitution

[22] Nous reprenons dans ce chapitre, de façon synthétique, plusieurs développements présentés in I. Théry (dir) *Mariage de même sexe et filiation,* Paris, ed. de l'EHESS, 2013.

de 1791 met fin à deux siècles de guerre de religion, et place la famille sous l'égide des valeurs nouvelles : liberté de conscience, égalité de tous devant la loi. Mais ce mariage nouveau, laïque, commun à tous, comment le définir ? En avril 1792, l'Assemblée législative met la question à l'ordre du jour. Une cascade de propositions sont faites, mais on ne peut s'accorder tant les divergences sont grandes sur un point capital : la dissolubilité du contrat, et donc la possibilité du divorce. S'efforçant d'en dire le moins possible sur ce sujet conflictuel, le député Lequinio propose finalement une formule minimale : « *Le mariage est un contrat civil qui unit pour vivre ensemble deux personnes de sexe différent.* » L'Assemblée part d'un éclat de rire général et décide que si on en est à dire de telles évidences, il vaut mieux se passer de définition, « *chacun étant censé savoir ce qu'est le mariage* ». Voilà pourquoi il n'y a pas de définition du mariage dans notre code civil.

Cet épisode important rappelle qu'à l'époque, le fait que le mariage soit « l'union d'un homme et d'une femme » *allait tellement de soi* qu'il paraissait risible de le préciser. Oui, mais pour quelle raison en était-il ainsi ?

Si le mariage civil a, depuis sa création en 1792, été considéré comme étant « par définition » l'union d'un homme et d'une femme, ce n'est pas en référence à des considérations sur le désir, la sexualité et le péché originel (comme dans le droit canon) et encore moins à l'orientation sexuelle des personnes (n'oublions pas que c'est la *scientia sexualis* de la fin du XIXème siècle qui a inventé les catégories « homosexuel » et « hétérosexuel » et en a fait des « identités » psychiques). C'est en référence à l'asymétrie entre les sexes au plan de la procréation. La différence entre celle qui « engendre en soi » et celui qui « engendre hors de soi » ne produisant chez les humains aucune sorte de socialité naturelle, et ce qu'on nommait le « mystère de la paternité » ayant semblé pendant des millénaires devoir être à jamais insondable, les échanges permettant la procréation sont dans toutes les sociétés soumis à des règles, et référés à des significations et des valeurs. Dans cette perspective, le mariage civil créé en 1792 a été conçu avant tout comme l'institution qui donne un père aux enfants qu'une femme met au monde, selon la formule héritée du droit romain : « *Le père est celui que les noces désignent.* » Autrement dit, le mariage était avant tout l'institution fondatrice de la paternité (et par ricochet de la maternité), ce que résume parfaitement la célèbre formule du doyen Carbonnier, « *Le cœur du mariage, ce n'est pas le couple, c'est la présomption de paternité* ».

Ordre matrimonial et principe de complémentarité hiérarchique des sexes

Mais, comme nous l'avons rappelé au chapitre 1, la présomption de paternité, pivot du Code Napoléon de 1804, avait un sens social très différent de celui qu'elle a aujourd'hui. Grâce à elle, seul le mariage civil produisait une filiation indivisible pleine et entière : la filiation légitime. Hors du mariage, non seulement les enfants étaient des « bâtards » qui n'entraient pas dans la famille de leurs auteurs, mais ils avaient très rarement un père puisque les hommes étaient protégés de toute action à l'égard des enfants qu'ils avaient conçus hors mariage par *l'interdiction de recherche en paternité* (1789-1912). L'ordre matrimonial de l'époque ne se comprend que si l'on aperçoit ce qu'il rejette et stigmatise, le non-mariage.

Cet ordre matrimonial plaçait donc par principe les deux sexes dans des situations radicalement différentes face à la dimension potentiellement procréatrice des relations sexuelles (relations que l'on nomme aujourd'hui hétérosexuelles, mais la formule est réductrice et anachronique : n'oublions pas qu'autrefois les homosexuels se mariaient et avaient des enfants, tout en vivant par ailleurs leur vie homosexuelle dans la clandestinité).

Premièrement, dans l'éventualité d'un enfant hors mariage la faute et le déshonneur étaient entièrement portés par les femmes, et le sexe féminin était le seul qui soit ainsi moralement et socialement divisé en deux par le mariage : d'un côté les dignes épouses et les honorables mères de famille, et de l'autre les filles perdues et femmes de petite vertu, filles-mères, cocottes et prostituées.

Deuxièmement, le mariage lui-même était organisé selon un principe de complémentarité hiérarchique des sexes, au sens que l'anthropologue Louis Dumont a donné à la notion de hiérarchie pour la distinguer de l'inégalité : englobement de la valeur contraire[23]. Seul l'époux représentait le couple et même la famille conjugale dans son entier (c'est pourquoi l'homme avait seul le droit de vote). Il devait à son épouse « protection », elle lui devait « obéissance ». L'homme était l'unique chef de la famille, à travers le double mécanisme de la puissance maritale et de la puissance paternelle. En un mot, le mariage civil institué par le Code Napoléon, premier code civil des Français, était l'institution sociale majeure organisant la complémentarité hiérarchique des sexes. C'est dire que la sujétion des femmes n'était pas accidentelle, mais bel et bien constitutive de ce système : le couple marié était ce qui faisait lien entre deux grands mondes sociaux, organisés par des valeurs opposées, le *monde masculin* du public, du politique, de l'entreprise, de l'art, de la science, de la politique, de la guerre, en un mot de la rivalité des talents et de la recherche individuelle de la gloire ; le *monde féminin* du privé, de la maison, du domestique, de la famille, de la complémentarité des besoins, de l'éducation, des soins aux enfants, aux personnes âgées et aux malades, en un mot, de la recherche commune de la sécurité et du bonheur.

Égalité des sexes et transformation du mariage

Comme nous l'avons rappelé au chapitre précédent, c'est parce que avons fait de l'égalité de sexe une valeur cardinale de la démocratie que peu à peu nous avons remis en question l'ancien « ordre matrimonial » du couple, de la famille et de la sexualité. Dans ce mouvement, le mariage n'a pas seulement changé radicalement de contenu, par l'abolition de la puissance maritale, puis de la puissance paternelle, *il a changé de fonction dans l'organisation sociale tout entière*. Le mariage n'est plus ce qui fait « alliance » entre un monde masculin et un monde féminin, car nous avons promu, avec l'égalité des droits, la valeur de mixité de la vie sociale : c'est pour nous une valeur indiscutable désormais que les femmes puissent, comme les hommes, apprendre et exercer leurs talents dans toutes les sphères de la vie sociale, travail, politique, art, science... Symétriquement, nous voulons que les hommes partagent les responsabilités familiales. Le mariage n'est plus ce qui sépare la sexualité permise de la sexualité disqualifiée ou prohibée, et le changement de perspective de notre temps à l'égard de l'homosexualité participe directement de la remise en cause de l'ancien ordre sexuel matrimonial. Le mariage enfin n'est plus ce qui fonde la seule vraie famille, car la paternité et la transmission sont désormais assurées et instituées indépendamment du fait que l'homme soit marié ou que le couple reste uni.

Là est le cœur, souvent inaperçu, à partir duquel l'idée d'un mariage de même sexe – autrefois considérée comme « impossible » ou « absurde » y compris par les homosexuels eux-mêmes– a pu se développer. Là est ce qui donne à une revendication récente ses racines historiques profondes.

---

[23] L. Dumont, 1979, *Homo hierarchicus*, Paris, Gallimard, coll. Tel (1ère éd. 1976). Voir en particulier le passage où l'englobement de la future Ève dans le corps d'Adam est présenté comme l'image la plus remarquable du concept d'englobement hiérarchique, p.397.

Le mariage, institution d'un lien de couple

En effet, la fonction juridique du mariage a profondément changé au cours du XXème siècle : *d'institution fondatrice de la paternité (et partant de la famille), il est devenu avant tout l'institution d'un lien de couple*. Ce changement est la conséquence de l'autonomisation progressive de la filiation par rapport au mariage qui a été promue dans les années 1970 et achevée en 2005, en référence à la valeur majeure d'égalité entre tous les enfants. Mais il est clair que l'égalité entre enfants relaie ici l'égalité des sexes, en supprimant le principe d'opposition morale entre les femmes elles-mêmes, selon qu'elles étaient mariées ou ne l'étaient pas. Rappelons-en les grandes étapes :

1) *égalisation des droits des enfants, que leurs parents soient mariés ou non mariés* (1912 : fin de l'interdiction de recherche en paternité pour les enfants nés hors mariage ; 1972 : réforme de la filiation par une grande loi sur l'égalité des enfants légitimes et naturels). La notion de famille se détache ici de celle de mariage. Alors qu'auparavant un couple marié sans enfants était une « famille » mais qu'une mère non mariée, avec son enfant, n'en était pas une, à partir de la loi de 1972 la famille hors mariage (dite aussi « naturelle ») existe juridiquement et l'enfant naturel s'inscrit dans la transmission entre les générations : il hérite de ses grands-parents ;

2) *égalisation des droits des enfants, que leurs parents soient unis ou séparés* (1987 : création de l'autorité parentale conjointe post-divorce ; 2002 : inscription dans le droit du principe de coparentalité post-divorce). Cela est central pour détacher la paternité du mariage ou même de l'union. Alors qu'auparavant la mise en pointillé du père était considérée comme une « fatalité » du divorce, la coparentalité remet en cause l'asymétrie des sexes au profit d'une responsabilisation accrue et de droits mieux assurés aux pères divorcés ou séparés ;

3) enfin, en 2005, effacement pur et simple dans notre droit civil de la distinction terminologique qui organisait tout l'univers de la famille du Code Napoléon : la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle.

Désormais, la filiation ne repose plus sur le socle du mariage. Elle a été refondée sur son propre socle, elle est commune à tous et indépendante du fait que les parents soient mariés ou non mariés, unis ou séparés.

Sans disparaître, la présomption de paternité a changé de sens. Elle n'est plus « le cœur du mariage » parce qu'elle n'est plus ce qui sépare l'univers des *vraies familles* de l'univers des *non-familles*. Elle demeure comme un simple effet du mariage. Cette présomption, aujourd'hui comme hier, est une présomption de procréation qui peut être contestée par tous moyens – y compris les tests génétiques – à certaines conditions procédurales. Elle n'a pas d'application dans le cas des couples de même sexe. C'est pourquoi on peut dire que le mariage a *changé de sens*, qu'il est devenu fondamentalement l'institution d'un lien de couple.

C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre la loi instituant « le mariage des personnes de même sexe ». Elle a parachevé le mouvement amorcé en 1999, lorsque la loi sur le Pacs et le concubinage a changé la définition pluriséculaire du mot « couple » en droit, et assumé que désormais notre société considère que deux hommes ou deux femmes qui s'aiment forment véritablement un couple. Le mariage pour tous, c'est le mariage pour tous les couples. Qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe, tous ont désormais droit à la même alternative :

l'union libre (un lien vécu comme « privé »), le Pacs (qui sera vécu comme une déclaration publique de concubinage, avec droits sociaux et fiscaux afférents) et enfin l'engagement solennel à une communauté de vie par le mariage civil.

On comprend alors où se trouve le véritable malentendu : beaucoup de personnes en France *confondent la différence des sexes avec les seules relations de sexe opposé, voire avec les seules relations hétérosexuelles*. C'est la raison pour laquelle certains ont pu dire, à l'instar du conseiller de l'Eglise de France Tony Anatrella en 1999, que « les homosexuels n'atteignent pas à la différence des sexes »[24]. Pour les sociologues et les anthropologues qui défendent une approche relationnelle du genre, les relations de même sexe ne sont ni moins sociales, ni moins significatives, ni moins importantes que les relations de sexe différent. En instituant un mariage de même sexe, on ne neutralise pas les relations matrimoniales, on ne nie pas la différence des corps et on n'abolit pas la distinction de sexe dans le mariage. Plus simplement, on la redéploie au-delà des seules relations de sexe différent vers les relations de même sexe, dans un mouvement d'intégration sociale profonde des relations homosexuelles. Ce sont bien des mariages de *deux époux*, ou de *deux épouses* qui ont été institués, et non des mariages unissant deux improbables conjoint 1 et conjoint 2.

B. Mariage et filiation : symboles de l'émancipation et de l'intégration des homosexuels

Si la création du mariage de même sexe a été rendue *possible* du fait de l'histoire longue de l'institution, elle est aussi et surtout la conséquence d'un changement profond de l'attitude sociale à l'égard de l'homosexualité. En dire quelques mots est indispensable pour comprendre que le sens du « mariage pour tous » est profondément lié à l'ambition de considérer ceux qui furent si longtemps renvoyés hors de la normalité humaine, comme « des hommes et des femmes comme les autres ».

Les opposants à l'ouverture du mariage aux couples de même sexe se sont parfois étonnés de cette revendication. Pourtant, elle se comprend très bien à la lecture de l'histoire contemporaine de l'homosexualité et des changements qu'a connu le statut de l'amour conjugal depuis le XIXème siècle[25]. Sans retracer l'histoire de l'homosexualité et de son traitement social, retenons simplement que, dans une société fortement marquée par l'influence de l'Église catholique, parmi les comportements entachés de péché figuraient l'adultère, l'inceste, la sodomie, les caresses réciproques, la bestialité... L'homosexualité n'avait pas encore de nom. En dehors des termes de *sodomite* et *pédéraste*, il n'existait pas jusqu'au XIXème siècle de terme spécifique pour désigner les hommes qui avaient des relations charnelles avec d'autres hommes, encore moins les femmes ayant une sexualité avec d'autres femmes.

Dès les années 1730-1740, on ne parlait plus de sodomites mais de pédérastes, l'évolution du vocabulaire témoignant là aussi d'importants changements : la conception religieuse du sodomite, accusé de menacer l'ordre divin (et donc royal), connut un net recul. Par ailleurs un lent changement s'opéra dans l'image du sodomite : il « *n'est plus seulement un homme ordinaire cédant, dans sa faiblesse originelle, à une tentation particulièrement grave, mais un individu au caractère spécifique, élément d'un groupe qui tente de se constituer à*

[24] Pour une présentation et les références de ce débat, cf. *infra* chap. 3.
[25] Nous reprenons ici de façon synthétique les développements présentés dans le chapitre de Jérôme, « Pourquoi cette loi maintenant ? » in I. Thery (dir) *Mariage de même sexe et filiation*, op. cit. pp.36-46.

l'intérieur de la société »[26].

Cet individu au caractère spécifique annonce déjà la constitution du personnage de l'homosexuel du XIXème siècle. Michel Foucault a tracé le portrait saisissant de la façon dont la *scientia sexualis* a non seulement décrit les homosexuels comme des types d'individus particuliers, mais les a véritablement constitués socialement comme une espèce à part

> "L'homosexuel du XIXème siècle est devenu un personnage... Rien de ce qu'il est au total n'échappe à sa sexualité [...] L'homosexualité est apparue comme une des figures de la sexualité lorsqu'elle a été rabattue de la pratique de la sodomie sur une sorte d'androgynie intérieure, un hermaphrodisme de l'âme. Le sodomite était un relaps, l'homosexuel est maintenant une espèce."[27]

L'homosexuel est né ; c'est sa sexualité qui le caractérise et lui donne cohérence : physionomie, caractère, comportement, rien n'échappe au prisme de sa sexualité contre-nature. On commence à définir l'individu en fonction de son comportement sexuel ; « Dis-moi tes désirs et je te dirai qui tu es : *cette demande est caractéristique du XIXème siècle*.[28] » Autrefois considérés comme des libertins, les homosexuels sont encore vus comme des infâmes. Passibles d'être emprisonnés, ils sont également considérés dans les dernières décennies du XIXème et au début du XXème siècles comme souffrant d'anomalie mentale. La médecine s'est intéressée avant les années 1860 à la pédérastie, mais dans le cadre des expertises médico-légales accomplies à la suite de viols ou d'attentats à la pudeur. À partir des années 1870, le regard médical change d'objet pour s'intéresser à la personnalité de l'auteur de l'acte de sodomie. Ce n'est qu'à partir des années 1950 que s'est desserrée l'emprise médicale. Le célèbre rapport Kinsey établit en 1948 que « *les hommes ne constituent pas deux populations distinctes, hétérosexuelle et homosexuelle*», rendant ainsi les catégories psychiatriques inadaptées. Mais ce n'est qu'en 1974 que, sous la pression de groupes d'homosexuels, *l'American Psychiatric Association* retira l'homosexualité de la nomenclature des maladies mentales.

Dans les années 1920, les homosexuels français jouissaient d'une relative liberté et n'étaient pas condamnés alors qu'en Allemagne et en Angleterre, ils restaient menacés par la loi. Les dispositions légales à l'encontre des homosexuels anglais se durcirent, tandis qu'en Allemagne, ils devinrent des parias à éliminer ; ils portèrent le triangle rose à partir de 1934, avant d'être envoyés en camp de concentration. L'Italie fasciste qualifia dès 1938 les homosexuels de criminels politiques, alors emprisonnés ou exilés. Dans la France occupée de Vichy, où la famille était confirmée comme une des trois valeurs suprêmes de la nation, on considérait l'homosexualité comme étant hédoniste et antifamiliale : d'abord elle se caractérise par des pratiques non tournées vers la procréation, ensuite, les homosexuels constituent une menace pour les jeunes générations, avenir de la nation. C'est ainsi que le 6 août 1942, Pétain, mettant fin à l'exception française vieille de cent cinquante ans, signa une ordonnance interdisant les relations homosexuelles avec un mineur de moins de vingt et un ans, alors que pour les relations hétérosexuelles, cette limite d'âge était de quinze ans ; les

---

[26] M. Rey, 1987, « Justice, police et sodomie à Paris au XVIIIème siècle », *in* Jacques Poumarède, Jean-Pierre Royer (dir.), *Droit, histoire et sexualité*, Lille, éd. de l'Espace Juridique, p.179.

[27] M. Foucault, *La volonté de Savoir. Histoire de la sexualité* tome 1, Paris, Gallimard, coll. Tel, 1998 (1976), p.59.

[28] Interview de Michel Foucault par Stephen Riggins, *Ethos*, vol. I, n° 2, automne 1983, pp. 4-9. Reprise dans Foucault M. *Dits et écrits*, vol. 2 : 1876-1988, Paris, Gallimard, coll. Quarto, 2001, pp.1344-1357.

peines encourues pour toute infraction à cette ordonnance étaient l'emprisonnement et d'importantes amendes. Mais cette loi du 6 août 1942 ne fit pas que condamner l'homosexualité, elle introduisit dans le code pénal la notion d'acte « contre-nature », renouant ainsi avec une perception ancienne des pratiques sexuelles entre hommes. Cette loi fut confirmée après la Libération par l'ordonnance du 8 février 1945. L'évolution vers une intolérance croissante, favorisée par le péril de la guerre et l'occupation allemande en France, s'est imprimée dans un temps plus long que le temps des changements politiques et a marqué durablement les mentalités, jusqu'à laisser des traces dans les mots d'ordre des manifestations s'opposant « au mariage pour tous ».

En France, où la citoyenneté s'exprime à travers l'appartenance à l'État et à la nation, rarement à travers une identité communautaire, des mouvements homosexuels ont émergé à une époque récente, parallèlement à l'affirmation du féminisme, demandant l'abandon des discriminations juridiques et policières envers les homosexuels, aboutissant en France à la loi du 4 août 1982. Comme l'ont démontré de nombreux auteurs, 1968 constitua un moment décisif dans l'histoire sociale contemporaine, en particulier du couple et de la famille. À la faveur des mouvements de 1968, ce qui deviendra, au sens le plus large, le Mouvement de libération des femmes s'agrège autour de quelques intellectuelles.

Les mouvements militants homosexuels sont le résultat de l'émergence de l'individu homosexuel et contribuent, dans le même temps, à la renforcer. En France, les années 1980 voient la sociologie s'intéresser pour la première fois aux homosexuels. Michael Pollak mit en évidence dès 1982, dans son premier article sur l'homosexualité, le long apprentissage que les homosexuels doivent faire pour s'affranchir des modes de vie hétérosexuels[29]. Ce qui était alors valorisé parmi les gays, c'est une sexualité multiple et variée, une « sexualité de réseau », comme contre-modèle du modèle hétérosexuel de vie conjugale. Ici apparaît le sida, qui va tout bouleverser.

L'interdit pesant sur l'homosexualité a été un facteur qui a renforcé la dichotomie entre vie affective et relations sexuelles. Être dans l'obligation de vivre sa sexualité dans la clandestinité favorise l'installation de réseaux qui permettent d'allier discrétion et efficacité. Avec le pacte civil de solidarité adopté en 1999 et la récurrence du thème de l'homosexualité dans les médias de masse : les homosexuels ont fait leur entrée dans la vie quotidienne. On pourrait être tenté de dire que l'interdit sur l'homosexualité dont parlait Pollak a disparu, mais ce serait sans doute aller trop vite. Une visibilité plus grande de l'homosexualité et une forme de reconnaissance légale des couples de même sexe ne signifient pas que l'homosexualité soit reconnue par tous comme un mode de vie légitime. Les discours homophobes entendus à la fin des années 1990 à l'occasion des débats autour de l'instauration du pacte civil de solidarité, et à nouveau dès l'annonce du dépôt du projet de loi relatif au « mariage des personnes de même sexe » en témoignent. L'expérience du rejet familial violent que font encore de jeunes hommes et femmes homosexuel/le/s le rappelle aussi douloureusement[30].

L'observation du monde social et en particulier l'attention portée aux débats sur la reconnaissance légale des couples de même sexe et sur leur accession à la parentalité et à la filiation ainsi qu'à la presse destinée aux homosexuels confirment que l'idéal de vie parmi

[29] M. Pollak, « L'homosexualité masculine, ou le bonheur dans le ghetto ? », *Communications*, n°35, Sexualités occidentales. Contribution à l'histoire et à la sociologie de la sexualité, 1982, pp.37-55.
[30] J. Courduriès, « Rompre avec sa famille. Jeunesse, entrée dans l'homosexualité et expérience du rejet familial », in J. Courduriès, A. Fine (dir.), *Homosexualité et parenté*, Paris, Armand Colin, 2014, pp.45-64.

les homosexuels a changé au cours des quinze dernières années en France et même dix ans plus tôt aux États-Unis. Le désir de former un couple n'est bien sûr pas nouveau. Ce qui l'est véritablement, c'est sa visibilité sociale et le fait qu'il soit de plus en plus largement partagé. Les parcours sentimentaux des hommes et femmes homosexuel/le/s et hétérosexuel/le/s tendent certainement à se rapprocher depuis le début des années 1990. Aujourd'hui, s'investir dans une « sexualité de réseau » n'exclut pas de vivre une relation amoureuse durable et de l'inscrire dans la vie à deux. Le passage d'un mode d'organisation de la sexualité à un autre, d'un investissement dans un réseau d'échanges sexuels à une sexualité conjugale peut s'opérer dans un même parcours biographique et parfois à plusieurs reprises au cours d'une vie. Cela est vrai pour les homosexuels comme pour les hétérosexuels.

Le souhait de nombreux couples gays et lesbiens d'accéder, en tant que couple, à la filiation est une autre illustration des changements contemporains. Ces désirs d'enfant ne sont bien entendu pas nouveaux ; ce qui l'est davantage, c'est qu'ils trouvent à s'exprimer dans le couple. Autrefois, une personne homosexuelle qui voulait avoir des enfants n'avait d'autre choix que de se marier avec quelqu'un de l'autre sexe et de fonder avec elle une famille, tout en préservant de manière plus ou moins clandestine des relations homosexuelles. Ailleurs, Flávio Luiz Tarnovski l'a montré pour le Brésil[31], les personnes homosexuelles trouvaient des compensations à leur désir d'enfant en se voyant confier de façon informelle un enfant de leur entourage proche. Aujourd'hui en France, comme dans beaucoup d'autres pays, le recours à des coparentalités, l'existence de techniques médicales d'aide à la procréation et l'adoption, dans une moindre mesure, permettent à de plus en plus de couples homosexuels de concrétiser leur désir de fonder une famille[32]. Le fait que, malgré les nombreuses difficultés rencontrées dans ces parcours, les familles homoparentales soient toujours plus nombreuses illustre bien à la fois la force du désir d'enfant de ces hommes et femmes homosexuel/le/s et la banalisation croissante des unions homosexuelles et des familles qu'elles constituent.

Désir de faire l'expérience de la maternité ou de la paternité, désir de transmission (de la vie, d'un patrimoine, d'un nom, de valeurs…), volonté de s'épanouir dans la relation avec un enfant, désir de prolonger l'histoire conjugale en devenant parents, les travaux menés ces dernières années[33] montrent combien la genèse du désir de fonder une famille obéit à des logiques semblables chez les homosexuels et chez les hétérosexuels. Ils montrent aussi les changements survenus depuis l'époque où l'homosexualité était un obstacle infranchissable dans l'accomplissement d'un projet parental. Les formes d'organisation de la vie privée des personnes hétérosexuelles et des personnes homosexuelles se sont rapprochées. Cela explique la demande, seulement en partie résolue, que les règles du mariage, de la filiation et de l'assistance à la procréation évoluent.

Néanmoins, les hommes et femmes homosexuels, désireux de fonder une famille, n'ont pas attendu que la loi française leur permette d'accéder aux techniques médicales d'aide à la procréation avec don d'engendrement. Malgré l'infertilité « fonctionnelle » du couple et l'impossibilité légale d'adopter en tant que couple jusqu'en 2013, l'Institut national d'études

---

[31] F. L. Tarnovski, « Homosexualité et solidarité familiale : le cas des oncles gays au Brésil », in J. Courduriès, A. Fine (dir.), *Homosexualité et parenté*, Paris, Armand Colin, pp. 107-120.

[32] Voir M. Gross, *Qu'est ce que l'homoparentalité ?* Paris, Payot, 2012.

[33] Voir F. L. Tarnovski, « Devenir père homosexuel en France : la construction sociale du désir d'enfant », *Etnográfica*, vol. 6 n°2, 2012. URL : http://etnografica.revues.org/1487; M. Gross, *Choisir la paternité gay,* Toulouse, Erès, 2012 ; E. Gratton, *L'homoparentalité au masculin*, Paris, PUF, 2008 ;A. Cadoret, *Des parents comme les autres,* Paris, Odile Jacob, 2000 ; V. Descoutures, *Les mères lesbiennes,* Paris, PUF, 2010.

démographiques évaluait en 2006 entre 24 000 et 40 000 le nombre d'enfants élevés par un couple de concubins de même sexe[34]. D'après l'enquête « famille et logements »[35] 200 000 personnes ont déclaré vivre en couple avec une personne du même sexe. 10% d'entre elles ont déclaré avoir au moins un enfant. Selon l'INSEE, la plupart des enfants vivant avec un couple de personnes de même sexe, seraient nés avant la formation de l'union actuelle. En d'autres termes, ces enfants seraient aujourd'hui élevés dans des familles recomposées. Une enquête récente, menée en 2012 à l'initiative de Martine Gross et Jérôme Courduriès invite pourtant à considérer que les familles homoparentales ont connu des changements importants au cours des six dernières années, tant du point de vue de leur mode de constitution que du point de vue de la manière dont elles s'insèrent dans des relations de parenté plus larges. Si on compare les enfants âgés de moins de six ans à ceux âgés de plus de six ans en 2012, la part des enfants adoptés semble rester à des niveaux modestes, alors que la part des enfants issus d'une première union hétérosexuelle, élevés dans un contexte homoparental chute, pour les plus jeunes, de manière très importante. En revanche, la part des enfants issus d'une assistance médicale à la procréation avec donneur (à l'étranger) élevés par un couple de femmes et de ceux issus d'une gestation pour autrui élevés par un couple d'hommes est bien plus importante chez les enfants âgés de moins de six ans[36]. Cette enquête ne prétend certes pas être représentative, puisque la population de référence n'est pas connue. Elle confirme cependant la diversité des familles homoparentales et permet d'identifier des tendances récentes dans les modes de constitution des familles homoparentales. Plus qu'hier, les couples homosexuels expriment en leur sein et mettent en œuvre le projet à deux, de fonder une famille et d'avoir leurs propres enfants. Leurs enfants à tous les deux non pas au sens biologique bien entendu mais au sens où ils sont le résultat d'un projet conjugal, où ils sont élevés par tous les deux, et où ils sont reconnus comme tels par toutes les personnes de leur entourage.

C. Mentir aux enfants ? L'homoparentalité comme révélateur

Plus encore que la supposée neutralisation du couple, c'est l'idée que les mots de père et de mère allaient « disparaître » du code civil au profit d'improbables «parent A» et «parent B», ouvrant la porte vers le « mensonge aux enfants » sur la réalité de la procréation humaine, qui a suscité les réactions très hostiles.

On peut en prendre pour exemple l'un des documents les plus étayés et argumentés qui aient été produits au cours de ce débat, celui que l'Union nationale des associations familiales (Unaf) a publié sur son site internet le 22 octobre 2012. Tout en manifestant son accord avec la possibilité d'une adoption simple par les couples de même sexe, l'Unaf s'opposa avec la dernière énergie à l'institution de l'adoption plénière prévue par le projet de loi :

« *Ouvrir l'ensemble de l'adoption aux couples de même sexe pose en particulier la question de l'adoption plénière*. ***Alors qu'un enfant ne peut naître que d'un homme et d'une femme, l'accès éventuel à l'adoption plénière remettrait juridiquement en cause cette réalité, laissant croire qu'il est possible de naître de deux personnes de même sexe***. *C'est*

[34] P. Festy, « Le recensement des familles homoparentales », in A. Cadoret, M. Gross, C. Mécary & B. Perreau (Eds.), *Homoparentalités. Approches scientifiques et politiques*, Paris, PUF, 2006, pp. 109-116.
[35] Insee première, février 2013, « Le couple dans tous ses états ».
http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=ip1435.
[36] M. Gross, J. Courduriès, A. de Federico, « Physionomie des familles homoparentales », in J. Courduriès, A. Fine (dir.), *Homosexualité et parenté*, Paris, Armand Colin, 2014, pp.205-212.

pourquoi l'Unaf est majoritairement défavorable à l'accès à l'adoption pour les couples de même sexe.»

« *Laissant croire qu'il est possible de naître de deux personnes de même sexe* » : force est de dire qu'une telle affirmation était non seulement erronée mais que, comme pour le mariage, elle ne tenait aucun compte de l'histoire, au point d'affirmer que l'adoption serait une institution dont la particularité serait de passer pour une procréation. Or s'il est vrai qu'une vision de l'adoption comme ce qui doit « singer la nature » (Napoléon) a existé, il est historiquement faux de dire qu'elle a toujours été le décalque de la procréation.

Comme nous le verrons[37], une telle représentation est récente : elle n'a existé qu'à partir de la légitimation adoptive (1939) et de l'adoption plénière (1966). Mais surtout : comment ignorer que cette représentation de l'adoption plénière comme une « seconde naissance » devant à tout prix effacer la première est aujourd'hui battue en brèche par de nouvelles valeurs familiales ? Loin de chercher à se faire passer pour des géniteurs (comme ce fut le cas dans le passé quand on cachait à l'enfant qu'il avait été adopté), les parents adoptifs d'aujourd'hui revendiquent l'adoption *pour elle-même,* comme une façon pleinement légitime de construire la filiation sur l'engagement d'élever comme le sien un enfant qu'on ne prétend *certainement pas avoir fait*. Dans ce sens, ils sont de plus en plus attentifs au besoin de l'enfant de connaître son histoire, parfois de chercher ses origines. Ils comprennent qu'une telle quête ne les remet pas en cause dans leur place unique de parents selon la filiation, bien au contraire.

Refusant une approche historique, l'Unaf ne parvient pas à percevoir ce changement fondamental dans les valeurs de l'adoption, qui s'inscrit dans une perspective plus large : l'évolution de la filiation en général au temps du démariage.

Au cours de la seconde moitié du XXème siècle, cependant que le mariage cessait d'être le seul socle de la seule « vraie famille », les configurations familiales se sont diversifiées et ont pris leurs distances avec le modèle unique du couple matrimonial procréatif (« un seul père, une seule mère, pas un de moins, pas un de plus »). La famille contemporaine est devenue de plus en plus ouverte aux ***pluriparentalités***, autrement dit à des personnages qui sans être (ni revendiquer d'être) des « parents » au sens de la filiation, ont cependant une place dans l'histoire et l'identité personnelle de l'enfant et ne peuvent plus être gommés et déniés comme on l'a fait autrefois : parents de naissance, donneurs de sperme ou d'ovocyte, beaux-parents, etc.

Dans ce contexte, il est capital de rappeler qu'au strict plan du droit, la filiation adoptive *n'est pas* un décalque de la procréation, et qu'en aucun cas le fait qu'un enfant soit adopté par un couple de deux hommes ou deux femmes ne « *laisserait croire qu'il est possible de naître de deux hommes ou de deux femmes* ». Cette affirmation repose sur une méconnaissance de la spécificité des procédures adoptives, comme de l'état civil.

Tout à l'inverse, on peut démontrer pourquoi cette institution (à la différence d'autres modalités d'établissement de la filiation dite charnelle) est particulièrement adaptée pour accueillir des liens de filiation homoparentaux, fondés sur l'engagement parental envers l'enfant. Il est pour le moins paradoxal de retourner contre les couples homosexuels, qui ne sont jamais tentés de prétendre avoir procréé ensemble un enfant, les représentations dépassées d'une institution, en leur prêtant gratuitement des intentions qui furent autrefois

[37] Voir *infra* chapitre 5 : adoption.

celles de couples hétérosexuels. Et cela alors même que, depuis que des enfants adoptés plénièrement peuvent avoir juridiquement « deux pères » ou « deux mères », on est de moins en moins tenté de confondre deux notions juridiques aussi différentes que celle de *parent* et celle de *géniteur*.

Assistance médicale à la procréation (AMP)

En instituant l'adoption plénière, la loi a franchi un pas symbolique considérable : pour la première fois un enfant peut avoir juridiquement deux pères ou deux mères, sans que cela soit un déni quelconque que cet enfant, comme tous les autres, est né des deux sexes. Cependant, on sait que concrètement l'adoption n'est pas une « solution » tant les enfants adoptables sont peu nombreux en général, et alors que peu de pays dans le monde acceptent de confier en adoption des enfants à des couples homosexuels. Depuis déjà plusieurs années les couples de même sexe qui souhaitent devenir parents se tournent vers l'AMP et de nombreux couples de lesbiennes ont ainsi eu un enfant, ces deux dernières décennies, par une insémination avec donneur (IAD) réalisée dans un pays voisin, Belgique, Espagne, etc. Depuis le vote de la loi les couples de femmes sont les seuls à devoir passer par l'adoption de l'enfant du conjoint en cas d'AMP avec tiers donneur, alors que nul n'exige cela pour les couples de sexe différent dans une situation identique.

L'Unaf est absolument opposée à toute ouverture de l'AMP aux couples de femmes:

« *Pour l'Unaf, une telle hypothèse viendraient totalement bouleverser le droit actuel de la filiation fondé sur l'interdiction pour un enfant d'avoir simultanément, à sa naissance, deux pères ou deux mères.* »

« *De plus, l'admission d'un lien de filiation à l'égard de deux personnes de même sexe dans le cadre de l'AMP poserait la question du maintien de ce principe dans le cadre des autres modes d'établissement de la filiation (reconnaissance, possession d'état et présomption). À nouveau, la cohérence et l'équilibre du droit de la filiation seraient altérés.* »

En affirmant que permettre à un couple de femmes de devenir mères par l'AMP bouleverserait en général l'établissement de la filiation *charnelle*, l'Unaf s'inquiète de façon injustifiée. Personne n'a l'intention de faire passer les enfants issus d'AMP pour *nés de* deux femmes. Ce spectre, qui fut maintes fois agité par les opposants au projet de loi est, comme dans le cas de l'adoption, un pur et simple fantasme. En revanche, dans le cas de l'AMP avec tiers donneur, la remarque de l'Unaf nous permet de mettre le doigt sur un vrai problème : le mensonge sur la filiation, le fait de faire passer l'enfant pour « né de » deux personnes qui par hypothèse n'en sont pas les géniteurs *existe bel et bien en droit*. C'est très exactement ce qu'organise le droit actuel, et de surcroît au nom de la bioéthique : une pseudo-procréation charnelle faisant passer le mari stérile pour le géniteur de l'enfant. Ce modèle pseudo-procréatif, qui passe par une utilisation fallacieuse de la présomption de paternité, n'a pas évolué depuis les premières lois de bioéthique (1994) et cela alors même que plus personne parmi les médecins ou les juristes ne défend l'ancien modèle de secret du recours au don, qui avait prévalu au début des CECOS.

De très nombreuses démocraties en Europe et dans le monde ont d'ores et déjà su remettre en question leur ancien droit de l'AMP, de façon à en finir avec les secrets et mensonges et à *assurer les droits fondamentaux de l'enfant* : d'une part son droit à la non-falsification de sa filiation, d'autre part son droit de ne pas être privé de l'accès à son dossier médical et à la possibilité, à sa majorité et s'il le souhaite, d'accéder à l'identité de son donneur. Tous ces

pays, sans aucune exception, ont ce faisant conforté la place des parents et la filiation de l'enfant. Ils ont enfin assumé que nos sociétés ont su créer, au fond, une nouvelle façon de mettre des enfants au monde par la coopération d'un couple de parents intentionnels (où l'un procrée et l'autre pas) et d'un donneur ou d'une donneuse d'engendrement qui donne de sa capacité procréatrice pour permettre à d'autres de devenir parents. Cette nouvelle façon de faire des enfants n'a rien de honteux, bien au contraire, et cesser de la dissimuler dans le droit est la seule façon de la revendiquer de façon responsable. Tel est, à notre avis, le sens dans lequel une grande démocratie comme la France doit aller, en comprenant que l'homoparentalité est ici un « révélateur » exceptionnel des manques et contradictions de notre droit, nous incitant à l'améliorer pour tous[38].

Pour un droit de la filiation à la fois commun et pluraliste

En revenant sur quelques-uns des débats les plus brûlants qui ont accompagné le vote du « mariage pour tous » nous n'avons pas voulu ranimer les querelles mais tout au contraire, montrer qu'il existait des explications historiques et juridiques capables de répondre de façon paisible, argumentée et informée aux inquiétudes qui se sont fait jour sur la peur d'une indifférenciation des sexes, ou le risque d'un « mensonge aux enfants » déniant le caractère sexué de la procréation.

Nous avons voulu montrer que loin d'être une rupture soudaine de civilisation nous propulsant du monde humain familier vers un monde post humain inconnu, l'institution du mariage et de la filiation de même sexe s'enracine en réalité très loin dans l'histoire longue du mariage et de la filiation, bouleversés progressivement par l'égalité de sexe. Le « modèle matrimonial de filiation » qui avait été mis en place par le Code Napoléon est aujourd'hui largement obsolète, bien qu'il continue d'informer nos perceptions.
C'est pourquoi nous avons voulu rappeler aussi que l'évolution inachevée de notre droit de la filiation était restée comme au milieu du gué rendant les repères fondamentaux du droit de la famille de moins en moins lisibles.

Enfin, nous avons voulu montrer que reconnaître les couples de même sexe n'était ni dénier la différence des hommes et des femmes, ni penser que l'égalité des droits suppose d'en passer par un sujet de droit radicalement asexué dans un mouvement radical d'effacement des corps. Chez les humains, contrairement à ce que raconte le mythe moderne des origines sur la petite famille conjugale « première des sociétés et la seule naturelle », la vie en commun de l'un et l'autre sexe ne s'organise pas spontanément. Les sociétés doivent l'instituer, l'organiser, la réguler pour que les asymétries (en particulier physiques) entre les sexes ne deviennent pas autant de source d'inégalités et de violence.

Dans cette perspective, l'idée qui a guidé l'ensemble de la réflexion de notre groupe de travail est au fond très simple. Le modèle matrimonial de filiation traditionnel dont nous sommes héritiers confondait deux notions : *qu'est-ce qu'un* parent et *qui* peut être parent ; autrement dit la question du lien de filiation lui-même et celle de ses modalités d'établissement.
La question de la filiation : qu'est-ce qu'un parent ? Quels sont les droits, les devoirs, les interdits qui caractérisent ce statut ?

[38] Voir notamment Gross M., Homoparentalités : compositions familiales, décompositions de la filiation ? *Revue Cités*, 28, p. 73-8, PUF, 2006

La question des modalités d'établissement : qui peut être parent ? A quelles conditions peut-on acquérir le statut de parent ? Par quels rites faut-il passer ? Quel lien faut-il avoir avec l'enfant dont on veut endosser le statut de parent ?

Tout le débat sur le « vrai parent » qui forme aujourd'hui le cadre obligé du débat sur la filiation, en opposant les deux figures opposées du parent biologique ou du parent social, repose sur la confusion de ces deux questions. Mais dès qu'on les distingue, un espace s'ouvre : celui qui permet de penser qu'un droit de la filiation peut être à la fois commun à tous et pluraliste. Pour cela il faut distinguer l'unicité de la filiation, et le pluralisme de ses trois modalités d'établissement : par la procréation charnelle, par l'adoption, par l'engendrement avec tiers donneur. Ce sera l'objet de la deuxième partie de ce rapport. Mais auparavant, il convient de s'arrêter sur l'institution qui inscrit chacun au sein de la société en liant, en particulier, état des personnes et parenté: l'état civil.

Chapitre 3

État des personnes, état civil et filiation

« *Ne me demandez pas qui je suis et ne me dites pas de rester le même, c'est une morale d'état civil, elle régit nos papiers. Qu'elle nous laisse libre quand il s'agit d'écrire* »[39]. La célèbre formule de Michel Foucault a contribué à asseoir une image classiquement négative de l'état civil : d'un côté les « papiers » écrits selon des normes tatillonnes par des fonctionnaires d'État, symboles de contrainte et de police ; de l'autre l'écriture qu'on pratique et les livres qu'on compose, symboles de liberté individuelle et de création de soi. D'un côté l'identification sociale imposée ; de l'autre l'identité personnelle conquise. D'un côté le monde extérieur ; de l'autre le moi intérieur.
Cette vision romantique opposant le *monde* et le *moi* est séduisante au premier abord ; elle dit certainement quelque chose de la création artistique et littéraire, qui ouvre l'espace des identités et temporalités multiples. Mais pour l'état civil, elle témoigne surtout de ce que Michel Foucault n'a pas eu à se préoccuper spécialement de ses « papiers ». Il aurait alors compris non seulement qu'il existe un lien étroit entre l'état civil que nous donne la société et l'identité personnelle que nous pouvons nous construire (ce qu'il savait mieux que personne), mais que l'un des enjeux centraux de ce lien est justement le *changement* : l'état civil n'est pas ce qui nous oblige à « rester le même » mais ce qui dit par quels canaux étroitement définis passeront, de notre naissance à notre mort, nos changements d'état.

En effet les actes d'état civil ne sont pas seulement des traces, ou des preuves : ils ont une dimension éminemment *performative*, au sens où « dire c'est faire » : ils font *advenir l'état des personnes* au regard de la communauté sociale, ils marquent leur intégration, ils désignent leur place dans une société, ils font de l'individu « l'un de nous ». Et à l'inverse, quand une société se refuse à entériner véritablement une situation ou veut constituer une catégorie « à part » des autres, c'est bien l'état civil qui le traduit en premier.

Une société peut *pousser dehors*, en désignant ostensiblement par le « fichage » civil une catégorie de personnes comme différentes, autres, étrangères, indésirables. La logique est terrible, qui peut pousser non seulement hors du pays mais hors de tout pays, et finalement

[39] M. Foucault, *L'archéologie du Savoir*, Gallimard, Paris, 1969, p.28.

hors de l'humanité commune : l'étoile jaune restera à jamais le symbole d'une infamie qui fut aussi profondément une infamie de l'état des personnes.
À l'inverse, une société peut *bloquer l'entrée*. Pour maintenir hors de ses frontières elle peut refuser de reconnaître les papiers d'une personne comme un véritable état civil : souvenons-nous de « l'amendement Mariani » proposant de faire des tests *génétiques* pour vérifier la *filiation* des immigrés d'Afrique subsaharienne, comme si dans leurs pays d'origine on vivait sans symboles ni institutions, sans système de parenté, sans état civil en un mot.
Une société peut aussi inventer, pour ceux qui sont « un peu dedans » *les limbes laïques* qui permettent de maintenir des catégories de personnes sans véritable état social. Nous traiterons, dans ce rapport, du cas aujourd'hui si disputé des enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger, auxquels la transcription de leur filiation à l'état civil est refusée, et qu'on a pu nommer les « petits fantômes de la République »[40].

Pousser dehors, bloquer à l'entrée, maintenir dans les limbes : ces mouvements de frontières révèlent que l'état civil est aussi ce qui commande en grande partie la possibilité de construction de l'identité personnelle. Mais ce n'est pas tout. Comme l'a montré Mary Douglas dans son grand livre *De la souillure*[41], les sociétés ne sont pas moins préoccupées de leurs frontières internes que de leurs frontières externes. L'espace social intérieur d'une nation est balisé d'états civils qui accordent aux personnes des attributs et les dotent de statuts, les constituant en catégories entre lesquelles le passage est étroitement encadré. Tout autant que les précédents, les enjeux de frontières internes révèlent que l'identification sociale et l'identité personnelle, le monde extérieur et le moi intérieur, ont en réalité bien plus de connexions qu'on ne l'imagine.
Tous ceux qui, d'une façon ou d'une autre, ont vu l'état civil se fermer à leur demande de changement d'état le savent. Pensons aux *changements de nom*, aux *changements de prénom*, dont les sciences sociales ont montré l'importance capitale dans le sentiment de soi, et qui sont régis par des règles très strictes[42]. Pensons au *changement de sexe* qui peut être demandé par les personnes transgenres, qui en France ne peuvent pas changer d'état civil sexué sans passer par toute une procédure médicale impliquant des changements physiques allant jusqu'à la stérilisation forcée, comme si l'identité de sexe, qui est si éminemment un « état civil des personnes » n'était rien d'autre qu'un marquage physique[43]. Pensons enfin aux *changements de filiation,* qui peuvent être pour l'enfant des bouleversements identitaires majeurs[44].

Passer les frontières externes, passer les frontières internes, et cela pour ne pas perdre ou pour obtenir le statut qui peut témoigner aux yeux de tous de l'appartenance de l'individu à la communauté sociale et garantir ses droits fondamentaux : l'état civil, parce qu'il est un état des personnes, suscite à la fois de l'inquiétude (dans sa dimension de contrôle et de police) et des attentes profondes de reconnaissance (parce que toute société humaine est une

---

[40] Voir infra, Annexe au chapitre 7 Deux questions sur la gestation pour autrui.
[41] M. Douglas, *De la souillure*, Paris, La Découverte, 2005.
[42] Sur le nom, voir en part. N. Lapierre, *Changer de nom*, Stock, 1995 et A. Fine, F. R. Ouellette (dir.), *Le nom dans les sociétés occidentales contemporaines*, Toulouse, PUM, 2005. Sur le prénom, voir le travail en cours de B. Coulmont, *Sociologie des prénoms*, Paris, La Découverte, 2011.
[43] Sur le changement de sexe, se reporter à l'ensemble des travaux de Laurence Hérault. En particulier : « Constituer des hommes et des femmes : la procédure de transsexualisation », *Terrain*, 42, pp.95-108, 2004. http://terrain.revues.org/document1756.html.
[44] Pour un ensemble véritablement pionnier dans la réflexion ethnologique française sur tous ces sujets, voir A. Fine (dir), *États civils en questions, papiers, identités, sentiments de s*oi, Paris, éditions du CTHS, coll. Le regard de l'ethnologue, 2008. Nous remercions vivement Agnès Fine de son apport d'anthropologue à la réflexion de notre groupe sur l'état civil, et des documents qu'elle nous a généreusement communiqués.

société instituée). Cette ambivalence devient véritablement un dilemme quand une société connaît des changements importants de ses valeurs et de ses règles communes, car des questions capitales de *confiance sociale* sont posées.
C'est ce qui se produit aujourd'hui pour le couple, la filiation et plus largement la famille.

Un cas a témoigné de façon particulièrement frappante de ce problème récemment : celui du Pacs. Peu de gens se souviennent que l'une des raisons majeures qui ont motivé les premiers projets de loi élaborés par des militants du mouvement homosexuel était la peur du « fichage ». Si l'État détient, à travers l'enregistrement de tel « contrat d'union civile » une liste de personnes homosexuelles, alors qui peut garantir l'usage qui pourrait en être fait un jour, au cas jamais impossible où advienne en France un terrible régime totalitaire ? C'est d'abord à cause de la peur de se voir dotés d'un état civil sinon « d'homosexuels », du moins à travers lequel ils pourraient être éventuellement recensés comme tels par un État homophobe, que les militants ont imaginé les premiers contrats d'union sociale ouverts à toutes les paires : couples, amis, frères et sœurs, curés et leur bonne, vieilles dames en colocation… Ils voulaient que parmi tous ceux-là, on ne puisse jamais dire : un tel et untel sont des homosexuels. Et comment ne pas comprendre une telle inquiétude quand on connaît la situation des homosexuels dans le monde, et la haine que leur voue en particulier l'intégrisme religieux ?
Pourtant, très vite la *question de confiance démocratique* a été posée, à la mesure de l'importance du changement sociétal en jeu : vouloir la reconnaissance du couple homosexuel, sans prendre aussi le risque de l'état civil, c'est se condamner à rester aux marges du social. Juridiquement, c'est exister à moitié. D'autres militants homosexuels ont pris alors le contrepied des précédents et se sont engagés nettement pour une reconnaissance claire du couple de même sexe dans le droit. L'enjeu est apparu d'autant plus important que leurs adversaires communs, ceux qui ne voulaient à aucun prix légitimer le couple homosexuel, cherchaient toutes les solutions possibles pour leur barrer la route vers cet état civil, par exemple en proposant des pactes purement privés sur les biens qui parviendraient à les cantonner dans la réclusion sociale dont ils cherchaient à sortir.
Robert Badinter fut un des premiers hommes politiques à comprendre tous ces enjeux. Il décida de s'engager pour soutenir ceux qui faisaient le pari de l'intégration sociale véritable, et publia un article titré d'une de ces formules admirables dont il a le secret : « les homosexuels doivent entrer dans le droit par la grande porte du code civil »[45].
Ce sera fait, grâce à un amendement de la proposition de loi sur le Pacs qu'il défend au Sénat : portant sur le concubinage, il n'a l'air de rien mais c'est lui qui opère la véritable mutation de l'ordre symbolique : une définition pluriséculaire du couple en droit comme étant « naturellement » constitué d'un homme et d'une femme vient de changer. Pour le droit civil, le couple sera désormais *un et pluriel* : couples formés d'une femme et un homme, couples de deux femmes, couples de deux hommes. Tony Anatrella, prêtre et psychanalyste, conseiller de l'Eglise de France sur la question du Pacs, ne s'y trompe pas : dans un article virulent publié dans *Le Monde* du 26 juin 1999 sous le titre « À propos d'une folie » il rétorque : « cet amendement est pire que le Pacs ».
Concernant l'état civil pourtant, rien n'était encore réglé. Le Pacs voté en 1999 n'est pas véritablement une union entre deux personnes, et ce qui le montre de façon indubitable est qu'elle n'est pas portée en marge de leur état civil. On peut conclure un Pacs, on peut le rompre, l'état civil l'ignore. En matière d'union, il ne connaît que le mariage. Il faudra sept années pour que le Pacs soit véritablement accepté socialement, et que la loi du 23 juin 2006

[45] Pour les références de ces citations de R. Badinter et de T. Anatrella, et plus largement une analyse des enjeux juridiques non perçus autour du Pacs, cf . I. Théry, « Pacs, sexualité et différence des sexes », *Esprit*, oct.1999.

améliore significativement les droits des pacsés et opère-le changement qui quelques années plus tôt était encore impensable : son inscription dans l'état civil des personnes.

La peur du « fichage » a disparu au fur et à mesure que s'est affirmé l'engagement de la société démocratique tout entière non seulement pour les droits d'une minorité, mais pour un changement du droit commun en général. Et comment ne pas remarquer que plus personne n'a parlé de crainte du fichage au moment d'instituer le mariage des couples de personnes de même sexe ? Le risque de voir un jour notre société tomber sous la coupe d'une dictature totalitaire ou intégriste n'a pas disparu. Il est ni plus ni moins improbable qu'il y a quinze ans. Mais désormais chacun sait que la partie ne se joue plus au même niveau : la question de confiance a gagné quand, empruntant la voie ouverte par les premiers pionniers qui prenaient des risques, une société s'est engagée jusqu'au bout. En matière de couple, avec le pacs et encore plus avec le mariage de même sexe, c'est le droit commun de tous qui a changé. Défendre les homosexuels et défendre notre droit démocratique, désormais c'est tout un.

On le voit, l'état civil est très loin d'être extérieur aux enjeux dont traite ce rapport. Et de fait, en poursuivant notre réflexion sur la filiation, très vite nous l'avons rencontré. On ne peut pas vouloir instituer une grande réforme de la filiation, capable de promouvoir un nouveau droit de la filiation à la fois « commun et pluraliste », donnant aux repères une nouvelle lisibilité, sans distinguer que rénover le code civil suppose nécessairement de rénover aussi, sur certains points l'état civil. Plus précisément, nous avons aperçu que sans deux changements de l'état civil, certaines réformes que nous préconisons ne pourraient pas prendre leur sens véritable.

C'est pourquoi, nous souhaitons en préalable proposer deux réformes de l'état civil :

- une réforme de la conception de l'acte de naissance visant à le considérer comme le *conservatoire de l'identité civile des personnes*, autrement dit le garant que cette identité ne sera pas manipulée.

- une réforme des règles de publicité, garantissant aux personnes leur droit au respect de la vie privée par une distinction beaucoup plus nette entre la copie intégrale, et les extraits (avec et sans filiation) : *l'acte de naissance intégral ne devrait être accessible qu'à la personne concernée* et ses ascendants, les quelques exceptions pour les autorités publiques étant dûment justifiée.

Ces deux réformes sont directement liées à la réflexion générale de ce rapport sur la filiation. Dans l'acte de naissance intégral, les modalités d'établissement de la filiation figurent : la personne a en effet le droit de savoir si sa filiation a été établie selon les modalités de l'engendrement par procréation charnelle, celles de l'adoption ou celles de l'engendrement avec tiers donneur. Nous montrerons en effet pourquoi ces distinctions sont indispensables pour *sécuriser* la filiation.
En revanche ces modalités, qui relèvent de la vie privée, n'ont pas à être communiquées aux tiers : c'est pourquoi elles ne figurent pas dans les extraits de l'acte de naissance avec filiation.

I. L'état civil au temps du démariage : l'enjeu de protection de la vie privée

Le Code Napoléon avait organisé l'état civil autour du triptyque des trois grands actes : *naissance, mariage, décès*. Depuis la loi de 1972 qui a institué le principe d'égalité des filiations légitimes et naturelles, la *reconnaissance* d'un enfant est devenue le quatrième acte. C'est un symbole important, tout à fait voulu par celui qui fut l'artisan de cette immense loi, Jean Carbonnier[46]. Outre ces quatre actes qui sont directement des actes d'état civil, on trouvera dans les registres les *transcriptions des actes* effectués par d'autres autorités, par exemple par le tribunal de grande instance ou le tribunal d'instance: jugement d'adoption, de divorce, contrat de pacs etc.

A. L'acte de naissance, grand livre de la vie privée

Parmi ces actes, l'un revêt une importance particulière pour toute réflexion sur la filiation, c'est l'acte de naissance de la personne. Établi par l'officier d'état civil dans les trois jours de la naissance, il mentionne alors ses nom, âge, sexe, et filiation.
Mais l'acte de naissance est bien autre chose. Non seulement il consigne les principaux éléments de l'identité de la personne mais par la succession des mentions qu'on porte en ajout à l'acte initial, mentions dites « en marge » (mais qui n'ont rien de marginal, au sens courant du terme et que nous proposons de nommer « subséquentes »), il va au fil du temps relater toute l'histoire de la vie civile de cette personne.
Tous les changements d'état y apparaissent : le mariage, aujourd'hui aussi le pacs, le divorce, le remariage, les éventuels changements de nom, de sexe, mais aussi tous les changements ayant trait à la filiation, si celle-ci est établie ultérieurement ou contestée, et enfin jusqu'au décès lui-même. L'acte de naissance mentionne donc infiniment plus que la naissance, il résume l'intégralité des événements principaux relatifs à l'état civil de la personne.
C'est la raison pour laquelle l'acte de naissance a pu être qualifié de *grand livre de la vie privée*[47]. Tout un chacun pris d'une passion pour les recherches généalogiques pourrait ainsi, en consultant les registres, connaître l'histoire résumée de la vie civile d'un de ses ancêtres et savoir si ses parents étaient mariés, ou non, s'il a été reconnu, si sa filiation a été contestée ou encore s'il a été adopté.
La complexité de l'acte de naissance, ainsi transformé au fil du temps biographique de la personne jusqu'à ce qu'y soit mentionné le décès, est qu'il comporte à la fois des éléments qu'il est d'un *intérêt public* de connaître, afin d'identifier la personne –et la filiation en fait partie– et d'autres éléments qui relèvent de la vie *privée*, qu'il n'importe pas aux tiers de connaître, à moins qu'une contestation ne porte précisément sur ces éléments-là. Le risque *d'atteinte à la vie privée* par la voie de la publicité des actes a été très tôt perçu et explique certaines évolutions du régime de publicité des actes d'état civil.

B. De la transparence révolutionnaire à la protection de la vie privée

Avec la Révolution française, l'État prend la main sur les registres d'état civil autrefois tenus par l'Église afin de résoudre la question dramatique de l'état civil des protestants créée

[46] J. Carbonnier, *Droit civil,* Tome I, PUF, coll. Quadrige, p.477.
[47] : J. Audier, « Vie privée et actes de l'état civil », *Etude P. Kayser*, PU-A-M, 1979, t. 1, p.1 et s.

par la révocation de l'Édit de Nantes. On sait quelle importance majeure a eu cette « affaire de registres » pour la laïcisation sur l'ensemble du droit de la famille, puisqu'on ne lui doit rien moins que la création en 1792 du mariage civil, « gloire cachée de la Révolution française » selon le mot du doyen Carbonnier. Mais le droit révolutionnaire a simultanément insufflé à l'état civil un rôle premier de *police civile* tenant à l'identification des personnes. C'est pourquoi, la publicité de l'état des personnes fut alors été érigée en dogme, autorisant tout citoyen à demander communication de ces pièces (art. 37 de la loi de Messidor an II et art. 18 du décret du 20 sept. 1792).
Le code civil Napoléon de 1804 s'était fait écho de cet idéal de transparence (dans son art. 45) et ses « travaux préparatoires » ont gardé la mémoire des tirades de Thibaudeau et de Chabot de l'Allier déclarant que l'état civil des hommes devait être public, les registres qui les constatent devant être ouverts à tous les citoyens, sans que les officiers civils ou les juges puissent apprécier les motifs de la demande[48].

Mais progressivement cette transparence fut regardée comme attentatoire à la personne, surtout dans une société où les deux filiations, la légitime et la naturelle, étaient radicalement opposées, l'une étant signe d'honneur et l'autre de honte. L'évolution des règles de publicité des actes et spécialement des actes de naissance a alors oscillé entre ces deux impératifs : la nécessité d'identifier la personne et d'éviter les fraudes d'une part et la nécessaire considération de la protection de sa vie privée, de l'autre.
C'est ainsi qu'une loi du 30 novembre 1906 a posé des restrictions au droit d'obtenir copie d'un acte de naissance. Les copies intégrales, dans lesquelles figuraient la mention du mode d'établissement de la filiation, ne pouvaient plus être délivrées qu'à certaines personnes limitativement énumérées ou à celles ayant obtenu l'autorisation du juge. Cette restriction à la publicité avait été motivée par le souhait de « *protéger les enfants nés hors mariage contre les indiscrétions de nature à leur nuire* »[49]. La loi de 1906 introduisit ainsi dans le code civil un article 57 disposant alors :

> « Nul, à l'exception du procureur de la République, de l'enfant, de ses ascendants et descendants en ligne directe, de son conjoint, de son tuteur ou de son représentant légal s'il est mineur ou en état d'incapacité, ne pourra obtenir une copie conforme d'un acte de naissance autre que le sien, si ce n'est en vertu d'une autorisation délibérée sans frais par le juge de paix du canton où l'acte a été reçu et sur la demande écrite de l'intéressé ».

Le décret du 3 août 1962 a repris l'ensemble des mesures relatives à la publicité des actes, en posant d'abord un principe d'interdiction de la consultation publique des actes de l'état civil (art. 8 ancien), puis une série d'exceptions reprenant les dispositions de l'ancien article 57 pour les actes de naissance (art. 9 ancien). Deux décrets ultérieurs ont retouché le dispositif, en supprimant le principe de l'interdiction de toute communication et en indiquant notamment que toute personne peut obtenir une copie intégrale d'un acte de naissance sur autorisation du procureur de la République (décr. 15 févr. 1968).

---

[48] A. Ponsard, « Sur quelques aspects de l'évolution du droit des actes de l'état civil », *Études René Savatie*r, Paris, Dalloz, 1965, p.779, spéc. p.800.
[49] L. Josserand, *Cours de droit civil français*, Paris, Sirey, 1930, t. 1, p.155.

C. Questions actuelles : état civil et jurisprudence de la CEDH (art. 8)

Le dispositif actuel permet non seulement à l'intéressé, mais aussi à certains membres de sa famille et à certaines administrations de demander une copie intégrale de l'acte et ainsi d'avoir accès aux éléments relatifs à la vie privée de la personne. Le souci de protection de la vie privée est donc devenu un enjeu d'autant plus important que la communication des actes d'état civil est désormais possible en ligne sans que cette démarche soit encadrée. Pour l'heure, en effet, il suffit d'indiquer, outre les nom, prénoms, date et lieu de naissance de l'intéressé, les nom et prénom usuel de ses parents pour obtenir communication de l'acte de naissance d'une personne, de sorte qu'en pratique, toute personne ayant ces informations relativement aisées à obtenir peut en réalité avoir ainsi frauduleusement communication d'un acte.
Certes, la possibilité de communiquer les copies des actes de naissance, telle qu'elle est aujourd'hui organisée par le droit français, est encadrée, mais elle pourrait un jour se trouver en contrariété avec les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme et, en particulier, avec l'article 8, assurant la protection de la vie privée et familiale[50].

Pour commencer, il est clair désormais que les éléments d'identification portés sur l'acte de naissance concernent également *la vie privée de la personne*, ainsi que l'a indiqué la Cour européenne, à propos du nom :

> « En tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne n'en concerne pas moins la vie privée et familiale de celle-ci. Que l'État et la société aient intérêt à en réglementer l'usage n'y met pas obstacle, car ces aspects de droit public se concilient avec la vie privée conçue comme englobant dans une certaine mesure le droit de l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables, y compris dans le domaine professionnel et commercial » (CEDH, 22 février 1994, BURGHARTZ c. SUISSE n° 16213/90)

De plus, leur divulgation est susceptible de constituer une atteinte à la vie privée, comme en atteste les condamnations de ceux qui ont pu révéler aux tiers une paternité ou même un domicile[51].

Enfin, il est désormais admis que l'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme doit conduire les États à *assurer la confidentialité de certaines données relatives à l'état civil*. On sait ainsi que l'indication de la religion dans l'acte de naissance, admise par certains États, comme l'Allemagne (art. 21 PstG), l'Autriche (art. 13 et 33 PstG) ou encore la Grèce (art. 22 loi 344/1976) fait l'objet de critiques récurrentes pour l'atteinte à la liberté religieuse et à la vie privée à laquelle elle conduit. Dans cette même ligne, la divulgation d'autres informations pourrait être considérée comme contraire aux principes de la convention, telles celles relatives au changement de sexe ou à l'existence d'un jugement d'adoption.

Certains États ont limité pour cette raison la publicité des registres des actes de naissance, en présence de données portant atteinte à la vie privée. Ainsi, en Allemagne, des restrictions sont posées à la communication de la copie de l'acte de naissance de l'enfant adopté ou de la personne ayant changé de sexe (art. 61 PstG) et des règles semblables sont posées en

---

[50] V. spéc. F. Granet, « Application en matière d'état civil des principes posés par la convention européenne des droits de l'homme », *Travaux de la commission internationale de l'état civil*.
[51] Paternité du Principe de Monaco, Civ. 1ère, 27 février 2007.

Autriche (art. 37 Abs. 2 PstG)[52]. D'autres États ont adopté des dispositions sur la publicité des actes qui protègent encore davantage la confidentialité des données relatives à l'identité de la personne. Ainsi aux Pays-Bas, ni les tiers, ni même l'intéressé n'ont directement accès aux registres de naissance et la communication se fait sous l'égide du juge ou du ministère public[53].

La question de la conformité des mesures de publicité des registres avec le respect de la vie privée est une préoccupation constante de la Commission internationale de l'état civil qui, dans sa recommandation n° 4, relative à la publicité des registres et des actes de l'état civil (adopté le 5 sept. 1984), a rappelé que les règles de publicité des actes ne doivent pas porter atteinte à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.
En ce sens, la commission internationale de l'état civil (CIEC) recommande aux États d'appliquer les principes suivants : les reproductions et copies intégrales contenant notamment des informations sur la filiation ou susceptibles de porter atteinte à la vie privée ne peuvent être délivrées qu'aux autorités publiques, aux personnes concernées, leurs ascendants, descendants, conjoint et aux personnes justifiant d'un intérêt légitime, spécialement autorisées.
Il serait d'ailleurs utile d'appeler à une harmonisation des dispositions relatives aux modalités de publicité des actes d'état civil dans les pays de la CICE ou, à tout le moins, dans les pays de l'Union. En effet, on sait qu'à l'avenir se développeront des instruments destinés non seulement à faciliter la circulation des actes de l'état civil (voir en ce sens une proposition de règlement visant à favoriser la libre circulation des citoyens et des entreprises en simplifiant l'acceptation de certains documents publics dans l'UE du 24 avril 2013, COM (2013) 228 Final)[54], mais aussi à permettre leur transmission électronique. C'est ainsi que la 33e convention de la CIEC vise à établir une plateforme de communication internationale de données d'état civil par voie électronique[55]. Il serait dans ce cadre plus que souhaitable que les données de l'état civil ainsi transmises ne puissent être communiquées aux tiers que sous le contrôle d'une autorité publique.

II. L'Acte de naissance et sa publicité

Dans ce contexte d'attention croissante au respect de la vie privée, comment pense-t-on aujourd'hui en France l'état civil des personnes et plus particulièrement au sein de celui-ci, la filiation? S'il apparaît absolument nécessaire que l'État consigne en un acte public authentique qu'est l'acte de naissance les modalités d'établissement de la filiation, afin de garantir à la personne non seulement l'accès à ces éléments essentiels de son identité, mais aussi une modalité de preuve particulièrement forte, il est en revanche plus que douteux qu'un intérêt public s'attache à ce que ces informations soient communiquées à des tiers.
Il conviendrait dès lors de réfléchir à la question de la publicité des actes de naissance, afin de garantir à la personne que les éléments relatifs à sa vie privée ne soient pas connus des tiers.
Pour bien comprendre la démarche, un petit retour sur les modalités d'établissement de l'acte de naissance et de publicité s'impose tout d'abord. Ce détour permettra de mettre en

[52] V. F. Granet, préc.
[53] F. Granet, préc.
[54] E. Pataut, Le citoyen dans tous ses états - Chronique Citoyenneté 2013, RTDEur. 2013, p. 920 et s. ; E. Pataut, Vers un état civil européen ?, Mélange S. Vrellis, Athéne, 2014, à paraître.
[55] v. l'historique et les explications sur : http://ciec1.org/PlateformeCIEC/PlateformeEnBref.pdf

lumière les risques d'atteinte à la vie privée que comportent les règles de droit actuelles et d'en proposer des modifications.

A. L'acte de naissance, conservatoire de la vie civile

L'acte de naissance est dressé par l'officier d'état civil du lieu de naissance dans les trois jours de la naissance, ou dans un délai de quinze jours lorsque la déclaration de naissance est faite devant l'officier consulaire français (naissance d'un Français à l'étranger déclarée au consulat de France. cf. art 55 c. civ).
Le contenu de l'acte est défini par l'article 57 du code civil : il énonce le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, ses prénoms et son nom de famille. Lorsque la filiation est établie à leur égard, il énonce également les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des parents (et, s'il y a lieu, ceux du déclarant). Si les parents ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet[56].
Du point de vue de sa forme, aucun texte ne définit ni n'impose le format et la présentation de l'acte de naissance, qui peuvent donc se présenter de manière diversifiée, certains étant manuscrits, d'autres dactylographiés ou informatisés. Jusque récemment, les actes de naissance étaient rédigés sous forme « littéraire » : [le (*jour, heure*)... est né (*untel*)… de (*une telle*…) et de (*untel*..) etc.] . Mais l'informatisation des services de l'état civil a conduit à faire apparaître une nouvelle forme de l'acte de naissance, qui se présente désormais sous forme de rubriques (« enfant » « père », « mère »…)[57].
Des mentions dites « marginales » peuvent être portées en marge de l'acte, c'est-à-dire en réalité sous l'établissement de l'acte initial, pour tous les évènements postérieurs à l'établissement de l'acte initial et relatifs à l'état civil. Il en est ainsi de la mention de l'adoption simple, d'un changement de filiation, d'un changement de nom ou de sexe, d'un mariage, d'un divorce, d'un pacs ou d'une rupture de pacs… ou encore de la rectification d'erreurs matérielles (cf. art. 99).
Tandis que l'acte initial relate les informations déclarées au jour de la naissance, les mentions dites marginales relatent des événements ultérieurs ayant affectés la filiation, le nom, le sexe ou encore la situation matrimoniale et cela jusqu'au décès inclus. Comme on le voit, ces mentions n'ont rien de « marginal » au sens ordinaire du mot, et il serait peut être judicieux de les nommer désormais mentions *subséquentes* pour bien indiquer que la chronologie n'implique aucune hiérarchie : cette remarque pourrait paraître anecdotique, elle prend tout son sens, nous le verrons plus loin, quand est en jeu l'adoption : la filiation créée par l'adoption peut être subséquente, elle n'est en rien « marginale ».

La mention de l'ensemble des événements affectant l'état du titulaire de l'acte fait ainsi de l'acte de naissance intégral un véritable *lieu de mémoire* des événements survenus dans la vie civile des personnes.

[56] S'agissant de la transcription de l'adoption plénière tenant lieu d'acte de naissance de l'enfant, l'article 354 du code civil définit son contenu.
[57] Une circulaire du 30 juin 2006 avait proposé un modèle d'acte de naissance unique quel que soit le mode d'établissement de la filiation, préconisation réitérée dans une autre circulaire du 28 octobre 2011, mais à ce jour, aucune disposition n'impose aux communes d'utiliser le modèle ainsi élaboré.

B. Consultation, copie intégrale ou extraits : l'acte de naissance entre publicité et vie privée

Les règles de publicité de l'acte de naissance sont ambivalentes et traduisent une double finalité. Comme on l'a dit, il s'agit à la fois d'assurer une communication suffisante des actes pour permettre l'identification des individus ainsi que de faire la preuve de leur état, tout en protégeant au mieux leur vie privée[58].

L'histoire des modalités de publicité des actes s'est fait écho de cette ambivalence attestant de la volonté de concilier la nécessaire identification de la personne, avec le respect d'éléments relatifs à sa vie privée[59]. Si le sexe de la personne, ou son nom sont des éléments d'identification de cette dernière, destinés à être connu des tiers, le fait que la personne ait pu *changer de sexe ou de nom* intéresse avant tout l'individu lui-même. Il en est de même pour la filiation. L'existence de la filiation est un élément public d'identification, tandis que la mention sur l'acte de naissance des modalités d'établissement de la filiation, reconnaissance, présomption, adoption etc. relèvent de la vie privée de la personne. Ce qui importe pour les tiers est de savoir éventuellement quelle est la filiation d'une personne, mais pas s'il a été adopté, reconnu par son père, ou né dans le mariage.

Ce double objectif se traduit d'abord par les règles très strictes encadrant la consultation directe des registres de l'état civil là où ils sont conservés.
S'agissant de la consultation directe des registres, il existe un principe *d'interdiction,* fait pour éviter que toute personne puisse ainsi connaître les informations les plus importantes relatives à la vie privée d'une autre. Comme l'indique l'instruction générale à l'état civil, il s'agit « d'éviter que les particuliers ne soient lésés par la divulgation de certains renseignements relatifs à leur état civil » (IGEC, n° 72).

Depuis la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives, il est distingué selon que les registres de naissance ont plus ou moins de 75 ans (art. L. 213-2 C. Pat.). Seuls les registres de plus de 75 ans peuvent faire l'objet d'une libre consultation. En revanche en deçà de cette date, les tiers doivent demander l'autorisation écrite de l'administration des archives. Cette autorisation ne peut être délivrée qu'aux personnes y ayant un intérêt telles les chercheurs ou généalogistes. Ces personnes sont tenues de justifier que l'intérêt qui s'attache à la consultation de ces documents ne conduit pas à porter une atteinte excessive aux intérêts que la loi a entendu protéger (L. 213-3 C. Pat.). Pour s'assurer de la légitimité de leur requête, l'instruction générale relative à l'état civil préconise une enquête préalablement à la délivrance de l'autorisation (IGEC, no 16-2). On peut regretter que la loi de 2008 sur les archives n'ait pas maintenu la compétence du procureur de la République, autorité de tutelle de l'officier de l'état, pour permettre la consultation des registres, puisqu'il est le mieux à même d'apprécier les atteintes à la vie privée susceptibles d'en résulter.

---

[58] F. Terré et D. Fenouillet, Droit civil. Les personnes. Précis Dalloz, 8e éd., 2012, n° 231 et s. ; L'état civil au XXIe siècle : déclin ou renaissance ?, Actes du colloque de la commission internationale de l'état civil, Strasbourg, 2009 ; L'état civil dans tous ses états, C. Neirinck (dir.), Paris, LGDJ, coll. Droit et société, LGDJ, 2008.

[59] V. sur cette distinction : A.-M. Leroyer, « La notion d'état des personnes », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert,* Economica, 2004, p. 247 et s. ; J. P. Montagne, « Les fonctions de l'état civil », in Acte du colloque de la commission internationale de l'état civil, Strasbourg, 2009 ; A. Touraine, civil, identité et identification, in Actes du colloque de la commission internationale de l'état civil, Strasbourg, 2009.

S'agissant de la communication de copies, les règles de publicité sont organisées par le décret n° 62-921 du 3 août 1962, de nombreuses fois retouché[60]. Elles reposent principalement sur la distinction entre les deux grandes modalités de publicité de l'acte de naissance d'une personne : la délivrance de la copie intégrale, et la délivrance d'extraits.
La copie intégrale, comme son nom l'indique, comporte toutes les énonciations de l'acte initial ainsi que l'ensemble des mentions marginales apposées ultérieurement. Les extraits avec ou sans indication de la filiation, sont des versions expurgées de l'acte en cause qui ne constatent que l'état présent.
La copie intégrale ne peut être délivrée qu'à des personnes physiques strictement définies : le titulaire de l'acte, dès lors qu'il est majeur ou émancipé, ses ascendants et descendants, son conjoint ou son représentant légal. Le demandeur doit fournir, outre les nom, prénoms, date et lieu de naissance de la personne concernée par l'acte, l'indication des nom et prénoms usuels de ses parents. Cette copie peut aussi être délivrée au procureur de la République, ainsi qu'au greffier en chef du tribunal d'instance pour l'établissement des certificats de nationalité française et aux administrations lorsque les lois et les règlements les y autorisent. Les autres personnes ne peuvent se voir délivrer une copie intégrale qu'en vertu d'une autorisation du procureur (article 9, alinéas 1 et 3).
L'extrait d'acte de naissance avec filiation traduit l'état civil de la personne au jour où l'acte est demandé. Autrement dit, il ne relate pas les changements d'état éventuels, *ni les modalités d'établissement de la filiation*. Le cas échéant, figurent en marge le mariage, divorce, séparation de corps ou décès de l'intéressé, ainsi que la conclusion, modification ou dissolution d'un pacte civil de solidarité. Il peut être demandé par l'intéressé lui-même, ainsi que par les mêmes personnes et administrations habilités à demander une copie intégrale. Ses héritiers peuvent également obtenir un extrait avec filiation (art. 11). L'indication des noms et prénoms usuels des parents du titulaire de l'acte n'est pas requise des héritiers autres que les ascendants, descendants, frères et sœurs ou conjoint, dès lors qu'ils justifient de leur qualité.
L'extrait sans filiation, comme son nom l'indique, ne contient aucune mention relative à la filiation : y figurent l'année, le jour, l'heure et le lieu de naissance, le sexe, les prénoms et le nom de l'intéressé. Le cas échéant, figurent en marge le mariage, divorce, séparation de corps ou décès de l'intéressé, ainsi que la conclusion, modification ou dissolution d'un pacte civil de solidarité. Cet extrait peut être demandé par tout intéressé et notamment les créanciers afin de connaître l'identité du conjoint tenu de la solidarité des dettes du ménage. Cette ouverture large se justifie parce que l'acte ne mentionne pas la filiation, dont le secret est ainsi préservé (art. 10 D. 1962).

C. Critique : une diffusion trop large et peu cohérente de la copie intégrale

Comme on l'a rappelé, les copies intégrales des actes de naissance comportent des données à caractère personnel qui relèvent de la vie privée des intéressés, et qui peuvent être sensibles.
Par exemple, la *copie intégrale* comporte, en cas d'adoption plénière, la référence à la transcription du jugement d'adoption alors que *l'extrait avec filiation* comporte l'indication des parents, mais sans aucune référence au mode d'établissement de la filiation (art. 12 décret de 1962). De la même manière, la mention du changement de sexe ou le changement de prénom est indiqué dans la copie intégrale alors que l'extrait « intègre » directement le nouveau sexe et ou le nouveau prénom sans référence à ce changement. Cela justifie que la

[60] V. décrets no 68-148 du 15 février 1968, no 97-852 du 16 septembre 1997 et n° 2011-167 du 10 février 2011.

diffusion aux tiers de la copie intégrale, qu'il s'agisse de particuliers ou d'administrations soit extrêmement limitée.
On peut constater que si cet encadrement est important, il n'apparaît **pas encore suffisant pour préserver la vie privée.**
Ainsi, certaines administrations publiques peuvent demander directement aux officiers de l'état civil les copies intégrales lorsque les lois et règlement les y autorisent. En formulant la demande, ces administrations doivent indiquer le texte qui les y autorise. Il en est ainsi par exemple du service des pensions pour l'octroi de certains droits (art. D. 25 Code des pensions civiles et militaires de retraite).
De même, les organismes autorisés pour l'adoption sont habilités à se faire délivrer des copies intégrales des actes de naissance concernant les enfants qu'ils ont recueillis (CASF, art. R 225-29), alors que le service de l'aide sociale à l'enfance, qui recueille les enfants en vue de leur admission en qualité de pupille de l'État ne bénéficie pas d'une telle habilitation. En revanche, ce service est habilité pour solliciter la copie intégrale de l'acte de naissance du ou des demandeurs dans le cadre de l'instruction d'une demande d'agrément en vue d'adoption (CASF, art. R 225-3).
Par ailleurs, les administrations, service ou établissement public, organisme ou caisse contrôlée par l'État, en charge de l'instruction d'un dossier administratif peuvent demander la communication directement à l'officier d'état civil de la copie intégrale ou de l'extrait avec filiation, dès lors qu'elles seraient fondées à la demander à l'usager lui-même et à la condition de l'en informer (art. 11-1 décret de 1962).
Pour tous les autres cas, une demande devra être formulée au procureur de la République, qui peut autoriser les tiers à obtenir des copies intégrales, dès lors que les personnes qui sollicitent une telle communication justifient d'un intérêt légitime.

Quand une personne doit-elle présenter une copie intégrale de son acte de naissance ?
Sans prétendre à l'exhaustivité, il est intéressant de rechercher les cas dans lesquels la loi ou les règlements exigent qu'une personne présente pour l'obtention de certains droits, ou la réalisation de certains actes, une copie intégrale de son acte de naissance. Il en est ainsi **:**

- Pour le **mariage**, la loi du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages a modifié l'article 70 du Code civil en ce sens. Il s'agissait de permettre un contrôle plus efficace de l'officier d'état civil dans un objectif de lutte contre les mariages fictifs. Le rapport de l'Assemblée nationale (AN, p. 33) indique ainsi qu'il convient de « prévoir la remise de la copie intégrale de l'acte de naissance et non plus un simple extrait afin de permettre à l'officier d'état civil de prendre connaissance de l'ensemble des mentions figurant sur l'acte d'état civil » ;
- Pour la **déclaration conjointe d'exercice de l'autorité parentale** : art. 1180-1 code de procédure civile ;
- **Dans certains cas pour l'acquisition de la nationalité française** par déclaration : par mariage, possession d'état de français, réintégration ;
- Pour la délivrance d'un **agrément en vue de l'adoption :** article R. 22-3 1 CASF :
- Pour la demande de **regroupement familial** (R. 421-4 CESEDA)[61].

Il est aisé de constater qu'aucune réelle logique ne préside à l'exigence de délivrance d'une

[61] En revanche, ce n'est plus nécessaire pour la première demande de passeport biométrique, le décret du 31 mars 2006 qui l'exigeait a été retouché par un autre décret du 18 mai 2010, y substituant le simple extrait.

copie intégrale, plutôt qu'un extrait, cette exigence variant au fil des situations, sans grande cohérence. Plus étonnant, pour une même démarche –par exemple la déclaration de nationalité française– les textes exigent, selon le fondement de cette déclaration, une copie intégrale ou un extrait (par exemple l'extrait suffit lorsque la déclaration est fondée sur la naissance ou l'adoption). De même, le décret de 1962 prévoit indifféremment la copie intégrale ou l'extrait avec filiation, pour la délivrance d'un certificat de nationalité française.

Surtout, il apparaît que la copie intégrale pourrait être remplacée par un **extrait d'acte de naissance avec indication de la filiation**, sans grande difficulté. En effet, si la nécessité de lutter contre la fraude permet de légitimer la production d'une copie intégrale, dans aucun des cas précités il n'est démontré que la fraude serait plus facile si l'identité de la personne était établie par la production d'un extrait d'acte de naissance.

III. Propositions de réforme

La double fonction de l'état civil et son ambivalence apparaît avec force : il est à la fois un lieu de mémoire, de conservation, un gardien du *passé*, autant qu'un moyen de permettre au *présent* la preuve et l'identification des personnes. Si l'on consulte ainsi un acte de naissance, on lira sur cet acte l'histoire de cette personne et l'on verra également son statut actuel.

Cette double fonction de l'état civil n'est guère discutée, pourtant aucune conséquence n'en est tirée quant aux modalités de communication et de publicité des actes. En effet, la copie intégrale, si elle est beaucoup plus difficilement accessible qu'un simple extrait, ne le reste pas moins, au-delà de l'intéressé lui-même, à certains membres de la famille ou encore à des tiers. Pourtant, dans la plupart des cas où la copie intégrale est exigée, *seul compte l'état actuel de la personne* : est-elle ou non mariée, divorcée, pacsée, quel est son sexe, son âge etc. Il n'est en réalité nul besoin pour célébrer le mariage, obtenir la nationalité française, ou encore l'autorité parentale conjointe de connaître l'histoire de la personne.
Cette distinction entre l'histoire de la personne et son état présent devrait être consacrée, afin de permettre un réel respect de la vie privée.

A. Concevoir la copie intégrale de l'acte de naissance comme le conservatoire de l'identité civile des personnes

Il est de la responsabilité de l'État de tenir ce grand livre de la vie privée des personnes qu'est leur acte de naissance, incluant toutes les mentions dites « marginales » (qu'il vaudrait mieux nommer subséquentes) et qui leur permet de connaître leur propre histoire, et ce à des fins évidentes de conservation et de force probante. Conserver dans l'acte de naissance ce qui appartient au passé est nécessaire parce que l'état civil a une fonction de *garant* de l'identité civile des personnes : on ne peut pas effacer ce qu'on veut. Il n'est que de rappeler ici la pratique des états totalitaires qui n'hésitent pas à « retoucher la photo » pour effacer ce qui gêne. La conservation de l'histoire civile est d'autant plus importante qu'avant d'être un adulte, chacun a été un enfant, un nourrisson, c'est-à-dire un être totalement dépendant et sans aucun savoir de ce qu'on faisait de lui. Or le droit d'accéder à son propre passé « civil » appartient à la personne. Il est ainsi de la responsabilité de l'État de conserver la mémoire de ce passé des personnes.

Cet objectif est d'autant plus important aujourd'hui que l'on a pris conscience de certaines « manipulations » biographiques qui autrefois n'étaient pas perçues comme telles. De là l'affirmation du *droit d'accès aux origines personnelles*, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La première étape de ce droit est de bénéficier d'un état civil qui soit la mémoire de sa véritable biographie civile. Or ce n'est pas ce que garantit à tous l'état civil actuel.

La question des droits des adoptés

Comme on le sait, le modèle matrimonial de famille (un seul père, une seule mère, pas un de moins pas un de plus) a conduit à instituer une certaine conception de l'adoption plénière, comme une seconde naissance effaçant la première. Au plan de l'état civil, cela s'est traduit pas la création d'un nouvel acte de naissance, qui vient remplacer le premier. Cette pseudo « naissance » ne nous paraît pas conforme à l'ensemble du mouvement allant dans le respect de l'histoire et de l'identité personnelle de l'enfant adopté. De nombreuses enquêtes au plan international ont montré qu'on induisait ainsi une incertitude identitaire, encore redoublée en cas d'adoption internationale, et cela alors même que la responsabilité des États est d'aider les parents adoptifs à conforter le parcours de leur enfant[62].

C'est pourquoi, en matière d'adoption plénière, nous proposons de ne plus remplacer un acte de naissance par un autre, mais de garder un seul acte, l'acte de naissance originel. L'enfant ne nait pas une deuxième fois, l'adoption n'est pas un effacement de la naissance et de la vie antérieure. L'adoption devrait être transcrite sur l'acte de naissance d'origine, par une mention des noms actuels du ou des parents.
NB : **Cette proposition est présentée au chapitre 5 sur l'adoption.**

La question des droits des enfants nés d'AMP avec tiers donneur

De même, la filiation de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur est aujourd'hui coulée dans le moule d'une pseudo-procréation charnelle, alors même que personne ne recommande plus aux parents de garder le secret, tout au contraire. Loin que notre droit civil joue son rôle de soutien institutionnel, il oblige aujourd'hui les personnes, parents et enfants, à vivre une vie sociale en écart avec leur état civil.

C'est pourquoi nous proposons d'instituer un nouveau mode d'établissement de la filiation (la « déclaration commune anticipée de filiation ») qui, sans trahir aucun secret médical quant au mode de conception de l'enfant, lui permettra et à lui seul de savoir que sa filiation suppose un engendrement avec tiers donneur.
NB : **Cette proposition est présentée au chapitre 7 sur l'engendrement avec tiers donneur.**

De façon plus générale, nous considérons que c'est un droit fondamental de la personne que de savoir comment son lien de filiation à ses parents a été établi, et en particulier de ne pas subir des mensonges sur ce point. Toute personne devrait pouvoir savoir, si elle le souhaite, quel mode d'établissement de la filiation a été utilisé.

[62] Voir en particulier le remarquable article de F. R. Ouellette et J. Saint-Pierre, « Parenté, citoyenneté et état civil des adoptés », *Enfance, Famille, Générations* n°14, 2011, p. 51-76 (revue accessible en ligne).

Cette question n'est pas seulement identitaire[63] : on doit rappeler aussi que c'est la mention du mode d'établissement de la filiation qui *sécurise le lien* : on ne peut pas attaquer (et donc défendre) de la même façon une filiation selon qu'elle est établie sur l'engendrement par procréation, sur l'adoption ou sur l'engendrement avec tiers donneur.

B. Droit à la vie privée : rendre l'acte de naissance intégral inaccessible aux tiers

Si cette fonction de conservatoire de l'identité civile est capitale pour les droits de la personne, en revanche il n'y a pas de justification à publiciser dans les rapports aux tiers le passé civil d'une personne. C'est pourquoi reconnaître cette nouvelle fonction de la copie intégrale de l'acte de naissance est indissociable d'une autre réforme : *il paraît nécessaire, pour assurer le droit à la vie privée des personnes, de rendre la copie intégrale de l'acte de naissance, gardien de la mémoire civile, inaccessible aux tiers, sauf exceptions dument justifiées*.

On a rappelé en effet que figure sur l'acte de naissance intégral, non seulement la filiation d'une personne, mais aussi les modes d'établissement de cette filiation. On sait ainsi en consultant l'acte de naissance d'une personne, si ses parents étaient mariés, s'il a été reconnu, ou encore adopté. Or, si la connaissance de la filiation d'une personne est une information qui peut devoir être connue des tiers, car elle permet effectivement d'identifier la personne, ce n'est pas le cas des modes d'établissement de la filiation.
La réforme proposée consiste donc à *distinguer entre la filiation*, qui permet de savoir qui sont les parents d'une personne, sans qu'aucune indication ne soit alors donnée sur l'origine de cette filiation, *et les modes d'établissement de la filiation*.

Cette réforme est indissociable de l'ambition d'ensemble de la réforme de la filiation que nous préconisons dans ce rapport :
Dès lors que l'on pose le principe « une seule filiation, trois modalités d'établissement », au plan de la vie publique ce qui l'emporte est l**'unicité du lien de filiation commun à tous** : **tout père est un père, toute mère est une mère.**
Il n'y a donc pas de raison de préciser dans les extraits d'acte de naissance quel est le mode d'établissement de la filiation, car cela semble introduire subrepticement une hiérarchie, qui rappelle le temps passé où en effet toutes les filiations ne se valaient pas au plan de la légitimité sociale, et où elles n'emportaient pas les mêmes droits.

Dès lors, la copie intégrale qui contient la mention des modes d'établissement de la filiation ne devrait pas être communiquée aux tiers, sauf exceptions dûment justifiées. La consultation des actes de naissance et la communication d'une copie intégrale devraient rester confidentielles. En revanche la communication, aux personnes dument habilitées, des extraits avec indication de la filiation suffit pour prouver l'identité de la personne et permettre les vérifications nécessaires.

[63] Au sens où la jurisprudence de la CEDH a consacré la notion d'identité personnelle. voir D. Gutmann, *Le sentiment d'identité, étude de droit des personnes et de la famille* coll. Bibli Droit privé 327, Paris, LGDJ, 2000.

Limiter en conséquence la communication de la copie intégrale

Les règles relatives à la délivrance des copies intégrales d'acte de naissance seraient alors les suivantes :
- Il conviendrait de retoucher l'article 9 du décret de 1962, afin de restaurer le principe selon lequel nul ne peut obtenir communication d'une copie intégrale d'un acte de naissance, si ce n'est dans les cas limitativement énumérés par les lois et les règlements.
- Il conviendrait ensuite de limiter l'accès des personnes privées à la copie intégrale des actes de naissance et de n'autoriser la communication de la copie intégrale qu'à l'intéressé et ses ascendants.

Pour l'accès aux personnes publiques et accomplissant une mission de service public, la communication serait permise pour :
- Le procureur de la République.
- Le juge dans le cadre d'un conflit relatif aux modes d'établissement de la filiation.
- Certaines administrations publiques, mais avec l'autorisation du procureur de la République et en cas d'intérêt légitime dument justifié.

Il conviendrait en outre de retoucher les articles 213-2 et 3 du code du patrimoine, afin de prévoir que la consultation des archives des actes de naissance ne pourra avoir lieu en deçà de 75 ans qu'avec l'autorisation du procureur de la République et non de l'administration des archives comme actuellement.
On pourrait aussi s'interroger sur le délai de libre consultation, au-delà de 75 ans. Un tel délai semble court aujourd'hui, alors même que l'espérance de vie est supérieure à cette temporalité. Une exception aux règles générales de consultation des archives pourrait être envisagée en posant pour les actes d'état civil un délai plus long pour leur libre consultation.
Il conviendrait enfin de supprimer l'exigence de production d'une copie intégrale de l'acte de naissance en cas de mariage, acquisition de la nationalité française et adoption et de lui substituer un extrait d'acte avec indication de la filiation.

Propositions

- Supprimer l'exigence de production d'une copie intégrale de l'acte de naissance notamment en cas de mariage, acquisition de la nationalité française et adoption.

- Réformer les règles relatives à la délivrance des copies intégrales d'acte de naissance afin de protéger la vie privée, et en particulier de mieux distinguer entre la filiation (qui apparaît dans l'extrait de naissance) et les modalités d'établissement de celle-ci (qui relèvent de la vie privée et n'apparaissent que dans la copie intégrale).

- Retoucher, l'article 9 du décret de 1962 :
. Restaurer le principe selon lequel nul ne peut obtenir communication d'une copie intégrale d'un acte de naissance, si ce n'est dans les cas limitativement énumérés par les lois et les règlements.

***. Pour l'accès des personnes privées* :**
N'autoriser la communication de la copie intégrale qu'à l'intéressé et ses ascendants.

***. Pour l'accès des personnes publiques* et accomplissant une mission de service public, la communication serait permise pour :**

- **Le procureur de la République**
- **Le juge dans le cadre d'un conflit relatif aux modes d'établissement de la filiation**
- **Certaines administrations publiques, mais avec l'autorisation du procureur de la République et en cas d'intérêt légitime dument justifié.**

- Retoucher les articles 213-2 et 3 du code du patrimoine :
Prévoir que la consultation des archives des actes de naissance ne pourra avoir lieu en deçà de 75 ans qu'avec l'autorisation du procureur de la République et non de l'administration des archives comme actuellement.
- Ouvrir une discussion sur le délai de libre consultation de 75 ans. Une exception aux règles générales de consultation des archives pourrait être envisagée en posant pour les actes d'état civil un délai plus long pour leur libre consultation.

Partie II

UNE SEULE FILIATION,

TROIS MODALITES D'ETABLISSEMENT

Chapitre 4

Première modalité d'établissement :

l'engendrement par procréation charnelle

À voir deux têtes sidérées d'admiration contemplant l'enfant dans son berceau à la maternité, tout un chacun serait tenté de dire : voici les parents ! Voici la mère qui vient d'accoucher et le père, fier de sa nouvelle paternité, qui tente de se reconnaitre dans les traits du nouveau-né.

Une telle exclamation est pourtant en droit inexacte, car les père et mère sont ceux que le droit désigne.
La femme qui vient d'accoucher ne sera juridiquement la mère que lorsque son nom sera mentionné dans l'acte de naissance de l'enfant. L'homme ne sera son père que s'il le reconnaît, ou en cas de mariage, si son nom est mentionné dans l'acte de naissance, faisant ainsi jouer la présomption de paternité.

Il faut donc toujours rappeler que, contrairement à une opinion aujourd'hui largement répandue, il n'existe pas, à proprement parler, de « parent biologique ». Non seulement l'expérience corporelle humaine, chargée de sens et de symboles, n'est pas réductible à du *biologique*, mais cette expérience est elle-même toujours-déjà enchâssée dans le système d'attentes d'un monde humain institué, qui va lui accorder sa signification sociale. C'est en considération de ce fait que Maurice Godelier a pu écrire que dans les sociétés humaines, « un homme et une femme nulle part ne suffisent à faire un enfant »[64]. S'il y faut toujours aussi, selon les innombrables « théories de l'engendrement » recensées par les ethnologues, *l'intervention des esprits, de l'esprit, du double, de l'ancêtre, des dieux, ou encore de Dieu*, cela signifie pour l'anthropologue que l'engendrement et la filiation, quoique distincts, ne sont jamais indépendants : la dimension spirituelle de l'engendrement n'est pas une simple question de foi religieuse, elle fait signe vers autre chose, qui est le caractère institué et donc symbolique des sociétés humaines, seules sociétés qui fonctionnent à la signification, aux valeurs et aux règles.

[64] M. Godelier, *Métamorphoses de la parenté*, Paris, Fayard, 2004.

Au temps du Code Napoléon et de ce que nous avons nommé « l'ordre matrimonial de la filiation », la signification sociale d'une grossesse, d'une naissance était ainsi donnée par avance par *l'état civil* et en particulier l'état *matrimonial* des géniteurs d'où pouvaient se déduire les futurs statuts de filiation : selon que la femme était mariée ou qu'elle ne l'était pas, selon que l'homme était marié ou qu'il ne l'était pas, et en fonction de quelques considérations de fait bien connues (par exemple, sur le rapport entre date du décès du mari et date de la conception de l'enfant) on pouvait savoir pour l'essentiel quel serait pour chacun les conséquences sociales d'un naissance inattendue. On savait si la femme serait honorée ou réprouvée ; on savait si le géniteur serait ou non déclaré le père de l'enfant que la femme allait mettre au monde ; on savait si cet enfant serait un fils légitime ou un paria social.
Cet ordre matrimonial de filiation, quel que soit le jugement que nous pouvons porter sur lui aujourd'hui en référence à nos valeurs contemporaines d'égalité de sexe, avait un mérite indiscutable : il introduisait, dans l'incertitude de la vie humaine et des relations entre les hommes, les femmes et les enfants, une certaine possibilité sinon de prévoir les grossesses, du moins *d'anticiper* leurs conséquences en termes de droits et de devoirs. Ces anticipations permettaient aux individus de s'orienter, de faire des choix, d'exercer leurs responsabilités.
Il n'y a donc rien de surprenant qu'avec le d*émariage*, lui-même inscrit dans un contexte de changements des valeurs, des savoirs et des techniques, ces anciennes anticipations aient été mises en question. De fait, avec l'égalité des filiations, avec l'égalité des sexes, avec les progrès scientifiques et techniques, tout un ensemble de nouvelles incertitudes sont apparues. Dans certains cas, elles peuvent aller jusqu'à ôter aux individus cette possibilité d'anticiper « qui doit quoi à qui » qui est à la base du lien social humain. Plus grave encore, de nouvelles asymétries sont apparues, donnant le sentiment que se développent de nouvelles formes de rapports de force entre les sexes, voire que s'exercent de nouvelles violences.

Pourtant, des trois formes d'établissement du lien de filiation que nous avons distinguées, il est aisé de constater que celui qui repose sur la procréation charnelle, alors même qu'il concerne *l'immense majorité des cas*, est aussi celui sur lequel le débat social est le moins élaboré aujourd'hui. Une question s'est alors posée à notre groupe de travail. Sommes-nous fondés à faire des préconisations alors même que contrairement à ce qui est patent pour l'adoption ou pour l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, nous risquerions de nous *substituer* à un débat de société inexistant ? Ne serait-ce pas outrepasser notre rôle ?

Notre choix a été de ne pas éluder ce problème, mais de lui trouver une réponse spécifique. D'où le caractère très particulier de ce chapitre. D'un côté, nous avons souhaité nous pencher, sans aucune prétention à l'exhaustivité, sur tout un ensemble de cas très problématiques. **Ils démontrent l'importance que soit mis en place sans tarder un véritable débat de société sur la filiation par procréation charnelle.** Mais de l'autre, faute de ce débat, nous ne nous sommes pas sentis autorisés à faire des propositions de réforme. Ce chapitre est donc, et cela mérite d'être médité, une exception, que nous sommes les premiers à déplorer.

Nous proposons ici quelques pistes de réflexion en distinguant pour la clarté de la discussion trois grand enjeux ; celui du démariage, celui de l'égalité des sexes et celui des progrès scientifiques et techniques. Dans la vie concrète, ces enjeux se combinent très souvent, rendant encore plus aiguës les interrogations contemporaines sur la filiation par procréation charnelle.

I. La filiation par procréation charnelle au temps du démariage

L'institution de la filiation établit le lien juridique de paternité ou de maternité en plus ou moins grande corrélation avec la vérité biologique résultant de la procréation charnelle. Cette corrélation est assez forte dans le titre VII du code civil, intitulé « De la filiation ».
La loi y traite en réalité non pas de toutes les filiations, puisque la filiation adoptive est renvoyée à un autre titre, mais uniquement de la filiation issue d'un engendrement par procréation charnelle. Il est à remarquer d'ailleurs que sous cette expression est également visée la procréation médicalement assistée dite « homologue », celle où le couple recourt à l'aide de la médecine, mais en utilisant ses propres gamètes. L'engendrement là encore repose sur une procréation impliquant chacun des membres du couple, que l'on peut qualifier au sens large de procréation charnelle. Pour les raisons exposées en introduction, on préférera cette dernière expression à celle communément utilisée par les juristes de « filiation biologique ». Cette dernière formule n'a pas beaucoup de sens. La filiation n'est pas biologique, mais elle peut reposer sur le constat de l'existence d'un lien biologique. Le raccourci mérite d'être dénoncé en ce qu'il introduit une confusion entre le droit et le fait. C'est pourquoi, pour décrire et comprendre cet ensemble de règles, les expressions de filiation charnelle ou d'engendrement par procréation charnelle seront préférées.

Les règles figurant au titre VII sont assez complexes à comprendre. La complexité résulte de ce que parfois les règles qui permettent d'établir la filiation traduisent le fait biologique liant l'enfant à celle ou celui qui l'a engendré, faisant ainsi de la vérité biologique le fondement de la filiation. Et parfois encore le droit privilégie d'autres fondements, plus volontaires et sociologiques, où l'écoulement du temps vient perturber la place donnée à la vérité biologique, privilégiant alors ce qu'il est convenu d'appeler la sécurité et la paix des familles.

La filiation du titre VII, ainsi dite par procréation charnelle est donc en réalité ambivalente. Elle fait, il est vrai, une assez large place à la vérité biologique, en particulier pour la mère. La maternité s'établit par l'acte de naissance qui constate que la femme a accouché. La paternité en revanche ne s'établit pas par la preuve directe de la vérité biologique. Elle s'établit, en l'absence de contentieux, par la présomption de paternité si l'homme est marié, par la reconnaissance s'il ne l'est pas ou encore par la possession d'état.

Mais quoi qu'il en soit, ces modes d'établissement de la filiation sont *censés traduire la vérité biologique* : c'est pourquoi ils pourront être contestés par la preuve de l'absence de vérité biologique du lien ainsi établi. À moins que le temps ne soit passé par là. C'est alors un tout autre visage que montre le droit de la filiation. Au bout d'un certain délai, il n'est plus possible de contester un lien de filiation établi. Ce délai est parfois court, 5 ans lorsqu'un enfant a un titre (acte de naissance ou reconnaissance) et une possession d'état conformes, 10 ans, en cas inverse.

Cette ambivalence atteste que, comme le rappelait le doyen Carbonnier, il ne faut pas « accorder à la biologie plus que le droit ne lui concède, car (…) la part de la possession d'état et de la volonté est considérable ». Le droit « s'épuiserait » d'ailleurs « à prétendre toujours appréhender la vérité biologique : il doit souvent se contenter d'une vraisemblance

(…) induite soit d'actes de volonté (reconnaissance), soit de comportements quotidiens (la possession d'état) »[65].

Le portrait rapidement brossé de la filiation par procréation charnelle fait ressortir l'ambivalence de ses fondements, qui oscillent du biologique au sociologique, en passant par le volontaire. Il traduit aussi l'ambivalence des finalités du droit de la filiation, entre respect de la vérité biologique et préservation de la sécurité juridique.

A. Après la grande réforme de la filiation de 1972

La grande réforme de la filiation opérée par la loi de 1972, en posant le principe d'égalité des filiations en et hors mariage a eu pour conséquence d'ébranler le modèle matrimonial de la filiation.
Ce temps du démariage s'est ensuite accentué avec la seconde grande réforme de la filiation, opérée par l'ordonnance de 2005, qui a emporté dans son sillage la traditionnelle distinction terminologique des filiations naturelles et légitimes.

S'il n'y a plus qu'une filiation et qu'il est aisé de constater sociologiquement le dépassement du modèle matrimonial, puisqu'aujourd'hui plus de la moitié des enfants naissent hors mariage, le droit a maintenu une inégalité quant à la preuve.
Tandis que la filiation en mariage se prouve « d'un trait », par l'effet de la présomption de paternité, la filiation hors mariage est divisible, le père devant reconnaître l'enfant.

Cette différence crée un hiatus entre la construction sociale des liens et leur appréhension juridique. On sait en effet que les concubins se comportent à l'égard de leurs enfants comme des « mariés sans papiers ». La plupart du temps, les hommes assument ainsi leur responsabilité en traduisant par avance, dans une reconnaissance anticipée, leur volonté d'être père. Pour autant, le droit maintient la concurrence des modèles en et hors mariage sur le point précis de la présomption de paternité, alors qu'il l'a fait disparaître sur les autres modes de preuve. Il apparaît donc intéressant de s'attarder sur cette concurrence et d'en apprécier la portée.

On sait que depuis l'ordonnance de 2005, la concurrence des modèles n'existe plus quant à l'établissement de la filiation maternelle. Cette dernière peut, depuis cette réforme, être établie par l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance, que celle-ci soit ou non mariée (art. 311-25 c. civ.), alors qu'auparavant, la femme non mariée devait reconnaître l'enfant. Cette ancienne solution reposait sur l'idée qu'une maternité hors mariage n'avait pas nécessairement été voulue et qu'il fallait donc une déclaration de volonté de la femme pour être mère. Mais une telle solution a été jugée contraire aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, req. n° 6833/74) et la distinction entre la mère mariée et non mariée ainsi supprimée.

Un certain parallélisme entre le père marié et le père non marié peut également être établi à propos de l'utilisation de la reconnaissance. On sait bien entendu que la paternité du père marié est présumée en raison du mariage, et que ce dernier n'a donc pas à reconnaître l'enfant. Il est des cas cependant où la reconnaissance peut être utile, notamment si elle est

[65] J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, Coll. Quadrige, 2004, p. 949.

faite de manière prénatale (art. 316 c. civ.), ou encore lorsque la présomption de paternité ne joue pas. La loi du 16 janvier 2009 a ainsi admis une solution de rattrapage, au cas où la mention du nom du père ne figurerait pas dans l'acte de naissance, ayant été omis lors de la déclaration le plus souvent faite par la mère à l'officier d'état civil. Le mari de la mère peut alors reconnaître l'enfant (art. 313 c. civ.), attestant par là-même que le droit ne souhaite pas laisser l'établissement de la filiation paternelle entre les mains de la mère.

Cet alignement des modes d'établissement de la filiation n'est pas total et l'une des inégalités qui subsistent est celle de l'établissement de la filiation paternelle qui obéit à une modalité spécifique dans le mariage avec la présomption de paternité.

B. La présomption de paternité en question

Rappelons que la présomption de paternité permettait d'établir la filiation paternelle dans le mariage à une époque où il n'était pas possible de savoir qui était le père biologique de l'enfant. Elle servait surtout à rattacher tous les enfants conçus ou nés pendant le mariage au mari de la mère afin d'en faire des enfants légitimes.

Aujourd'hui la présomption est un mode d'établissement de la paternité qui favorise le père marié, puisque ce dernier n'a pas à faire de reconnaissance. Il suffit que son nom soit indiqué dans l'acte de naissance en qualité de père pour que la présomption joue.

Cette présomption de paternité a pu être diversement justifiée, soit par l'idée d'une volonté tacite du mari qui, par son consentement au mariage, accepterait tous les enfants à venir du mariage, soit par référence au devoir de fidélité de l'épouse, soit encore par le *plerumque fit*, le fait que, la plupart du temps, le mari de la mère est le père biologique de l'enfant. Il y a effectivement un lien entre la règle de droit et la vérité biologique, puisque lorsque la paternité biologique est improbable (notamment quand l'enfant est conçu pendant une période de séparation des époux), la présomption est écartée.
Selon les fondements invoqués, il est tantôt proposé de supprimer et tantôt à l'inverse d'étendre la présomption aux couples non mariés. Sans nous prononcer sur l'une ou l'autre de ces propositions, il convient simplement d'en comprendre les enjeux.

La présomption de paternité confère une symbolique particulière au mariage par rapport à la filiation. En outre, on peut lui prêter l'avantage de préserver une « paix des familles », nul besoin étant de rechercher si le mari de la mère est réellement le père biologique de l'enfant. Cet impératif a ainsi été évoqué par la Cour européenne des droits de l'homme considérant qu'il existe des motifs légitimes liés à la nécessité de garantir à la fois la certitude juridique et la sécurité des relations familiales pour justifier l'application à un homme marié d'une présomption générale de paternité à l'égard des enfants de son épouse, de sorte qu'il n'avait pas de droit à agir en désaveu après l'expiration du délai légal (CEDH, 10 oct. 1999, *Yildrim c/ Autriche*, req. n° 34308/96). La règle traduit ainsi les autres impératifs pris en compte par le droit dans la construction du lien de filiation.

Supprimer la présomption de paternité aurait donc des conséquences importantes sur l'institution même du mariage et les fondements de la filiation.
À l'inverse, prôner une extension de la présomption vers les couples non mariés conduirait à donner une dimension institutionnelle nouvelle au pacte civil de solidarité et au

concubinage, en liant la filiation à la vie en couple, alors même que ces deux formes d'organisation de la vie à deux en sont indépendantes.
Il faut donc bien comprendre ce que le raisonnement en terme d'égalité implique ici : nier la spécificité du lien que le mariage entretient avec la filiation. On peut à ce titre préférer *le statu quo*. Mais si l'état d'esprit de la société et la volonté politique vont dans l'autre sens, il est clair que cela conduirait à un rapprochement supplémentaire des divers modes de conjugalité.

II. La filiation par procréation charnelle au temps de l'égalité des sexes

Diverses voies se font entendre aujourd'hui pour inviter l'égalité des sexes dans le titre VII du code civil. S'interroger sur une telle évolution pourrait sembler une gageure tant la dissymétrie entre les sexes est patente s'agissant de la maternité et de la paternité biologiques et donc corrélativement, en droit, la dissymétrie des modes d'établissement de la filiation maternelle et paternelle.

Pendant très longtemps, comme nous l'avons vu (chapitre 1), cette dissymétrie était nettement instituée au bénéfice des hommes, auxquels il appartenait de décider ou non d'être père. On peut se demander cependant si cette dissymétrie ne se serait pas progressivement inversée pour être aujourd'hui très souvent au bénéfice des femmes.
Le droit paraît en effet entériner aujourd'hui une prépondérance de la volonté de la mère dans l'établissement ou non-établissement de la filiation paternelle, qui suscite des débats de plus en plus vifs, et sur laquelle il convient de s'arrêter.

A. La place de la volonté de la mère

La prépondérance de la volonté de la mère se vérifie tout d'abord lorsque celle-ci ne veut pas du père.

- *Lorsqu'elle est mariée*, il lui suffit de ne pas indiquer le nom de son mari en qualité de père dans l'acte de naissance, pour que la présomption de paternité soit alors écartée. Le mari peut alors se prévaloir d'une possession d'état, mais c'est à la condition qu'un autre homme n'ait pas dans l'intermédiaire reconnu l'enfant.
C'est pour tenir compte de cette prévalence qui résulte d'ailleurs de la pratique des services d'état civil présents dans les maternités, que la loi de 2009 a permis aux maris de reconnaître leur enfant. Cette retouche allait donc dans un sens égalitaire.

- La prépondérance de la volonté de la mère se vérifie aussi *lorsque la mère accouche sous le secret*. Elle est libre de sa décision et n'a pas à en informer le père. Il s'agit d'une faculté discrétionnaire ouverte à la mère qu'elle soit ou non mariée (art. 326 C. civ.). Cette faculté place le père de l'enfant né sous le secret dans une situation plus que difficile car il aura du mal à retrouver l'enfant, s'il souhaite assumer sa paternité.
La loi du 22 janvier 2002 a tenté de remédier à ces difficultés en permettant au père, qui aurait fait une reconnaissance prénatale, de saisir le procureur de la République pour qu'il l'aide à retrouver l'enfant (art. 62-1 du Code civil). Une telle reconnaissance fait obstacle au processus d'adoption, le consentement à l'adoption ne pouvant être donné par le conseil des familles, mais uniquement par le père (Civ. 1re, 7 avr. 2006, n°05-11285, affaire Benjamin).

Il n'en reste pas moins que cette recherche est très aléatoire et ne peut aboutir que si l'enfant est identifié.

B. La place de la volonté du père

Certains s'interrogent aussi aujourd'hui sur la création d'une possible « paternité sous X », autrement dit sur la possibilité pour l'homme de ne pas être considéré comme le père, alors même qu'il serait le géniteur de l'enfant. Au départ de cette interrogation se trouvent certaines affaires judiciaires dans lesquelles des hommes dénoncent une paternité qu'ils n'ont pas souhaitée, dont ils n'ont parfois pas même été informés, et qui leur a été imposée par la mère parfois bien longtemps après la conception, voire la naissance de l'enfant[66].

Et en effet, pour l'heure, en droit, à condition d'être dans les délais d'action en justice, il n'y a aucun moyen pour un homme qui est le géniteur de l'enfant d'empêcher l'établissement judiciaire de sa paternité.

Tel ne fut pas toujours le cas. Comme nous l'avons rappelé (chapitre 1) le code de 1804 interdisait l'action en recherche de paternité, sauf le cas d'enlèvement de la mère, ce qui attestait d'une *prévalence totale de la volonté des hommes pour être pères*. La paternité ne pouvait être imposée. Le renversement s'est produit en quatre étapes :

1) La loi du 16 novembre 1912 a introduit l'action en recherche, en particulier afin de donner un statut aux enfants et un soutien financier aux mères célibataires. La loi encadrait alors strictement cette action en prévoyant cinq cas d'ouverture : l'enlèvement ou le viol, la séduction dolosive, l'abus d'autorité, la promesse de mariage ou fiançailles, l'existence de lettres ou écrits non équivoque, le concubinage stable et continu, et enfin la participation du père prétendu à l'entretien à l'éducation ou à l'établissement de l'enfant. L'homme pouvait toujours s'opposer à une telle action en invoquant « l'inconduite notoire de la mère ou son « *commerce* » avec un autre individu ».

2) En 1972, on a simplement ajouté un autre cas d'irrecevabilité à l'action en recherche de paternité « l'examen des sangs ou toute autre méthode médicale certaine prouvant que le père prétendu ne pouvait pas être le père », qui touchait en réalité son bien fondé.

3) La loi du 8 janvier 1993 a supprimé les cas d'ouverture et fins de non-recevoir à l'action en recherche de paternité. Toutefois, la loi soumettait la recevabilité de l'action en recherche de paternité à l'existence de présomptions ou indices graves. Les travaux parlementaires de la loi de 1993 attestent que la suppression de toutes conditions de recevabilité ont été sérieusement discutées, mais finalement rejetées pour éviter que les procès à l'encontre de prétendus père ne se multiplient.

4) Enfin l'ordonnance de 2005 a prévu que désormais l'action pourra être ouverte sans condition d'adminicules préalables (art. 327 c. civ.).

[66] Voir en particulier M. Plard, *Paternités imposées*, préface de R. Van Ruymbecke, Paris, Éd. Les liens qui libèrent, 2013.

Les possibilités d'abus résultant du comportement de la mère

Dans plusieurs affaires portées au devant du public par des avocats spécialisés en droit de la famille, les possibilités d'abus résultant du comportement de la mère ont été dénoncées :

- Il en est ainsi-lorsqu'une femme agit en recherche au nom de son enfant contre un homme dont elle sait qu'il n'est pas le père.
- un autre comportement souvent dénoncé est l'invite faite à un homme de reconnaître l'enfant en lui faisant croire qu'il est le géniteur alors qu'il ne l'est pas.

De tels abus peuvent trouver en droit positif une sanction, avec l'abus du droit d'agir en justice ou le droit commun de la responsabilité civile, la femme ayant trompé l'homme sur la réalité de sa paternité.

À cet égard, la jurisprudence retient la responsabilité pour faute de la mère qui conteste la reconnaissance de son ancien mari ou compagnon afin de le priver de tout droit sur l'enfant, notamment à l'occasion d'une procédure de divorce ou d'un litige relatif à la fixation de la résidence en cas de séparation (Chambéry, 15 mars 2011, n° 10/00176 ; Toulouse 6 janv. 2009, Dr. fam. 2009, 22). La mère est également considérée comme fautive si elle attend que l'enfant ait atteint l'âge de 17 ans pour contester la paternité, afin d'exclure l'enfant de la succession de son père (Nancy, 26 févr. 2007, JCP 2008, IV, 1270).

Les paternités imposées

En revanche, plus délicate est l'appréciation du comportement de la femme lorsqu'elle conçoit un enfant sans l'accord de l'homme avec lequel elle a des relations sexuelles, ou même en dépit de son désaccord. C'est ce qu'on nomme familièrement « faire un enfant dans le dos ». En ce cas, la difficulté est que l'homme est bien le père biologique de l'enfant. Or, sauf à invoquer la prescription de l'action, qui a lieu dans un délai de 10 ans à compter de la majorité de l'enfant (art. 334 et 321 C. civ.), cet homme n'a aucun moyen de s'opposer à l'action menée contre lui, sur le fondement de l'article 327 du code civil, pour établir sa paternité.

Certains ont bien tenté d'invoquer l'inconstitutionnalité de l'article 327 du code civil, relatif à l'action en recherche de paternité, en soulevant sa contrariété au principe d'égalité entre les hommes et les femmes. L'argument consistait à soutenir que l'action en recherche est ouverte à l'encontre des hommes sans permettre au géniteur de se soustraire à l'établissement d'une filiation non désirée, alors que de leur côté les femmes peuvent accoucher sous X. La Cour de cassation saisie d'une QPC sur cette contrariété n'a pas considérée qu'elle présentait un caractère sérieux « au regard du principe d'égalité entre les hommes et les femmes, dès lors que la maternité hors mariage est susceptible d'être judiciairement déclarée, comme la paternité, y compris en cas d'accouchement dans le secret, qui n'est plus une fin de non recevoir à l'action en recherche de maternité » (Cass. 1re civ., 28 mars 2013, n∞ 13-40.001).

On peut ne pas être convaincu par la motivation ainsi retenue, qui place la question de l'ouverture de l'action en recherche de paternité sous le prisme de l'égalité des sexes.
Ce n'est certes pas la première fois qu'un tel argument est invoqué et il avait d'ailleurs emporté la conviction du législateur qui, avec la loi du 16 janvier 2009, a ouvert l'action en

recherche contre la femme qui accouche sous X. Il avait alors été argué qu'il s'agissait de prévenir une éventuelle condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, la fin de non recevoir à l'action instituant « une discrimination entre hommes et femmes fréquemment dénoncée comme contraire à l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales » (rapp. Sénat, n° 145, par H. de Richemont, p. 32).

Un tel argument est pourtant discutable, au motif très simple que femme et l'homme ne sont pas placés dans la même situation, la femme portant l'enfant. Il faut aussi relever que le prétendu équilibre qui aurait été créé par la loi de 2009 entre l'homme et la femme n'en est pas un : en pratique, l'action en recherche n'a que très peu de chances d'aboutir à l'encontre de la femme qui accouche sous X, l'enfant étant adopté, ou s'il ne l'est pas, se trouvant devant l'impossibilité de retrouver l'identité de sa mère[67].

C'est dire que la question de l'ouverture de l'action en recherche de paternité se comprend mal lorsqu'est fait le parallèle avec l'action en recherche de maternité.

La solution ne semble pas davantage pouvoir être trouvée par un raisonnement en termes de liberté. En effet, elle heurterait alors le principe d'indisponibilité des actions relatives à la filiation. Nul ne peut faire entrave, de sa seule volonté, à la contestation ou à l'établissement d'une filiation.
L'homme qui est le géniteur de l'enfant ne peut pas simplement s'opposer à l'établissement de sa paternité en disant : *je ne voulais pas*. Le droit prend acte ici de la seule vérité biologique pour établir la paternité. Dans le contentieux de la filiation, la vérité biologique prime. Elle prime pour établir, ou contester le lien, et faire la part des conflits. Pour qu'elle ne prime pas, il faut autre chose : le temps et l'affection, la prescription et/ou la possession d'état.

Il paraît donc très difficile de créer, lorsque la paternité paraît imposée, une fin de non recevoir à l'action en recherche de paternité. L'idée serait en droit contraire au principe d'indisponibilité des actions en matière de filiation, qui ne peut souffrir d'exception que lorsqu'un intérêt d'ordre public supérieur s'y attache, comme en cas d'accouchement sous X, à l'époque où la loi interdisait la recherche de maternité. Elle supposerait par ailleurs en fait une preuve impossible, qui serait celle de la duplicité de la femme enceinte, alors même que cette dernière pourrait soutenir que la grossesse a été par exemple accidentelle.

La conséquence est alors aussi simple juridiquement que problématique au plan des valeurs : l'enfant sera rattaché à un père, l'homme qui certes l'a conçu mais qui (à la différence de sa partenaire) n'a jamais eu l'intention ni de concevoir ni d'assumer une paternité. Ce rattachement résultant d'une action en justice sera irrévocable. L'établissement d'un tel lien correspondra à tout le moins à l'intérêt pécuniaire de l'enfant, même si l'on voit combien la solution n'est pas satisfaisante pour lui. On peut imaginer que l'enfant rencontrera un jour un possible père aimant dans la personne d'un beau-père qui sera prêt à l'adopter simplement, mais encore faudra-t-il alors que le père donne son consentement.
Comment pourrait-on répondre de façon plus satisfaisante à de telles situations ?

[67] Pour notre part, nous considérons que le droit d'accès aux origines des enfants nés sous X doit avoir pour contrepartie la réinstauration de l'interdiction de recherche en maternité au bénéfice de la mère de naissance, afin que, conformément à l'article 147-7 du CASF il soit parfaitement clair qu'une recherche des origines ne saurait être confondue avec une recherche de filiation. Voir nos propositions au chapitre 9.

Réfléchir en termes de responsabilité

La discussion se déplace alors de l'établissement de la filiation vers la question de la responsabilité.
Les femmes ont seules le pouvoir de décider d'avoir ou de ne pas avoir un enfant. Il est important de comprendre que la décision d'avoir ou non un enfant, fait partie pour la femme, du droit de disposer de son corps. La femme même mariée, décide ainsi seule de recourir ou non à l'interruption de grossesse : sur le plan du droit, en aucun cas son époux ou compagnon ne peut lui imposer une décision contraire à sa volonté.
Toutefois, ce droit de disposer de son corps, quand est en cause une naissance possible qui implique par définition un géniteur, reçoit un certain nombre de tempéraments. Ainsi, la femme mariée ne peut refuser d'avoir des enfants, sans motifs légitimes. Il a aussi pu être même admis que la conception d'un enfant à l'insu du mari dans des circonstances très particulières (deux enfants du couple étant précédemment décédés) constitue un manquement au devoir de loyauté que se doivent les époux et peut ainsi constituer une faute cause de divorce (Nîmes, 21 mars 2007, Dr. fam. 2007, comm. 189).

La jurisprudence exclut néanmoins que la responsabilité de la mère puisse être engagée sur le fondement de l'article 1382 par l'homme qui ne souhaitait pas être père. Elle considère d'abord que ne constitue pas une faute pour une femme le fait d'avoir des relations sexuelles non protégées, dès lors qu'il incombait également à ce dernier de prendre des mesures propres à éviter une procréation (Civ. 2 12 juillet 2007, n° 06-16869). Elle ajoute ensuite que l'homme ainsi contraint à être père ne peut se prévaloir d'aucun préjudice direct ou indirect indemnisable. Selon le même arrêt, le fait de devenir père ne saurait être constitutif d'un dommage réparable, pas plus que l'existence de l'enfant n'a pu pour la mère constituer un tel dommage. Il faut en outre rappeler que la loi du 4 mars 2002 a posé comme principe que la naissance d'un enfant n'est pas un préjudice indemnisable (L. 114-5 CASF). Il résulte de cet ensemble de règles qu'il n'est pas légitime de se prévaloir d'un préjudice du fait de la seule naissance d'un enfant. L'enfant non désiré n'est pas un préjudice indemnisable. La seule réserve admise par la jurisprudence porte sur les circonstances exceptionnelles entourant la naissance, telle que le viol.

Il est dès lors difficile d'envisager de mettre en œuvre la responsabilité de la mère. Si tant est que l'on puisse trouver une faute, par exemple dans le fait de manœuvrer pour conduire l'homme à ne pas se protéger, la mise en œuvre de la responsabilité buterait sur l'absence de préjudice indemnisable. On le voit, l'idée d'une « paternité sous X » ne passe pas pour l'instant les voies du droit. Cette idée heurte soit les fondements de la filiation, soit ceux de la responsabilité civile.

En réalité, le vrai questionnement n'est plus du strict ressort du droit. Il paraît nécessaire de tenter de penser la question de la procréation autrement, non pas sous couvert de l'égalité des sexes ou encore sous couvert d'une protection de la volonté individuelle, mais sous l'égide d'une *responsabilité sociale partagée*, qui est aujourd'hui au fondement de l'engendrement. Ce serait alors une autre façon de prendre en compte la valeur fondamentale d'égalité des sexes, sans aucun déni de l'asymétrie des corps, mais en référence à l'idée que notre société considère justement que cette asymétrie, qui pendant tant de siècles a pu être utilisée pour asseoir et « naturaliser » la subordination sociale des femmes, ne saurait légitimement être retournée aujourd'hui comme une arme contre les hommes.

Une voie possible pour aller dans ce sens serait pourrait-être de prendre en considération davantage la dimension du temps, et le fait pour l'homme de ne pas avoir pu choisir le moment de sa paternité et de ne pas avoir pu s'y préparer. Comment nier, par exemple, que le moment d'information de celui-ci par la mère a des conséquences directes sur le sens même de cette information : au tout début de la grossesse ou plus tardivement, pendant la grossesse ou à la naissance, peu après celle-ci ou longtemps après. Manifestement, ces situations n'accordent pas au père la même possibilité d'agir de façon autonome : plus le temps passe, plus sa marge d'action se réduit, moins il est susceptible d'endosser une paternité véritable, plus il risque d'être traité comme un simple pourvoyeur de pension alimentaire. Il y a peut-être, du côté du rapport entre cette temporalité de l'information donnée par la femme et en conséquence de la capacité pour l'homme d'exercer ses responsabilités, une voie possible pour qu'une réponse sociale se dessine à des conflits où le droit semble aujourd'hui donner une forme de légitimité paradoxale au pur et simple rapport de force. Elle mérite, à tout le moins, d'être explorée.

III. La filiation par procréation charnelle au temps des progrès scientifiques et techniques

Les progrès scientifiques permettent depuis plusieurs décennies de savoir avec certitude qui est le géniteur de l'enfant.
Certes on s'accorde depuis longtemps à dire que la réalité biologique ne peut à elle seule permettre de fonder ou de détruire un lien juridique de filiation. Il n'en reste pas moins que sur quelques points particuliers, est à nouveau posée la question de la force des principes juridiques ; à l'heure où tout un chacun peut savoir par des tests ADN qui est le parent génétique d'un enfant. Deux illustrations attestent de la prégnance des difficultés ainsi posées, sur la paternité et la maternité. Il en résulte un étonnant renversement de perspective, la paternité tend à devenir de plus en plus certaine et la maternité incertaine.

A. La paternité à l'épreuve de l'expertise génétique.

Une première illustration des difficultés rencontrées concerne les actions en contestation de paternité.
On sait que la jurisprudence donne une place particulière au recours à l'expertise génétique qui est de droit en matière de filiation lorsqu'elle est demandée. Elle est de droit à condition que l'action soit recevable. Or, l'action en contestation ne l'est plus lorsque l'enfant à une filiation établie par un titre, par exemple une reconnaissance, et une possession d'état conforme ayant duré plus de 5 ans (art. 333 c. civ.).
Cette courte prescription conduit à fermer la contestation de paternité au bout d'un délai très bref et enferme ainsi l'enfant pour toujours dans un lien qui peut ne correspondre à aucune réalité ni biologique, ni sociologique.

Plusieurs affaires attestent de cette difficulté. Ainsi dans une espèce soumise récemment à la Cour d'appel de Douai, le 6 juin 2013, un enfant souhaitait agir en contestation de paternité, après avoir appris que l'homme qui l'a reconnu n'est pas son père biologique, et alors qu'il n'a plus de liens avec lui depuis de nombreuses années.
L'action est toutefois irrecevable, car en vertu de l'article 333 du code civil, la reconnaissance a été corroborée par une possession d'état conforme de plus de 5 ans. Ce qui

veut dire que pendant plus de 5 ans, cet homme s'est comporté comme un père et que tout le monde le considérait comme tel. Est alors invoqué devant la Cour d'appel la contrariété de l'article 333 du code civil à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La cour d'appel n'admet pas une telle contrariété. Elle rappelle la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui considère comme légitime le souci de sécurité des liens juridiques et familiaux et donc la prescription. Elle note par ailleurs que l'interdiction de contester la filiation qui résulte de l'article 333 du code civil n'apparaît pas porter une atteinte disproportionnée au respect de la vie privée et familiale de l'enfant, « *dès lors qu'il est de l'intérêt d'un enfant de s'inscrire dans deux lignées plutôt qu'une* ».

La motivation ainsi retenue peut laisser perplexe. Il n'est tout d'abord par certain que la jurisprudence de la Cour européenne soit sur cette voie[68]. Elle a ainsi pu décider qu'une législation interdisant au mari de contester sa paternité, alors même qu'une expertise génétique révélait qu'il n'était pas le père, « n'a pas ménagé un juste équilibre entre l'intérêt général de la protection de la sécurité juridique des liens familiaux et le droit du requérant à obtenir un réexamen de la présomption légale de paternité à la lumière des preuves biologiques » (CEDH, 12 janv. 2006, *Mizzi c/Malte*, req. n° 26111/02), ou encore qu'un homme devait pouvoir contester sa paternité, même hors délai, lorsque celle-ci ne correspondait plus à la réalité biologique et que cette contestation était conforme au souhait des intéressés (CEDH, 10 oct. 2006, *Paulik c./ Slovaquie*, req. n° 10699/05). Pour autant, une législation qui prévoit un délai de prescription pour contester la paternité n'est pas contraire à l'article 8 de la Convention (CEDH, 8 janv. 2007, *K. C/ Rép. Tchèque*, req. n° 39277/06) et il n'y a rien d'arbitraire à donner plus de poids à une filiation établie fut-elle contraire à la vérité biologique si elle a été stable et n'est pas contestée par l'enfant (CEDH 6 déc. 2011, n° 2899/05 Iyilik c/ Turquie).
La contrariété de l'article 333 du code civil à l'article 8 de la convention ne pourrait sans doute pas être soulevée du seul fait de l'existence d'un délai de prescription particulièrement court, mais elle pourrait résulter du fait que *ni le père, ni l'enfant ne peuvent voir contester la paternité, alors même qu'aucun lien affectif de les unit plus*.

Reste à remarquer dans ce cas que l'action est ouverte, même en cas de titre et possession d'état conforme, au ministère public. Il faudrait donc admettre que le ministère public puisse être saisi par l'enfant ou son représentant légal d'une action en contestation de paternité, dès lors qu'il existe des éléments propres à établir la contrariété de la filiation à la vérité biologique et que celle-ci ne correspond plus à aucune réalité sociologique.

Une seconde illustration des difficultés rencontrées pour l'établissement de la paternité concerne l'utilisation des tests génétiques préalablement à toute reconnaissance. Une telle utilisation est interdite en France, puisque l'expertise génétique ne peut être demandée que dans le cadre d'une action en justice (art. 16-11 c. civ.).

De tels tests de paternité sont toutefois en vente libre sur internet et peuvent, dans certains pays, être réalisés de manière privée et confidentielle, comme au Canada, en Espagne, en Belgique et au Royaume-Uni ou encore en Suisse. Dans ce dernier pays, par exemple, le recours à une expertise privée est admise, mais de manière encadrée. Les tests peuvent être effectués au préalable à une action en justice ou à une reconnaissance. Un homme qui prétend être le père d'un enfant ou qui souhaite être certain de sa paternité pourra demander

[68] Comp. Pour la question de la constitutionnalité de la disposition : Civ. 1re, 24 févr. 2011, n° 10-40048.

une expertise privée et ensuite reconnaître l'enfant si les résultats attestent de sa paternité (art. 260 al 1 CC)[69]. Le consentement des intéressés est alors requis de manière formelle.

Si une telle possibilité était introduite en France, elle pourrait mettre en question les fondements de la reconnaissance de paternité, qui reposerait plus sur une simple vraisemblance, mais tendrait à requérir l'exigence de la preuve des liens biologiques. Il n'est pas certain qu'une telle évolution soit celle vers laquelle le droit français évoluera, étant donné la place importante faite à la volonté dans le droit de la filiation. Mais il n'est pas certain non plus qu'une possibilité aussi simple pour l'homme de ne plus dépendre de la seule parole de la femme ne finisse pas par l'emporter, surtout si elle permet d'éviter de s'engager sur la base d'affirmations mensongères qui, découvertes quelques années plus tard, sont un drame non seulement pour l'homme mais aussi et surtout pour l'enfant.

Dans une telle incertitude, la capacité de notre société à mettre en forme un débat aujourd'hui inexistant sera décisive : car c'est du consensus social que viendra, en définitive, la définition de nouvelles règles de référence permettant aux hommes comme aux femmes de pouvoir mieux anticiper les conséquences d'une hétérosexualité qui, malgré les progrès de la contraception moderne, demeurera potentiellement procréatrice.

B. La maternité à l'épreuve des progrès scientifiques et techniques

Les nouvelles techniques de reproduction, en particulier la fécondation *in vitro* et le don d'ovocytes, ont eu pour conséquence d'emporter une dissociation de la maternité naguère encore impensable : la maternité génétique peut être distincte de la maternité gestationnelle, un enfant naissant ainsi de la coopération de deux femmes.
Ces innovations ont pour conséquence que l'adage « mater semper certa est » (la mère est toujours certaine) a largement perdu de son évidence. Désormais la maternité, y compris au sens strictement physique du terme, peut être incertaine.

À la différence de nombreux droits démocratiques, le droit français se refuse catégoriquement de reconnaître cette incertitude : il fait toujours de la femme qui accouche la seule et unique mère juridique. Cette situation n'est pas sans poser des questions graves. Alors même que deux femmes peuvent légitimement aujourd'hui se considérer comme la « vraie mère » d'un enfant, y compris au strict sens physique du terme, l'une d'elle efface l'autre. La recherche de solutions à leur stérilité par certaines femmes qui peuvent concevoir un embryon n'a cessé d'être délégitimée en France, parfois avec des arguments presque insultants pour elles. L'expérience des autres pays, qui ont fait un autre choix en organisant la coopération de la mère génétique/d'intention d'une part et d'une gestatrice d'autre part, dans le contexte de gestations pour autrui, n'est pas connue en France dans sa réalité concrète. Les passions sont à la mesure du manque de connaissances.

Comme nous avons tenté de le dire dans les quelques pages que nous consacrons à la gestation pour autrui[70], il nous paraît tout à fait normal d'être divisés sur un sujet aussi complexe, et ce fut le cas dans notre groupe, où se sont exprimées les opinions les plus opposées. Mais ce qui nous rassemble par-delà nos divisions est de penser que le style du débat français sur ce sujet est désormais bien trop en écart avec ce qui existe dans les pays

[69] D. Manaï, Le droit Suisse à l'aune de l'individualisation de la parentalité, in Les incidences de la biomédecine sur la parenté, Bruylant, coll. Dr. Et s. B. Feuillet-Liger (dir), 2013
[70] Voir infra, Annexe au chapitre 7.

qui nous entourent. Le temps des diabolisations ou des angélisations ne pourra pas durer éternellement. Il est plus que nécessaire qu'une réflexion informée, argumentée et dépassionnée s'engage aussi sur ces questions difficiles.

Restera également à s'interroger sur les autres questions relatives à la procréation, que nous n'avons pu toutes traiter dans le présent rapport, notamment celle de l'insémination *post-mortem* ou encore celle concernant l'admission du double don de gamètes, admis dans d'autres pays, mais pas en France. Ces questions nous invitent autant que les autres à réfléchir sur le sens de la filiation, de la maternité et de la paternité.

Chapitre 5

Deuxième modalité d'établissement : l'adoption

Les anthropologues qui ont travaillé sur les sociétés océaniennes ou africaines ont été frappés par le contraste entre l'adoption qui y est pratiquée et celle que nous connaissons dans nos sociétés[71]. Loin d'être principalement une réponse aux défaillances de la parenté, enfants orphelins ou abandonnés d'un côté, couples stériles de l'autre, comme c'est le cas dans les sociétés occidentales, les adoptions s'y pratiquent avec une grande ampleur entre parents de naissance vivants et parents adoptifs féconds. Au point qu'il est parfois difficile pour les ethnologues de différencier les adoptions (au caractère définitif) des placements provisoires (système de *fosterage*). Qu'elle soit limitée dans le temps ou définitive, la *circulation des enfants* apparaît très fréquente : on rencontre des parents qui élèvent avec leurs propres enfants un enfant qui leur a été donné tandis qu'un des leurs vit dans une autre famille. Les enfants font ainsi l'objet de dons qui créent ou renforcent les liens entre donneurs et destinataires, les deux étant généralement de même niveau social[72].
Les pratiques varient beaucoup selon les diverses sociétés, mais on peut cependant rappeler quelques traits assez répandus. L'enfant est le plus souvent adopté dans sa parenté : ses grands-parents tout d'abord qui semblent avoir souvent une sorte de « droit de préemption »[73] sur le premier enfant de leur fille, par un oncle, une tante, seul ou en couple,

[71] L'introduction et la première partie de ce chapitre ont largement puisé dans différents textes de synthèse rédigés par Agnès Fine et à l'ouvrage qu'elle a dirigé, *Adoptions, Ethnologie des parentés choisies*, Paris, éditions de la Maison des Sciences de l'Homme,1998. De façon plus générale, la réflexion anthropologique, historique et sociologique sur l'évolution de l'adoption qui est exposée ici a une immense dette à l'égard des travaux pionniers qu'elle a développés depuis plusieurs décennies en collaboration avec Françoise-Romaine Ouellette (au Québec). Les débats de notre groupe de travail se sont nourris de ses exposés et des nombreux documents qu'elle a bien voulu nous confier. Nous lui adressons nos très vifs remerciements. Mais pour les préconisations de ce rapport, c'est au travail juridique de Marianne Schulz et d'Hubert Bosse-Platière que nous devons tout. Ils les ont présentées au groupe et sont les véritables rédacteurs des deux chapitres consacrés à l'adoption. Qu'ils trouvent ici le témoignage de notre chaleureuse gratitude.
[72] La bibliographie sur l'adoption, en anthropologie comme en histoire, est immense. Voir S. Lallemand, 1993, *La circulation des enfants en société traditionnelle. Prêt, don, échange,* Paris, L'Harmattan et plus récemment I. Leblic (dir), *De l'adoption. Des pratiques de filiation différentes,* Clermont-Ferrand, Presses universitaires Blaise Pascal, 2004.
[73] Voir J. Massard, « Engendrer ou adopter : deux visions concurrentes de la parenté chez les Malais péninsulaires », *Anthropologie et sociétés,* 12,2, p 41-62 ; même constatation chez les Inuit, voir B. Saladin

un frère ou une sœur, des cousins, parfois des voisins ou des proches. De sorte qu'il n'y a pas de véritable coupure de l'enfant adopté avec sa famille d'origine. Le plus souvent, l'enfant connaît ses parents de naissance et ses frères et sœurs avec lesquels il entretient des relations régulières et il use à leur égard des termes de parenté habituels. L'adoption se fait généralement à la demande de l'adoptant, demande que les parents peuvent difficilement refuser, quoiqu'il leur en coûte.
Ainsi, l'absence de secret et la poursuite des relations de l'enfant adopté avec sa famille de naissance contrastent avec les pratiques des sociétés occidentales contemporaines dans lesquelles il n'existe généralement aucune relation entre parents de naissance et parents adoptifs, et que l'on peut nommer un modèle de *« substitution »* de la famille adoptive à la famille d'origine.

Avoir la conscience du caractère non pas universel mais au contraire très particulier de la logique de substitution permet de comprendre les transformations de l'adoption dans les sociétés occidentales contemporaines. D'une part, cette logique est très récente au plan historique, et ne s'impose véritablement qu'au XXème siècle, à la jonction de la recherche d'une famille pour les orphelins et du modèle de la famille nucléaire légitime stable. Son aboutissement est la création de *l'adoption plénière* en 1966. Cette forme d'adoption est aujourd'hui encore le modèle de référence dans tous les cas où il s'agit de donner une famille à un enfant qui en est privé, mais elle connaît des aménagements importants, liés à l'attention croissante à l'histoire et à l'identité narrative de l'enfant, qui se traduit par la montée du droit d'accès aux origines personnelles[74].
D'autre part, on voit se développer aujourd'hui, à côté de l'adoption plénière, substitutive, une autre adoption que l'on peut qualifier d'additionnelle, ou complétive : *l'adoption simple*. Celle-ci n'est pas nouvelle, elle est même très ancienne et bien antérieure à l'adoption plénière, mais elle a complètement changé de sens.
C'est pourquoi si l'on veut expliquer en quoi ces deux traits –évolution de l'adoption plénière et croissance récente de l'adoption simple– participent d'un même mouvement, il nous faut commencer par quelques brefs rappels historiques (Ière partie). Ils permettront de mieux saisir les raisons fortes justifiant que nous proposions aujourd'hui une véritable **réforme de l'adoption**, capable de lui redonner lisibilité et cohérence, tout en traduisant mieux les nouvelles valeurs familiales de responsabilité qui se sont développées avec le démariage : l'engagement parental indissoluble envers l'enfant, et le respect de la construction de l'identité personnelle de l'enfant en sont les deux grands piliers (IIème partie).

I. Pourquoi une réforme globale de l'adoption aujourd'hui

A. Du Code Napoléon à nos jours : progrès et déclin du modèle de substitution

Les historiens ont montré que le droit romano-canonique médiéval avait entièrement reconstruit l'ancien droit romain de l'adoption, posant ainsi les bases de la conception

---

d'Anglure, « L'élection parentale chez les Inuit » in A. Fine (dir.), *Adoptions, Ethnologie des parentés choisies*, op. cit. pp.121-149.

[74] *NB* : le droit d'accès aux origines personnelles n'est pas traité ici mais fait l'objet d'une réflexion d'ensemble dans la partie III de ce rapport. L'accès aux origines des personnes adoptées est traité au chapitre 9.

moderne de l'institution. Cette dernière n'est plus, comme à Rome, orientée vers des finalités purement successorales, mais vise aussi à pallier l'absence d'enfant. Ses modalités se calquent sur celles de la filiation légitime naissant du mariage[75].

1. La recherche d'un héritier

Cependant, pour satisfaire les réticences de juristes français de la fin de l'Ancien Régime, qui voyaient dans l'adoption un moyen de spolier les héritiers collatéraux et une voie détournée pour légitimer les enfants naturels, les auteurs du Code Napoléon ont emprunté en 1804 les règles du Code Prussien de 1794, qui, pour les mêmes raisons, était lui-même revenu en partie aux anciennes dispositions de l'adrogation romaine des pères de famille[76].
L'institution ne devant pas concurrencer le mariage, seules peuvent adopter les personnes sans enfant légitime, âgées de plus de 50 ans, âge auquel elles n'espèrent plus avoir de descendants naturels. Elles adoptent des enfants majeurs (25 ans) auxquels elles doivent avoir « dans leur minorité et pendant six ans au moins fourni des secours et donné des soins ininterrompus ». Ainsi l'adoption permet de donner aux enfants illégitimes ou adultérins un statut « honorable », mais sans remettre en cause la hiérarchie des filiations. C'est pourquoi l'article 346 dispose que « l'adoption ne pourra, en aucun cas, avoir lieu avant la majorité de l'adopté ». Telle que définie en 1804, l'adoption empruntait au droit des contrats et était organisée selon un modèle patrimonial[77].
Tout au long du XIXème siècle, les adoptants (à peine une centaine de cas par an pour toute la France pendant presque tout le siècle) sont dans leur majorité des possédants qui veulent transmettre leurs biens, dans la moitié des cas à leurs enfants naturels (reconnus ou non reconnus) qu'ils légitiment ainsi, et secondairement aux enfants de leur conjoint. Par ailleurs, de façon informelle, un couple sans enfant peut demander à un frère ou une sœur de l'un ou l'autre conjoint, ou à un ami de lui « donner » un de ses enfants dont il fera son successeur et héritier. Notons un fait important : *les adoptés ne sont pas des enfants abandonnés*. Ils ont généralement vécu avec un parent de naissance ou avec les deux qui eux-mêmes connaissent et estiment leurs parents adoptifs, l'adoption se faisant souvent dans la parenté ou parmi ses proches. Agnès Fine a relevé de nombreux témoignages de cette pratique coutumière et analysé les conditions de sa disparition[78].

2. La recherche d'un fils ou d'une fille à chérir

Émerge progressivement une autre finalité de l'adoption : il n'est plus seulement question pour les adoptants de rechercher un successeur légitime mais aussi un enfant à chérir. Tout au long du XIXème siècle, s'affirme l'expression d'un " désir d'enfant " et pas seulement d'un désir de descendance, tandis que la défiance à l'égard de l'intégration d'un sang étranger au sein de la famille tend à s'atténuer. La loi du 19 juin 1923, votée après la Grande Guerre qui avait multiplié le nombre des orphelins, permet de combler ce désir en autorisant un couple, désormais plus jeune, -l'âge légal des adoptants ayant été abaissé de 50 à 40 ans-, à élever et adopter un enfant mineur (et non plus un adulte), avec pour conséquence le transfert des droits de puissance paternelle à l'adoptant.

---

[75] Cf. F. Roumy, *L'adoption dans le droit savant du XIIe au XVIe siècle*, Paris, Bibliothèque de droit privé, 1998, p.279.
[76] Cf. M.-B. Schönenberger, *Histoire de l'adoption de la fin de l'Ancien Régime au Code civil suisse. Suisse Allemagne, Autriche, France*, Fribourg, mémoire de doctorat, 1995.
[77] Pour cette partie, nous reprenons largement A. Fine, « Regard anthropologique et historique sur l'adoption », in *Adoption, un roman familial*, textes réunis par Christian Robineau, association L'escabelle, Eres, 2001.
[78] Agnès Fine, « Le don d'enfants dans l'ancienne France », in A. Fine (dir), *Adoptions, op.cit*, pp.61-95.

Le nombre des adoptions augmente de manière importante, et la part relative des couples parmi les adoptants augmente elle aussi régulièrement. Le contenu nouveau qu'exprime l'adoption des mineurs ne s'oppose pas à la fonction successorale de l'adoption. Ces deux finalités se recouvrent et sont difficilement dissociables.

3. Naissance du modèle de substitution

Ainsi apparaît une nouvelle forme d'adoption, celle d'enfants petits, orphelins ou abandonnés, majoritairement adoptés par des couples stériles. Elle fonde sur le plan juridique une nouvelle finalité de l'adoption, donner une famille à un enfant qui en est dépourvu. Ces enfants sans parents font l'objet d'une législation spécifique, la *légitimation adoptive*, interdite aux personnes seules. En effet, en 1939, le code de la famille prévoit que seuls les couples mariés depuis plus de dix ans sans enfants et dont l'un des deux a au moins 35 ans peuvent adopter des enfants de moins de cinq ans, abandonnés ou dont les parents sont inconnus ou décédés, en en faisant leurs enfants légitimes. La mention de la légitimation adoptive est faite en marge de l'acte de naissance de l'enfant qui a les mêmes droits et les mêmes obligations que s'il était né du mariage. L'adopté ne porte que le nom de son père adoptif[79]. Une coupure définitive avec la famille naturelle est instaurée, qui sera consacrée par une nouvelle forme d'adoption, l'adoption plénière en 1966.
Cette nouvelle forme d'adoption verra le jour grâce à l'intervention d'un nouvel acteur, l'État, représenté par les services administratifs de la protection de l'enfance. Notons en effet que c'est seulement à cette époque, l'entre-deux-guerres, que l'histoire de l'abandon et celle de l'adoption, longtemps parallèles, se sont croisées de manière durable. Auparavant en effet, non seulement les enfants adoptés n'étaient pas des enfants abandonnés, mais ces derniers n'étaient pas adoptés. De fait l'adoption n'était pas pensée comme une solution à la question de l'enfance assistée.
Dès 1923, l'État avait pris l'initiative de placer en adoption les enfants orphelins et abandonnés. L'échange direct entre protagonistes étant exclu, pour être adopté, un enfant devait donc d'abord être abandonné, de sorte que si l'on admettait la succession de plusieurs parents dans l'histoire d'un enfant, on refusait l'idée d'une possible coexistence, non seulement en droit, mais aussi dans la réalité de la vie de l'enfant. C'est ainsi que « l'effacement de la famille d'origine » a été recherché explicitement par le législateur dès 1923 et qu'il a été érigé en principe législatif en 1939 en France avec la légitimation adoptive, puis définitivement consacré en 1966 avec la loi sur l'adoption plénière.

Ces textes qui consacrent l'usage de l'adoption comme *forme substitutive de procréation pour les couples sans enfant*, ainsi que la conjoncture nataliste de l'époque, expliquent la multiplication du nombre des adoptions à partir de 1943, ce type d'adoption ayant rapidement pris le pas sur l'adoption classique en ce qui concerne les petits enfants. Les enfants adoptés sont essentiellement des pupilles de l'État, orphelins ou abandonnés, généralement très petits, tandis que les adoptants sont des couples stériles, heureux de satisfaire leur besoin de paternité et surtout de maternité dans les conditions les plus proches de la procréation naturelle, c'est à dire, sans la présence ou la concurrence de parents de sang. En instituant l'adoption plénière, bien distinguée dans ses effets de l'ancienne adoption qui devient désormais l'adoption simple, la loi de 1966 consacre ce nouveau modèle. Votée pour mettre un terme définitif à l'éventuelle concurrence entre parents adoptifs et parents

[79] Pour la première fois, la loi de 1949 donne aux parents adoptifs la possibilité de changer les prénoms des adoptés.

biologiques qu'avait posée de manière cruciale et très médiatisée l'affaire Novak[80], l'adoption plénière est *exclusive* en ce sens que tout lien légal entre l'adopté et sa famille d'origine est coupé. Les parents adoptifs deviennent les seuls et uniques parents de l'enfant adopté qui porte désormais uniquement leur nom ; dans son nouvel acte de naissance, ses parents adoptifs sont désignés comme s'ils étaient ses géniteurs et ne figure pas la mention de son adoption. L'adoption plénière est d'autant plus plébiscitée qu'elle s'intègre parfaitement au modèle matrimonial de filiation qui organise alors la famille et la parenté en général : « un seul père, une seule mère, pas un de moins pas un de plus ».
L'adoption simple des enfants passe au second plan, elle concerne essentiellement l'adoption de l'enfant de conjoint[81]. En quelques années, l'adoption plénière devient la forme dominante d'adoption. En 1992 plus de 90% des couples qui adoptent des enfants petits, orphelins ou abandonnés français et étrangers[82] usent de cette forme légale. L'adoption plénière concerne aussi les adoptants vivant seuls qui peuvent désormais être les seuls parents légaux d'un enfant, ce qui n'était pas le cas auparavant. Le parent seul ne se vit pas comme un deuxième parent, partageant sa paternité ou sa maternité avec d'autres, mais comme le seul parent. Cette adoption n'a manifestement plus le même contenu que celle que nous avons décrite précédemment.
Notons que ce modèle de substitution ne se limite pas au seul champ de l'adoption. En effet, il est en accord avec notre système de filiation, fondé sur le caractère *exclusif* de la filiation et l'on peut observer les difficultés particulières de nos sociétés à reconnaître, contrairement à d'autres sociétés où les parents n'ont pas l'exclusivité sur leurs enfants, qu'il peut exister plus de deux parents pour un enfant.

4. Le progrès des « pluriparentalités »[83] et l'effritement du modèle de substitution

Dans l'adoption, le modèle de substitution propre aux pays occidentaux, et qui est encore dominant aujourd'hui, est ébranlé par trois facteurs : l'origine étrangère de la majorité des adoptés qui rend l'adoption visible, la pénurie relative des enfants adoptables qui rend plus fréquente l'adoption d'enfants un peu plus âgés qui ont parfois connu leurs parents d'origine, le développement d'une nouvelle forme d'adoption, l'adoption « ouverte »[84]. Attardons nous sur ce dernier point.
L'adoption « ouverte » est pratiquée depuis deux décennies aux États-Unis, depuis quelques années au Canada et dans d'autres pays européens et tend à remplacer l'adoption « fermée », fondée sur l'anonymat des parties impliquées et le secret absolu des dossiers d'adoption

[80] L'affaire Novak est un conflit autour d'un enfant que ses parents naturels veulent reprendre à ses parents adoptifs.
[81] Avec l'augmentation des recompositions familiales après divorce, le nombre des adoptions simples des enfants de conjoints) a beaucoup augmenté passant d'environ 3000 par an dans les années 1985 à près de 7000 aujourd'hui. Sur l'usage de l'adoption simple à des fins uniquement successorales, voir infra chap. 10, « reconnaître une place familiale au beau-parent »
[82] En 2007, près de 97% des adoptions plénières concernant des enfants pupilles de l'État et 84% des adoptions plénières d'enfants étrangers étaient réalisées par des couples. cf *Infostat Justice,* septembre 2009, n°106.
[83] Sur la notion de « pluriparentalité » en contraste du modèle matrimonial d'exclusivité parentale, voir supra, chapitre 1. Agnès Fine a développé cette analyse, dans plusieurs textes. Cf. A. Fine, 2000, « Introduction », in A. Fine et C. Neirinck (dir), *Parents de sang, parents adoptifs. Approches juridiques et anthropologiques de l'adoption. France, Europe, USA, Canada,* Paris, LGDJ, p 5-19 ; 2001, « Pluriparentalités et système de filiation dans les sociétés occidentales contemporaines», in *La pluriparentalité,* sous la dir. de D. Le Gall et Y. Bettahar, Paris, PUF, p. 69-93 ; A. Fine, 2001, « Vers une reconnaissance de la pluriparentalité ? », L'un et l'autre sexe, *Esprit,* mars-avril, I. Théry (dir), p. 40-52.
[84] Sur les aspects historiques, juridiques et anthropologiques de l'adoption ouverte et fermée, voir A. Fine et C. Neirinck, *Parents de sang, parents adoptifs*. op.cit.

comme des actes d'état civil originels. Elle s'est imposée peu à peu sous la pression de groupes d'adoptés luttant pour leurs droits à connaître leur histoire, les circonstances de leur naissance et de leur abandon, éventuellement l'identité de leurs parents de naissance. En effet, plus précocement qu'en France, on a assisté sur le continent américain à une floraison d'autobiographies, de publications de témoignages, d'émissions de télévision et de sites internet où a pu s'exprimer la quête des enfants adoptés[85]. Difficile à imaginer pour celui qui n'est pas directement concerné, la souffrance d'un grand nombre de pupilles de l'État ou d'enfants adoptés qui ignorent tout de leurs géniteurs et des circonstances de leur abandon a pu se dire publiquement et être comprise. Elle a donné naissance à des associations d'adoptés qui se sont regroupés pour échanger leurs expériences et revendiquer leurs droits. En même temps, aux États-Unis, des associations de parents ayant abandonné leurs enfants[86] se sont créées pour faire des recherches sur le devenir de leurs enfants et pour dénoncer la manière dont les services sociaux ont pu, dans certains cas, faire pression sur leur choix. Le mouvement de retrouvailles a été amplifié par l'accès à internet et favorisé par certains pays donneurs d'enfants comme la Corée. Le débat public a été si important qu'il a modifié les pratiques institutionnelles de l'adoption. La diversité législative entre États aux États-Unis et la place privilégiée de l'initiative privée qui contraste fortement avec le monopole étatique en Europe a facilité les évolutions. En quoi consiste cette révolution de l'adoption sur le continent américain ?

Dans *l'open adoption*, parents de naissance et parents adoptifs ont des communications les uns avec les autres avant et/ou après l'adoption de l'enfant. L'adoption ouverte des jeunes enfants répond à une demande tant des parents adoptifs que des parents biologiques. Ces contacts sont surtout fréquents au moment où l'adoption est en train de se faire mais les praticiens de l'adoption constatent que les parents d'origine ont par la suite tendance à s'effacer et à disparaître. Comme aux États-Unis, les pratiques canadiennes sont très diverses et peuvent aller de la simple transmission d'informations - que ce soit de façon directe ou via un service d'adoption, jusqu'à l'organisation de relations personnelles effectives (rencontres sporadiques ou contacts soutenus) et même jusqu'à une sorte de réappropriation de l'adoption par le parent d'origine qui peut choisir les futurs parents adoptifs de son enfant.

En Europe, deux pays semblent s'ouvrir à ces pratiques, l'Allemagne et la Grande-Bretagne. En France, l'évolution générale des représentations, des valeurs et des pratiques est la même, mais elle ne s'est pas traduit par l'émergence d'une adoption ouverte. Ce qui en est l'incarnation est davantage la *nouvelle signification* accordée à un trait propre à notre histoire et qui l'a marquée si profondément qu'il semble difficile aujourd'hui de le remettre en cause : la dualité des formes d'adoption, simple et plénière.

B. Simple et plénière : pourquoi rénover la dualité des formes d'adoption

À la veille de la seconde guerre mondiale, le décret-loi du 29 juillet 1939 qui instaure la légitimation adoptive, consacre pour la première fois une forme nouvelle d'adoption entraînant une rupture des liens avec la famille d'origine, tout en étant révocable. Elle ne pouvait être demandée que par des époux remplissant les conditions fixées pour l'adoption

[85] On trouvera une bibliographie sur ces témoignages dans la contribution de S. Sagnes dans A. Fine et C. Nerinck (dir), *Parents de sang, parents adoptifs*, op.cit.

[86] Voir les travaux de l'anthropologue américaine J. Modell, 1994, *Kinship with strangers. Adoption and Interpretation of Kinship in American Culture,* Berkeley/ Los Angeles/ London, University of California Press.

« ordinaire »[87]et ce en faveur d'enfants âgés de moins de cinq ans, abandonnés par leurs parents, inconnus ou décédés. Quant à l'adoption « ordinaire », elle restait la forme principale et correspondait à l'adoption simple contemporaine : elle pouvait être demandée par une personne célibataire de plus de 40 ans ou par deux époux, sans enfant légitime, au profit d'adopté mineur ou majeur. Le lien de filiation d'origine était maintenu et elle était également révocable.
La dualité des formes d'adoption, à travers la légitimation adoptive et l'adoption simple, apparaît donc en 1939 et ne sera plus remise en cause.

Dans les deux systèmes, légitimation adoptive et adoption simple, la publicité de l'adoption s'effectuait par mention apposée en marge de l'acte de naissance de l'adopté.
Quelques modifications furent ensuite apportées entre 1939 et 1966, principalement par deux ordonnances de 1958. La première, du 23 août 1958 a prévu que les adoptants soient mentionnés en qualité de père et mère dans l'extrait d'acte de naissance de l'adopté. La seconde, du 23 décembre 1958, a transformé la nature de l'adoption, en en faisant un acte purement judiciaire.

1. La grande réforme de 1966 : l'adoption plénière plébiscitée

À la suite de diverses affaires dramatiques opposant les parents biologiques aux parents adoptifs dont notamment l'affaire Novak que nous avons déjà citée, la loi du 1er mars 1963 a réduit le délai de la tierce opposition de trente ans à un an, afin de renforcer le lien adoptif. Elle a redéfini les enfants pouvant être adoptés et étendu aux pupilles de l'État ainsi qu'à ceux dont les parents ont perdu le droit de consentir à l'adoption le bénéficie de la légitimation adoptive.
La grande loi fondatrice du 11 juillet 1966 structure toujours le droit en vigueur autour de deux fonctions de l'adoption au sein du titre VIII du livre 1er du code civil.
Elle a consacré, à travers *l'adoption plénière*, sa fonction de protection des enfants privés de famille, en l'intégrant le plus parfaitement possible au modèle matrimonial de filiation. On considère alors que la « vraie » adoption est l'adoption plénière, dont le régime est construit pour sécuriser la famille adoptive légitime contre la famille d'origine, souvent stigmatisée (filles mères, opprobre à l'égard de la famille naturelle…) et écartée (l'effacement de la filiation d'origine à l'état civil a pour finalité d'empêcher que la famille d'origine puisse retrouver l'enfant). Ainsi, « L'adoption plénière est exclusive, en ce sens que tout lien légal entre l'adopté et sa famille d'origine est coupé. Les parents adoptifs deviennent les seuls et uniques parents de l'enfant adopté qui porte désormais uniquement leur nom, et dans son acte de naissance ses parents adoptifs sont désignés comme s'ils étaient ses parents de sang »[88].
Elle a maintenu la fonction classique de transmission du patrimoine, sous la forme de *l'adoption simple* dans le Code civil, conçue comme subsidiaire, au motif qu'elle existait depuis 1804. On pensait alors qu'elle deviendrait résiduelle et les cas dans lesquels elle s'appliquait n'ont pas été clairement organisés par la loi, même s'il était entendu que désormais elle allait concerner principalement des majeurs.

[87] Le terme est employé dans le rapport du Sénat n° 134 du 24 mai 1966 sur le projet de loi portant réforme de l'adoption.
[88] A. Fine, préc. ; A. Cadoret, « Que nous dit l'adoption sur notre parenté. Que nous dit notre parenté sur l'adoption ? » , in *L'autre, cliniques, cultures, société*, 2012, vol. 13, p.160 et s.

Les réformes de la loi de 1966

Après la loi de 1966, l'économie générale de cette loi fondatrice n'a pas été remise en cause.
- Une première loi n° 76-1179 du 22 décembre 1976 a consacré la possibilité d'adopter en présence de descendants, alors qu'auparavant[89] une dispense du président de la République était nécessaire et a défini le désintérêt manifeste des parents pouvant donner lieu au prononcé d'une déclaration judiciaire d'abandon.
- Une autre loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 a unifié, pour les deux formes d'adoption, l'âge auquel l'adopté, âgé de 13 ans, doit personnellement consentir et interdit l'adoption plénière de l'enfant du conjoint dont la filiation est établie à l'égard de ses deux parents. Elle a également prévu que l'adoption plénière de l'enfant du conjoint ne rompt pas le lien de filiation avec ce conjoint.
–La loi Mattei n° 96-604 du 5 juillet 1996 a encore abaissé les conditions d'âge des adoptants, et réduit le délai de rétractation du consentement, tout en limitant les cas de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint. Elle a limité au premier anniversaire de l'enfant[90] la possibilité donnée aux parents de naissance de demander le secret de leur identité en abandonnant l'enfant et institué la réversibilité de ce secret, sans toutefois en organiser les modalités[91]. Cette possibilité fut toutefois abandonnée six ans plus tard, à l'occasion de la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002, relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État.
- Les lois suivantes (loi n° 2001-111 du 6 février 2001 et loi n° 2005-744 du 4 juillet 2005) se sont intéressées à la dimension internationale de l'adoption, alors en plein essor[92], afin de moraliser et sécuriser celle-ci. La première définit les règles de conflit de lois relatives à la filiation adoptive et de la reconnaissance en France des adoptions prononcées à l'étranger. La seconde concerne principalement le code de l'action sociale et des familles et a notamment pour objectif d'améliorer la préparation à l'adoption et le suivi des enfants après leur adoption à l'étranger et de sécuriser les procédures conduites à l'étranger, en créant l'Agence française de l'adoption, intermédiaire public pour l'adoption d'enfants étrangers.

Entre 2005 et la loi du 17 mai 2013 consacrant le « mariage pour tous », différents rapports et propositions, dont les effets ont été limités, ont été déposés, parmi lesquels :

- Le rapport Colombani, commandé par le président de la République en 2008[93], formulait 32 propositions destinées à rendre le système plus efficient, plus juste et mieux organisé. La principale mesure concernait la réorganisation, dès 2009, de l'autorité centrale française pour l'adoption internationale, par la création, au sein du ministère des Affaires étrangères, du service de l'adoption internationale et du comité interministériel de l'adoption, destiné à coordonner la politique gouvernementale en matière d'adoption.
- Poursuivant ces objectifs, la proposition de loi « Tabarot » sur l'enfance délaissée et l'adoption, adoptée en première lecture le 1er mars 2012 visait notamment à modifier les règles relatives à l'abandon judiciaire de l'enfant et à l'agrément, en centrant celui-ci sur l'intérêt de l'enfant et en renforçant la préparation des candidats à l'adoption

[89] C. civ., anc. art. 345-1 issu de L. 11 juill. 1966.
[90] Jusqu'à la loi du 5 juillet 1996, le secret de l'identité pouvait être demandé par les deux parents durant la minorité de l'enfant.
[91] C. fam., art. 62.
[92] En 2007, 71% des adoptions plénières étaient des adoptions internationales (Infostat Justince, septembre 2009, n° 106).
[93] J.-M. Colombani, *Rapport sur l'adoption*, La Documentation française, mars 2008.

(expérimentation dans des départements volontaires, instauration d'un cycle de modules obligatoires préalables à la délivrance de l'agrément).

2. L'extension de l'adoption aux couples de même sexe

En définitive, la seule réforme de fond, quant au sens de l'adoption, est la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Bien que cette loi n'ait pas eu pour objet de réformer l'adoption, les conditions de celle-ci ont été, par voie de conséquence de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, profondément transformées[94] : les conditions de l'adoption dépendant du mariage du couple et non de leur orientation sexuelle, l'adoption conjointe, plénière ou simple, de même que l'adoption de l'enfant du conjoint sont désormais ouvertes aux couples de même sexe.

Dans sa décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 sur loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, le Conseil Constitutionnel a validé la loi « considérant, en outre, que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration de 1789 implique le respect de la vie privée ; que, toutefois, aucune exigence constitutionnelle n'impose *ni que le caractère adoptif de la filiation soit dissimulé ni que les liens de parenté établis par la filiation adoptive imitent ceux de la filiation biologique ;* que, par suite, le grief tiré de ce que la possibilité d'une adoption par deux personnes de même sexe porterait atteinte au principe d'égalité et au droit à la protection de la vie privée doit être écarté » (souligné par nous).
On doit s'arrêter un instant sur les motivations remarquables de cette décision au plan non seulement juridique mais aussi sociologique et anthropologique. En effet, le Conseil Constitutionnel met le doigt sur l'essentiel du changement apporté par la loi de 2013 au plan de la signification de l'adoption, tout en incitant à voir que ce changement n'est pas une révolution totale, car il consacre en réalité une évolution bien antérieure :

- *la dissimulation du caractère adoptif de la filiation* : elle avait été un des traits de l'adoption plénière, lorsqu'il s'agissait de faire passer l'enfant adopté pour un enfant par le sang, au point que l'on cachait souvent à l'enfant qu'il avait été adopté. Cette tentation n'a cessé de décroître, en particulier grâce au développement de l'adoption internationale.
- *l'imitation des liens biologiques* : elle était depuis 1804 le cœur de l'adoption, selon la formule de Napoléon « l'adoption singe la Nature ». Cette conception de l'imitation est demeurée jusqu'en 2013 la raison majeure pour laquelle seul un couple de sexe opposé pouvait adopter. Pourtant, l'imitation du biologique n'a cessé d'être questionnée au fur et à mesure qu'a progressé une autre valeur chez tous les couples, y compris les couples hétérosexuels : celle de la *valorisation de l'adoption pour elle-même*, non comme une « imitation » de la procréation mais comme une façon spécifique de construire une famille, fondée sur deux grandes valeurs piliers : l'engagement parental inconditionnel et indissoluble, et le respect de l'histoire antérieure de l'enfant.

C'est dans ce contexte que se sont développées les adoptions par les personnes homosexuelles, bien avant la loi de 2013, par le biais de l'adoption par une personne seule (souvent obligée de cacher sa vie de couple). Le refus d'agrément essuyé par certains candidats a fait l'objet d'une jurisprudence évolutive, allant de la caution de ce refus (affaire

[94] Voir I. Théry (dir) *Mariage de même sexe et filiation*, Paris, Éd. de l'EHESS, 2013.

Fretté) à la dénonciation de la discrimination en raison de l'orientation sexuelle, condamnée par la CEDH (Emmanuelle B. / France, req. 43546/02, 22 janvier 2008).

3. Dualité de l'adoption : la dichotomie et la hiérarchie en question

La dichotomie entre l'adoption plénière, perçue comme la seule réponse aux besoins des enfants privés de famille, et l'adoption simple, envisagée essentiellement dans le cadre de l'adoption intrafamiliale, et notamment de l'enfant du conjoint ne correspond plus à la réalité sociale intervenue depuis les années 1960[95]. De même la hiérarchie entre une adoption placée « en haut » (la plénière) et une adoption en quelque sorte secondaire (la simple) est en total décalage par rapport aux pratiques nouvelles.

L'essor des familles recomposées, puis des familles homoparentales, était une réalité inconnue en 1966 ; le démariage s'est profondément installé dans la société.
L'adoption internationale, marginale dans les années 60, a connu un essor croissant à partir des années 1980, pour devenir largement majoritaire : lors du pic d'adoptions internationales en 2005, elle concernait près de 90 % du total d'adoptions de mineurs. Même si la chute du nombre d'enfants adoptés à l'étranger est brutale depuis ces trois dernières années, elle représente encore environ 2/3 de ce total[96]. En outre, les dérives constatées lors du développement, non encadré, de l'adoption internationale, ont conduit la communauté internationale à poser des principes éthiques (cf. art. 20 et 21 de la CIDE) puis à se doter d'un instrument de coopération internationale, élaboré par la conférence de La Haye de droit privé, la Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, en vigueur dans plus de 85 États. Bien que ratifiée par la France le 30 juin 1998, l'ensemble de ses principes fondamentaux n'est pas, à ce jour, traduit en droit interne.
En France, aucun de ces grands bouleversements n'a été véritablement pris en compte par le législateur de manière globale et cohérente. La loi de 1966 continue de constituer le socle de l'adoption contemporaine. Cette situation est aujourd'hui d'autant plus étonnante que toutes les autres grandes lois ayant posé les fondements du droit de la famille moderne, votées entre 1965 et 1975 (adoption, tutelles, filiation, autorité parentale et divorce) ont été réformées, au cours de la première décennie du XXIème siècle. Ces réformes, conduites sans coordination avec le régime de l'adoption peuvent conduire à des incohérences, voire même des contradictions. De plus, les pratiques nouvelles venues s'inscrire dans un cadre qui ne les avait pas prévues, ont peu à peu ôté toute lisibilité au droit de l'adoption.

4. Le brouillage des repères : l'exemple de l'adoption simple

Un exemple particulièrement évident du « brouillage » des repères est l'usage contemporain de l'adoption simple. Alors que le législateur de 1966 pensait qu'elle était condamnée à disparaître, elle est devenue majoritaire avec la chute récente de l'adoption internationale, et

[95] En 2007, 95% des adoptions simples se font dans le cadre intrafamilial et parmi elles, 82% concernent un enfant du conjoint (Infostat Justice, septembre 2009, n° 106).
[96] Nombre d'enfants adoptés à l'étranger par des familles françaises en 2012 : 1 569 ; 2011 : 2003 ; 2010 : 3508 ; 2009 : 3017 (source : site du ministère des Affaires étrangères). L'une des raisons avancées pour expliquer le phénomène serait la plus grande vigilance des pays d'origine (nombre d'entre eux ont désormais ratifié la Convention de La Haye du 29 mai 1993). Ce sont eux qui fixent leurs propres critères : âge des adoptants, nombre d'années de mariage, etc. ; la plupart refusent l'adoption par des personnes homosexuelles. Ils sont aussi de plus en plus nombreux à refuser l'adoption individuelle, exigeant de passer par une association agréée, ou par l'Agence française de l'adoption (AFA).

représente plus des 2/3 du total. Elle est employée aujourd'hui à des fins si diverses qu'on peine à percevoir sa signification globale[97].

- Elle est ainsi majoritairement utilisée à l'égard d'adoptés majeurs, dans des familles recomposées ou homoparentales. Si la loi du 17 mai 2013 reconnaît explicitement les adoptions successives par une personne seule puis par son conjoint, elle reste techniquement inadaptée.
- Elle sert aussi parfois de manière détournée pour permettre la transmission de biens, au sein des familles recomposées ou entre membres d'une même famille, au risque d'entrainer une confusion des rôles et places, particulièrement entre parents et beaux-parents[98].
- En matière internationale, c'est parfois la seule autorisée, lorsque le pays d'origine ne connaît que cette forme d'adoption.
- Elle est parfois demandée par les services de l'ASE au profit d'enfants dits à « besoins spécifiques », afin que les liens juridiques avec la famille d'origine ne soient pas rompus, notamment en cas d'adoption tardive, en particulier lorsque l'enfant a encore des liens avec certains membres de sa famille.

En pratique, l'adoption simple est encore souvent la mal aimée des professionnels comme des adoptants, voire perçue comme une « sous adoption ». Cette image est malheureusement entérinée par la symbolique du code civil, qui pour en traiter procède par renvois à l'adoption plénière, rendant de surcroît ce régime peu lisible et au final très mal connu.

5. Redonner au droit de l'adoption sens et cohérence : pour une réforme globale

L'adoption plénière, quant à elle, demeure conforme à ce que souhaitaient les artisans de la loi de 1966 : elle permet l'intégration d'un enfant abandonné dans une nouvelle famille, en particulier lorsqu'il n'a pas vécu avec sa famille d'origine, soit parce que le lien de filiation n'a jamais été établi, soit parce qu'il a été remis en bas âge au service de l'aide sociale à l'enfance. En outre, elle correspond à la psychologie de la majorité des adoptants, que la rupture complète des liens avec la famille d'origine rassure et conforte dans le processus d'affiliation.

Il convient donc de conserver la dualité des formes de l'adoption héritée de notre histoire.

Mais il est temps aussi de la rénover en revalorisant l'adoption simple, et modernisant l'adoption plénière.

En effet, le droit actuel de l'adoption encourt deux grandes critiques :

- La première porte sur l'inscription de l'adoption dans un modèle à la fois exclusivement matrimonial et pseudo-procréatif. En dépit des évolutions socio-démographiques et notamment du démariage, le droit de l'adoption n'a pas évolué, celui-ci n'étant toujours ouvert qu'au couple marié. Pourtant, ce modèle matrimonial, hérité de la hiérarchie des filiations, n'a plus lieu d'être, comme le montre le droit des procréations assistées, ouvert aux couples concubins et pacsés. ***Il est temps de ne plus réserver l'adoption aux seuls***

[97] En 2012, 6223 adoptions simples ont été prononcées et 2367 jugements d'adoption plénière ont été rendus (source : ministère de la justice)

[98] Voir le chapitre 10, « Reconnaître la place familiale du beau-parent », et en particulier nos propositions pour éviter l'usage de l'adoption simple pour raisons uniquement fiscales.

mariés. Par ailleurs, cela fait bien longtemps que nul ne voit plus dans l'adoption une fiction du droit devant imiter la nature et devant faire passer les parents adoptifs pour les parents de naissance. Pourtant, le droit continue de prôner ce modèle pseudo-procréatif en annulant l'acte de naissance d'origine de l'enfant adopté. À l'heure où la loi consacre par ailleurs l'adoption par deux personnes de même sexe, il est indispensable de s'interroger sur le maintien de ce modèle, qui ne correspond plus aux grandes valeurs qui animent les parents adoptifs. ***Il est temps de ne plus réduire l'adoption à une pseudo-procréation.***

- La seconde critique est que l'adoption de l'enfant du conjoint est peu cohérente, les différentes dispositions n'étant pas coordonnées ce qui rend le droit difficilement lisible, voire contradictoire. Un traitement spécifique de l'adoption intrafamiliale paraît donc nécessaire. ***Il est temps de repenser l'adoption de l'enfant du conjoint.*** Cette question complexe demandant de longs développements, elle fait l'objet d'un chapitre spécifique (chapitre 6).

II. Réformer le droit commun de l'adoption

Parce que nous avons besoin d'une réforme globale de l'adoption, nous préconisons de revoir l'architecture du titre VIII du livre Premier du Code civil et de le reconstruire autour de chapitres communs, au sein desquels les différences entre les formes d'adoption, lorsqu'elles existent, pourront être traitées de manière claire et pédagogique, sans procéder par renvois. Cette architecture plus moderne devrait permettre de rééquilibrer la place de chacune des formes de l'adoption, en supprimant la hiérarchie insidieuse du Code civil, qui fait de l'adoption simple une adoption subalterne (*Voir Annexe à ce chapitre*).
Nous préconisons :

- La modification des conditions de l'adoption, notamment **l'ouverture à tous les couples, mariés, pacsés et concubins, de sexe différent et de même sexe** et l'aménagement spécifique, au sein de l'adoption plénière, comme au sein de l'adoption simple, des conditions de **l'adoption de l'enfant du conjoint** (entendu dans son acception large, englobant également le partenaire et le concubin).

- Le **maintien et la rénovation de la dualité des formes d'adoption,** et leur recentrage sur la finalité de toute adoption, qui est de créer un lien de filiation entre l'adopté et l'adoptant, qu'il s'agisse de mineurs ou de majeurs, d'adoption plénière comme simple, d'enfants privés de famille ou vivant dans une famille recomposée.

- La **sécurisation et la revalorisation de l'adoption simple**, afin que celle-ci puisse constituer une véritable alternative pour les adoptants et les services de l'ASE, lorsqu'elle correspond aux besoins de l'adopté.

- **L'abandon de la logique d' « imitation de la procréation »** qui structure encore le droit de l'adoption : celle-ci n'est pas une nouvelle naissance, mais s'inscrit dans la

continuité du parcours de l'enfant ; elle doit respecter son histoire antérieure à son adoption[99].

A. Ouvrir l'adoption à tous les couples : mariés, pacsés et concubins, de sexe différent et de même sexe

Les conditions de l'adoption, issues du modèle matrimonial instauré par la loi de 1966, n'autorisent l'adoption qu'au profit des couples mariés et non séparés de corps (C. civ., art. 343) et des personnes seules (C. civ., art. 343-1)[100]. Le couple marié peut-être de même sexe ou de sexe différent puisque l'article 143 du Code civil énonce : « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ». Un couple de concubins ou un couple de partenaires pacsés ne peut pas adopter (*C. civ., art. 346*). La règle est tempérée par la possibilité pour un membre de ces couples d'adopter individuellement, mais l'adopté ne devient pas dans ce cas l'enfant du couple et l'autorité parentale est transférée à l'adoptant, ce qui est problématique si l'autre membre du couple est parent de l'enfant. En cas d'adoption par deux époux, le mariage doit avoir duré deux ans préalablement à l'adoption. Cette condition disparaît lorsque chacun des époux est âgé de 28 ans.
D'un point de vue juridique, il n'existe aucune norme supérieure qui imposerait d'ouvrir l'adoption à toutes les formes de conjugalités. La Cour européenne des droits de l'homme admet en effet qu'un législateur puisse réserver l'adoption aux couples mariés, même si elle condamne par ailleurs les restrictions à l'adoption pour les couples, mariés ou non, dès lors qu'elles sont fondées sur l'orientation sexuelle[101]. La Cour de cassation, dans le cadre d'une procédure concernant l'opposabilité en France d'une décision rendue à l'étranger au profit d'un couple non marié, a eu l'occasion d'affirmer que : « l'article 346 du code civil qui réserve l'adoption conjointe à des couples unis par le mariage ne consacre pas un principe essentiel reconnu par le droit français »[102].
L'ouverture de l'adoption plénière à l'ensemble des couples, mariés ou non, hétérosexuels ou non, semble toutefois inéluctable.
En effet, socialement, cette restriction pouvait sembler conforme aux modes de vie existant lors du vote de la loi du 11 juillet 1966, mais elle est inadaptée la société d'aujourd'hui, qui a vu non seulement l'explosion de la famille hors mariage, mais également la consécration de la neutralité des modes de conjugalité. Un chiffre suffit à s'en convaincre : si en 1966, 6 % des enfants naissaient hors mariage, le chiffre atteint en 2012, 55 %[103].
Juridiquement, cet « ultime hommage au mariage[104] » est à rebours d'une évolution du droit de la famille marquée depuis 1966 par :

---

[99] Le champ de notre mission étant celui de la filiation, les travaux du groupe de travail ont été circonscrits aux dispositions du **code civil**, sans étudier celles relevant du code de l'action sociale sur les pupilles de l'État, l'agrément et la réglementation des opérateurs de l'adoption, qui relevaient d'une autre mission, confiée à Madame Adeline Gouttenoire. Toutefois, les contradictions entre ces deux codes, qui résultent d'une évolution séparée, sans coordination préalable de chacun, montrent la nécessité d'une réforme appréhendant la globalité du dispositif de l'adoption, entre les dispositions de fond définies par le code civil et celles plus opérationnelles du CASF, de manière concertée.
[100] Les articles 343 et 343-1 du Code civil sont également applicables à l'adoption simple (C. civ., art. 361).
[101] V. CEDH, Gde ch., 19 févr. 2013, n° 19010/07, *X c/ Autriche*. Par ailleurs, la Cour a toujours considéré qu'il n'existait pas un *droit à* l'adoption. Le seul désir de fonder une famille, notamment par la voie de l'adoption, n'est pas protégé par l'article 8 de la Convention au titre de la vie familiale (*CEDH, 26 févr. 2002 : JCP G 2002, II, 10074, note A. Gouttenoire et F. Sudre*).
[102] Cass. 1re civ., 7 juin 2012, Bull. civ. I, n°125.
[103] http://www.ined.fr/fr/france/naissances_fecondite/naissances_hors_mariage/
[104] J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil, Fondation et vie de la famille*, Paris, LGDJ, 1993, t. 1, n° 926.

- une désolidarisation quasi-complète du droit du mariage et de la filiation. Le statut des enfants ne dépend plus du statut conjugal[105].
- la reconnaissance d'une pluralité de statuts conjugaux (loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité, modifiée le 23 juin 2006). Le mariage ne constitue donc plus l'institution fondatrice de la famille ni une garantie de stabilité de son cadre de vie pour l'enfant ; *le choix de se marier ou non relève désormais de la conscience personnelle de chacun et n'est plus un rituel imposé comme « la norme » par la société lorsqu'on veut construire une famille*.
- une assistance médicale à la procréation ouverte à tous les couples hétérosexuels (loi du 29 juillet 1994, modifiée le 6 aout 2004, CSP., art. L. 2141-2).
- l'ouverture du mariage au couple de même sexe par la loi du 17 mai 2013. Longtemps, le débat sur l'ouverture de l'adoption aux couples de concubins avait été mis en veilleuse, en réalité, pour ne pas aborder la question de l'ouverture de l'adoption aux couples homosexuels. Dans la mesure où la loi du 15 novembre 1999 considère comme concubins, aussi bien deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, il eût paru juridiquement discriminatoire d'ouvrir l'adoption uniquement aux couples de concubins hétérosexuels. En ouvrant le mariage, et donc l'adoption, à tous les couples, la loi du 17 mai 2017 a levé ce dernier obstacle.

Le chemin semble désormais dégagé pour une dissociation du mode de conjugalité et de l'adoption.
En imposant aux personnes qui souhaitent adopter, y compris lorsqu'il s'agit de l'enfant du partenaire, de se marier préalablement, le droit porte atteinte à la liberté matrimoniale, qui comprend le droit de se marier, comme celui de ne pas se marier. En outre, l'adoption conjointe étrangère par deux personnes non mariées produit ses effets en France, le défaut de lien matrimonial entre les adoptants ne pouvant fonder un motif de refus de reconnaissance de l'adoption étrangère[106], ce qui est pour le moins paradoxal.
Le groupe propose d'étendre à tous les couples non mariés, liés par un pacte civil de solidarité ou concubins, les conditions actuelles prévues au profit des couples mariés : *être âgés tous deux de plus de 28 ans ou justifier d'au moins deux ans, selon le cas, de mariage, de pacs ou de concubinage*.
Nous considérons que la condition, pour les couples dont l'un des membres au moins est âgé de moins de 28 ans, de justifier d'une communauté de vie d'au moins deux ans doit être maintenue : le parallèle avec l'AMP, où cette condition a été supprimée lors de la dernière

[105] Cf. H. Fulchiron, « De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXIème siècle », Le monde du droit. Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer, Economica, 2008, p.395 et s.
[106] Après l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013, la position prise par la Cour de cassation dans deux arrêts rendus le 7 juin 2012 (*Cass. 1re civ., 7 juin 2012, n° 11-30.261 et Cass. 1re civ., 7 juin 2012, n° 11-30.262)* ne semble plus de mise (V. en ce sens, P. Salvage-Gereste, Les incidences de la loi du 17 mai 2013 sur l'adoption internationale, Dr. famille, 2013 dossier 33). Dans ces deux arrêts, la Cour de cassation était confrontée à la situation d'une adoption plénière prononcée à l'étranger au profit de couples de concubins homosexuels hommes. Dans un cas, un couple franco-britannique, demeurant tous deux au Royaume-Uni, avait obtenu l'adoption en 2008 d'un enfant dénommé Brad, né en 1998. Dans l'autre cas, un couple franco-canadien, vivant à Montréal depuis 1997, a adopté en 2009, Brandon, accueilli depuis 2005, à l'âge de 3 ans. La Cour de cassation juge « qu'est contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation, la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'état civil français, valant acte de naissance, emporte inscription d'un enfant comme né de deux parents du même sexe ». La Cour de cassation semblait toutefois distinguer selon que l'adoption soit simple ou plénière puisque dans un autre arrêt rendu le 8 juillet 2010 *(Cass. 1re civ., 8 juill. 2010, n° 08-21.740*), elle admettait qu'une adoption simple (ici américaine) qui partage l'autorité parentale entre une mère et sa partenaire ayant adopté l'enfant de celle-ci ne heurte pas un principe essentiel du droit français, donc doit recevoir *l'exequatur*.

révision de la loi bioéthique est inopérant. En effet, contrairement à l'AMP, le projet d'adoption suppose la délivrance préalable d'un agrément, après investigations sociales et psychologiques réalisées par les professionnels du conseil général, au cours desquelles le couple est notamment interrogé sur son histoire, permettant d'évaluer le projet parental et l'aptitude à répondre aux besoins de l'enfant.
Cette proposition d'ouverture vise tout autant l'adoption conjointe par un couple d'un enfant adoptable, que l'adoption de l'enfant du conjoint, qu'il soit marié, partenaire lié par un pacs ou concubin.

Proposition

Ouvrir l'adoption à tous les couples mariés, pacsés et concubins, de sexe différent et de même sexe, en leur appliquant les conditions requises pour les couples mariés : être âgés de plus de 28 ans ou justifier d'une vie commune d'au moins deux ans

B. Réaffirmer la dimension filiale de l'adoption

1. Une institution créatrice d'un lien de filiation

L'adoption est depuis la loi du 11 juillet 1966 inscrite dans le Code civil sous le titre VIII du livre Premier du code civil intitulé « De la filiation adoptive », en remplacement du titre précédant « De l'adoption et de la légitimation adoptive ». Cette réécriture a eu une forte portée symbolique attestant que l'adoption n'est plus l'institution destinée à conférer des droits à des enfants « illégitimes », mais une institution constitutive d'une vraie filiation.
Depuis 1966, quelle qu'en soit la forme, plénière ou simple, et l'âge de l'adoptant, l'adoption est toujours créatrice d'un lien de filiation, soit par substitution au lien de filiation préexistant, soit par adjonction à ce dernier. Par l'adoption, l'adopté devient l'enfant de l'adoptant et ce dernier son père ou sa mère.
Lorsqu'elle concerne un mineur, l'adoption a deux finalités : soit d'établir un lien filial entre l'enfant et le conjoint de son parent, soit de donner une famille à un enfant qui en est privé. L'adoption est alors un mécanisme de protection de l'enfance[107]. Elle consacre juridiquement et sécurise le lien qui l'unit à l'adulte qui l'élève, en en faisant son parent si tel est son intérêt. En ce sens, elle constitue un droit pour l'enfant, consacré par les conventions internationales et une faculté pour l'adoptant, car il n'existe pas de droit à l'adoption[108].

---

[107] Convention internationale des droits de l'enfant, art 20 :
« Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection et une aide spéciales de l'État. (…)
Les États parties prévoient pour cet enfant une protection de remplacement conforme à leur législation nationale.
(…). Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la kafala de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié. Dans le choix entre ces solutions, il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique ».
[108] V. en ce sens, Cons. const., déc. 17 mai 2013, n° 2013-669 DC. Il a toujours été admis en droit interne que, même si toutes les conditions de l'adoption étaient réunies, le tribunal était libre de ne pas la prononcer s'il estimait qu'elle n'était pas conforme à l'intérêt de l'enfant (*C. civ., art. 353, al. 1er*). La question a été également posée sous l'angle de la convention européenne des droits de l'homme et la Cour a affirmé sans ambages l'absence d'un tel droit à l'adoption. L'accès à l'adoption relève cependant du droit à la vie privée (*CEDH, 22 janv. 2008, E. B c/ France : JCP G 2008, II, 10071, comm. A. Gouttenoire et F. Sudre*).

L'adoption n'a en principe pas vocation à être utilisée pour consacrer un lien éducatif ou affectif, dès lors que celui-ci ne s'accompagne pas d'un véritable lien filial, dont la preuve doit être rapportée aux juges. Ainsi, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, *« le droit au respect de la vie privée (...) ne commande de consacrer par une adoption, tous les liens d'affection fussent-ils anciens et bien établis.* »[109]
Pourtant, il est évident que l'adoption simple a pu être utilisée dans les recompositions familiales, notamment pour permettre une transmission de biens dont la fiscalité est alignée sur celle des enfants (art. 786, al. 2 CGI).
Cet usage de l'adoption à des fins en réalité successorales pourrait être évité par la mise en place d'une fiscalité nouvelle pour les transmissions de biens des beaux-parents aux beaux-enfants que nous proposons de consacrer (cf. *infra,* chap. 9).

Proposition

Mettre en exergue du titre VIII une définition de l'adoption comme une institution créatrice d'un lien de filiation, qui doit toujours être motivée par l'intérêt supérieur de l'adopté.

2. L'instauration d'empêchements à adoption

Le Code civil envisage l'adoption intrafamiliale uniquement à travers le régime dérogatoire instauré pour le consentement à l'adoption des enfants de moins de deux ans lorsqu'il « *existe un lien de parenté ou d'alliance jusqu'au sixième degré inclus entre l'adopté et l'adoptant* » (C. civ, art 348-5), le consentement à l'adoption pouvant alors être valablement donné sans exiger que l'enfant ait été effectivement remis au service de l'aide sociale à l'enfance ou un organisme autorisé pour l'adoption.

Faute d'autres précisions, l'adoption intrafamiliale paraît possible quel que soit le degré de parenté entre l'adopté et l'adoptant : entre grands-parents et petits-enfants, entre frères et sœurs, entre oncles ou tantes et neveux ou nièces… Il arrive ainsi que certains tribunaux prononcent, dans des circonstances exceptionnelles, l'adoption simple d'un enfant par ses grands-parents[110], voire du petit frère par sa grande sœur[111]. Mais, dans l'immense majorité des cas, ces requêtes sont rejetées par les juges du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation, dont la jurisprudence est, à cet égard constante[112]. Ainsi, elle décide « que l'adoption projetée constituerait pour les parties un bouleversement anormal de l'ordre familial et aurait donc des effets plus négatifs que positifs » et que l'adoption nierait complètement l'existence de la mère de l'enfant en tant que parent. De même n'est pas reconnue en France une adoption prononcée à l'étranger, du vivant des parents, au profit des grands-parents, la loi étrangère étant considérée comme contraire à l'ordre public. Le motif

[109] Cass. 1re civ., 12 janv. 2011, n° 09-16.527.
[110] CA Besançon, le 1er février 1994 : l'enfant a été adopté par ses grands-parents qui l'avaient élevé après l'assassinat de sa mère par son père
[111] CA Paris,, 10 février 1998, JCP G1998, II, 10130, note Philippe ; Dr. Famille, 1998, n° 83, obs. P. Murat ; l'enfant issu d'une famille nombreuse et dont les parents étaient décédés, avait été pris en charge par sa sœur.
[112] Cass., 1re civ., 16 oct. 2001, n° 00-10665.

principal invoqué réside dans la confusion des générations et des places familiales[113], l'adopté devenant l'enfant de ses grands-parents et le frère ou la sœur de l'un de ses parents, ou encore le père ou la mère de son cadet, lorsque l'adoption concerne une fratrie.

Nous estimons que la revalorisation de l'adoption implique de ne pas autoriser celle-ci lorsqu'elle est susceptible de bouleverser l'ordre des générations, en raison d'un lien de parenté préexistant trop proche entre l'adoptant et la personne dont l'adoption est envisagée, et ce, quels que soient l'âge de l'adopté ou la forme d'adoption envisagée.

Proposition

Instaurer un empêchement à adoption entre ascendants et descendants en ligne directe et entre frères et sœurs.

Dans de telles configurations, où des grands parents ou un frère/sœur ainé ont élevé l'enfant, des mesures comme ***la tutelle*** (en cas de décès des parents) ou la délégation de l'autorité parentale (en cas de carences notamment) apparaissent plus adaptées que l'adoption, sous réserve de la mise en place de dispositions fiscales adaptées à ces situations.

C. Revaloriser l'adoption simple

À l'inverse de l'adoption plénière, l'adoption simple n'a pas été conçue comme une institution au service des enfants privés de famille. Ainsi, les adoptions simples concernent en grande majorité des majeurs et/ou sont prononcées dans un cadre intrafamilial[114] et cette forme d'adoption est utilisée de manière marginale pour les enfants en attente d'une famille, et notamment les pupilles de l'État.
Mal connue, elle souffre d'une image dévalorisée auprès des adoptants mais aussi des professionnels, habitués à réaliser des projets d'adoption plénière et souvent démunis lorsque le projet conforme à l'intérêt de l'enfant concerne une adoption simple. Ses effets sont complexes, et il n'est pas toujours aisé d'en maîtriser toutes les subtilités. Elle peut donc être perçue symboliquement comme une « sous adoption » « au rabais », par nature peu sûre car révocable. Beaucoup, parmi les associations de familles adoptives, redoutent qu'elle ne permette pas la pleine intégration de l'enfant dans sa famille adoptive.
Or, l'adoption simple peut correspondre aux besoins et à l'intérêt de certains enfants, en particulier lorsque la question de leur adoption se pose à un âge déjà avancé (à partir de six/ sept ans). Dans ces situations, il peut s'avérer inopportun de rompre de manière complète et définitive le lien juridique qui l'unit à ses parents et sa famille d'origine. En outre, l'enfant, personnellement impliqué dans le processus d'adoption, puisque son avis et ses sentiments sont recueillis dès lors qu'il a atteint l'âge de discernement[115], peut exprimer le souhait d'être

[113] En ce sens, CA Bordeaux, 21 janv. 1988, *D.*, 1988, p. 453, note Hauser : refus de l'adoption plénière d'un enfant par son grand-père, au motif que cette adoption, en faisant disparaître le lien de filiation entre de dernier et sa mère, serait contraire à son intérêt, quelle que soit l'affection du grand-père pour son petit-fils.
[114] Il ressort du rapport « Les adoptions simples et plénières en 2007 » (Ministère de la justice) que cette année là, la part des adoptions « nationales » (c'est-à-dire excluant l'adoption internationale ainsi que l'adoption intrafamiliale) n'ont concerné, tous âges confondus, que 3,4% des adoptés. Parmi les adoptés mineurs, seuls 13,7% l'ont été en la forme simple.
[115] L'article 388-1 du code civil, inspiré des dispositions de l'article 12 de la convention internationale des droits de l'enfant, prévoit que « dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut

adopté en la forme simple (en particulier s'il est orphelin ou que des liens sont conservés avec certains membres de sa famille).

En outre, une fois défini le projet d'adoption simple, les professionnels rencontrent souvent des difficultés pour trouver une famille prête à s'engager dans un tel projet : nombre d'adoptants sont réticents, par crainte notamment d'être placés en « concurrence » avec la famille d'origine et de ne pouvoir être pleinement reconnus comme les parents de l'enfant. Filiation « complétive », l'adoption simple entraîne une pluralité des liens de droit souvent difficile à concevoir et à accepter.
Pourtant, l'adoption simple, dès lors qu'elle est préparée et accompagnée par les professionnels, n'empêche pas l'intégration de l'enfant dans sa famille adoptive, tout en respectant pleinement son histoire familiale et son vécu antérieur. Et s'il s'avère ultérieurement pertinent de rompre le lien avec la famille d'origine, le code civil prévoit une « passerelle » vers l'adoption plénière, laquelle peut être demandée jusqu'au vingtième anniversaire de l'adopté (C. civ art 345). L'adopté est alors placé au centre de la procédure, en décidant lui-même à sa majorité s'il souhaite la rupture complète et définitive avec sa famille d'origine.
Il est donc opportun de changer le regard sur l'adoption simple afin qu'elle puisse, à côté de l'adoption plénière, être utilisée au profit d'enfants privés de famille, lorsque tel est leur intérêt.

Des travaux ont déjà été menés en ce sens par le Conseil supérieur de l'adoption en 2009. Saisi en juin 2009 par la Secrétaire d'État en charge de la famille en vue de faire toutes propositions en faveur de l'adoption simple pour le 1er octobre 2009, ce conseil a constitué un groupe de travail pluridisciplinaire en son sein, afin « de rechercher dans quelles conditions l'adoption simple répond davantage à l'intérêt des enfants susceptibles d'en être concernés. Sur ce point, il est essentiel de ne pas lier le nombre d'enfants placés à l'aide sociale à l'enfance et le nombre d'enfants adoptables, l'adoption ne pouvant être conçue que comme un projet de vie au même titre que d'autres. Par ailleurs, il convient de ne pas opposer adoption simple et adoption plénière, non plus que maintien des liens et respect des origines. Enfin, il est important de réaffirmer l'adoption comme une institution. » Les analyses et propositions de ce groupe ont été rendus en octobre 2009[116]. Après avoir notamment étudié les freins de nature juridique et socio-culturelle, il relevait que « les pupilles qui ont pu en bénéficier présentaient un profil particulier où la question du maintien des liens juridiques avec leur famille de naissance était clairement posée comme une partie du projet d'adoption. De ce fait, l'adoption simple continuera d'être un projet de vie pertinent pour un petit nombre d'entre eux. »

Selon ce groupe, les freins juridiques s'avéreraient plus supposés que réels, et résulteraient principalement d'une mauvaise connaissance de cette forme d'adoption. Il ne concluait pas à une modification du cadre juridique de l'adoption simple, tout en considérant que « l'adoption simple doit être conçue comme un outil de la protection de l'enfance au même titre que le recours au consentement à l'adoption par les parents » et que « ce sujet pose également la question du regard social porté sur l'adoption de manière générale et de la

être entendu par le juge. ». Ce principe est explicitement repris dans le code de l'action sociale et des familles, qui prévoit que lors de la définition du projet d'adoption, « le mineur capable de discernement est préalablement entendu par le tuteur ou son représentant et par le conseil de famille ou l'un de ses membres désignés par lui à cet effet. »

[116] http://www.adoption.gouv.fr/IMG/pdf_GT_AS_CSA_23_09_2009.pdf

conception peut-être encore trop prégnante d'une hiérarchisation des filiations ». À la suite de ces travaux, la proposition de loi Tabarot n° 3739 sur l'enfance délaissée et l'adoption, déposée le 21 septembre 2011 à l'Assemblée nationale[117], comportait une mesure sur l'adoption simple, celle-ci apparaissant, selon l'exposé des motifs « *comme une réponse adaptée dans certaines situations. Il est nécessaire de lever certains freins juridiques et sociaux, réels ou supposés, qui nuisent à son développement.* »
Il existe donc un consensus sur la nécessité de penser l'adoption simple comme une institution au bénéfice de certains enfants adoptables. Certains pays, à l'instar du Québec, envisagent de réformer leur législation afin d'intégrer éventuellement une adoption sans rupture des liens avec la famille de naissance[118].
Il conviendrait tout d'abord d'organiser l'adoption simple d'un enfant abandonné et d'en clarifier ses effets.

1. Organiser l'adoption simple d'un enfant abandonné

La distinction entre les deux formes d'adoption a différents effets, dont certains ne vont pas de soi, en particulier sur la notion de placement en vue d'adoption, qui ne vise actuellement que l'adoption plénière et sur le caractère révocable ou non de l'adoption une fois prononcée.

a. Étendre la phase de placement à l'adoption simple

Lorsqu'un projet d'adoption est mis en œuvre par les services compétents (tuteur, conseil de famille et aide sociale à l'enfance), l'enfant est, selon le type de projet, placé (en cas d'adoption plénière) ou confié (adoption simple) à ses futurs parents, les dispositions du code de l'action sociale et des familles distinguant l'enfant « placé » en vue de son adoption plénière de l'enfant « confié » en vue d'adoption simple[119].
Cette distinction, qui n'est pas sans conséquences, découle des dispositions du code civil relatives au placement en vue d'adoption[120], prévues aux articles 351 et 352, mais qui ne s'appliquent qu'à l'adoption plénière : l'article 361 exclut formellement leur application en cas d'adoption simple. Or, ces dispositions sont essentielles pour verrouiller et sécuriser le processus d'adoption, puisqu'elles interdisent toute restitution de l'enfant à la famille d'origine (art. 352). Si cette solution était cohérente avec la loi de 1966, qui n'avait envisagé que l'adoption plénière en tant qu'institution de protection de l'enfance, elle peut constituer aujourd'hui un frein au développement de l'adoption simple dans ce cadre.
En effet, lorsqu'un projet d'adoption simple est mis en œuvre, les parents d'origine peuvent, en droit, demander la restitution de leur enfant admis en qualité de pupille de l'État, jusqu'au prononcé de l'adoption. Le fait que l'enfant soit confié en vue d'adoption simple n'interdit pas une telle demande, qui peut, conformément aux dispositions de l'article L 224-6 in fine, être formulée auprès du tuteur, la seule fin de non recevoir résultant du placement en vue

[117] http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion3739.asp
[118] . C. Lavallée, Rapport du groupe de travail sur le régime québécois de l'adoption, 2007.
[119] Voir par exemple le troisième alinéa de l'article R 224-17 de ce code, qui prévoit que « *le tuteur fixe, en accord avec le conseil de famille, la date du placement en vue d'adoption défini à l'article 351 du code civil ou, lorsque le projet concerne une adoption simple ou comporte des conditions particulières selon l'alinéa précédent, la date à laquelle le pupille sera confié aux futurs adoptants.* »
[120] Le placement en vue d'adoption concerne « un enfant pour lequel il a été valablement et définitivement consenti à l'adoption, un pupille de l'État ou un enfant déclaré abandonné par décision judiciaire.

d'adoption[121]. Même si, en pratique, de telles situations sont exceptionnelles, le droit en vigueur est créateur d'une certaine *insécurité,* qui ne plaide pas en faveur de la réalisation d'un projet d'adoption simple pour un pupille de l'État. Cette situation peut être vécue par les parents adoptifs comme un risque d'insécurité pour la famille qu'il souhaite fonder.
Il apparait opportun d'étendre la notion de placement prévue par l'article 351 du code civil aux enfants bénéficiaires d'un projet d'adoption simple et de prévoir que, quel que soit le type d'adoption envisagée, le placement interdit toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine (cf. première phrase de l'article 352 du code civil). En effet, dans cette hypothèse, l'adoption simple est utilisée dans un but de protection de l'enfance, d'un enfant pupille de l'État notamment mais pas dans le cadre d'une adoption intrafamiliale.

b. Permettre d'établir le lien de filiation après le placement en vue d'adoption simple

En revanche, il n'y a pas lieu d'étendre la seconde phrase du premier alinéa de l'article 352 du code civil, selon laquelle le placement fait échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance. En effet, l'interdiction d'établir le lien de filiation est une conséquence spécifique de l'adoption plénière, qui découle de la rupture complète et définitive du lien de filiation avec la famille d'origine[122]. À l'inverse, l'adoption simple étant une filiation additive, le prononcé de l'adoption simple n'interdit pas l'établissement ultérieur du lien de filiation à l'égard des parents, celui-ci étant alors sans conséquences juridiques sur l'adoption, qui conserve tous ses effets (C. civ, art 369). Une telle disposition permettrait de donner une place à ce parent, si tel est l'intérêt de l'enfant, par exemple en organisant les modalités de relations, soit de manière conventionnelle, soit par une décision du juge aux affaires familiales.
L'interdiction d'établir la filiation une fois le placement réalisé doit demeurer une mesure spécifique au projet d'adoption plénière.

c. Reformuler la définition du placement

Par ailleurs, il convient de relever que la définition juridique du placement donnée par l'article 351 précité comme « la remise effective de l'enfant aux futurs adoptants d'un enfant » ne répond pas non plus à l'impératif de sécurisation de l'adoption, et ce quel que soit le projet envisagé. En effet, la remise est aujourd'hui systématiquement, en pratique, précédée d'une phase de mise en relation, permettant un apparentement progressif, que le législateur de 1966 n'avait nullement envisagé. Les connaissances en psychologie de l'enfant de l'époque n'étaient pas ce qu'elles sont aujourd'hui et les enfants étaient alors placés du jour au lendemain chez l'adoptant, sans adaptation préalable.
Cette phase essentielle, dont la durée dépend de la situation particulière et de l'âge de l'enfant (de quelques jours pour un nourrisson à plusieurs semaines) n'est absolument pas prévue par la réglementation en vigueur. Si elle dépend principalement du code de l'action sociale et des familles, il pourrait être opportun de modifier la définition donnée par le code civil, en prévoyant que le placement est réalisé, non par la « remise effective de l'enfant », mais par « la mise en relation entre l'enfant et ses futurs parents ».

[121] Art L 224-6 dernier alinéa : Au-delà de ces délais, la décision d'accepter ou de refuser la restitution d'un pupille de l'État est, sous réserve des dispositions de l'article 352 du code civil, prise par le tuteur, avec l'accord du conseil de famille. En cas de refus, les demandeurs peuvent saisir le tribunal de grande instance.
[122] Ainsi, l'adopté en la forme plénière « cesse d'appartenir à sa famille par le sang » (C. civ art 356).

d. Délai d'accueil

Enfin, une autre différence entre les deux formes d'adoption concerne le délai requis avant de pouvoir déposer la requête en adoption, qui est de six mois à compter de l'accueil[123] de l'enfant au foyer de l'adoptant en cas d'adoption plénière (C. civ art 345), alors qu'aucun délai n'est imposé pour une adoption simple. Cette différence s'explique notamment par le fait que l'adoption simple peut concerner des majeurs, pour lesquels le critère de l'accueil au foyer n'est pas pertinent. Or, lorsque l'adoption concerne un mineur, l'écoulement d'un certain délai entre son arrivée au foyer et l'engagement de la phase judiciaire de la procédure permet de vérifier que le processus d'affiliation se déroule dans de bonnes conditions et est donc conforme à son intérêt.
C'est pourquoi il est proposé d'instaurer, pour tout projet d'adoption concernant un mineur, un délai de six mois entre l'accueil de l'enfant au foyer de l'adoptant et le dépôt de la requête.

Propositions

- Étendre la notion de placement à l'adoption simple.

- Interdire la restitution de l'enfant à ses parents d'origine une fois le placement réalisé, y compris en cas d'adoption simple.

- Maintenir l'interdiction d'établir la filiation d'origine uniquement en cas de placement en vue d'adoption plénière.

- Redéfinir la notion même de placement en prévoyant que celui-ci soit réalisé par la mise en relation de l'enfant et de ses futurs parents.

- Prévoir que la requête en adoption plénière ou simple d'un mineur ne peut être déposée avant un délai de six mois à compter de l'accueil de l'enfant au foyer de l'adoptant.

2. Envisager un principe d'irrévocabilité de l'adoption simple

La possibilité de révocation est spécifique à l'adoption simple. En effet, l'adoption plénière est irrévocable (art. 359) alors que l'adoption simple peut être révoquée par le tribunal de grande instance statuant en formation collégiale composée de trois juges dans les conditions encadrées par la loi (art. 370), laquelle impose des motifs graves strictement appréciés par les juges au regard de la situation de la famille. Toutefois, les titulaires de l'action sont très largement définis. Ainsi, peuvent agir durant la minorité de l'adopté, le ministère public, l'adoptant à compter des 15 ans de l'adopté, ainsi qu'un membre de la famille d'origine jusqu'au degré de cousin issu de germain. Une fois l'enfant majeur, l'action n'appartient qu'à l'adopté et l'adoptant, sans que les conditions procédurales soient définies, notamment

[123] La notion d'accueil, qui concerne toutes les hypothèses d'adoption plénière (y compris les procédures concernant l'adoption de l'enfant du conjoint) est une notion de fait résultant de l'arrivée de l'enfant dans sa famille ; elle est donc distincte de celle de placement, celui-ci résultant d'une décision prise par le tuteur avec l'accord du conseil de famille.

quant au délai de l'action, renvoyant ainsi aux dispositions générales relatives à la prescription extinctive (art. 2224 et suivants du code civil).
Bien qu'en pratique, les cas de révocation soient très rares et concernent souvent des adoptions intrafamiliales[124], ces dispositions inquiètent à juste titre les familles adoptives et les professionnels, qui les perçoivent comme source d'insécurité.

L'étude de la jurisprudence[125] démontre que les tribunaux sont réticents à prononcer la révocation de l'adoption simple, en particulier lorsque la demande concerne un adopté mineur et par ailleurs la procédure est rarement engagée par la famille d'origine de l'adopté. Les motifs graves invoqués à l'appui de la requête résident dans l'échec de l'adoption, souvent avéré par une mesure judiciaire ayant retiré l'enfant de sa famille adoptive, ou encore par la remise de l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance et son admission en qualité de pupille de l'État : l'adoptant ne pouvant pas agir lui-même tant que l'enfant n'a pas atteint l'âge de quinze ans, la procédure est alors engagée par le ministère public, en particulier lorsque cette révocation constitue le préalable à une nouvelle adoption par une autre famille.

La possibilité de révoquer l'adoption simple peut être perçue à la fois comme une menace potentielle de remise en cause du lien de filiation instauré pour la famille adoptive, mais aussi comme permettant une adoption « à l'essai », que l'apparition de difficultés relationnelles permettrait de remettre en cause.
Devenir parent par adoption suppose de s'engager à l'égard de l'adopté en principe à vie et la révocabilité ne s'avère conforme ni avec l'intérêt de l'adopté, ni avec la dimension filiale de l'adoption : un lien de filiation régulièrement institué est en principe indissoluble, et ne peut être remis en cause que de manière exceptionnelle et limitée dans le temps (ainsi, les actions en contestation d'un lien de filiation établi selon les modalités du titre VII obéissent à des conditions de recevabilité et de fond strictement définies).
C'est dans cet esprit que la proposition de loi Tabarot précitée avait proposé de supprimer la possibilité pour la famille d'origine de solliciter la révocation et de ne permettre à l'adoptant de solliciter celle-ci qu'une fois l'enfant majeur. L'article 5 proposait ainsi « *de rendre irrévocable l'adoption simple durant la minorité de l'adopté, sauf sur demande du ministère public pour des motifs graves.* ». Toutefois, cet article n'a pas été adopté lors du vote en première lecture, le 1er mars 2012 et cette proposition n'a pas, depuis, prospéré. L'argument principal invoqué par le gouvernement de l'époque, pour conserver le *statu quo* résidait dans l'opportunité de permettre la révocation dans des situations familiales particulières, et notamment lorsque l'adoption simple concerne des familles recomposées :

> « Dans l'hypothèse où le nouveau conjoint ou la nouvelle conjointe se libérerait de son engagement et où l'enfant aurait obtenu une adoption simple, il serait pieds et poings liés : c'est exactement ce que nous ne voulons pas. » ; « l'intérêt de l'enfant commande de ne pas restreindre au seul ministère public la possibilité de solliciter la révocation. Certains motifs graves, en effet, ne relèvent pas de son appréciation. C'est pourquoi il ne pourra, sauf cas de maltraitance, faire état de l'évolution de la vie affective d'une famille. Empêcher la famille biologique de saisir le juge m'apparaît donc contraire à l'intérêt de l'enfant. »

[124] En 2012, 51 jugements ont été rendus en la matière, 21 ayant rejeté la demande de révocation et 31 y ayant fait droit. Sources, Ministère de la justice.
[125] Cf M. Schulz et B. Doublein-Néliaz, *Droit et pratique de l'adoption*, Paris, Berger Levrault, 2013, n° 226 et 227.

Enfin, selon la secrétaire d'État, cette proposition constituerait un frein au développement de l'adoption simple, car elle pourrait conduire « des familles biologiques à ne plus consentir à l'adoption de leur enfant, du fait qu'il leur serait ensuite impossible de saisir directement le juge lorsque l'adoption de leur enfant se passe mal. »
Or, de tels arguments ne devraient pas pouvoir être valablement invoqués : dans les familles recomposées, la filiation résultant de l'adoption ne peut se faire et se défaire au gré des aléas de la vie sentimentale du parent et de son conjoint ayant adopté l'enfant. Pour les enfants remis aux services sociaux, le consentement donné par les parents à l'adoption de leur enfant consacre le délitement des liens affectifs et des relations entre parents et enfant. En outre, les parents disposent d'un délai de rétractation de deux mois pendant lequel ils peuvent revenir sur leur consentement. Enfin, la possibilité pour le ministère public d'agir permettrait, si les circonstances l'exigent, aux parents d'origine de solliciter son concours ; et, en tout état de cause, « la seule volonté des parents biologiques de récupérer leur enfant ne constitue pas un motif grave (…) cette épée de Damoclès qui pourrait sembler suspendue par les parents biologiques au-dessus des parents adoptants n'existe pas, puisqu'il faut un motif grave pour révoquer l'adoption de ces enfants. »[126] C'est pourquoi, dans l'objectif de valoriser l'engagement pris lors de l'adoption et de renforcer la sécurité juridique de l'adoption simple, *nous proposons de poser le principe de son irrévocabilité*, en inversant la rédaction du premier alinéa de l'article 370 du code civil.

La révocation ne serait permise qu'à titre exceptionnel, pour des motifs graves et si l'intérêt de l'adopté l'exige. En outre, les titulaires et délais devraient être mieux définis et encadrés : ainsi, pendant la minorité, il conviendrait d'interdire toute possibilité de révocation à l'initiative de l'adoptant comme de la famille d'origine et d'instaurer un filtre des demandes via le ministère public : seul celui-ci pourrait agir, lui-même saisi par un tiers (l'enfant via son représentant légal, les parents d'origine ou adoptifs, le service de l'aide sociale ayant recueilli l'enfant). Le ministère public déciderait ainsi, au vu des éléments produits et de la gravité de la situation, s'il est opportun d'introduire l'instance ou non.
S'agissant des majeurs, il serait *a minima* opportun d'encadrer la possibilité de solliciter, à titre exceptionnel, la révocation en enfermant l'action dans des délais restreints.
S'agissant de l'adoption plénière, l'évolution de l'adoption, qui devient de plus en plus complexe, du fait du nouveau profil des enfants proposés, pourrait conduire à une augmentation du nombre d'échecs[127], sur lesquels il conviendra de s'interroger, pour mieux en connaître les causes afin de les éviter à l'avenir.
Or, le principe d'irrévocabilité de l'adoption plénière interdit dans ce cas, le prononcé d'une nouvelle adoption plénière. Depuis la loi du 5 juillet 1996, seule une adoption simple est alors possible, s'il est justifié de motifs graves ; il résulte des travaux préparatoires à cette loi que le législateur visait précisément le cas d'échec de l'adoption.

Notre groupe de travail relève que l'adoption plénière établit la seule filiation qui ne peut jamais être remise en cause, alors que la filiation dite « charnelle » peut être rompue par une adoption plénière et que l'adoption simple peut être révoquée pour motifs graves, dont l'effet et la résiliation du lien de filiation précédant.
Cette différence de situation est perçue, pour certains membres du groupe, comme créant une discrimination ; pour les autres elle constitue une conséquence normale de l'engagement pris par les adoptants et du caractère spécifique de l'adoption.

---

[126] Claude Greff, secrétaire d'État à la famille, Journal officiel de la République française – Assemblé nationale, 2 mars 2012, p.1739.
[127] Ainsi, en 2011, 12 enfants ont acquis la qualité de pupille de l'État suite à un échec d'adoption. Source ONED.

Sans prendre position sur ce point, qui relève davantage de la mission « protection de l'enfance et adoption », le groupe de travail pense qu'il faudrait engager une réflexion sur l'éventualité de permettre deux adoptions plénières successives, si tel est l'intérêt de l'enfant après un échec avéré de la première adoption plénière, sans pour autant instaurer une adoption « à l'essai » permettant à l'adoptant de se désengager en cas de difficultés.

Propositions

- Poser le principe de l'irrévocabilité de l'adoption simple pendant la minorité de l'adopté, sauf motifs graves et si son intérêt l'exige.

- Prévoir que durant la minorité, seul le ministère public peut agir, lui-même saisi par un tiers.

- Fixer un délai à l'action engagée après la majorité de l'adopté.

- Engager une réflexion sur l'éventualité d'autoriser, de façon exceptionnelle, une seconde adoption en cas d'échec avéré d'une adoption plénière.

3. Réexaminer la question du consentement à l'adoption par l'adopté majeur protégé

La Cour de cassation, le 8 octobre 2008, a considéré qu'un majeur sous tutelle totalement hors d'état de manifester sa volonté ne pouvait donner son consentement à sa propre adoption par l'intermédiaire de son représentant. En l'espèce, il s'agissait de la demande en adoption d'une jeune fille majeure et gravement autiste par la seconde épouse de son père. Manifestement, cette seconde épouse avait noué des liens anciens et forts avec *Amandine*, et elle s'engageait à la prendre en charge comme sa fille[128]. Cet arrêt a été rendu sous l'empire du droit antérieur à la réforme des majeurs protégés (L. n° 2007-308, 5 mars 2007), mais la solution serait la même si le droit nouveau avait été appliqué à Amandine puisque l'article 458 du Code civil fait du consentement à l'adoption un acte « strictement personnel » qui ne peut donner lieu ni à représentation, ni même assistance. Comme le souligne un auteur, « il est vraisemblable qu'une telle rigidité ne trouverait pas grâce devant la Cour européenne des droits de l'Homme »[129].

Propositions

- Revoir la catégorie des actes strictement personnels de l'article 458 du Code civil et envisager la possibilité d'une adoption d'un enfant majeur sous tutelle.

- Le consentement à l'adoption pourrait, s'il s'avère impossible en raison de l'état de la personne protégée, donner lieu à assistance ou représentation dans des conditions garantissant la protection des intérêts du majeur.

[128] Cass. 1re civ., 8 oct. 2008, n°07-16.904.

[129] P. Salvage-Gerest, « Les actes dont la nature implique un consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ., art. 458) : une catégorie à revoir d'urgence », Dr. fam. 2009, Etude 17 – *adde* N. Krief-Demitko, « L'adoption simple de majeurs à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme », JCP 2012. 1513.

D. Clarifier les effets de l'adoption simple

La structure actuelle du code civil rend difficilement lisibles les effets de l'adoption simple : pour les effets communs avec l'adoption plénière, le code procède par renvois. Seuls sont donc précisés les effets spécifiques, la formulation étant pour certains particulièrement maladroite. D'autres revêtent une portée plus symbolique que réelle, mais qui ne doit pas être minimisée car, en démontrant le caractère subalterne de l'adoption simple, elles constituent autant de freins à son emploi (cf. empêchements à mariage).
Il est donc proposé de créer un chapitre consacré aux effets de l'adoption, comprenant une section regroupant les effets communs aux deux adoptions (cf. *Annexe à ce chapitre*), puis une section spécifique à chacune des formes. Enfin, l'adoption simple de l'enfant du conjoint produisant des effets particuliers, que le droit positif n'envisage que partiellement et de manière insatisfaisante, il apparaît opportun de créer une section spécifique la concernant.
Il est ainsi nécessaire de distinguer les effets de l'adoption simple d'un enfant abandonné (l'adoption simple jouant ici le rôle d'une filiation additive) et l'adoption simple de l'enfant du conjoint (l'adoption simple jouant un rôle d'une filiation complétive).
L'enjeu principal concerne l'organisation de la pluralité des filiations qu'instaure cette adoption, qui mérite d'être clarifiée : l'adopté conserve ses droits dans sa famille d'origine et en acquiert dans la famille de l'adoptant. Or, les effets de l'adoption à l'égard de chaque famille ne sont pas suffisamment précisés.

1. L'adopté simple et sa famille d'origine

La traduction juridique du maintien des liens de filiation avec la famille d'origine figure à l'article 364 du code civil, selon lequel « l'adopté reste dans sa famille d'origine et y conserve tous ses droits… »
Cette formulation particulièrement maladroite entraine une confusion entre conservation de la filiation d'origine et maintien des liens de fait, au sens des relations entre l'adopté et sa famille d'origine. Si l'adoption simple est, sur le terrain, privilégiée en raison de l'existence de liens avec certains membres de la famille, et en particulier des membres de la fratrie non adoptés, il n'existe pas pour autant de droit au maintien des liens. Ainsi, à défaut d'accord avec les parents adoptifs, la fixation des modalités des relations avec la famille d'origine relève d'une décision du juge aux affaires familiales, si tel est l'intérêt de l'enfant conformément aux dispositions de droit commun prévues à l'article 371-4 du code civil[130]. Il apparaît donc opportun de clarifier les effets du maintien du lien de filiation, souvent confondus avec un droit au maintien des relations, en modifiant l'article 364 précité.

Une autre question, intrinsèquement liée à la nature de l'adoption simple concerne l'établissement du lien de filiation « charnelle » une fois l'adoption simple possible. Cette faculté est expressément prévue par le code civil, qui prévoit que « l'adoption conserve tous ses effets, nonobstant l'établissement ultérieur d'un lien de filiation » (C. civ. art. 369).
Nous pensons que, dès lors que la filiation adoptive s'ajoute à celle d'origine, il n'y a pas lieu de remettre en cause cette faculté. En revanche, nous avons constaté que ce texte ne précise aucunement les effets de l'établissement de la filiation dite « charnelle ».

[130] L'étude de la jurisprudence montre que la plupart des demandes concerne des adoptions intrafamiliales, les juges aux affaires familiales étant peu enclins à faire droit à la demande. Une décision rendue dans un contexte exceptionnel concerne un enfant pupille de l'État : il s'agit de l'affaire « Benjamin », dans laquelle une adoption simple a été prononcée, à l'issue du conflit opposant les parents adoptifs et le père, qui avait reconnu son fils né sous X avant sa naissance. Cf M. Schulz et B. Doublein-Néliaz, *op cit*, § 296.

Il est proposé en conséquence de préciser que l'établissement du lien de filiation après le prononcé de l'adoption simple n'emporte aucune conséquence sur la dévolution de l'autorité parentale ou sur le nom conféré à l'adopté. Les effets concernent les droits et obligations de nature patrimoniale, tels que l'obligation alimentaire.

Propositions

- Supprimer la disposition prévoyant que l'adopté « reste » dans sa famille d'origine : prévoir que l'adopté « conserve ses droits à l'égard de » sa famille d'origine.

- Clarifier les conséquences de l'établissement ultérieur de la filiation dite charnelle, en prévoyant notamment qu'il n'emporte aucune conséquence sur la dévolution du nom de l'adopté comme sur l'autorité parentale.

2. L'adopté simple et sa famille adoptive

Aucune disposition spécifique ne prévoit de manière générale les effets de l'adoption à l'égard de la famille adoptive. Seuls cinq articles précisent ces effets, pour envisager les conséquences en matière d'autorité parentale (art 365), d'empêchements à mariage (art 366), d'obligation alimentaire (art 367) et de successions (art 368 et 368-1),
À l'inverse, en prévoyant que « l'adopté *reste* dans sa famille d'origine », l'article 364 du code civil donne un caractère subalterne de l'adoption simple, de surcroît erroné : lorsque l'adopté est mineur, il est alors confié à ses parents adoptifs, auxquels tous les droits d'autorité parentale sont transférés.
La rédaction de l'ensemble de ces dispositions, centrée sur les relations entre l'adopté et l'adoptant, et non l'ensemble de la famille adoptive est à l'origine de controverses, notamment au sein d'une partie de la doctrine[131] et des associations de familles adoptives, sur l'étendue des effets de l'adoption simple.
Ce questionnement trouve notamment sa source dans les dispositions des articles 367 et 368 du code civil, le premier ayant pour effet de circonscrire l'étendue de l'obligation alimentaire aux relations adopté/adoptant et le second prévoyant que l'adopté n'a pas la qualité d'héritier réservataire à l'égard des *ascendants* de l'adoptant.

S'agissant des successions, l'article 368, alinéa 2, du code civil prive l'adopté de la qualité d'héritier réservataire dans la succession des ascendants de l'adoptant. On ne peut examiner ce point sans rappeler que la qualité d'héritier réservataire des ascendants de l'adoptant a pour contrepartie une obligation alimentaire envers ceux-ci. Cette règle illustre la spécificité de l'adoption simple : il s'agit d'une filiation additive, et mettre à la charge de l'adopté de multiples obligations alimentaires ne serait pas conforme à son intérêt. Il ne convient pas de rechercher ici *une assimilation des deux formes d'adoption simple et plénière*. C'est pourquoi, après en avoir discuté, le groupe n'a finalement pas jugé souhaitable de supprimer ce texte pour aligner la situation de l'adoption simple sur l'adoption plénière.

De manière plus symbolique, les dispositions relatives aux empêchements à mariage dans la famille de l'adoptant peuvent accréditer la thèse selon laquelle l'adoption simple ne serait pas créatrice d'un véritable lien de filiation à l'égard de l'ensemble des membres de la

[131] VP. Salvage-Gerest, V° Adoption simple, in *Droit de la famille,* Dalloz Action, ss direct. P. Murat, chap. 222-80, p. 796

famille de l'adoptant. En effet, si l'adoption simple entraîne les mêmes empêchements à mariage que l'adoption plénière à l'égard de la famille d'origine, des exceptions permettent de lever certains empêchements dans la famille adoptive. Il est ainsi possible de demander au président de la République, pour motifs graves, une dispense permettant le mariage de l'adopté simple avec un autre enfant de l'adoptant (art 366 du Code civil), même si ces demandes, exceptionnelles, donnent lieu à une décision de rejet [132].

L'interdit de l'inceste étant un tabou fondateur de la filiation, la possibilité, même exceptionnelle et hypothétique, d'un mariage entre l'adopté simple et l'un de ses frères ou sœurs constituerait la parfaite illustration symbolique de l'infériorité de l'adoption simple.

Propositions

- Inverser la formulation de l'article 368 du code civil en précisant que « l'enfant entre dans la famille adoptive et conserve ses droits dans sa famille d'origine ».

- Supprimer les exceptions au régime des empêchements à mariage dans la famille de l'adoptant permettant le mariage entre frères et sœurs, prévues à l'article 366 du code civil.

Enfin, bien que le groupe de travail ne se soit pas penché en détail sur le régime de transmission du nom à l'adopté simple prévu aux articles 363 et 363-1 du code civil, il apparaît que celui-ci est d'une complexité extrême depuis la réforme du nom de famille du 4 mars 2002 et mériterait d'être simplifié et rendu plus cohérent.

En effet, en cas d'adoption simple d'un mineur, l'adopté ne peut pas conserver uniquement son nom d'origine. Le principe est celui de l'adjonction du nom de l'adoptant à son nom d'origine, l'adoptant pouvant demander au tribunal la substitution de son nom. En revanche, depuis la loi du 17 mai 2013 ayant codifié la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière, aucun changement de nom n'est possible sans l'accord de l'adopté, lorsque celui-ci est majeur.
Le développement d'adoptions tardives, qui concernent des enfants de plus en plus âgés lors de leur adoption (jusque vers 10 à 12 ans) justifie un tempérament à ces principes permettant, si l'adoptant le souhaite, et si l'adopté âgé de plus de 13 ans y consent, de maintenir le seul nom d'origine de l'adopté.

Proposition

Permettre que, à la demande de l'adoptant et avec le consentement de l'adopté âgé de plus de treize ans, le seul nom d'origine de l'adopté soit maintenu.
Plus largement, une réflexion sur la simplification du système de transmission du nom dans l'adoption simple pourrait être engagée, qui dépasse le champ de la présente mission.

S'agissant des autres effets en matière civile de l'adoption simple, le groupe considère qu'il n'y a pas lieu de les modifier, dès lors que les parents adoptifs prennent en charge totalement l'éducation de leur enfant.

[132] Selon les données du Sceau de France du ministère de la justice, chargé de l'instruction de telles demandes, 6 requêtes ont été formées durant les dix dernières années, toutes rejetées.

Ainsi, le principe du transfert de tous les droits d'autorité parentale à l'adoptant, y compris la contribution à l'entretien de l'enfant, tout comme le régime de l'obligation alimentaire (subsidiarité de l'obligation entre les parents d'origine et l'adopté, restrictions de l'obligation de l'enfant à l'égard de ses parents d'origine) sont pleinement justifiés.

De la même manière, les règles en vigueur méritent d'être conservées dans cette hypothèse, en matière de succession anomale de l'adopté : si celui-ci meurt sans descendance ou de conjoint, sa succession se partage par moitié entre ses deux familles, sous la réserve que les biens qu'il avait reçus à titre gratuit de l'adoptant retourne en principe à celui-ci et à ses descendants, et que ceux qu'il avait reçus de ses père et père retournent pareillement à ceux-ci et leurs descendants (C. civ., art. 368-1).

En revanche, sur le plan fiscal, l'adoption simple est sans effet en matière de transmissions de bien entre l'adoptant et l'adopté simple. Ainsi, pour la perception des droits de mutation à titre gratuit, il n'est pas tenu compte du lien de parenté résultant de l'adoption simple, sous réserve des exceptions prévues par l'article 786 du code général des impôts[133]. Ainsi, si l'adoptant décède alors que l'adopté ne peut justifier avoir reçu des secours et des soins non interrompus durant sa minorité et pendant cinq ans au moins (ou dans sa minorité et sa majorité pendant dix ans au moins), l'adoption simple est sans effet, et la transmission est taxée à 60 %. Ce régime fiscal dérogatoire a fait l'objet de plusieurs contentieux en raison de son caractère potentiellement discriminatoire[134] et l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel n'a toutefois pas considéré la disposition comme contraire à la Constitution (DC. 2013-361 du 28 janvier 2014 ; Cass. com., QPC, 29 oct. 2013, Pourvoi nos B 13-13.301 et C 13-13.302).

E. Abandonner la logique « d'imitation de la procréation » dans l'adoption plénière

L'adoption concerne dans tous les cas une personne déjà née, ayant donc un vécu et une histoire antérieurs. En ce sens, l'adoption, même en la forme plénière, s'inscrit dans la continuité du parcours de vie de l'enfant et ne constitue pas une « seconde naissance ».
Le respect de l'histoire de l'enfant avant son adoption est devenu un enjeu central, d'autant plus essentiel que l'âge lors de l'adoption recule chaque année : de plus en plus d'enfants sont adoptés à un âge tel qu'ils ont des souvenirs de leur vie d'avant l'adoption.
Sans remettre en cause l'adoption plénière et la rupture complète et définitive du lien de filiation d'origine, il est apparu que le système mis en place par la loi de 1966, qui permet

[133] Ces exceptions concernent les transmissions faites en faveur :
1° d'enfants issus d'un premier mariage du conjoint de l'adoptant;
2° de pupilles de l'État ou de la Nation ainsi que d'orphelins d'un père mort pour la France;
3° d'adoptés qui, soit dans leur minorité et pendant cinq ans au moins, soit dans leur minorité et leur majorité et pendant dix ans au moins, auront reçu de l'adoptant des secours et des soins non interrompus;
4° d'adoptés dont le ou les adoptants ont perdu, morts pour la France, tous leurs descendants en ligne directe;
5° d'adoptés dont les liens de parenté avec la famille naturelle ont été déclarés rompus par le tribunal saisi de la requête en adoption, sous le régime antérieur à l'entrée en vigueur de la loi n° 66-500 du 11 juillet 1966;
6° des successibles en ligne directe descendante des personnes visées aux 1° à 5°;
7° d'adoptés, anciens déportés politiques ou enfants de déportés n'ayant pas de famille naturelle en ligne directe

[134] Cf. CA Paris, 6 mars 2012, RG n° 2011/18183. Saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité, la cour d'appel a refusé de la transmettre à la Cour de cassation, considérant la différence de traitement entre l'adoption simple et l'adoption plénière justifiée par le fait du maintien des liens avec la famille d'origine, et son caractère limité dans le temps.

l'effacement pur et simple de l'histoire vécue apparaît aujourd'hui excessif et antinomique avec le respect de l'histoire de l'enfant et de la construction de son identité personnelle.
Le moment semble venu d'organiser la publicité de l'adoption plénière selon les modalités de droit commun. Le respect de l'adopté suppose également de limiter les possibilités de changement de prénom offertes par la loi aux adoptants.

1. Supprimer la transcription de l'adoption plénière et l'élaboration d'un nouvel acte de naissance.

Le système issu de la loi de 1966 figure à l'article 354 du code civil. Le jugement d'adoption va emporter l'établissement d'un nouvel acte de naissance ne faisant aucune référence à la filiation initiale de l'enfant et annulant l'acte de naissance d'origine.
Les travaux préparatoires de la loi 1966 attestent qu'une telle substitution d'acte a été réalisée par méfiance à l'égard de la famille d'origine, afin d'empêcher que celle-ci puisse retrouver l'enfant et venir trouver la paix de la famille adoptive. De célèbres affaires ont confirmé que de telles craintes n'étaient pas utopiques (affaire Novak précitée). Cette substitution est toutefois incohérente juridiquement et peu opportune.

Juridiquement, l'incohérence est manifeste. En effet, l'article 355 du code civil précise que les effets de l'adoption remontent à la date de la requête et non au-delà. Or, la fabrication d'un nouvel acte de naissance aboutit, en matière d'état civil, à l'annulation de la filiation d'origine, alors que l'adoption plénière a pour effet de la résilier pour l'avenir : les effets déjà produits ne sont pas remis en cause, notamment les effets successoraux. L'édiction de ce nouvel acte constitue donc une fiction, juridiquement inappropriée.
Le système déroge aussi au droit commun des changements de filiation. Ainsi, dans les autres situations de changement de filiation, par exemple en cas d'annulation d'une paternité légalement établie, l'acte d'origine est conservé, et le changement y est mentionné.
En outre, l'opportunité de la solution est discutable au regard de la symbolique de l'institution de l'adoption elle-même. Tout l'effort consiste en effet à considérer l'adoption non comme une filiation « fictive » fondée sur une pseudo-procréation, mais comme *une filiation à part entière, fondée sur la volonté et instituée par le droit*. L'annulation de l'acte de naissance d'origine auquel est substitué un nouvel acte de naissance va à l'encontre de cette conception, le droit voulant alors faire passer les parents adoptifs pour des parents de naissance.
Enfin, le procédé rend plus difficile l'accès aux origines de la personne adoptée. En effet, le nouvel acte de naissance n'occulte pas l'adoption elle-même, puisque le jugement est transcrit sur l'acte de naissance nouvellement constitué et il est indiqué en marge que l'officier d'état civil a reçu ce jugement pour établir l'acte. En revanche, l'acte de naissance ainsi rédigé occulte l'existence des parents de naissance. En consultant son acte de naissance, toute personne adoptée sait qu'il y a eu un jugement d'adoption, mais ne peut facilement savoir qui étaient ses parents de naissance[135]. En d'autres termes :

> « La mise à l'écart de l'acte primitif a un effet légitimant et performatif beaucoup plus important qu'il n'y paraît de prime abord. Il réalise une forme d'abolition du temps, comme si la personne adoptée n'avait jamais existée précédemment sous un autre nom et avec une autre filiation… Cette absence de traces vient renforcer une représentation réitérée sans cesse sous

[135] Sur le droit d'accès aux origines des personnes adoptées, voir infra chapitre 9.

diverses formes dans les discours sociaux sur l'adoption, celle d'un enfant sans attache qui naîtrait pour la première fois à la vie sociale grâce à l'adoption »[136].

Il conviendrait donc de prévoir que, pour les deux formes d'adoption, la publicité de l'adoption résultera d'une mention dans l'acte de naissance d'origine, qui serait donc conservé. Ce changement est indissociable de la modification des règles de publicité des actes de naissance présentée au chapitre 3.

Il importe ici de souligner très fortement que le nouveau respect de l'histoire de l'enfant ne doit en aucune manière introduire, via la chronologie, une forme subreptice de hiérarchie entre la « première » filiation et la « deuxième », mais tout au contraire contribuer à ce que la filiation adoptive soit encore mieux entendue désormais comme créant une « vraie » filiation par elle-même, et non pas par imitation de la procréation. C'est pourquoi la notion technique, familière aux juristes, de mention « marginale » mérite d'être rediscutée. D'une part au plan symbolique, la filiation, comme d'ailleurs d'autres mentions portées en marge, n'a bien évidemment rien de «marginal » au sens ordinaire de l'adjectif. D'autre part, l'informatisation de l'état-civil nous éloigne des contraintes traditionnelles des registres, où seule la marge permettait d'apposer une mention.
C'est pourquoi, au moment où nous proposons que coexistent au sein de l'état civil intégral la trace de la filiation de naissance et la mention de la filiation adoptive, nous proposons de bannir du vocabulaire la notion de mention « marginale » au profit de celle, bien plus neutre, de mention *subséquente*.
Logiquement avec ce souci, nous avons déjà présenté (cf. chapitre 3, état civil), deux autres propositions indissociables de celles que nous faisons ici sur l'adoption :

a) prévoir que la copie intégrale de l'acte de naissance ne pourrait être communiquée qu'à l'intéressé ou ses ascendants.

b) Prévoir que seul un extrait avec indication du nom des parents selon la filiation (en l'occurrence, le nom des parents adoptifs), *sans mention des modalités d'établissement de celle-ci* pourrait être délivré pour les autres personnes visées par article 9 du décret de 1962 ainsi qu'aux différentes administrations.

2. Revoir les règles concernant le prénom de l'adopté.

La loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 a étendu les dispositions relatives au changement de prénom de l'adopté, jusqu'alors réservées à l'adoption plénière, à l'adoption simple : le tribunal peut, à la demande de l'adoptant, modifier le prénom de l'adopté.
Le groupe considère que cette disposition est source de difficultés.
Le changement de prénom permet d'effacer purement et simplement le prénom d'origine de l'adopté. Or, le prénom constitue un élément essentiel de l'identité de la personne, qui constitue l'un des premiers mots que l'enfant reconnait et qu'il apprend à écrire. Le rappeler n'empêche aucunement d'admettre que le choix d'un prénom constitue un élément essentiel du processus d'affiliation : c'est un enjeu symbolique important pour les parents adoptifs que de pouvoir choisir le prénom de leur enfant.

[136] F. R. Ouellette, J. Saint-Pierre, « Parenté, citoyenneté et état civil des adoptés », Enfances, Familles, générations, Rev. Int. de rech et de transfert, 2011, n° 14, p.51 : www. Efg.inrs.ca.

Nous proposons donc simplement de limiter le champ de la demande de l'adoptant, en *prévoyant que le prénom d'origine doit être conservé, un ou plusieurs prénoms pouvant être ajoutés*. Il convient de relever que la loi permet que « tout prénom inscrit dans l'acte de naissance peut être choisi comme prénom usuel. » (C civ, art 57).
Dans la mesure où cette règle était à l'origine spécifique à l'adoption plénière, qui sauf exception concerne des enfants de moins de quinze ans, il était cohérent qu'aucune disposition ne précise le consentement de l'adopté. Toutefois, le législateur de 2011, lorsqu'il a étendu cette possibilité à l'adoption simple, n'a pas prévu de l'assortir de conditions quant à l'âge à partir duquel le consentement de l'adopté est requis. Il serait donc opportun d'étendre à l'adoption la règle de droit commun (cf C. civ, art 60), selon laquelle toute modification du ou des prénoms de l'adopté requiert son consentement.

Propositions

- Revoir les modalités d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant adopté plénièrement :

. Conserver l'acte de naissance originel
. Supprimer l'élaboration d'un nouvel acte de naissance.

- Remplacer la notion de mention « marginale » par celle, plus neutre, de mention « subséquente »

. Prévoir que la publicité de l'adoption résultera d'une mention subséquente dans l'acte de naissance d'origine, qui sera conservé.

***NB :** ***Ces propositions sont indissociables de la réforme des règles de publicité de l'état civil présentée au chapitre 3*.**

- Prévoir que le prénom d'origine de l'enfant sera conservé, un (des) prénom(s) pouvant cependant être ajouté(s).

- Préciser que le choix du prénom usuel appartient aux parents, mais que le consentement de l'enfant âgé de plus de 13 ans est requis en cas de changement de ce prénom usuel.

Annexe au chapitre 5
Pour une restructuration du titre VIII du code civil

La loi du 11 juillet 1966 a consacré les deux formes d'adoption, tout en instaurant la prééminence de l'adoption plénière ; l'adoption simple a été maintenue de manière résiduelle, mais sans être véritablement organisée. La première question à laquelle le groupe de travail a été confronté a été de s'interroger sur la pertinence de maintenir les deux formes d'adoption.
Plutôt que de remettre en cause le principe même de l'adoption plénière ou de fusionner les deux adoptions en un régime unique empruntant aux deux formes en vigueur, nous pensons que le temps est venu de rééquilibrer la place des deux formes d'adoption : l'adoption simple ne doit plus être perçue comme une « sous adoption », mais comme un véritable projet de vie pour l'enfant, lorsque tel est son intérêt.
Or, le législateur de 1966, a consacré l'adoption plénière comme la « véritable » adoption, faisant de l'adoption simple un régime subalterne et subsidiaire : héritier du modèle matrimonial alors en vigueur, le titre VIII du Livre Premier du code civil qui a été organisé autour de deux chapitres intitulés « de l'adoption plénière » et « de l'adoption simple », traduit symboliquement cette primauté conférée à l'adoption plénière.
Ainsi, seul le régime de l'adoption plénière est exposé de manière complète ; le chapitre second, consacré à l'adoption simple, procède principalement par renvois pour préciser la liste des articles, voire des alinéas étendus à l'adoption simple (cf C. civ article 361), quelques articles de fond portant sur le régime spécifique de cette forme d'adoption.
Cette présentation oppose les deux adoptions, alors même que nombre de dispositions les concernent également.

Le groupe de travail propose donc de remettre en cause la hiérarchie instaurée en 1966 et de moderniser le titre VIII du livre premier du code civil, en lui substituant une structure plus égalitaire, mettant en exergue les points communs entre les deux formes d'adoption, qui sont complémentaires et doivent être adaptées pour répondre au mieux à la diversité des situations et à l'intérêt de l'adoptant.

En exergue de ce titre, un article pourrait donner une définition de l'adoption, centrée sur l'intérêt supérieur de l'adopté.

Ce titre serait structuré autour des cinq chapitres suivants :

TITRE HUITIEME : DE LA FILIATION PAR ADOPTION

Chapitre 1er « Des dispositions générales » - Des conditions requises pour l'adoption

Section I – Conditions requises en la personne de l'adoptant
Section II – Conditions requises en la personne de l'adopté
Section III – Conditions requises entre l'adoptant et l'adopté

Chapitre II - De la procédure de l'adoption

Chapitre III - Des effets de l'adoption

Section I – Dispositions communes aux deux formes d'adoption
Section II - Des effets de l'adoption plénière
Section III - Des effets de l'adoption simple

Chapitre IV - Des dispositions particulières applicables à l'adoption de l'enfant du « conjoint »

Section I – Conditions requises pour l'adoption plénière
Section II – Effets de l'adoption plénière
Section III – Conditions requises pour l'adoption simple
Section IV – Effets de l'adoption simple

Chapitre V relatif à l'adoption internationale

Chapitre Premier : « des conditions requises pour l'adoption »

Ce chapitre regrouperait les conditions de l'adoption en quatre sections définissant les conditions de fond tenant à l'adoption, qu'il s'agisse de l'adoptant, de l'adopté, entre adopté et adoptant, ou du consentement à l'adoption.

Section I – Des conditions requises en la personne du ou des adoptants
Il s'agit des conditions tenant à l'âge, au statut du ou des adoptants ou à la durée de vie commune. Voir sur ce point notre proposition d'ouvrir l'adoption aux couples non mariés, (cf. chap. 5).

Section II – Des conditions requises en la personne de l'adopté
Ce point n'a pas été débattu au sein du groupe de travail, car perçu comme relevant davantage de la mission « Protection de l'enfance ».

Section III – Des conditions requises entre l'adoptant et l'adopté
Cette section comporterait les dispositions concernant l'écart d'âge entre l'adopté et l'adoptant, ainsi que les prohibitions à l'adoption.
L'innovation principale résulte de notre proposition d'instaurer des empêchements à adoption entre grands parents et petits enfants, et entre membres d'une même fratrie (voir chap. 5)

Section IV - Du consentement à l'adoption

Les règles relatives au consentement figurent actuellement aux articles 348 à 348-3 et 348-5 à 349, 370-3 et 458 du code civil, et leur articulation s'avère complexe et parfois contradictoire, et ne permettent pas de garantir le meilleur intérêt de l'adopté en toutes circonstances.

Ainsi, les règles de droit interne définissent le formalisme du consentement, mais ne précisent pas si ce consentement doit être qualifié en vue d'une adoption simple ou plénière, et, dans ce dernier cas, que les parents ont été informés des conséquences de cette adoption sur le lien de filiation.

À l'inverse, la règle de conflits de lois apporte de telles précisions (cf art 370-3) mais ne précise pas le formalisme requis, et notamment si la légalisation est requise. En outre, ce texte vise de manière générale le « représentant légal » de l'enfant, ce qui peut être source de difficultés d'interprétation quant à la détermination de la personne habilitée à donner son consentement. Enfin, la notion de représentant légal n'est pas celle toujours retenue en droit interne, celui-ci prévoyant que le consentement est donné par les parents ou le conseil de famille ; or, lorsqu'une mesure de tutelle est mise en place, le représentant légal de l'enfant est le tuteur et non le conseil de famille.

En outre, aucun texte ne précise clairement les personnes habilitées à consentir en cas d'adoptions successives.

Outre la contradiction potentielle entre différentes dispositions, la rigueur de ces dispositions, qui interdit toute adoption d'une personne sous tutelle dès lors qu'elle n'est pas en état de consentir personnellement à son adoption, n'apparaît pas conforme à son intérêt (cf chap. 5).

Chapitre II - De la procédure de l'adoption

Ce chapitre reprendrait l'essentiel des dispositions figurant à la section II du chapitre premier actuel (C. civ, art 351 à 354). Il comprend les dispositions relatives au placement en vue d'adoption, à la requête et au jugement d'adoption, les cas dans lesquels l'agrément est requis, la voie de recours extraordinaire que constitue la tierce opposition, ainsi que la publicité du jugement d'adoption plénière.

Les dispositions relatives à la procédure judiciaire (requête, jugement et tierce opposition) étant déjà communes aux deux formes d'adoption, ce chapitre serait peu modifié.

Section I - Des dispositions spécifiques à l'adoption d'un mineur

Au sein de cette section figureraient :

- Le principe de l'agrément ainsi que les cas dans lesquels le tribunal peut prononcer l'adoption malgré l'absence de celui-ci.
- La notion de placement en vue d'adoption, que le groupe propose de généraliser aux deux formes d'adoption simple et plénière pour les enfants placés par l'Aide Sociale à l'Enfance, afin de sécuriser le processus d'apparentement, son effet étant d'interdire la restitution de l'enfant. Seule l'impossibilité d'établir l'établissement de la filiation charnelle serait maintenue comme spécifique au projet d'adoption plénière.
- L'instauration, pour toute adoption d'un mineur, d'un délai minimum de six mois entre son accueil au foyer de l'adoptant et le dépôt de la requête (voir chap. 5).

Section II– Du jugement d'adoption

Cette section reprendrait les dispositions de l'article 353 actuel sous réserve de quelques modifications.

Une disposition nouvelle consisterait dans le recueil, en cas d'adoption d'un majeur, de l'avis du ou des parents (voir chap. 5).

Section III – De la tierce opposition
Cette section comprendrait l'article 353-2 actuel.
En revanche, il est proposé de déplacer dans le chapitre « effets de l'adoption », les règles de publicité du jugement d'adoption plénière et de mettre en place un régime commun aux deux formes d'adoption : l'adoption plénière ne donnerait plus lieu à la transcription du jugement tenant lieu d'acte de naissance de l'adopté, mais à une mention subséquente dans l'acte de naissance d'origine (voir chap. 5).

Chapitre III - Des effets de l'adoption

Trois sections seraient insérées dans ce chapitre. La première section regrouperait les effets communs aux deux formes d'adoption, les deux suivantes étant consacrées aux effets spécifiques à chacune des deux formes d'adoption.

Section I – Dispositions communes aux deux formes d'adoption
Il s'agit :
- de la date des effets de l'adoption : la règle posée à l'article 355 selon laquelle l'adoption produit ses effets au jour du dépôt de la requête en adoption serait maintenue.
- des règles de publicité du jugement à l'état civil : le groupe de travail préconise d'abandonner la logique « d'imitation de la procréation » de l'adoption plénière en prévoyant que l'adoption, plénière comme simple, donne lieu à une mention en marge de l'acte de naissance de l'adopté (voir chap. 5).
- des empêchements à mariage : le groupe propose de supprimer les possibilités de dispense actuellement prévus par l'article 368 du code civil. L'ensemble des empêchements, tant dans la famille d'origine qu'à l'égard de la famille, seraient identiques.
- du prénom de l'adopté : Il est préconisé de limiter le champ de la demande de l'adoptant, en prévoyant que le prénom d'origine doit être conservé, un ou plusieurs prénoms pouvant être *ajoutés* (voir chap. 5).

Section II - Des effets de l'adoption plénière
Il n'est pas proposé de changements notables par rapport au régime actuel qui apparait satisfaisant : la rupture complète du lien de filiation d'origine et, par voie de conséquence, la plénitude des droits dans la famille adoptive correspond à la finalité substitutive de cette forme d'adoption.
Cette section rappellerait les effets sur le lien de filiation, à l'égard de la famille d'origine et de la famille adoptive (art 356 et 358 actuels) et comprendraient les deux articles consacrés au nom de l'adopté en la forme plénière.
Une question n'a en revanche pas été tranchée par le groupe, qui concerne l'irrévocabilité absolue de l'adoption plénière. Peut-être faudrait-il assouplir la rigueur de ce principe dans des situations tout à fait exceptionnelles, afin de permettre une nouvelle adoption plénière en cas d'échec de la première ? (voir chap. 5)

Section III - Des effets de l'adoption simple
C'est sur ce point que le groupe estime que des adaptations sont nécessaires, notamment pour clarifier les effets de l'adoption dans la famille d'origine et la famille adoptive (Voir chap. 5).

Chapitre IV De l'adoption d'un enfant par le conjoint, le partenaire, ou le concubin. (voir infra le chap. 6 de ce rapport)

Section I : Des conditions requises pour l'adoption plénière

Cette section aurait pour objet de préciser dans quels cas et à quelles conditions une adoption plénière de l'enfant du « conjoint » serait permise.

Art +++ - L'adoption plénière de l'enfant est possible lorsque l'enfant n'a de filiation établie qu'à l'égard de ce conjoint, ou partenaire, ou concubin.

La requête en adoption peut-être être déposée après le décès du conjoint, partenaire ou concubin si l'enfant a été recueilli et élevé par l'adoptant.

Art +++ – Article qui opère un renvoi à certaines dispositions du droit commun de l'adoption :

- Conditions requises en la personne de l'adoptant : âge, consentement du conjoint
- Conditions requises en la personne de l'adopté : adopté âgé de moins de quinze ans, consentement de l'adopté si celui-ci est âgé de plus de 13 ans.

En filigrane, le même article ne renvoie pas à d'autres dispositions du droit commun qui, par voie de conséquence, ne s'appliquent pas :

- L'agrément à l'adoption n'est pas requis.
- Le placement en adoption n'est pas nécessaire.
- L'obligation de remettre l'enfant à l'aide sociale ou un OAA si l'enfant a moins de deux ans n'a pas être respectée.

Section II : Des effets de l'adoption plénière

Art- L'adoption plénière laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard du parent conjoint, ou du parent partenaire, ou du parent concubin de l'adoption et de sa famille.

Elle produit pour le surplus les effets d'une adoption par deux époux, deux partenaires ou deux concubins.

L'établissement ultérieur d'un lien de filiation, selon les modes d'établissement établis en application du titre VII du présent, est impossible.

Toutefois, la tierce opposition est recevable à l'encontre du jugement d'adoption en cas de dol ou de fraude imputable au conjoint, partenaire, ou concubin et à l'adoptant. Constitue un dol le fait, pour le conjoint, partenaire ou concubin et l'adoption d'avoir dissimulé l'existence de l'enfant au parent non conjoint, non partenaire, ou non concubin de l'adoptant.

Art +++ - Article qui opère un renvoi à certaines dispositions du droit commun de l'adoption

Même si toutes les conditions de la loi sont remplies, le tribunal de grande instance peut refuser de prononcer l'adoption s'il estime qu'elle n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant (C. civ., art. 353 al 1).

L'adoption plénière de l'enfant du conjoint a ses effets à compter du jour du dépôt de la requête en adoption – renvoi au droit commun.

L'adopté a, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant « dont la filiation est établie en application du titre VII du présent livre. »

L'adoption plénière est irrévocable sauf la possibilité de prononcer une adoption simple sur une adoption plénière

L'adoption est transcrite ou mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant

Art – Cet article précise les conditions portant sur le choix du nom de famille dévolu à l'enfant en cas d'adoption de l'enfant du conjoint, ou partenaire, ou concubin.

Section III – Des conditions requises pour l'adoption simple
Art - L'enfant précédemment adopté par une seule personne, en la forme simple ou plénière, peut l'être une seconde fois, par le conjoint de cette dernière, en la forme simple. Une seule adoption co-parentale est possible pour chacun des parents d'origine de l'enfant adopté, quand ceux-ci ne sont pas ou plus en couple.
Art - Article qui opère un renvoi à certaines dispositions du droit commun de l'adoption.
Conditions requise en la personne de l'adopté : quel que soit l'âge de l'adopté ; consentement personnel de l'adopté s'il est âgé de plus de treize ans
Le consentement des parents d'origine est requis si l'adopté est mineur.
Si l'adopté est majeur, le consentement du conjoint, partenaire ou concubin de l'adoptant est nécessaire à moins qu'il ne soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté.
Le tribunal de grande instance informe le parent autre que le conjoint, partenaire ou concubin de l'adoption.
En filigrane, le même article ne renvoie pas à d'autres dispositions du droit commun qui, par voie de conséquence, ne s'appliquent pas :
L'agrément à l'adoption n'est pas requis.
Le placement en adoption n'est pas nécessaire.
L'obligation de remettre l'enfant à l'aide sociale ou un OAA si l'enfant a moins de deux ans n'a pas être respectée.

Section quatrième – Des effets de l'adoption simple
Art - L'adopté conserve tous ses droits à l'égard du parent non conjoint, partenaire ou concubin de l'adoptant, ainsi qu'à l'égard du parent conjoint, partenaire ou concubin de l'adoptant.
Art - L'autorité parentale, ainsi que son exercice, continue d'appartenir aux parents d'origine. En fonction de l'intérêt de l'enfant et si les circonstances l'exigent, le tribunal statue sur les modalités d'un exercice en commun de l'autorité parentale entre les parents d'origine et l'adoptant.
Art - L'adopté doit des aliments à ses parents d'origine, ainsi qu'à l'adoptant. Tempérament : que l'adoptant ait pris soin de l'enfant pendant une certaine durée et qu'il n'ait pas perdu contact avec lui. Réciproquement, l'adoptant et ses parents d'origine doivent, concurremment et à proportion de leurs facultés respectives des aliments à l'adopté.
Art - L'adoption conserve tous ses effets, nonobstant l'établissement ultérieur d'un lien de filiation.
Art - L'adoption simple est irrévocable sauf motifs graves –renvoi au droit commun de l'adoption simple.

Chapitre V – Des aspects internationaux de l'adoption

Le groupe n'a pas approfondi cette question, qui ne relevait pas directement de sa compétence et qui nécessiterait une expertise approfondie.
Le chapitre III « Du conflit de lois relatives à la filiation adoptive et de l'effet en France des adoptions prononcées l'étranger » serait inséré dans ce chapitre.
Une première section reprendrait, en les précisant, les règles sur le conflit de lois. La seconde « De l'adoption internationale » définirait la notion communément admise et procéderait à la codification des principes essentiels applicables à l'adoption internationale, tels que résultant des conventions internationales ratifiées par la France
La troisième section serait consacrée aux effets en France de l'adoption prononcée à l'étranger. Les modalités de reconnaissance de la décision étrangère dans l'ordre juridique

interne, qui relèvent principalement de la jurisprudence, pourraient ainsi être clarifiées, en distinguant selon que l'adoption a été prononcée selon une procédure conforme à la convention de La Haye du 29 mai 1993 précitée ou non.
Enfin, les effets de la décision étrangère pourraient être mieux définis et les modalités de conversion d'une adoption produisant les effets d'une adoption en adoption plénière mieux encadrées.

Chapitre 6

Un droit spécial de l'adoption :

l'adoption de l'enfant du conjoint

L'adoption de l'enfant du conjoint n'a cessé de progresser[137]. Ignorée en 1966, cette adoption a, depuis, connu un formidable succès avec le développement des recompositions familiales.[138]. Elle est toutefois rarement prononcée lorsque l'enfant est mineur et que l'autre parent est vivant, parce qu'elle suppose le consentement de l'autre parent que le conjoint, qui perd alors ses droits d'autorité parentale (C. civ., art. 365 al 1er). Devenu majeur, l'enfant « se donne » en adoption et le consentement n'est plus nécessaire. Elle est alors très utilisée, constituant le seul moyen permettant à un tiers de transmettre du patrimoine à la personne qu'il souhaite en bénéficiant des abattements qui existent en ligne directe (art. 786 CGI). Depuis que la loi du 17 mai 2013 a ouvert l'adoption aux couples homosexuels mariés, cette adoption devrait permettre de lier l'enfant à la femme de la mère[139].

Cette faveur pour l'adoption de l'enfant du conjoint ne doit pas occulter les réelles difficultés juridiques qui marquent cette forme d'adoption. Un bref rappel de l'évolution historique des textes (I) ainsi que des prises de positions jurisprudentielles (II) permet de constater que le droit est largement dépourvu de cohérence d'ensemble. Dès lors, une réflexion plus approfondie sur le sens de cette adoption particulière paraît inéluctable (III). Toutefois, l'avenir de cette adoption reste en suspens car il dépend non seulement d'une remise à plat des textes, mais également de facteurs qui lui sont extérieurs et notamment de choix législatifs qui pourraient être effectués par ailleurs en matière d'autorité parentale ou d'assistance médicale à la procréation (IV). Ces différents éléments mettront en avant la nécessité d'une réforme législative (V).

---

[137] Demandes d'adoptions simples en 2010 : 6767, en 211, 6719, en 2012, 6823. Demandes d'adoptions plénière en 2010, 3342, en 2011, 3222, en 2012, 2321. Source RGC, SDSE.

[138] V. V. Depadt-Sebag, « La reconnaissance juridique des tiers beaux-parents : entre adoption simple et délégation-partage », D. 2011, Étude 2494.

[139] TGI Lille, 14 oct. 2013 : JurisData n° 2013-027517.

I. Genèse de l'adoption de l'enfant du conjoint

A. Evolution de la législation : l'émergence d'une adoption spécifique

La loi n°66-200 du 11 juillet 1966 n'a pas appréhendé la spécificité de l'adoption de l'enfant du conjoint pour des raisons sociologiques : le développement des recompositions familiales après séparation ou divorce est postérieur.

- La première loi à appréhender l'adoption de l'enfant du conjoint est celle du **22 décembre 1976**[140] qui est intervenue pour éviter que l'adoption n'emporte alors une rupture avec les parents et la famille d'origine. L'article 356 dispose à cette fin : « *l'adoption de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille. Elle produit, pour le surplus, les effets d'une adoption par deux époux* ». La loi prenant acte de la spécificité de cette adoption, l'accompagne de conditions dérogatoires au droit commun de l'adoption : absence d'âge minimum pour adopter (C. civ., art. 343-2), différence d'âge entre adoptants et adoptés réduite à dix ans (C. civ., art. 344), inutilité de la remise de l'enfant à un intermédiaire (ASE ou OAA) lorsqu'il a moins de deux ans (C. civ. 348-5), absence d'exigence de placement et appréciation particulière de la nécessité de vérifier que l'adoption n'est pas de nature à compromettre la vie familiale (C. civ., art. 353-1)[141].

- La loi du 8 janvier 1993 a ensuite traité plus spécialement la question de l'ouverture de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, ne l'autorisant « *que lorsque cet enfant n'a de filiation établie qu'à l'égard de ce conjoint* » (art. 345-1). Il s'agissait en effet d'empêcher que par la rupture des liens la famille par le sang, les grands-parents, notamment, ne deviennent des étrangers obligés de réclamer un droit de visite[142], à peine admis à former tierce opposition au jugement d'adoption[143] et ne pouvant par ailleurs transmettre leur patrimoine qu'au terme d'un testament emportant soumission des biens ainsi transmis à la fiscalité défavorable des mutation à titre gratuit entre tiers.

- La loi dite « Mattei » du 5 juillet 1996 a toutefois modifié l'article 345-1 actuel du Code civil, afin d'élargir le domaine de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint et l'admettre en outre *« lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale »* ou *« lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant »*. Il était en effet apparu à l'époque que ces situations devaient permettre l'adoption plénière dans l'intérêt de l'enfant.

- La loi du 5 juillet 1996, continuant sur la voie d'une adoption aux conditions dérogatoires, a précisé par ailleurs que l'agrément n'était pas requis pour l'adoption de l'enfant du conjoint (C. civ., art. 353-1 al 1er).

- En 2002, le législateur est encore intervenu pour aménager spécialement les effets de l'adoption simple du conjoint en matière d'autorité parentale. La **loi n°2002-305 du 4 mars 2002 a prévu**, en cas d'adoption simple de l'enfant du conjoint que l'autorité parentale ne

[140] V. P. Salvage-Gerest, « L'adoption plénière de l'enfant du conjoint après la loi du 22 décembre 1976 », JCP 1982, I, 3076.
[141] V. CA Orléans, 22 oct. 2013, Juris-Data n° 024792 ; CA Douai, 6 juin 2013, Juris-Data n° 011823 ; CA Agen, 15 mai 2013, Juris-Data n°010350.
[142] Cass. 1re civ., 5 mai 1986, Bull. civ. I, n°112, p.115.
[143] Cass. 1re civ., 7 mars 1989, Bull. civ., I, 112, p.73.

serait pas transmise à l'adoptant, les deux parents étant alors co-titulaires de l'autorité, et son exercice pouvant en être commun sous réserve d'une déclaration conjointe devant le greffier en chef du TGI (*C. civ., art. 365, al. 2*)[144].

- **Les dernières modifications législatives datent de la loi** n° 2013-404 **du 17 mai** 2013 qui, prenant en compte la nouvelle possibilité pour un couple homosexuel d'adopter, a ajouté à l'article 345-1 du Code civil un 1° bis. L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est également possible : *« lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à l'égard du conjoint »*. Ce texte permet au conjoint d'adopter l'enfant qui aurait déjà été précédemment adopté par son époux ou son épouse. La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 a également introduit la possibilité d'une adoption simple de l'enfant du conjoint précédemment adopté en la forme plénière ou simple (C. civ., art. 360 al 2).

B. Les précisions jurisprudentielles

La Cour de cassation s'est efforcée de limiter toute utilisation des textes de l'adoption qui conduirait à redessiner les structures familiales[145].

Interdiction de l'adoption plénière par le concubin ou partenaire. C'est ainsi qu'elle n'a pas admis l'adoption plénière par le concubin ou le partenaire de l'enfant de l'autre. En effet, une telle adoption emporte inéluctablement une rupture avec le parent d'origine puisqu'il n'existe pas de règle comparable à l'article 356 alinéa 2 du code civil selon laquelle : *« l'adoption de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille* ». Dans un arrêt « Emonet c/ Suisse », la Cour européenne des droits de l'homme, le 13 décembre 2007[146] a condamné sans ambiguïté l'adoption plénière de l'enfant du concubin dont l'effet serait de rompre le lien avec le parent d'origine. À cet égard, la Cour européenne avait critiqué ces effets de l'adoption plénière de l'enfant du concubin et noté « qu'il convient d'aller vers une adoption par le concubin du parent de l'enfant qui ne fasse pas perdre à ce dernier ses droits à l'égard de son enfant ».

Impossibilité de l'adoption simple par le concubin ou partenaire. La Cour de cassation a par ailleurs rendu impossible l'adoption simple de l'enfant du conjoint, en considérant qu'elle entraînait un transfert de l'autorité parentale à l'adoptant, privant ainsi le parent lui-même de ses propres droits, puisque l'article 365 du code civil relatif à l'exercice de l'autorité parentale ne concerne que l'adoptant *marié* avec le parent[147]. L'article 365 du code civil avait sans succès pu être soumis à l'épreuve de l'inconstitutionnalité [148] et de l'inconventionnalité[149].

Il convient toutefois de relever que l'impossibilité d'adopter ne concerne que les enfants mineurs et que rien ne proscrit l'adoption simple de l'enfant majeur, la question du transfert de l'autorité parentale qui justifie la position de la Cour de cassation n'ayant plus lieu d'être.

---

[144] CPC., art. 1180-1, réd. D. n°2012-1443, 24 déc. 2012.
[145] J. Hauser, « L'adoption simple, joker de la crise de la parenté ! », Dr. Fam. 2010 - n° 9.
[146] CEDH, 13 déc. 2007, Emonet c/ Suisse.
[147] Cass. 1re civ., 20 févr. 2007, n° 04-15.676 ; Cass. 1re civ., 20 févr. 2007, n° 06-15.647 ; Cass. 1re civ., 19 déc. 2007: Bull. civ. I, n° 392 ; Cass. 1re civ., 9 mars 2011, n° 10-10.385.
[148] Cons. const., déc. 6 déc. 2010, n° 2010-39 QPC.
[149] CEDH, 15 mars 2012, n° 25951/07, Gas et Dubois c/ France.

Ensuite, il faut observer que la place du beau-parent concubin n'est pas totalement déniée, puisqu'il est admis qu'il puisse faire une demande de délégation-partage de l'autorité parentale, exclusive de toute démarche d'adoption simple, si cette mesure est justifiée par l'intérêt de l'enfant[150] ou si les circonstances l'exigent[151] (C. civ., art. 377-1 al 2). Enfin, il a été reconnu qu'une décision étrangère prononçant l'adoption simple par une femme de l'enfant de sa compagne ne heurtait aucun principe essentiel du droit français dès lors que cette décision partageait l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante de l'enfant[152]. Ainsi, ce qui est refusé en droit interne par la Cour de cassation est admis en droit international, si l'adoption prononcée à l'étranger conduit à un exercice conjoint de l'autorité parentale entre les deux parents.

Refus de l'adoption de l'enfant du conjoint par les deux « beaux-parents ». Enfin, la jurisprudence a refusé une double adoption simple par les deux beaux-parents de l'enfant. La solution a été posée par un arrêt de la Cour de cassation le 12 janvier 2011[153] qui considère que « *Le droit au respect de la vie privée et familiale n'interdit pas de limiter le nombre d'adoptions successives dont une même personne peut faire l'objet, ni ne commande de consacrer par une adoption, tous les liens d'affection fussent-ils anciens et bien établis* ».

Par conséquent, par strates successives, le législateur et la jurisprudence ont construit un régime spécifique dit de l'adoption de l'enfant du conjoint, distinct du droit commun de l'adoption, sans vision d'ensemble et qui souffre de multiples incohérences.

C. La nécessité de réfléchir au sens de l'adoption de l'enfant d'un des membres du couple par l'autre

Adopter l'enfant de son conjoint (ou de son partenaire pacsé ou de son concubin) est une opération radicalement différente de l'adoption de droit commun prévue pour un enfant abandonné.

Il est évident que l'adoption de l'enfant du conjoint présente certaines spécificités dont il convient de tenir compte. Ainsi, cette adoption n'est pas une adoption d'un enfant abandonné, de sorte qu'il n'est nullement nécessaire de prévoir un agrément, un placement ou encore une remise à l'ASE pour les enfants de moins de deux ans. Ensuite, l'adoption de l'enfant du conjoint est une adoption unilatérale d'un genre particulier, qui se distingue de l'adoption réalisée par un célibataire. Tandis que cette dernière conduit à institutionnaliser via l'adoption, une famille monoparentale, la première favorise l'intégration dans une famille biparentale. **Cette adoption est « faussement individuelle » car elle repose en réalité sur l'engagement d'un couple**. Cette coparenté se traduit dans les textes lorsque le législateur affirme que l'adoption plénière ne rompt pas les liens avec ce conjoint (C. civ., art. 356).

Il faut enfin faire remarquer que l'on n'a pas assez bien distingué l'adoption simple de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint ; or les deux adoptions ne peuvent avoir la même finalité.

---

[150] Cass. 1re civ., 24 févr. 2006, n° 04-17.090.
[151] Cass. 1re civ., 16 avril 2008, Bull. civ. I, n°106 ; Cass. 1re civ., 8 juillet 2010, Bull. Civ. I, n°158.
[152] Cass. 1re civ., 8 juill. 2010, n° 08-21.740.
[153] Cass. 1re civ., 12 janv. 2011, n° 09-16.527. V. aussi CA Poitiers, 27 juin 2012, 11/05262.

L'adoption plénière de l'enfant du conjoint vise à constituer un couple parental là où, pour des raisons diverses, l'enfant n'a qu'une seule filiation. L'esprit de cette adoption est celui d'une adoption conjugale. Le législateur ne s'y trompe pas lorsqu'il écrit que l'adoption plénière produit les effets d'une adoption par deux époux (C. civ., art. 1976). On n'a peut-être pas suffisamment relevé qu'en vertu de l'article 345-1 du Code civil, un parent ne peut jamais consentir à l'adoption plénière de son enfant par le conjoint de l'autre parent de celui-ci alors même que dans le droit commun de l'adoption, il est toujours possible de consentir à l'adoption de son propre enfant. C'est donc que l'adoption plénière de l'enfant du conjoint n'est possible que si le parent non conjoint n'a pas établi son lien de filiation. La relation se joue donc à deux ; le parent conjoint et le parent adoptant.

L'adoption simple est plus souple et peut viser une diversité de situations puisqu'elle est additive. Toutefois, les effets actuels de cette forme d'adoption sont inadaptés au cas de l'adoption de l'enfant du conjoint. En effet, l'approche classique de l'adoption simple consiste à affirmer que l'enfant entre dans la famille adoptive, dans laquelle il va vivre, et conserve seulement ses droits et obligations à l'égard de sa famille d'origine[154]. Il est donc normal que le législateur de 1966 ait prévu, à propos des effets de l'adoption un régime qui place la famille adoptive au premier rang et relègue la famille d'origine en arrière-plan (exemples : transfert des droits parentaux aux adoptants, l'obligation d'entretien est assumé par les adoptants, les père et mère d'origine ne sont tenus d'une obligation alimentaire que si l'adopté ne peut les obtenir des adoptants, etc..). Dans le cadre d'une adoption au sein d'un couple, en revanche, le parent d'origine et le parent adoptif devraient être mis un pied d'égalité ; les raisons d'une hiérarchie ou d'une subsidiarité entre eux n'ont pas lieu d'être.

D. L'avenir de l'adoption de l'enfant du conjoint

L'avenir de cette forme d'adoption est lié à des paramètres qui doivent être pris en compte.
L'un d'eux concerne la réussite du dispositif que nous préconisons concernant la place familiale du beau-parent[155]. Il est probable que si demain, le législateur assouplissait les conditions permettant le partage de l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant mineur, et envisageait un alignement fiscal de la transmission du patrimoine sur celui des parents et des enfants, nombre d'adoptions simples de beaux-enfants n'auraient plus lieu d'être.
Un autre concerne le développement de nouvelles techniques médicales d'assistance à la procréation ainsi que les conditions d'accès à cette assistance. Depuis la loi de 2013, l'adoption de l'enfant du conjoint peut être utilisée, en particulier, par des couples de femmes, dont l'une s'est rendue à l'étranger pour obtenir une IAD : l'autre peut déposer ensuite une requête en adoption de l'enfant en France[156]. Si demain, comme nous le préconisons, le législateur décide d'ouvrir, à l'instar d'autres pays, européens, l'AMP aux couples de femmes et instaure pour tous les couples ayant eu recours à un don une « déclaration commune anticipée de filiation »[157], il ne sera plus nécessaire pour ces couples de recourir à une adoption de l'enfant du conjoint pour établir le lien de filiation à l'égard de la compagne de la femme qui accouche.

---

[154] Ce n'est pourtant pas ce qu'énonce le Code civil : l'article 364 prévoit que l'enfant reste dans sa famille d'origine. V. chap. 1er proposition de réécriture du texte.
[155] Voir infra chap. 10 « Reconnaître la place familiale du beau-parent ».
[156] TGI Lille, 14 oct. 2013 : JurisData n° 2013-027517, préc.
[157] Voir infra chap. 7 « Troisième modalité : l'engendrement avec tiers donneur »

Dans l'attente d'une telle réforme que notre groupe préconise (voir *infra* chapitre 7), l'adoption de l'enfant du conjoint sera utile pour les couples de femmes ayant bénéficié d'une IAD à l'étranger.
Enfin, cette adoption est utile dans les situations dites de « coparentalité » dans lesquelles l'enfant est issu du projet commun d'un couple de femmes et d'un couple d'hommes.

II. Propositions de réforme

En raison de la spécificité de l'adoption de l'enfant du conjoint, nous préconisons d'insérer au sein du code civil, des dispositions propres à l'adoption de l'enfant du conjoint.

Pour la construction de ce nouveau régime, il faut distinguer les questions communes aux deux types d'adoption, puis l'adoption plénière et simple.

A. Questions communes aux deux formes d'adoptions, plénière ou simple, de l'enfant du conjoint

1. Admettre l'adoption de l'enfant du concubin ou du partenaire d'un Pacs

Cette forme d'adoption est principalement ouverte au sein d'un couple marié. Certes, l'adoption de l'enfant du concubin, si l'enfant est majeur, est possible en la forme simple. Toutefois, même admise, une telle possibilité souligne l'incohérence du droit positif français tant cette différence de traitement ne peut guère se justifier.
La question de l'ouverture de l'adoption de l'enfant du concubin ou du partenaire lié par un Pacs est liée à celle de l'ouverture du principe même de l'adoption à tous les couples, mariés ou non.

Dès lors que le groupe de travail préconise l'ouverture de l'adoption à tous les couples, mariés et non mariés, de sexe différent ou de même sexe[158] et maintient la possibilité d'une adoption par une personne célibataire, cela signifie logiquement qu'il préconise de permettre l'adoption de l'enfant du concubin/partenaire.
Cette forme d'adoption est, le plus souvent, conforme à l'intérêt de l'enfant, dans la mesure où elle consiste à lui permettre de s'intégrer dans sa nouvelle famille. Les mêmes raisons qui ont poussé le législateur de 1976 à favoriser l'adoption plénière de l'enfant du conjoint devraient conduire le législateur, demain, à regarder avec bienveillance l'adoption de l'enfant du concubin ou du partenaire d'un Pacs.
Bien entendu, cette ouverture concerne aussi bien le concubinage/partenariat de sexe même sexe que de sexe différent. Toute autre attitude exposerait la France à une condamnation par la Cour européenne des droits de l'Homme (cf. en ce sens, la condamnation de l'Autriche, le 19 février 2013[159], parce que le code civil autrichien permet à un couple de concubins hétérosexuels d'adopter un enfant, ce qui est refusé à un couple de concubins homosexuels).

Proposition

Permettre l'adoption de l'enfant du concubin ou du partenaire pacsé, que celui-ci soit de sexe différent ou de même sexe.

[158] Voir supra chapitre 5.
[159] CEDH, gde. Ch., 19 févr. 2013, n°19010/07, X et a. c/Autriche.

Par souci de simplification de la suite des développements, l'expression « adoption de l'enfant du conjoint » devra être entendue comme visant le conjoint au sens large : conjoint marié, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin.

2. Conserver la dualité adoption simple/plénière pour l'adoption de l'enfant du conjoint

Actuellement, les deux formes d'adoption sont utilisées mais de manière différenciée.
L'adoption plénière de l'enfant du conjoint n'est possible que si l'enfant est mineur (on retrouve ici la limite d'âge de l'adoption plénière, l'enfant doit être âgé en principe de moins de 15 ans, sauf exceptions prévues par l'article 345 du code civil). L'adoption simple de l'enfant du conjoint se rencontre fréquemment, mais essentiellement lorsque l'enfant est majeur. En effet, si ce dernier est mineur, l'adoption suppose le consentement du parent non conjoint de l'adoptant[160], s'il est vivant et en mesure de le donner[161]. Ce consentement est rarement donné dans le cadre de recompositions familiales d'autant que le prononcé de l'adoption entraîne la perte des droits d'autorité parentale pour ce parent. Le tribunal de grande instance au moment du prononcé de l'adoption serait en droit d'estimer le refus abusif (C. civ., art. 348-6), si les conditions restrictives sont réunies (refus abusif et désintérêt au risque de compromettre la santé ou la moralité de l'enfant), mais une telle autorisation supplétive ne peut être qu'exceptionnelle[162]. L'adoption simple de l'enfant du conjoint demeure donc à titre principal une adoption d'enfants majeurs dont les effets restent mal maîtrisés.

Proposition

Il est proposé de préciser les modalités d'utilisation des deux formes d'adoption de l'enfant du conjoint :
L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est une adoption qui écarte la famille d'origine et ne devrait donc être utilisée que lorsque l'enfant n'a de filiation établie qu'à l'égard de ce conjoint. Dans cette configuration familiale, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint doit avoir les faveurs du législateur et le régime actuel, plus facile à appréhender, peut, en partie, être conservé.
L'adoption simple de l'enfant du conjoint présente l'avantage de ne pas écarter la famille d'origine et est adaptée à la diversité des situations, notamment lorsque l'autre parent que le conjoint de l'adoptant est vivant.

3. Ne pas obérer les droits du père biologique dans le cadre des adoptions simples ou plénières

Il existe dans les deux cas d'adoption une question récurrente relative à la place du père biologique, qui n'est pas le conjoint de l'adoptant.
En cas d'adoption plénière de l'enfant du conjoint, la rupture des liens avec la famille d'origine interdit tout établissement *ultérieur* du lien de filiation après le prononcé de l'adoption. Certes, il n'existe pas, comme en matière d'adoption d'un enfant abandonné, une

[160] Ainsi que le consentement du conjoint de l'adoptant et le consentement de l'adopté, si ce dernier a plus de 13 ans.
[161] V. P. Salvage-Gerest, préc., n°223-32).
[162] Riom, 6 mars 2007, RG n°06/02293.

décision administrative de placement en vue d'adoption qui fait obstacle à tout établissement du lien de filiation (C. civ., art. 352). Mais, cette impossibilité semble résulter du prononcé même de l'adoption plénière dont l'effet principal est de rompre le lien avec la famille par le sang. Dès lors, la finalité même de l'adoption plénière suppose de ne pas rendre possible l'établissement du lien de filiation à l'égard de l'autre parent, une fois celle-ci prononcée.
En revanche, l'établissement du lien de filiation après le prononcé de l'adoption simple de l'enfant du conjoint demeure possible comme l'énonce l'article 369 du Code civil.

Or, en pratique, la question de la place du père biologique peut se rencontrer dans le cadre d'une procréation dite « amicalement assistée », où des parents d'intention, souvent un couple de femmes, font appel à un ami pour être le géniteur de l'enfant. Dans cette hypothèse, si la femme de la mère adopte plénièrement l'enfant, le géniteur qui ne se verrait plus comme un simple ami, mais souhaiterait endosser sa paternité, ne pourrait pas agir. À l'inverse, si la femme de la mère adopte simplement l'enfant, le père biologique pourrait le reconnaître postérieurement, *mais sans que cette reconnaissance n'ait d'incidence sur la filiation adoptive*.
On conçoit que de telles situations ne soient pas totalement satisfaisantes et qu'il conviendrait de mieux sécuriser les liens de filiation, autant que de reconnaître la place du père qui le souhaiterait. Ainsi, pour permettre à cet homme d'exercer une forme de « droit de se raviser », le groupe de travail estime qu'un délai minimum d'au moins six mois entre l'arrivée de l'enfant au foyer de l'adoptant et le dépôt de la requête devrait être requis pour toute adoption d'un mineur, qu'elle soit simple ou plénière, qu'elle concerne un enfant abandonné ou celui du conjoint.

Il faut relever en outre que les droits du père biologique non conjoint de l'adoptant sont susceptibles d'être préservés, postérieurement à l'adoption, par le jeu d'une action en tierce opposition qu'il peut engager contre le jugement d'adoption dans les conditions de droit commun. En effet, toute personne qui y a intérêt peut former opposition à un jugement (CPC., art. 583). En matière gracieuse, la tierce opposition est ouverte au tiers auxquels la décision n'a pas été notifiée ; elle demeure ouverte à titre principal pendant trente ans à compter du jugement (CPC., art. 586). La décision qui fait droit à la tierce opposition ne rétracte ou ne réforme le jugement que sur les chefs préjudiciables au tiers opposant. Le père biologique non conjoint pourrait ainsi établir son lien de filiation sans remettre en cause le lien de filiation adoptif[163]. Il faudrait alors démontrer une fraude ou un dol imputable aux adoptants (article 353-2 du code civil) qui auraient dissimulé l'existence de l'enfant au père biologique et au juge.

[163] Sur l'idée qu'une reconnaissance n'est recevable dans l'hypothèse d'une adoption plénière par une seule personne que si le parent souhaitant reconnaître l'enfant a, au préalable, exercé avec succès une tierce opposition, contre le jugement d'adoption d'adoption plénière à condition qu'il y ait eu fraude ou dol imputable aux adoptants (article 353-2 du code civil) cf. Rép. Min. Réponse publiée au JO le : 30/07/2013, p.: 8229.

Propositions

- Conserver la dualité adoption plénière/adoption simple, y compris pour l'adoption de l'enfant d'un des membres du couple par l'autre.

Veiller au respect du droit à l'établissement du lien de filiation du père biologique autre que le conjoint de l'adoptant dans le cadre d'une adoption plénière.

Préserver la place de la famille d'origine dans le cadre d'une adoption simple de l'enfant du conjoint.

***Proposition de réécriture des textes du code civil* :**

–L'adoption plénière de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de celui-ci et de sa famille.

–Elle produit pour le surplus les effets d'une adoption par deux époux, deux partenaires ou deux concubins.

–L'établissement ultérieur d'un lien de filiation, selon les modes d'établissement en application du titre VII du présent livre, est impossible.

–Toutefois, la tierce opposition est recevable à l'encontre du jugement d'adoption en cas de dol ou de fraude imputable au conjoint et à l'adoptant. Constitue un dol le fait, pour le conjoint et l'adoptant d'avoir dissimulé l'existence de l'enfant au parent biologique non conjoint de l'adoptant.

4. Revoir les conditions pour adopter

Quelle que soit la forme d'adoption, les conditions requises en la personne de l'adopté mériteraient d'être sérieusement discutées, notamment en ce qui concerne l'âge requis.
Les conditions requises en la personne de l'adoptant pourraient être alignées sur celles de l'adoption plénière tant en ce qui concerne l'âge minimum pour adopter que la différence d'âge entre adopté et adoptant. En effet, certaines spécificités introduites par les lois du 11 juillet 1966 et du 22 décembre 1976 ne paraissent plus aujourd'hui pertinentes.

Ainsi en est-il de l'absence d'âge minimum pour adopter (C. civ., art. 343-2), de la réduction de la différence d'âge entre adoptants et adoptés fixée à dix ans, voire moins si le tribunal le décide pour « justes motifs » (C. civ., art. 344), à moins de distinguer sur ce point selon que l'adoption simple concerne un mineur ou un majeur. Dans ce dernier cas, l'étude de la jurisprudence montre que les magistrats retiennent assez fréquemment l'existence de justes motifs pour prononcer l'adoption sans doute parce qu'ici l'enjeu patrimonial prime sur le rapport filial[164].

En outre, lorsque l'enfant a moins de deux ans, il est obligatoire de le remettre préalablement à un intermédiaire (ASE ou OAA) pour qu'il puisse être adopté. La seule

[164] CA Rennes, 12 février 2013, Juris-Data 005256 ; CA Lyon, 17 sept. 2013, Juris-Data n° 020137 ; CA Rouen, 7 mai 2009, Juris-Data n°003176 ; CA Rennes, 12 février 2013 ; Juris-Data n°005256 ; CA Douai, 13 sept. 2012, Juris-Data n°025343 ; CA Lyon, 9 juillet 2012, Juris-Data n°018495.

exception (C. civ. 348-5) vise l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance préalable entre l'adoptant et l'adopté. Or, avant que l'adoption n'ait eu lieu, il n'existe, en cas d'adoption de l'enfant du conjoint, aucun lien d'alliance ou de parenté entre l'adoptant et l'adopté. C'est la situation familiale qui impose une telle solution : l'enfant vit déjà au quotidien avec le futur adoptant. Si demain, le législateur ouvrait l'adoption à tous les couples comme nous le préconisons (cf. chap.5), il conviendrait qu'il prenne le soin de préciser que dans le cadre d'une adoption de l'enfant d'un des membres du couple par l'autre, l'exigence de l'article 348-5 précité ne s'applique pas.

En présence d'une telle adoption, il conviendrait de maintenir les dispositions actuelles selon lesquelles ni l'agrément, ni le placement en vue d'une adoption ne sont nécessaires.

Propositions

Préciser que l'exigence prévue à article 348-5 ne s'applique pas en cas d'adoption de l'enfant par l'autre membre du couple.
Aligner les conditions d'âge de l'adoptant et d'écart d'âge sur le droit commun de l'adoption
Supprimer « La différence d'âge entre adoptants et adoptés est réduite à dix ans, voire moins si le tribunal le décide pour « justes motifs » (C. civ., art. 344)

B. L'adoption plénière de l'enfant du conjoint

1. Dans quel cas l'adoption plénière de l'enfant du conjoint devrait-elle être prononcée?

L'adoption plénière de l'enfant du conjoint n'est possible que lorsque la filiation n'est pas établie à l'égard de l'autre parent, ou lorsque la filiation est établie mais qu'il est dans l'impossibilité de consentir à une telle adoption (retrait d'autorité parentale, parent décédé et ascendants s'étant désintéressés de l'enfant) (art. 345-1 C. civ.).
Cette solution est dérogatoire au droit commun de l'adoption, puisqu'il est possible de consentir à l'adoption plénière de son enfant (C. civ., art. 347), sans considération de la personne adoptante si l'enfant à moins de deux ans (C. civ., art. 348-5), ou même au profit de personnes connues si l'enfant a plus de deux ans.
Pour l'adoption de l'enfant du conjoint, la règle spéciale se justifie afin de ne pas permettre l'élimination de l'autre parent par le sang ou des autres membres de la famille, notamment des ascendants.
Toutefois, la règle spéciale pourrait être renforcée, car elle ne permet pas de s'assurer que la famille d'origine ne soit pas éliminée. En effet, l'adoption plénière entrainant une rupture complète à l'égard de l'ensemble des membres de la même lignée (grands parents, collatéraux non adoptés, oncles et tantes, cousins et cousines…), elle ne devrait être possible que lorsque l'enfant n'a de filiation établie qu'à l'égard du conjoint de l'adoptant.

Cette modification replacerait le droit français de l'adoption dans la position qui était la sienne après la loi du 8 janvier 1993 et avant les changements opérés par la loi du 5 juillet 1996. La solution retenue en 1993 avait, toutefois, paru trop brutale aux yeux de certains commentateurs car, selon eux, il est des cas où une rupture complète avec la famille d'origine pouvait paraître conforme à l'intérêt de l'enfant.

Ces critiques ont conduit le législateur de 1996 à élargir les possibilités d'une telle adoption qui a alors été admise dans deux autres cas : « lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale » et « lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant ».
Il a semblé au groupe de travail que ces possibilités pourraient être abrogées.
Le premier cas ignore les intérêts des autres membres de la famille d'origine. Pourtant, le retrait d'autorité parentale est tout entier tourné vers la personne du parent. Le second cas est aussi problématique, car il ne prend en compte que les intérêts des grands-parents et non ceux des frères/sœurs ou oncles/tantes.

En outre, il a été relevé que dans toutes ces hypothèses, le prononcé d'une adoption simple était toujours possible. Le maintien des liens avec la famille d'origine, même si celle-ci s'est désintéressée de l'enfant, n'est pas, en lui-même dirimant[165] et cette position est cohérente avec le souci de notre groupe de travail de placer sur un pied d'égalité, en tant que mode d'établissement du lien de filiation, l'adoption plénière et l'adoption simple.

Il faudrait harmoniser en conséquence la rédaction des articles posant la possibilité d'adopter plénièrement l'enfant du conjoint pour plus de clarté.

- Une première remarque porte sur la rédaction de l'article 345-1 1° bis, qui prévoit depuis la loi du 17 mai 2013 que l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est possible « lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard ». La précision est en réalité inutile puisque cet alinéa énonce par principe que l'adoption plénière est possible lorsque l'enfant n'a de filiation établie qu'à l'égard de ce conjoint.

- Une seconde remarque porte sur la rédaction de l'article 346 alinéa 2 du code civil qui permet l'adoption plénière du vivant du parent conjoint de l'adoptant, ou lorsque l'adoptant est décédé. Or, permettre une nouvelle adoption plénière après décès du premier adoptant aboutit, après la mort de ce parent, à une disparition symbolique qui n'a pas lieu d'être. Il conviendrait donc de prendre en compte là encore le risque de rupture avec la famille d'origine et donc de supprimer la possibilité de l'adoption plénière par le conjoint de l'adoptant.

- En contrepartie devrait être envisagée l'adoption plénière de l'enfant du conjoint prédécédé et ce uniquement lorsque l'enfant n'avait de filiation légalement établie qu'à son égard. Il serait opportun de prévoir que le parent adoptant puisse déposer sa requête en adoption après le décès du parent conjoint de l'adoptant, dès lors que l'enfant a été élevé par ce conjoint. Actuellement, c'est le droit commun de l'adoption plénière qui s'applique : l'adoptant doit être titulaire d'un agrément : il devrait en théorie passer l'ASE ou un OAA si l'enfant a moins de deux ans. La situation est donc très complexe et préjudiciable à l'enfant.

[165] Elle pourrait le devenir si la famille d'origine demande des aliments à l'enfant adopté simplement mais ce dernier pourrait utilement invoquer l'exception d'indignité de l'article 207 al 2 du Code civil : « quand le créancier aura lui-même manqué gravement à ses obligations envers le débiteur, le juge pourra décharger celui-ci de tout ou partie de la dette alimentaire ».

Propositions

- Autoriser l'adoption plénière de l'enfant par le conjoint du parent uniquement lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint.

- Abroger l'article 345-1, 1° bis

- Abroger l'article 346 alinéa 2

- Prévoir que lorsque l'enfant n'a de filiation établie qu'à l'égard d'un parent et en cas de décès de ce parent, le conjoint de ce dernier peut déposer une requête en adoption si l'enfant a été recueilli et élevé par l'adoptant.

2. Quels seraient les effets de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, partenaire ou concubin ?

Sur ce point, le groupe préconise de ne pas modifier l'état du droit positif.
La règle posée à l'article 356 alinéa 2 parait satisfaisante. Elle est en outre en cohérence avec nos propositions sur l'état civil, puisqu'il n'y aurait plus à procéder à l'annulation de l'acte originaire et à transcrire le jugement,(voir chap. 5)

Proposition

Maintenir la règle qui veut que l'adoption plénière de l'enfant du conjoint produise, pour le surplus les effets d'une adoption par deux époux, partenaires ou concubins (C. civ., art. 356 al 2).

C. L'adoption simple de l'enfant du conjoint

1. La question de l'information du parent autre que le conjoint de l'adoptant

En droit positif, l'enfant majeur consent seul à son adoption. Il se « donne » en adoption. La règle est logique puisqu'il n'est plus sous l'autorité de ses parents et qu'il dispose de la pleine capacité juridique[166]. Il ne semble pas toutefois que l'adoption pourrait avoir lieu contre la volonté du parent conjoint de l'adoptant qui devra toujours donner son consentement (cf. C. civ., art. 361 du Code civil qui renvoie à l'article 343-1, al. 2).
Par contre, le parent non conjoint de l'adoptant, n'a pas à donner son consentement[167]. Il n'intervient pas dans la procédure et peut apprendre, de manière purement fortuite, l'existence de l'adoption de son enfant par le beau-parent une fois le jugement rendu.

Si son consentement ne peut être exigé, puisqu'il n'a plus l'autorité parentale sur l'enfant, le groupe estime qu'il serait nécessaire que cette adoption ne puisse pas se réaliser sans que le parent soit au courant de la procédure.
Notre groupe de travail s'est interrogé sur la solution la plus adéquate, entre l'obligation de recueillir son avis, ou sa simple information préalable. Il estime que le parent non conjoint de l'adoptant devait, au minimum, être informé du projet d'adoption.

[166] Cass. 1re civ., 20 mars 2013, n° 12-16.401.
[167] CA Douai, 6 déc. 2012, Juris-Data n°029250.

Proposition

En cas d'adoption simple d'un enfant majeur, le parent non conjoint de l'adoptant doit être informé du projet d'adoption

2. Faut-il autoriser l'adoption par chacun des beaux-parents ?

La Cour de cassation refuse que l'enfant puisse être adopté par les deux beaux-parents[168]. Cette situation se révèle discriminatoire, puisque entre les deux beaux-parents, cela revient à favoriser « le prix de la course ».

Pour cette raison, notre groupe de travail est favorable à ce que le législateur autorise cette double adoption.
Mais, s'il le fait, il devrait respecter les deux principes structurants du droit de l'adoption :

- Le principe d'unicité du lien de filiation devrait le conduire à interdire les adoptions successives au gré des recompositions familiales : une seule adoption co-parentale pour chacun des parents d'origine. En raison du caractère particulier de la situation pour l'enfant, une telle adoption ne pourrait, en tout état de cause, être prononcée que si le tribunal l'estime conforme à l'intérêt de l'enfant.

- Le principe de coparentalité devrait le conduire à préciser que cette adoption ne crée pas de plein droit un partage de l'exercice de l'autorité parentale entre les quatre parents. Les parents d'origine resteraient titulaires de l'autorité parentale et en auraient l'exercice ; les parents adoptifs n'en n'auraient que la titularité. Ce n'est que si le tribunal l'estime nécessaire, et à la condition que les parents d'origine donnent leur consentement, qu'un partage de l'exercice de l'autorité parentale avec les autres parents serait envisageable.
Les autres effets de cette double adoption simple devraient également faire l'objet d'une réflexion, ainsi que les droits de chacun en cas de séparation du ou des couples parentaux (v. infra les effets de l'adoption simple).

Propositions

- Permettre l'adoption simple de l'enfant par le conjoint, le partenaire ou le concubin de chacun de ses deux parents

- Limiter le nombre d'adoptions possibles : une seule adoption co-parentale pour chacun des parents d'origine.

Quels seraient les effets de l'adoption simple de l'enfant du conjoint, partenaire ou concubin ?

En ce qui concerne l'autorité parentale.

L'article 365 actuel du Code civil mériterait d'être maintenu.
Lors du vote de la loi du 17 mai 2013, une disposition adoptée seulement en première lecture à l'assemblée nationale[169] préconisait un exercice conjoint de plein droit de l'autorité

[168] Cass. 1re civ., 12 janv. 2011, n° 09-16.527.

parentale, entre l'adoptant et le parent. La commission du Sénat n'a pas souhaité donner suite en relevant d'une part le faible nombre de déclarations conjointes souscrites en vue d'un exercice en commun de l'autorité parentale[170] et d'autre part en soulevant l'idée que « *le parent (adoptant) peut souhaiter, pour des raisons légitimes, s'en tenir à l'attribution en commun de l'autorité parentale, sans son exercice en commun. L'adoption se limite alors à des obligations et des engagements envers l'enfant, pour sa protection, sans s'étendre à un pouvoir de décision sur son avenir ou son éducation* »[171].

Il convient de tenir compte de ces objections et de maintenir le dispositif actuel. L'adoptant est titulaire avec le parent de l'autorité parentale, mais il peut être prévu un exercice en commun, sous réserve d'une déclaration conjointe formée avec le parent auprès du greffier en chef du TGI.

<u>En ce qui concerne l'obligation alimentaire.</u>

Il faut distinguer la qualité de créancier ou de débiteur de l'obligation alimentaire.
Lorsque l'enfant est dans le besoin et donc créancier de l'obligation alimentaire, l'actuel article 367 du Code civil prévoit une hiérarchie au niveau de l'obligation alimentaire puisque les parents d'origine ne sont tenus de lui fournir des aliments que si l'adopté ne peut les obtenir de ses parents adoptifs [172].

Cette hiérarchie n'est guère compréhensible lorsque l'adoption s'effectue au sein d'un couple ; la suppression de subsidiarité entre les membres du couple serait donc bienvenue. Le parent par le sang et son conjoint adoptant seraient ainsi tenu d'une obligation alimentaire à l'égard de l'enfant selon les critères du droit commun. La jurisprudence est déjà allée un peu en ce sens qui admet que la subsidiarité de l'obligation alimentaire des parents par le sang n'est pas exclusive d'une contribution partielle[173].

Lorsque l'enfant est débiteur de l'obligation alimentaire, ses parents étant dans le besoin, l'actuel article 367 du code civil admet qu'il puisse alors être également tenu envers l'adoptant et ses père et mère d'origine. Une réserve concerne les cas de déchéance de l'obligation alimentaire prévus à l'article 367 du code civil (enfant remis en qualité de pupille ou enfant retiré de son milieu familial). Toutefois ces cas ne sont guère transposables à la situation des familles recomposées, où le beau-parent adopte simplement l'enfant de son conjoint. Il pourrait donc en cas d'adoption simple de l'enfant du conjoint être introduit une disposition d'équité spécifique subordonnant l'obligation alimentaire de l'adopté envers l'adoptant à une participation à sa prise en charge et au maintien de liens effectifs entre l'adoptant et l'adopté.

D'autres questions sont en suspens qui dépassent la mission de groupe mais sur lesquelles il faudrait attirer l'attention. Nul doute qu'il conviendrait de reprendre les règles de transmission du nom de l'enfant adopté simple en introduisant plus de souplesse sur le choix du nom par le parent et son conjoint adoptant.

---

[169] Article 1er quater du projet de loi adopté en première lecture à l'Assemblée nationale, le 12 février 2013.
[170] Selon les chiffres fournis par le ministère de la Justice, entre 2004 et 2011, le nombre de déclarations conjointes d'exercice de l'autorité parentale a oscillé entre 9 et 22 demandes par an, ce qui représente moins de 2% des adoptions simples de mineurs (cité par M. Schulz, C. Doublein, et L. Néliaz, *op. cit.*, n°117).
[171] M. Schulz, C. Doublein, et L. Néliaz, *op. cit.*, n°117.
[172] CA Paris, 4 juillet 2013, Juris-Data n°014418.
[173] Cass. 1re civ., 14 avr. 2010, n° 09-12.456.

Quant au droit des successions, une interrogation a porté sur l'actuel article 368, alinéa 2, du code civil qui prive l'adopté de la qualité d'héritier réservataire dans la succession des *ascendants* de l'adoptant. Cette règle illustre la spécificité de l'adoption simple, filiation additive : en effet, il convient de ne pas multiplier les obligations alimentaires à la charge de l'adopté. Il conviendrait donc de la maintenir.

Propositions

- Conserver les règles existantes sur l'autorité parentale.

- Aménager l'actuel article 367 du code civil sur l'obligation alimentaire en introduisant une disposition d'équité permettant à l'adopté de n'être tenu des aliments envers l'adoptant qu'à la condition que ce dernier ait participé à la prise en charge de l'enfant et que des liens effectifs entre l'adoptant et l'adopté se soient maintenus.

- Obligation alimentaire :
. supprimer la subsidiarité
. Prévoir le maintien de l'obligation à l'égard des parents d'origine en cas d'adoption de l'enfant du conjoint.

3. Quelle serait la fiscalité des transmissions à titre gratuit, en cas d'adoption simple par le beau-parent ?

Lorsque l'enfant a été adopté simplement par un beau-parent, l'enfant est bien entendu un héritier et, du point de vue civil, il a les mêmes droits qu'un enfant adopté qui l'aurait été de manière plénière (sous réserve de l'article 368-1, car il n'est pas réservataire dans la succession des ascendants de l'adoptant).
Toutefois la fiscalité des transmissions à titre gratuit des enfants adoptés simplement par un beau-parent n'est pas, dans tous les cas, alignée sur celle des autres enfants (adoptés plénièrement ou dont la filiation est établie selon le titre VII). En effet, de manière générale, l'actuelle rédaction de l'article 786 du CGI prévoit que, par principe, il n'est pas tenu compte du lien de filiation résultant de l'adoption simple : l'enfant adopté est donc considéré comme un tiers et les transmissions soumises au droit de 60 %.

Mais deux exceptions au moins peuvent concerner l'adoption simple par un beau-parent :
- l'enfant a été adopté par le conjoint marié du parent,
- l'enfant a reçu de l'adoptant soit pendant sa minorité et durant cinq ans, soit pendant sa minorité et majorité durant dix ans, des secours et soins non interrompus.

Le droit fiscal ne tient automatiquement compte du lien de filiation de l'enfant adopté simplement que lorsque celui-ci a été adopté par un beau-parent marié à son parent.
En revanche, si le concubin (ou le partenaire) du parent adopte simplement l'enfant de ce dernier la prise en compte du lien de filiation est alors subordonnée à de strictes conditions pour éviter les abus : il faut ainsi que l'adopté ait reçu de l'adoptant soit pendant sa minorité et durant cinq ans, soit pendant leur minorité et majorité durant dix ans, des secours et soins non interrompus. Cette distinction entre le beau-parent marié, et celui qui ne l'est pas ne se justifie pas aujourd'hui, et créée une discrimination entre les enfants, selon que leur beau-parent adoptif est ou non marié avec leur parent.

Il est donc proposé de modifier la solution énoncée à l'article 786 du CGI, afin d'aligner la situation de tous les enfants adoptés simplement pour qu'ils puissent se voir appliquer la même fiscalité quelle que soit la situation matrimoniale du beau-parent qui les aura adoptés simplement. L'article 786 1° du CGI pourrait alors être rédigé de la manière suivante « d'enfants issus du conjoint, concubin, ou partenaire de l'adoptant ».

Il faut relever qu'en réalité la question est plus vaste et que le principe même d'une fiscalité spécifique pour les enfants adoptés simplement peut être sujet à caution, quelle que soit la personne qui les a adoptés, même s'il ne s'agit pas d'un beau-parent.
L'actuelle solution posée à l'article 786 3° et prévoyant qu'il n'est tenu compte du lien de filiation résultant de l'adoption simple que si pendant la minorité et durant cinq ans ou pendant la minorité et la majorité durant dix ans au moins, il a reçu de l'adoptant des secours et des soins non interrompus, pourrait certes être maintenue pour les adoptants qui ne seraient pas des beaux-parents de l'enfant.
Une telle distinction, entre les adoptants qui sont des beaux-parents et les autres personnes permettrait de maintenir une lutte efficace contre la fraude.

Proposition

Modifier la rédaction de l'article 786 1° du CGI
L'article 786 1° du CGI pourrait alors être rédigé de la manière suivante « d'enfants issus du conjoint, concubin, ou partenaire de l'adoptant ».

Chapitre 7

Troisième modalité d'établissement : l'engendrement avec tiers donneur

L'assistance médicale à la procréation (AMP)[174] est un ensemble de techniques et de « pratiques cliniques et biologiques »[175] qui peuvent remplir deux objectifs très différents :
- soigner la stérilité d'un couple afin de lui permettre de procréer ; c'est ce que l'on nomme l'AMP intraconjugale (dite aussi homologue, ou endogène).
- organiser une procréation qui n'est pas celle du couple de futurs parents et suppose la coopération d'un tiers ; c'est l'AMP avec tiers donneur (dite aussi hétérologue, ou exogène).

L'AMP avec tiers donneur, dont il sera uniquement question ici[176], ne donne lieu qu'à peu de naissances[177], mais soulève des interrogations fondamentales pour nos conceptions communes de l'engendrement et de la filiation et met particulièrement à l'épreuve la

---

[174] Ce chapitre a bénéficié tout particulièrement des travaux et exposés de Simone Bateman et Geneviève Delaisi de Parseval sur l'assistance médicale à la procréation en France. Laurence Brunet, Martine Gross et Alfred Spira ont tout particulièrement contribué par leurs exposés à la discussion serrée du groupe sur les modes d'établissement de la filiation dans l'AMP avec tiers donneur. Par leurs textes et leurs contributions sur la bioéthique, Caroline Eliacheff, Juliette Guibert et Israël Nisand nous ont permis de bénéficier de leur expérience et leur réflexion irremplaçable de praticiens. Enfin, c'est aux travaux pionniers de Martine Gross et de Jérôme Courduriès sur l'homoparentalité que nous avons pu adosser la proposition d'ouvrir l'AMP aux couples de femmes. Nous les remercions tous très vivement pour leurs exposés, leur exceptionnelle implication et les textes qu'ils ont bien voulu nous confier.

[175] « L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel, dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé, après avis de l'Agence de la biomédecine. » (code de santé publique, article L.2141-1).

[176] L'AMP intraconjugale ne posant pas de problème spécifique en matière d'établissement de la filiation, et nous en avons traité au chapitre 4.

[177] Elle représente 6% des naissances issues d'AMP. C'est une très petite proportion, mais les chiffres sont d'interprétation complexe : le développement de l'ICSI (injection intracytoplasmique de spermatozoïde) a permis à des hommes, autrefois considérés comme stériles, de procréer, et beaucoup réduit la demande de don de sperme dans les couples hétérosexuels. Les dons d'ovocytes sont très insuffisants dans notre pays, obligeant un nombre important de Françaises à se rendre à l'étranger : leur cas disparaît des statistiques. De même pour les naissances issues d'AMP réalisées à l'étranger par des couples de femmes. Ces réserves étant dites, on estime à environ 60 000 le nombre d'enfants issus d'AMP avec tiers donneur depuis la création des Centres de conservation du sperme en 1973.

capacité de notre société à accueillir et intégrer en son sein des configurations familiales minoritaires.
Elle suscite en France des controverses passionnelles, souvent aussi confuses que virulentes. Sans sous-estimer l'ampleur des divergences morales et politiques, on doit remarquer qu'il existe aussi une autre raison, beaucoup moins perçue, à la difficulté de ces débats : en parlant d'AMP on confond en général deux choses différentes :
- les *pratiques cliniques et biologique*s permettant à des personnes de concevoir et faire naître un enfant –l'AMP proprement dite, en un mot « ce que font les médecins » pour assister des personnes.
–et la *pratique sociale* issue de cette assistance – autrement dit « ce que font les personnes » qui sont aidées des médecins.

Cette confusion, qui fait littéralement disparaître ce que font les patients derrière ce que font les médecins, a sans doute des causes socio-historiques profondes, qui mériteraient toute une réflexion. On se bornera ici à tourner délibérément le regard vers, justement, les patients.
La pratique sociale qu'ils mettent en œuvre est particulière, puisqu'elle consiste à faire venir un enfant au monde par la coopération d'au moins trois personnes. A moins d'éluder la part prise par le parent qui ne procrée pas ou d'effacer la part prise par le donneur, on ne peut pas ramener cette pratique à une « procréation » au sens classique du terme[178]. Mais alors, de quoi s'agit-il ? Tout se passe comme si, en France, on ne pouvait pas répondre à cette question. Au point qu'il n'y a même pas de mot pour la nommer.
Cette situation est d'autant plus étonnante que notre société organise cette pratique sociale depuis des décennies, en mobilisant son code civil et son code de santé publique, ses grandes institutions médicales et judiciaires, sa sécurité sociale, toutes choses qui supposent de considérer que ce qu'elle régule avec tant de soin n'a rien de honteux, bien au contraire.
Pour pouvoir expliquer ce paradoxe, encore faut-il commencer par nommer cette pratique sociale aujourd'hui renvoyée dans les limbes de la société. C'est pourquoi nous proposons de parler *d'engendrement avec tiers donneur*, ou encore de *don d'engendrement*[179]. Ce choix de nommer permet de questionner la façon dont on a maintenu jusqu'à présent des familles dans une sorte d'illégitimité sociale qui ne dit pas son nom. Nous faisons écho ici à une préoccupation que l'on trouve exprimée de façon forte dans d'autres pays : considérer que lorsqu'un Etat contribue à faire exister certaines familles, il est de sa responsabilité de se préoccuper aussi de leur permettre tout simplement de vivre au grand jour, être reconnues pour ce qu'elles sont et considérées comme « des familles comme les autres ».
Cet enjeu est particulièrement souligné dans un récent rapport du *Nuffield Council on Bioethics* paru en Angleterre en avril 2013[180] :

« Ayant encouragé la création de familles issues d'un don (*donor conceived families*), l'Etat a pour devoir de promouvoir le bien-être de ces familles autant que c'est possible. Cela signifie en particulier encourager un environnement social où la création d'une famille à partir d'un don d'engendrement est vu comme quelque chose d'ordinaire (*unremarkable*)… une façon comme une autre de construire une famille »[181].

---

[178] Voir Chapitre 4.
[179] Voir I. Théry, *Des humains comme les autres, bioéthique, anonymat et genre du don*, Paris, Editions de l'EHESS, 2010.
[180] Comme les francophones, les anglophones se sont trouvés confrontés à la question de nommer une réalité nouvelle. Notons que l'expression « *donor conceived families* » met elle aussi l'accent sur le don, qui est précisément la part traditionnellement effacée et déniée.
[181] *Donor Conception, Ethical Aspects of Information Sharing*, Nuffield Council on Bioethics, April 2013. p.186. Rapport disponible sur le site : http://www.nuffieldbioethics.org.

L'État est encore très loin, en France, d'assumer un tel devoir. De fait, les familles issues d'un don d'engendrement doivent subir un contexte social et institutionnel qui rend très difficile d'intégrer la particularité de leur histoire dans l'ordinaire des façons de construire une famille aujourd'hui. En effet, le silence qui les recouvre n'est pas un simple « blanc » : au plan juridique, il vient couronner une véritable entreprise de dissimulation. Tout contribue, depuis les pratiques médicales recommandées[182] jusqu'au droit civil lui-même, à cacher et même à effacer le don, afin de faire croire à une procréation charnelle du couple receveur.

Au lieu d'aider ces familles à vivre au grand jour, on leur impose de se faire passer, dans nos institutions, pour ce qu'elles ne sont pas. Loin de contribuer à reconnaître le don d'engendrement comme « une façon comme une autre » de faire une famille, on l'enfouit dans l'ombre, on le masque et le maquille comme s'il était honteux. Quant aux enfants nés de ces dons, ils sont transformés bien malgré eux – et la plupart du temps sans qu'ils le sachent – en passagers clandestins de notre système de parenté.

Pour pouvoir remédier à cette situation, il faut en comprendre les racines profondes. On commencera par revenir brièvement vers les années 1970 et les débuts de l'AMP, en expliquant pourquoi au départ un modèle *Ni vu, ni connu* s'est imposé dans tous les pays, sans poser alors de problème social particulier. Puis on montrera pourquoi, vingt ans plus tard, dans un contexte différent et à un moment où la logique du secret était déjà largement remise en cause au plan international, la France a pris un chemin singulier en consacrant, à travers les premières lois bioéthiques de 1994, un durcissement du modèle *Ni vu, ni connu*. En définissant l'AMP avec don comme une « thérapeutique» et en transformant l'engendrement avec tiers donneur en prétendue « procréation » du couple receveur, ces lois ont soutenu une certaine conception de la famille. Depuis lors, vingt ans ont encore passé, la famille a encore beaucoup changé, mais toute évolution en France est bloquée depuis maintenant près d'un demi-siècle. Une situation qui contraste avec l'évolution de très nombreux pays, quelle que soit la couleur de leur majorité politique.

Le cœur du problème n'est pas souvent perçu : c'est le *montage de filiation très particulier* qui a été mis en place en 1994 pour graver dans la loi ce qui auparavant était simplement une déontologie. On a pu dire que la filiation fut alors en France « saisie par la biomédecine »[183] . On tentera de montrer que là se trouve le point focal autour duquel tournent toutes les controverses contemporaine (Ière partie), justifiant les trois grandes propositions de rénovation qui seront ensuite détaillées (IIème partie).

I. Engendrement avec tiers donneur, biomédecine et droit : la spécificité française

L'AMP est indissociable d'innovations techniques, biologiques et médicales majeures. La cryoconservation du sperme, puis la fécondation in vitro, la congélation des embryons, l'ICSI, la vitrification des ovocytes ainsi que les analyses de l'ADN, ont changé la donne en ouvrant des possibilités autrefois inconcevables. La paternité biologique, qui était depuis toujours un « mystère impénétrable » est devenue potentiellement certaine. La maternité physiologique, autrefois insécable, a pu se diviser entre une maternité génétique et une maternité gestationnelle. Ainsi, les données corporelles qui présidaient depuis des siècles

[182] Les CECOS recommandent en particulier de choisir un donneur du même groupe sanguin que le parent stérile.

[183] Voir le dossier « La filiation saisie par la biomédecine », *Esprit*, 2009/5.

aux grands adages issus du droit romain –*« mater semper certa est » ; « pater is est quem nuptiae demonstrant »*[184] – ont cessé d'être cette réalité indiscutable et incontournable à partir de laquelle se bâtissait l'édifice symbolique de la parenté.
Au tout début des années 1970, la grande innovation est la cryoconservation du sperme. Contrairement à ce qu'on croit souvent, elle ne crée pas la possibilité de l'insémination avec le sperme d'un donneur (IAD), car celle-ci était pratiquée dans le secret des cabinets de gynécologues depuis le XIXe siècle[185]. Mais elle en modifie un aspect essentiel : désormais, on peut dissocier le moment du don et celui de son usage. Au temps du sperme frais et de « l'homme caché » derrière le paravent du médecin, succède celui des paillettes conservées dans les cuves à –196° des laboratoires et des centres de conservation du sperme, qui permet de séparer comme jamais donneurs et receveurs. Sur cette nouvelle donne humaine et cette temporalité congelée, l'assistance médicale à la procréation prend son essor.

A. Le modèle *Ni vu, ni connu* : une conception matrimoniale et masculine de la filiation

Le point important est de ne pas dissocier la réflexion sur la biomédecine de son contexte socio-historique, en particulier familial et de parenté. Car ce contexte explique pourquoi, au départ, l'idée qu'il fallait organiser le secret et conseiller aux parents de « surtout ne rien dire » s'est imposée comme allant de soi dans tous les pays qui se sont lancés dans l'AMP[186]. Quatre grands facteurs sociologiques expliquent pourquoi se met en place, sans vraiment qu'on en mesure toutes les conséquences, un modèle *Ni vu, ni connu*.

1) la pratique nouvelle s'inscrit dans la suite d'une pratique ancestrale : les couples ont toujours su recourir secrètement aux bons services d'un amant pour se donner une descendance en cas d'infertilité du mari.

2) les seuls dons organisés au début de l'AMP sont masculins : or la conception de la filiation paternelle, à la différence de la filiation maternelle, a toujours été fondée sur le « volontarisme », en particulier parce que le lien biologique du géniteur à l'enfant ne pouvait pas être prouvé[187].

3) il existe déjà un cadre juridique pour lier l'enfant à son père quand il est censé être son géniteur, même s'il ne l'est pas (soit que le père mente, soit qu'il soit trompé, soit que personne ne soit certain) : la présomption de paternité et la reconnaissance.

4) « La femelle engendre en soi ; le mâle engendre hors de soi » (Aristote). Comme le don masculin de sperme n'engage pas le donneur dans l'intériorité de son corps, il peut être réduit à presque rien, comme si l'on disait : « Cinq minutes de votre temps et vous disparaissez ». Une situation très différente de ce que sera ultérieurement le don féminin.

Prendre en compte la dimension du genre permet de comprendre pourquoi, dans le contexte de dons exclusivement masculins, tout converge vers une idée qui paraît alors aller d'elle-même : ce qui est en jeu n'est rien d'autre qu'une « nouvelle technique de procréation », qui

[184] « La mère est toujours certaine » ; « le père est celui que les noces désignent. »
[185] B. Pulman, *Mille et une façons de faire un enfant, la révolution des méthodes de procréation*, Paris, Calmann-Lévy, 2010.
[186] Voir sur ce sujet le rapport du *Nuffield Council on Bioethics*, 2013, *op. cit.* spécifiquement consacré aux enjeux éthiques du « partage de l'information » dans l'engendrement avec tiers donneur.
[187] Voir *supra* chapitres 1 et 4.

prolonge des manières de faire ancestrales, en les moralisant (plus d'adultère). Le secret de la conception s'impose, puisque qu'il permet de faire passer la procréation pour réalisée avec le mari. Cependant, dès lors qu'on quitte la sphère de l'intimité et des secrets d'alcôve, il faut asseoir ce secret sur une sécurité nouvelle. C'est ce que permet l'anonymat du don, nouveauté réalisée à grande échelle en complément de la congélation.
Grâce aux paillettes anonymisées, le donneur peut être un parfait inconnu. La place de chacun est garantie par le triptyque secret-anonymat-mensonge : le donneur ne risque pas une intempestive recherche en paternité puisqu'il disparaît comme il est venu ; le père peut passer pour le géniteur sans redouter d'être jamais contesté. Les parents peuvent oublier le don, et ce subterfuge auquel ils se sont prêtés : il ne s'est « rien » passé. Quant à l'enfant, on n'en parle pas. Personne à l'époque n'imagine que son intérêt pourrait ne pas coïncider avec celui de ses parents : c'est un trait caractéristique du modèle matrimonial de filiation traditionnel.[188]
On ne doit pas sous-estimer la force de ce modèle. S'il s'impose comme une évidence au début de l'AMP, c'est qu'il mêle la tradition la plus immémoriale et l'innovation la plus moderne. Masculin de bout en bout, il oppose aux stéréotypes traditionnels sur la complicité des femmes dans la dissimulation pécheresse (adultères, entremetteuses et faiseuses d'anges) la conjuration vertueuse des hommes mettant la technique au service d'une victoire nouvelle de la virilité. En un mot, il s'intègre parfaitement dans le paysage familial de l'époque, où l'on se préoccupe de moderniser l'ordre matrimonial de la famille sans imaginer que déjà se profile le temps du démariage.

B. Fissures dans le modèle *Ni vu, ni connu* et émergence d'un nouveau principe de *Responsabilité*

Pourtant, ce modèle « Ni vu, ni connu » va rapidement se fissurer et ce qui était vu comme une simple question de « procréation » va apparaître comme un problème inédit de famille et de filiation. Avec le développement de l'AMP, on prend conscience que ce qui est en cause n'est pas seulement la poursuite d'un ordre ancien modernisé, mais bien une pratique sociale nouvelle, inventée par nos sociétés démocratiques avancées : l'engendrement avec tiers donneur.

- Cela apparaît d'abord par le besoin de protéger légalement le donneur de toute paternité. En prévoyant qu'aucune filiation ne pourra être établie à son encontre, les droits des différents pays créent l'amorce d'un statut particulier de « donneur » qui n'existait pas auparavant. Pour la première fois, les sociétés instituent le cas où *par hypothèse un géniteur n'est pas et ne saurait pas devenir un père*. Cette innovation est capitale. Elle fait toute la différence avec les secrets d'autrefois, où les individus prenaient des risques, en se plaçant délibérément aux marges de la loi. Dès lors qu'on institue l'AMP, l'institution médicale est partie prenante, et le droit règlemente ce qui est pratiqué. On n'est plus dans la transgression, mais dans l'amorce de reconnaissance d'une pratique sociale nouvelle : l'engendrement avec tiers donneur.

- De là le fait que, dans les démocraties de tradition libérale, on ait rapidement admis que cette nouvelle pratique sociale pouvait permettre la création de ce que le *Nuffield Council on Bioethics* nomme des « familles non traditionnelles »[189]. En Angleterre, pour ne citer que cet

[188] Voir *supra* chapitre 1.
[189] *Nuffield Council on Bioethics*, *op. cit.*

exemple, on n'a jamais eu besoin « d'autoriser » les couples de femmes à accéder à l'AMP car on n'a jamais eu l'idée de l'interdire. On a considéré qu'il ne revenait pas aux médecins de sélectionner, entre les femmes majeures qui les sollicitaient, lesquelles avaient droit à bénéficier des nouvelles techniques de reproduction et du cadre de l'AMP pour avoir un enfant. Qu'elles soient mariées ou non mariées, seules ou en couple, hétérosexuelles ou homosexuelles, leur choix de vie a été considéré comme n'étant pas du ressort de la médecine, ni de l'Etat, mais de l'autonomie personnelle des individus. Non que ces pays ignorent l'éthique : ils en ont au contraire une idée extrêmement haute. Mais ce n'est pas la même que dans la tradition française. Toute l'attention est placée non dans la défense d'un unique « modèle de famille », mais dans le respect des droits de la personne et la régulation des relations interindividuelles.

- Une autre fissure est venue de la considération des besoins de l'enfant. Le secret étant en réalité un mensonge consistant à faire passer le père stérile pour le géniteur, on a pris conscience qu'il n'allait pas de soi de mêler la médecine à une telle entreprise. De là un renversement, au fur et à mesure que les enfants nés de dons ont grandi et que les secrets d'époux sont devenus de délétères secrets de famille. Dans tous les pays, les professionnels abandonnent progressivement l'attitude initiale qui consistait à conseiller fermement aux parents le secret. Tout à l'inverse, on se met à indiquer aux parents qu'il faut absolument « dire » à l'enfant son mode de conception. Ce changement est initié et porté d'abord par les psychologues cliniciens et psychanalystes[190], mais son contexte sociologique est plus large : ce sont les changements des valeurs familiales au temps du démariage. Peu à peu progresse l'idée qu'il faut assumer la dissociation du biologique et du filiatif qu'on a organisée et établir autrement la filiation de l'enfant[191]. On pourrait voir cela comme une contradiction avec la montée, en parallèle, de l'usage des preuves génétiques dans les conflits de filiation[192], mais comme nous l'avons montré, c'est une erreur qui témoigne de l'aveuglement au phénomène majeur : l'émergence d'un nouveau pluralisme[193]. Un seul et même contexte social et familial fait progresser ensemble les deux valeurs que le débat français persiste à opposer : la valeur accordée au lien biologique et la valeur accordée à la volonté dans l'établissement de la filiation.

- Du bien-être psychologique et de la filiation de l'enfant, on passe à la considération de ses droits fondamentaux comme personne. C'est ce qui amène à questionner, après la règle du secret/mensonge sur la conception, celle de l'anonymat des dons. La Suède est la première à remettre en cause, dès 1984, le principe selon lequel les personnes nées d'AMP ne pourraient à aucun moment de leur vie savoir de qui elles sont nées, alors même que cette information est parfaitement connue et figure dans leur dossier. Ce renversement des normes, loin de relever d'une vision « biologique » de la filiation, témoigne très exactement du contraire : de la confiance de la société dans ce qu'elle fait en organisant des engendrements avec tiers donneur, supposant un statut nouveau pour l'auteur du don. L'anonymat laissait croire que si le donneur sortait de l'ombre, il deviendrait un père. Sa levée possible affirme que ce n'est pas un risque. Pour l'enfant, ce qui est en cause ici n'est

[190] Voir pour la France G. Delaisi de Parseval, *Famille à tout prix*, Le Seuil, 2008.

[191] La question est incontournable dans les pays où l'AMP est ouverte aux couples de femmes : quel lien entre l'enfant et la compagne de la mère ? Mais le problème est plus large et concerne pour tous les couples, y compris de sexe différent, la reconnaissance de la spécificité de l'engendrement avec tiers donneur, qui n'est pas une procréation du couple d'intention. Voir *infra,* en deuxième partie de ce chapitre, la synthèse de droit comparé.

[192] En France, cet usage est de droit dans les conflits de paternité depuis la loi de 1972 réformant la filiation.

[193] Voir en particulier chapitre 1.

absolument pas sa filiation. Mais qu'est-ce alors ? Emerge ici une nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme autour de la notion « d'origines personnelles »[194].

- Enfin la féminisation des dons ouvre la grande question du sens et de la valeur du don d'engendrement. Elle vient questionner la vision masculine initiale selon laquelle un don peut être réduit à « presque rien, cinq minutes de votre temps » et le donneur facilement effacé. Parce qu'un don féminin implique la personne de la donneuse dans son corps même, il force à *penser positivement* le don d'engendrement qu'on avait auparavant surtout cherché à faire oublier : quel est son sens ? Sa valeur ? Pourquoi le fait-on ? Quel est le risque d'une marchandisation ? Quels droits et quelles responsabilités pour les donneuses et donneurs ? Quelles obligations à leur égard ? Quand ces questions surgissent, on comprend qu'elles concernent tous les dons, y compris masculins, et on se demande avec étonnement comment elles ont pu si longtemps rester sous le boisseau dans des pays attachés au droit des individus.
Le don d'ovocyte, qui est lourd pour la femme, rend ces questions incontournables et son développement actuel pour de pures raisons financières inquiète à juste titre, en particulier dans les pays qui allient anonymat et rétribution des dons (cas de l'Espagne).
Le don de gestation, interdit en France mais autorisé dans de nombreux pays, est sans doute le plus révélateur d'un enjeu moral, social et humain majeur jusqu'alors complètement ignoré : *la relation entre donneurs et receveurs*. Dans l'organisation initiale de l'AMP, tout avait été fait pour séparer totalement les uns des autres, entre lesquels l'institution médicale avait établi un « sas » infranchissable. L'interdiction de toute relation avait même été considérée comme une garantie éthique majeure. Quoi que l'on pense de la pratique de la gestation pour autrui (GPA), une chose au moins est certaine : une GPA inhumaine et dégradante pour la femme est toujours associée à l'anonymat et à l'absence de relations. Une gestation revendiquée comme « éthique » est toujours associée au contraire à la qualité d'une relation importante créée entre les parents d'intention et les gestatrices ainsi que leur famille[195].
La féminisation des dons, en mettant au centre la question des relations entre donneurs et receveurs, interroge de façon nouvelle la barrière médicale et juridique qui avait été dressée entre eux[196]. Tout en continuant à organiser l'anonymisation des gamètes, qui a son sens et sa valeur propres, de plus en plus de pays acceptent aussi que les parents d'intention puissent bénéficier s'ils le souhaitent de dons venus de donneurs et donneuses *connus*.

– Enfin plus récemment encore, et cette fois en dehors de la médecine, apparaît un deuxième type d'engendrement avec tiers donneur : l'engendrement *amicalement* assisté. Des femmes et des couples, en particulier des couples lesbiens, sollicitent des amis pour des dons. Loin qu'il faille voir là un renouveau des pratiques ancestrales, l'absence de secret montre qu'il s'agit d'une démarche au sens différent, assumé, qui traduit à sa façon l'apparition dans nos sociétés d'un nouveau statut de donneur d'engendrement. Dans ce cas particulier, le donneur n'est par définition ni absent ni inconnu, et son don se prolonge souvent ensuite par la

---

[194] Voir *infra* introduction générale : « Accompagner le droit d'accès aux origines personnelles » et chapitre 8.
[195] Voir J. Merchant, « Une gestation pour autrui éthique est possible », dans "Variations France/Etats-Unis", *Travail, Genre et Sociétés*, n° 28, 2012, pp.183-189, J. Sosson, G. Mathieu, « L'enfant né d'une gestation pour autrui : quelle filiation ? Quels liens avec la mère porteuse ? », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, sous la direction de G. Schamps et J. Sosson, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 375-410. G. Delaisi de Parseval, C. Collard, « La gestation pour autrui. Un bricolage des représentations de la paternité et de la maternité euro-américaines », *L'Homme*, n°183, 2007, pp.29-53. L. Brunet, « La globalisation internationale de la gestation pour autrui », *Travail, Genre et Sociétés*, n°28, 2012, pp.199-205.
[196] En droit français, l'article 16-8 du code civil donne une dimension éthique majeure à cette interdiction de relation, cf *infra*, ce chapitre.

pratique d'une certaine relation à l'enfant. La question du statut de ce « donneur-ami » est aujourd'hui posée. A *priori* selon l'accord passé au départ avec la femme ou le couple de femmes, il ne s'agit pas d'un père ; mais en droit tout géniteur peut faire établir sa paternité, hors le cas de l'engendrement avec tiers donneur impliquant une assistance médicale.

Tous ces changements ne sont pas apparus au même rythme, et ils ne sont pas l'objet des mêmes controverses selon les sociétés. Mais leur sens général est clair : en AMP, non seulement ils ont profondément mis en question l'ancien modèle *Ni vu, ni connu* , mais ils ont fait peu à peu émerger un nouveau principe de régulation de l'engendrement avec tiers donneur. On peut le nommer un principe *de Responsabilité* en remarquant que toutes les évolutions que l'on vient de rappeler ont un trait commun : au plan éthique, ce qui les guide est la valeur croissante accordée à la responsabilité au sens de « *je réponds de* » mes actes. L'anticipation de l'avenir de l'enfant, de ses besoins au cours de son développement et de ses droits fondamentaux en tant que personne, est placée au centre. Le respect social des apparences, autrefois si capital qu'on acceptait de le payer d'un prix psychologique et affectif élevé dans l'intimité familiale, a cédé place à la valeur majeure d'authenticité et à la valorisation première de la qualité relationnelle entre les individus partie prenante de l'engendrement avec tiers donneur.
Bien entendu, dans les sociétés contemporaines coexistent des valeurs et des visions différentes de la famille. Certaines demeurent très traditionnelles : les professionnels de l'AMP savent, par exemple, que l'inquiétude à l'égard de la stérilité masculine, considérée comme une atteinte à la « virilité » de l'homme, est loin d'avoir disparu. Ils savent aussi que le recours à l'AMP n'est pas accepté dans certaines communautés culturelles, religieuses ou ethniques, et doit impérativement être dissimulé par les jeunes parents à leur entourage. Cette diversité ne saurait être déniée et l'enjeu n'est certainement pas d'imposer à tous de nouveaux modèles de mœurs. La responsabilité de l'Etat est ailleurs. Comme on le rappelait en citant le *Nuffield Council on Bioethics*, il s'agit de permettre que l'engendrement avec tiers donneur, que nos sociétés ont organisé depuis maintenant près d'un demi-siècle, trouve peu à peu une place dans la vie sociale et dans le droit comme « une façon comme une autre de constituer une famille ».

En France, les mêmes grandes évolutions que dans les autres pays démocratiques sont à l'œuvre dans la profondeur du tissu social. Des demandes de droits se font entendre depuis des années, et de multiples tentatives ont été faites pour proposer des réformes. Pourtant, en matière bioéthique tout paraît singulièrement bloqué. Il faut comprendre pourquoi.

C. Le modèle bioéthique français : institution d'une modalité très particulière de filiation

Dans le contexte de mutations profondes que l'on vient de rappeler, la France s'est singularisée d'emblée par la recherche d'un rempart contre le libéralisme à tous les sens du terme. Rempart, avant tout, contre le libéralisme du marché et du « *Baby business* »[197] qui s'est développé de façon considérable dans le monde. Mais rempart, aussi, contre une approche libérale de la famille. Ce sont deux enjeux profondément différents, et qu'on devrait pouvoir dissocier. Mais ce qui les a liés est la place accordée, d'abord dans la déontologie des Centres d'étude et de conservation du sperme (CECOS) puis dans les lois

[197] B. L. Spar, *The Baby Business: How Money, Science, and Politics Drive the Commerce of Conception*, Harvard Business Press, 2013.

bioéthiques qui ont avalisé leur approche, à une représentation « thérapeutique » de l'AMP, transformant l'engendrement avec tiers donneur en pseudo-procréation charnelle du couple receveur.
Cette représentation s'est élaborée dans un contexte culturel particulier : celui de l'hostilité de grandes institutions sociales, telle que l'Académie des sciences morales[198], mais aussi et surtout de l'Eglise, à toute idée de procréation artificielle avec tiers donneur, assimilée à une forme d'adultère. Médecin et catholique, le fondateur des CECOS Georges David, a recherché activement une solution susceptible de convaincre les autorités religieuses de la moralité du don de gamètes[199]. La publication en 1987 de l'instruction *Donum vitae* condamnant tout recours à la procréation assistée –y compris intraconjugale au sein du couple marié–, a mis fin à cette illusion en rappelant l'opposition inflexible de Rome.
C'est dans ce contexte difficile que le tryptique « consentement, gratuité et anonymat » a été promu comme la base d'une voie spécifiquement française en matière bioéthique. Le don de gamètes a été pensé directement sur le modèle du don de sang. On a pris là une option : dénier toute spécificité au don d'engendrement et le ramener à un « don de matériau du corps humain » comme les autres… au risque d'oublier que le don d'engendrement, à la différence de tous les autres, n'implique pas simplement deux protagonistes, donneurs et receveurs, mais aussi un troisième : l'enfant.
Cette conception apparaît étroitement médicale, mais en réalité elle recouvre implicitement une certaine approche de la famille. En effet, chacun sait que donner du sperme n'est pas comme donner du sang. Car on donne du sang (ou de la moelle, ou un organe) à quelqu'un qui en a besoin, pour le guérir. Mais on ne donne pas des spermatozoïdes à un homme stérile : on les donne plutôt à sa femme. Et de cela ne naîtra aucune thérapie de l'homme, mais une grossesse de la femme. Tout le problème de la filiation est dans cet écart.

Pour présenter le droit issu des premières lois bioéthiques de 1994, on prendra appui sur une figure logique capitale pour les sciences sociales, la figure de la hiérarchie que Louis Dumont a définie comme « l'englobement de la valeur contraire »[200]. Cette figure logique permet de voir que le modèle bioéthique français est constitué en réalité non pas d'un, mais de deux niveaux, référés à deux grandes valeurs opposées englobées l'une dans l'autre. Le niveau supérieur ou englobant est celui de la biomédecine en général. Il déspécifie radicalement les dons de gamètes en les assimilant à tous les dons d'éléments du corps humain. Le niveau englobé est celui de l'AMP en particulier. Il s'attache cette fois à respécifier ces dons, à travers un ensemble de critères énonçant les donneurs et surtout les receveurs autorisés. Ces critères lient l'assistance médicale à la procréation à une certaine morale sexuelle et familiale, valorisant le lien entre la procréation et la sexualité et prônant un unique modèle familial : celui de la famille nucléaire père, mère, enfant.

Il faut saisir comment ces deux niveaux s'articulent de façon complexe pour comprendre comment on a institué, pour le cas de l'engendrement avec tiers donneur, une modalité de filiation si particulière qu'on a pu la qualifier de « corps étranger au sein du droit de la

[198] « Le fait d'intégrer frauduleusement dans une famille un enfant qui portera le nom du père légal et qui s'en croira le fils, peut être considéré comme une atteinte aux assises du mariage, de la famille, de la société » : extrait d'une déclaration de l'Académie des sciences morales et politiques, citée par G. David, « Don et utilisation du sperme », in (coll.) *Génétique, procréation et droit*, Arles, Actes Sud, 1985, p.212.
[199] Sur ce point et plus généralement la sociologie des débuts de l'AMP voir S. Bateman, *Les passeurs de gamètes*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1994.
[200] L.Dumont, *Homo hierarchicus. Essai sur le système des castes*, Paris, Gallimard, 1967.

filiation »[201].

1. Le niveau englobant : déspécification du don de gamètes

Les lois bioéthiques sont complexes : ainsi, l'AMP avec tiers donneur est organisée à la fois à travers les articles 311-19 et 311-20 du code civil et le titre IV du code de santé publique[202]. La question soulevée est de comprendre comment le don de gamètes peut être considéré à la fois comme un don comme les autres, et comme un don spécifique. Pour cela, le plus clair est de se rapporter tout d'abord au Code civil. Rien ne révèle plus éloquemment la place extrêmement élevée accordée à l'anonymat des dons dans la hiérarchie des normes juridiques françaises que son inscription dans l'article 16, chapitre II du Code civil intitulé « Du respect du corps humain ». L'alinéa 8, prescrivant l'anonymat de tous les dons d'éléments du corps humain, et consacrant ainsi l'ignorance mutuelle dans laquelle doivent se trouver donneurs et receveurs, est placé juste après les trois alinéas consacrés à la « non-patrimonialisation du corps humain ». La règle d'anonymat est ainsi reliée à la plus haute valeur rapportant le droit civil national aux Droits universels de l'homme : la dignité de la personne. La simple phrase « le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur », ainsi contextualisée, prend une résonance tout à fait extraordinaire.

Les interdictions de l'alinéa 8 de cet article sont assorties de sanctions pénales très fortes. Ainsi, la divulgation de renseignements permettant d'identifier à la fois le donneur et le receveur est punie de deux ans d'emprisonnement et d'environ 30 000 euros d'amende. Ces lourdes sanctions, qui s'appliquent à tous les dons (et donc au don de gamètes ou au don d'embryon), montrent que l'anonymat est considéré comme la garantie majeure de la non-patrimonialité du corps humain, première clef de voûte de « l'éthique à la française ». On imagine aisément que toute idée de lever l'anonymat d'un don ne résonne pas en France tout à fait comme ailleurs[203].

2. Le niveau englobé : ni n'importe quels donneurs, ni n'importe quels receveurs

La déspécification complète du don de gamètes n'implique qu'un niveau hiérarchique, le niveau supérieur ou englobant tel que le définissent les articles très solennels du début du Code civil, repris tels quels au sein du Code de santé publique[204]. Au niveau inférieur ou englobé —celui des articles 311-19 et 311-20 cc et des articles L 2141 et L1244 du CSP— la spécification reprend tous ses droits et l'AMP réapparaît dans tout ce qui la distingue radicalement du don de sang, de moelle ou d'organe. À ce niveau, l'anonymat n'est plus seulement justifié par le respect de la personne humaine, mais aussi par des raisons beaucoup moins « nobles » : la protection des secrets du couple et le danger social que

[201] V. Depadt-Sebag et G. Delaisi de Parseval (dir), *Accès à la parenté, Assistance médicale à la procréation et adoption, pour une révision progressiste de la loi bioéthique*, note de la Fondation Terra Nova, 2010.

[202] Code de santé publique, Titre IV : Tissus, cellules, produits du corps humain et leurs dérivés ; voir en particulier le chapitre I : Dispositions générales (art. L.2141), et le chapitre IV : Don et utilisation de gamètes (articles L.1244-1 à L.1244-9).

[203] Pourtant, comment ne pas voir que les dons du corps les plus importants, ceux qui engagent le plus les personnes, les *dons d'organes entre vivants*, sont autorisés uniquement entre des personnes apparentées ? Cette exception capitale à la règle d'anonymat montre que l'on n'élimine pas si aisément les relations humaines donneurs/receveurs d'une approche véritablement bioéthique.

[204] L'article 16-8 du Code civil est repris mot pour mot par l'article L.665-14 du CSP et l'article 152-5 du même code pour ce qui concerne le don d'embryon.

représente la collision potentielle entre ce que l'on voit comme deux figures de la « paternité », nécessairement antagoniques, le donneur et le mari de la receveuse.

Le premier trait qui oppose le niveau englobé au niveau englobant est que la dimension de l'« autrui universel », qui est au cœur de l'éthique générale du don anonyme, disparaît. Les personnes susceptibles d'être acceptées en AMP, et en particulier de recevoir des dons de gamètes, sont bien spécifiées : elles doivent être en couple de sexe opposé, en âge de procréer et souffrir d'une stérilité pathologique attestée. Quant aux donneurs, il était prévu jusqu'à présent qu'ils aient déjà procréé, mais cette condition a été assouplie par la loi de 2011. S'ils sont en couple, le consentement du conjoint ou compagnon est requis.

Ce double niveau (englobant : le don de gamètes est un don comme les autres/englobé : c'est un don spécifique) permet de comprendre l'ambiguïté qui règne autour de la référence à la stérilité du couple. D'un côté, cette notion permet de sélectionner le type de couple accepté : la « stérilité pathologique » d'un couple ne pouvant concerner qu'un couple hétérosexuel. La référence au traitement (niveau englobant, non spécifique) permet alors de justifier ce choix en termes purement médicaux : en France on traite des pathologies, on ne fait pas de médecine « de convenance ». Mais le recours au don de gamètes ou d'embryon (niveau englobé, spécifique) indique bien que, justement, dans ce cas *il ne s'agit aucunement de traiter une pathologie* au sens propre du terme. À la différence de ce qui se passe dans l'AMP intraconjugale, le recours au don de gamètes ne soigne et ne guérit rien de cette stérilité « pathologique ». Il la contourne par une pratique sociale[205]: le recours à un géniteur externe au couple.

On comprend alors très bien pourquoi présenter cette pratique sociale comme une sorte de « traitement » heurte les couples homosexuels, qui y voient à juste titre une motivation ressortissant davantage de valeurs familiales (quels couples accepte-t-on pour un engendrement avec tiers donneur assisté par la médecine ?) que de raisons médicales proprement dites.

Dans ce contexte, l'anonymat du don n'est pas principalement le corollaire de la gratuité, mais d'une certaine norme familiale que l'organisation d'ensemble de l'AMP s'est attachée à promouvoir. Le trait majeur de cette norme est de présenter comme « naturel » un modèle de famille, la famille conjugale moderne hétérosexuelle formée du père, de la mère et des enfants. On entend ici précisément par « naturel » la façon dont cette famille – constituée comme toutes les familles humaines par la médiation de *l'institution de la parenté* au sein de laquelle sont distingués et liés les statuts d'époux et d'épouse, de parents et d'enfants, de mère et de père, de fils et de filles, de frères et de sœurs, etc. – est présentée comme issue d'une *procréation du couple* qui pourtant n'a pas eu lieu, puis instituée en droit à travers une pseudo-filiation charnelle du parent stérile.

La distinction des deux niveaux permet de voir aussi que dans la procréation médicalement assistée, l'anonymat exprime l'idée que donneurs et receveurs des dons de gamètes ne sont pas dans des statuts complémentaires (comme dans le don d'organe ou de sang), mais potentiellement *rivaux*. L'objet de cette rivalité potentielle n'est pas la procréation, bien entendu, mais la filiation telle qu'on se la représente traditionnellement sur le modèle de la filiation charnelle. Le règlement de cette rivalité passe par un double mécanisme de secret et d'anonymat qui permet aux parents de pouvoir, d'une part, oublier le don et passer pour les

[205] Cette pratique sociale, dans le cas du don de sperme, est si peu un « traitement » qu'elle peut se faire artisanalement à la maison, hors de toute intervention médicale.

deux géniteurs de l'enfant (à la différence des parents adoptifs) et, d'autre part, être assurés de leur place exclusive dans la vie de l'enfant par la disparition de la personne du donneur, abolie dans le gamète « impersonnel », évanouie dans la nature par la grâce de l'institution médicale qui garantit que sa trace ne sera jamais retrouvée.

3. Lois bioéthiques de 1994 : institution d'une modalité très particulière de filiation

L'ensemble de cette démarche converge vers l'institution en 1994 d'une filiation très particulière pour les enfants nés de dons. Rappelons-en les principales règles :

L'enfant issu d'une AMP avec donneur a pour mère la femme qui accouche. Cela semble être le droit commun, mais en cas de don d'ovocyte, cela suppose que la division de la maternité physiologique en deux (génétique et gestationnelle), qui fut au principe du don, est déniée : on fait comme si elle n'avait pas eu lieu. On introduit là le seul cas où l'accouchement ne présume pas *ipso facto* du lien génétique entre l'enfant et sa mère selon la filiation, mais au contraire l'exclut.

De même pour la filiation paternelle : on applique le régime classique d'établissement de la filiation charnelle, présomption de paternité si ses parents sont mariés, reconnaissance s'ils ne le sont pas. Cependant, le don de sperme institue le seul cas où le père ainsi défini n'est jamais, par hypothèse, le géniteur. Un renversement complet de la norme, où le père institué via la présomption de paternité ou la reconnaissance est censé être le géniteur…

Malgré ces particularités et renversements extraordinaires, on pourrait soutenir que c'est tout de même le droit commun qui s'applique. Mais en France, et ceci nous distingue des autres pays, la filiation ainsi établie est radicalement différente de celle des enfants conçus sans intervention d'un tiers, puisque c'est *la seule qui ne puisse pas être contestée*, comme le précise l'article 311-20 du Code civil :

« Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation. Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet. Le consentement est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée. Il est également privé d'effet lorsque l'homme ou la femme le révoque, par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette assistance. Celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant. En outre, sa paternité est judiciairement déclarée. »

En droit commun, il est possible de démontrer en justice, sous certaines conditions, que la paternité légale ne correspond pas à la paternité biologique et d'obtenir ainsi la destruction du lien apparent. Ceci devient très problématique quand par hypothèse le père ainsi institué ne peut pas être le géniteur… C'est pourquoi le consentement de l'article 311-20 fait obstacle à de telles contestations. Aussi l'enfant issu de l'IAD et né dans un couple marié

est-il définitivement rattaché au mari de sa mère. De même, l'enfant reconnu par le compagnon de sa mère ne peut voir cette reconnaissance remise en question au nom de la vérité biologique. Bien plus, si ce dernier refusait de le reconnaître, il engagerait sa responsabilité et pourrait même être déclaré père contre son gré.

On a bel et bien inventé en 1994 une filiation spécifique tout à fait inédite : *la pseudo-filiation charnelle*.

L'accueil d'embryon est organisé au départ un peu différemment du don de gamètes : il nécessite une décision judiciaire appréciant les conditions d'accueil que le couple offre à l'enfant (article L. 2141-6 du CSP). Mais une fois que le processus d'accueil d'embryon a abouti à une grossesse, la filiation de l'enfant sera établie comme en matière d'AMP avec don de gamètes. Contrairement à l'adoption où le jugement crée la filiation, tout se passe comme si le couple avait procréé naturellement, ce qui lui permet de garder secret l'accueil d'embryon même à l'égard de l'enfant. Cependant, cette pseudo-filiation charnelle ne pourra être contestée (en vertu de l'article 311-20 du Code civil) à moins de prétendre que l'enfant n'est pas issu de l'accueil d'embryon.

Ces particularités expliquent que les lois de 1994 aient suscité d'emblée des critiques de la part des juristes spécialistes de droit de la famille. D'une part, l'idée qu'il fallait absolument légiférer était loin de faire l'unanimité. D'autre part, l'institution d'une pseudo-filiation charnelle a été critiquée. L'hypothèse selon laquelle il aurait été plus cohérent au regard des principes généraux du droit de la filiation, de recourir à une forme particulière *d'adoption* plutôt que d'instituer en droit une pseudo-filiation charnelle inattaquable, a été envisagée par plusieurs auteurs. L'idée n'a pas prospéré. On peut se demander si la domination de préoccupations biomédicales, indiquée très clairement par l'inscription de ce cas de filiation au sein des « lois bioéthiques », et plus précisément par l'englobement hiérarchique du droit régissant l'AMP dans le droit supérieur régissant les « éléments du corps humain », n'a pas rendu particulièrement peu audible la voix des spécialistes de la famille, de la filiation et de la parenté en général.

Il semble qu'aujourd'hui il soit possible de reprendre cette question en tenant compte non seulement des critiques qu'a suscitées depuis plusieurs décennies le modèle « Ni vu, ni connu » en général, mais de l'émergence d'une alternative sous la forme d'un nouveau principe de *Responsabilité*. Elle permet de sortir de l'univers des faux-semblants et de la dissimulation, pour reconnaître la spécificité du don d'engendrement.

4. La spécificité du don d'engendrement

Dans l'engendrement avec tiers donneur, quelle est la part du don ? Préciser cela implique de saisir l'engendrement dans toutes ses dimensions, sans le rabattre sur la procréation. C'est justement faute de distinguer entre l'engendrement et la procréation que l'on ne sait pas où placer le donneur et qu'on le renvoie dans l'inanité pour préserver le parent. On s'enferme autrement dit dans une logique du *ou* au lieu de se munir d'une logique du *et,* qui seule permet de penser à la fois les rôles respectifs des deux partenaires du couple parental et celui du donneur.

Dans le *couple receveur,* il est aisé de voir que les deux partenaires seront les parents de l'enfant au sens de la filiation. Mais quel est le rôle de celui des deux qui ne procrée pas ?

Prenons à titre d'exemple le cas du couple hétérosexuel où l'homme est stérile. Evidemment, nous ne sommes pas dans le cas d'une procréation. Mais nous ne sommes pas davantage dans le cas de figure d'une adoption. Si l'enfant voit le jour c'est bien parce que le processus menant à sa conception puis à sa naissance a été engagé non seulement par une femme fertile, mais aussi par un homme stérile. Il est très important de souligner ce rôle d'initiateur, qui trouble tant les esprits, mais l'erreur est de vouloir le traduire en présentant l'homme stérile comme « procréateur »[206]. Il est beaucoup plus simple et cohérent de reconnaître que cet homme ne procrée pas, en conservant à ce terme son sens précis : l'engendrement saisi sous la dimension de la biologie, autrement dit de la transmission physique, physiologique, de la vie. Elle procrée, parce qu'elle est fertile, et lui ne procrée pas, parce qu'il est stérile.

En revanche –et là est la nouveauté– sans procréer, cet homme stérile va bel et bien *engendrer* l'enfant, c'est-à-dire participer directement du processus institué par lequel cet enfant vient à la vie dans le cadre d'une AMP avec tiers donneur. En effet, l'engendrement humain n'a pas seulement une dimension physique ou physiologique (celle de la procréation), il a aussi une dimension psychique, mentale, affective, intentionnelle et même institutionnelle, qui va lui accorder sens et valeur au sein de notre monde humain. L'homme stérile participe de toutes les dimensions de l'engendrement sauf une : la dimension strictement procréative. Et parce qu'il a pris la responsabilité d'engager cet engendrement en se déclarant par avance père de l'enfant qui en naîtra, ce futur père a beau être stérile il est, tout autant que la femme qui procrée, co-engendreur de l'enfant. C'est pourquoi le père stérile n'est pas ici dans une situation comparable à celle de l'adoption : il n'adopte pas son propre enfant car le don qu'il a sollicité et reçu est le don d'une capacité potentielle, pas d'une capacité effective et encore moins d'un enfant : le don en AMP est un don sans abandon ni adoption.

Soulignons ici que la notion d'engendrement est particulièrement heuristique, car elle permet de rendre compte d'une dimension essentielle de l'AMP avec tiers donneur, que manquent les descriptions fondées sur le « projet parental » entendu au sens de l'expression pure de la volonté : les deux valeurs que l'on présente systématiquement comme les plus opposées, les plus contradictoires, quand on cherche à définir le « vrai parent » en opposant le parent biologique et le parent social (ou psychologique), sont ici *liées au sein d'un même couple, d'un même « projet d'engendrement »*. Ce projet témoigne indissolublement de l'importance extrême attachée au fait de procréer –pour l'un–, et de l'importance extrême attachée au fait de pouvoir devenir parent sans procréer –pour l'autre. C'est pourquoi il est malheureux, face à cette double valorisation qui dérange, de refuser de l'entendre et, pire encore, de croire trouver dans une disqualification sans précédent du corps et du charnel, le seul moyen pour valoriser la volonté. S'efforcer d'appréhender cette solidarité inédite, cette solidarité des valeurs opposées, est indispensable pour comprendre où s'enracine en profondeur la nouvelle logique du *et,* sur laquelle se construit aujourd'hui ce que l'on a nommé le nouveau principe de régulation de l'AMP avec tiers donneur, le principe de *Responsabilité*.

Si, dans le couple receveur, les deux engendrent alors que l'un procrée et l'autre pas, qu'en est-il du rôle du *donneur*? Celui-ci, à n'en pas douter, *procrée* l'enfant. Contrairement au déni qui renvoie dans l'inanité sa personne pour ne conserver que du « matériau

[206] Il a été soutenu que le mari stérile serait « le véritable procréateur » de l'enfant, le donneur n'étant pour sa part supposé fournir qu'un « matériau interchangeable de reproduction » (voir en particulier P. Jouannet, « Procréer grâce à un don de sperme ; accueillir et transmettre sans gènes », *Esprit*, 2009/5, p. 103-114)

interchangeable de reproduction », il est bien l'individu singulier qui permet, par sa coopération à une procréation singulière, que la vie soit transmise et qu'un nouveau petit être humain puisse naître. Dénier que le donneur soit le géniteur de l'enfant au sens de la procréation est absurde. L'homme qui fait un don de sperme sait pertinemment que ce don va servir à procréer un enfant, comme c'est aussi le cas dans les AMP intraconjugales. Il fait donc un don en sachant ce qu'il fait : permettre à un enfant de naître, un enfant unique, singulier, qui, sans sa propre participation à une procréation, ne serait pas ce qu'il est. C'est bien parce que sont en jeu ici des individus humains qui procréent, et non des matériaux interchangeables servant à une biomédecine toute-puissante à créer artificiellement de la vie, que le nombre d'enfants que l'on a le droit de faire naître d'un même donneur est strictement limité[207].

Mais le donneur sait aussi que le sens de cette procréation consentie par avance est de permettre *à d'autres* de devenir parents. Il ne fait aucun doute que le statut de donneur est exclusif de toute idée de filiation, puisque par définition ce sont les receveurs qui deviennent parents. Donneur et parent, les deux statuts sont logiquement (et juridiquement) incompatibles. C'est pourquoi, ceux qui s'imaginent que les enfants qui demandent à connaître l'identité de leur donneur cherchent un « père » se trompent du tout au tout. Ils n'ont pas saisi la logique profonde de l'engendrement avec tiers donneur.

En vérité, cette procréation consentie par avance va encore au-delà : elle est ce qui permet *à d'autres* non seulement de devenir parents par la filiation, mais aussi d'engendrer un enfant. Le choix d'engendrer n'appartient pas au donneur, il n'est que celui qui le rend possible pour autrui. Il ne dépend même pas de lui que son don soit utilisé ou non. Bien qu'il participe d'une dimension fondamentale de l'engendrement –la procréation–, il ne peut être défini comme co-engendreur de l'enfant. En faisant don de sa capacité procréative, il renonce par là même à engendrer les enfants qui en naîtront. Ce qu'il fait est en réalité un don incomparable à tout autre don, et *a fortiori* incomparable à un simple don d'« élément du corps humain » : un don d'engendrement.

II. Propositions de réforme

En conséquence des analyses qui viennent d'être développées, nous proposons trois grandes rénovations liées, formant à nos yeux un tout :

1) Abandonner l'assimilation de l'engendrement avec tiers donneur à une pseudo procréation charnelle du couple receveur et assumer un nouveau « principe de *Responsabilité* » en distinguant les droits et devoirs des trois protagonistes du don : parents, donneurs, et surtout : enfants et plus largement personnes nées de dons (ceci ouvre en particulier vers les propositions sur ***le droit d'accès aux origines*** présentées au chapitre 8).

2) Renoncer à la définition du don de gamètes comme une supposée « thérapie », à ce titre réservée aux couples souffrant d'une stérilité pathologique médicalement

[207] La loi française ne permet pas plus de dix naissances issues d'un même donneur.

constatée. Dans ce cadre, ***permettre l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes***. Débattre de l'opportunité de l'ouvrir aussi aux femmes seules.

3) Renoncer au montage de filiation qui a institué une pseudo-filiation charnelle et reconnaître que lorsque l'enfant est issu d'un engendrement avec tiers donneur, il doit pouvoir bénéficier d'un nouveau mode d'établissement *sui generis*, identique pour tous les parents et tous les enfants concernés. En proposant ***d'établir dans ce cas la filiation sur une « déclaration commune anticipée de filiation »,*** nous proposons une solution commune à tous les couples, hétérosexuels et homosexuels, nous respectons le droit de tous enfants à bénéficier d'une filiation non falsifiée, nous garantissons la protection de la vie privée pour lui et sa famille, et enfin nous préservons le secret médical en ne donnant aucune indication sur le mode de conception. (*nb :* cette proposition est indissociable de la réforme de l'état civil proposée au chapitre 3, qui prévoit en particulier que l'état civil intégral ne serait désormais accessible qu'à l'intéressé et à ses ascendants, et que seul l'extrait de l'acte de naissance avec filiation ne mentionnant pas le mode d'établissement de celle-ci serait donné aux tiers)

A. Distinguer filiation et origines personnelles

La première rénovation suppose de cesser de confondre « ce que font les personnes », qui est un engendrement avec tiers donneur, avec « ce que font les médecins », qui est certes une procréation… mais pas entre les partenaires du couple d'intention. L'ambiguïté de la notion de « procréation médicalement assistée », sur laquelle le droit français a construit une pseudo-filiation charnelle, s'est inscrite au départ dans le contexte social et historique d'un modèle matrimonial de filiation.
Dans ce contexte, les valeurs communes étaient différentes et l'enjeu majeur pour les familles était de pouvoir rejoindre la norme en préservant les apparences à tout prix. Depuis, les valeurs fondamentales ont changé, en substituant à l'idée d'un modèle familial unique, la diversité des configurations possibles au sein d'un même appel à des valeurs telles que l'authenticité, le respect des qualités relationnelles, la responsabilité. Se faire passer à tout prix pour une famille biologique n'est plus un enjeu alors que la valeur attachée à l'engagement n'a cessé de progresser, comme le montre le développement de l'adoption.

Dans la perspective d'institution d'un *droit de la filiation commun et pluraliste*, instituer l'engendrement avec tiers donneur en référence à la valeur de responsabilité suppose de distinguer clairement la filiation et les origines personnelles, et ainsi de pouvoir en finir avec les logiques de déni et d'effacement et accorder une place sociale au don et aux donneurs, dans le respect absolu du sens du geste qui leur a été demandé. Cette ambition passe en priorité par la possibilité d'accorder à l'enfant une identité narrative qui ne falsifie pas délibérément son histoire biographique : il a bien eu dans sa vie des parents **et** un donneur ou une donneuse. Il s'agit d'assumer le passage d'une logique du *ou* (et de la rivalité pour une seule place à prendre, par hypothèse celle de parent) a une logique du *et* (et de la complémentarité entre les statuts de donneur et de parent), sans confusion ni des rôles ni des places ni des responsabilités.

Proposition

Rénovation consistant à distinguer nettement « filiation » et « origines » pour les personnes nées d'AMP avec un tiers donneur :
Les conséquences de cette rénovation sous forme de propositions de réforme sont présentées au chapitre 8 : « L'accès aux origines des personnes nées d'un don d'engendrement ».

B. Ouvrir l'accès à l'AMP aux couples de femmes

Au sein des couples de femmes françaises souhaitant avoir un enfant, l'insémination avec tiers donneur est la solution la plus souvent choisie[208]. Les lesbiennes se rendent en nombre dans les pays voisins où le recours à l'AMP leur est autorisé, Belgique, Espagne, Pays Bas[209]. Leur enfant, né en France, n'a qu'une mère légale, celle qui a accouché ; l'autre n'a aucune existence. En instituant l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, la loi du 17 mai 2013 a permis à ces « mères sans droits » de faire reconnaître et sécuriser *a posteriori* le lien qui les unit à leur enfant.
En revanche, comme la loi n'a pas autorisé l'accès à l'AMP pour les couples de femmes, elle a créé une situation doublement problématique. D'une part, deux femmes peuvent désormais devenir les deux mères légales d'un enfant né d'engendrement avec tiers donneur… mais à condition que l'insémination ait lieu chez nos voisins et pas chez nous, solution pour le moins hypocrite. D'autre part, dans ces cas, l'adoption de l'enfant par celle des deux femmes qui n'a pas accouché apparaît comme la procédure que notre nouveau droit juge adéquate pour établir son statut de mère. Or, rien n'est moins sûr, tant au regard du vécu des personnes concernées que des significations habituelles de l'adoption.
L'enfant conçu en AMP n'a été ni volontairement privé de filiation, ni abandonné par quiconque. A l'inverse, il est venu au monde grâce au projet parental de deux personnes qui, même si l'une d'entre elles seulement a procréé, se sont engagées ensemble pour être ses parents. L'engendrement avec tiers donneur n'est pas fait pour donner des parents à un enfant qui en serait privé mais pour permettre à de futurs parents de réaliser leur désir d'enfant, enfant qui n'existe pas encore. C'est pourquoi le droit commun de l'AMP, tel qu'il existe aujourd'hui en France pour les couples de sexe différent, n'exige aucunement du parent qui n'a pas procréé (le père stérile, par exemple) qu'il adopte son propre enfant.
L'hypocrisie du détour imposé par l'étranger et l'institution –pour les seules femmes lesbiennes– d'un nouvel usage de l'adoption en dehors des critères fondamentaux définissant celle-ci, affaiblit la cohérence, le sens et la portée de la nouvelle loi, au moment même où la France a assumé un changement symbolique majeur de son système de parenté, en instituant qu'un enfant peut avoir deux parents de même sexe. C'est pourquoi il nous apparaît plus probe, plus cohérent, et en fin de compte plus signifiant au plan des valeurs et

[208] Tout ce passage est directement repris ou inspiré du texte de M. Gross « Ouvrir l'AMP aux couples de femmes ? » publié in I. Théry (dir) *Mariage de même sexe et filiation*, Paris, Éditions de l'EHESS, 2013, pp.103-114. Pour des données qui vont dans le même sens concernant la part de l'IAD dans l'accession à la maternité par les couples de femmes, mais plus récentes, on peut renvoyer à : M. Gross, J. Courduriès, A. de Federico, « Morphologie des familles homoparentales », in J. Courduriès, A. Fine (dir.), *Homosexualité et parenté*, Paris, Armand Colin, 2014, pp.185-191.
[209] Voir M. Gross *Qu'est ce que l'homoparentalité ?*, Paris, Petite bibliothèque Payot, 2012.

des grands repères communs, de franchir le pas et d'autoriser l'accès à l'AMP pour les couples de femmes.
Ce ne serait pas seulement un progrès pour elles, mais pour tous les couples. En effet, une telle réforme participe directement de la volonté d'en finir avec le principe de secret et de falsification de la filiation qui organise encore aujourd'hui en France le droit commun de l'AMP avec tiers donneur, alors même que le discours des autorités médicales a changé et que plus personne ne considère aujourd'hui le secret du recours au don comme une valeur.

1. Une accusation pour le moins paradoxale

Pourquoi certains jugent-il raisonnable l'adoption par les couples de même sexe, et pas l'accès à l'AMP aux couples de femmes ? Ils sont sensibles aux arguments de ceux qui prétendent que, si on autorisait ces couples à recourir à une insémination avec tiers donneur, on viendrait insérer au sein du droit de la parenté un montage « fou », imposant aux enfants le fantasme dans lequel ils seraient « nés » d'un seul sexe. C'est l'argument de la « falsification » et du « mensonge » sur la procréation et la naissance, qui fut omniprésent chez les opposants au mariage pour tous. Alors que certains l'ont employé pour s'opposer à l'adoption[210] par les couples de même sexe, d'autres l'ont réservé uniquement au cas de l'AMP. Tel est le cas du psychanalyste J.-P. Winter, qui s'est déclaré d'accord pour l'adoption par un couple de même sexe, « à condition qu'un certain nombre de pare-feu soient mis en place : que ces enfants soient informés aussi précisément que possible des circonstances de leur conception, des conditions de leur naissance, de leur abandon et de leur adoption »[211] mais refuse catégoriquement de reconnaître que les couples homosexuels ont justement cette attitude d'information de l'enfant, en cas d'AMP :

> "Ce n'est pas ce que certains homosexuels nous proposent aujourd'hui; ils veulent « faire famille » en mimant ce à quoi ils n'ont pas accès et en faisant passer le mime pour la réalité qu'ils sont en train de mimer : se faire faire des enfants et éliminer d'une façon ou d'une autre le tiers grâce à qui ce « faire comme si » a été rendu possible".[212]

Cette quadruple accusation –déni de la réalité des corps et de la différence sexuelle, élimination du tiers donneur, mensonge aux enfants sur leur propre naissance, manipulation du droit pour imposer un fantasme aux enfants–, témoigne d'une grave méconnaissance de la réalité.
Méconnaissance, tout d'abord, de la réalité ordinaire de l'AMP internationale. En effet, de nombreux couples de femmes se rendent volontairement aux Pays-Bas, car ce pays permet à l'enfant qui le souhaite d'avoir à sa majorité accès à ses origines. Si le donneur n'est pas connu des parents, il n'est pas pour autant effacé pour l'enfant qui pourra s'il le souhaite demander à connaître son identité. Par ailleurs, même lorsque l'accès à l'identité du donneur n'est pas organisé, comme en Espagne ou en Belgique, il est complétement fantasmagorique de penser que les couples de femmes occultent l'existence d'un homme ayant contribué à la venue au monde de l'enfant, et ce pas seulement par la force des choses, mais surtout parce qu'elles répondent devant l'enfant de la réalité de la procréation et de la portée de leur engendrement.

---

[210] Le psychiatre P. Lévy-Soussan écrit dans l'hebdomadaire *Le Point* du 18 octobre 2012 : « Jamais aucune société depuis deux mille ans n'avait encore validé la filiation homosexuelle, le fait que de deux hommes ou de deux femmes pouvait ''naître'' un enfant. » Et aussi : « Aucun étude n'a suivi le développement d'enfants nés de M. X et de M. Y, or c'est bien ce que va instaurer la loi… ».
[211] J.-P. Winter, *L'homoparenté,* Paris, Albin Michel, 2010, p.199
[212] Ibid., p.199.

Méconnaissance, ensuite, de la réalité ordinaire de l'AMP française à laquelle seuls les couples de sexes différents ont accès. Car il se trouve que le mensonge aux enfants existe bel et bien. Des milliers d'enfants sont nés d'un don et l'ignorent. Des milliers d'enfants croient que leur père stérile est leur géniteur. Des milliers d'enfants sont nés d'un tiers donneur et on leur dissimule ce tiers. Ces situations sont organisées par le droit français actuel de l'AMP qui fait passer les couples hétérosexuels infertiles pour avoir procréé et ce, en organisant l'effacement du don[213].
Les opposants à l'AMP pour les couples de femmes clament « on ne ment pas aux enfants » : ce faisant ils accusent de mensonges ceux-là mêmes qui ne sont jamais tentés de mentir sur la conception, les couples de même sexe, tout en ignorant sans aucun état d'âme les mensonges avérés produits par un système mis en place depuis fort longtemps pour dissimuler le recours au don et faire passer les parents stériles pour les géniteurs de leurs enfants, un système qui, pour couronner le tout, les exclut. Cet extraordinaire paradoxe témoigne de la fascination qu'exerce sur une partie de nos contemporains le *modèle pseudo-procréatif* de l'AMP à la française. L'accès à l'AMP des couples de femmes ébranle la construction de cette fiction et rend à la fois possible et nécessaire de revenir sur le sens que l'on donne aux mots : père, mère, parents, don.

2. L'AMP avec tiers donneur n'est pas un traitement de l'infertilité mais un arrangement social nouveau

L'Union Nationale des Associations Familiales, représentant officiel des familles auprès des pouvoirs publics, ne critique pas ce modèle pseudo-procréatif, qu'elle présente comme conforme aux « grands principes de la bioéthique ». Rappelant que l'AMP vise à apporter une aide médicale aux couples hétérosexuels souffrant d'une infertilité pathologique, elle considère qu'elle devrait continuer à viser cet objectif[214]. Mais le problème qu'elle ignore est la différence capitale entre l'AMP intraconjugale, qui est effectivement un traitement de l'infertilité, et l'AMP avec tiers donneur. Comme on l'a longuement développé dans la première partie de ce chapitre, dans ce dernier cas, l'apport de sperme ou d'ovocytes n'a pas soigné l'infertilité. La médecine n'a pas rétabli une fonction défaillante. Elle a répondu, par un arrangement social que la technique médicale a profondément transformé, au désir d'enfant d'un couple qui ne peut pas procréer lui-même. Ce faisant, elle a pleinement joué son rôle en accompagnant de ses pratiques cliniques et biologiques l'émergence d'une nouvelle façon de construire une famille.
Mais les critiques exprimées à l'encontre de l'accès des couples de femmes à l'AMP révèlent la difficulté persistante de nos contemporains à distinguer les parents et les géniteurs, la difficulté à penser l'existence de personnes qui, par leur don, contribuent à donner la vie pour permettre à d'autres d'être des parents.

Pourtant ces couples qui ont recours à l'AMP avec don, qu'ils soient de même sexe ou de sexes différents ont réalisé leur projet parental en donnant autant d'importance au fait de procréer qu'à celui d'être seulement partie prenante de ce projet. Les enfants qui sont les leurs ne seraient jamais venus au monde sans ce projet parental qui trouve sa réalisation dans le fait que l'un procréé avec l'aide d'un tiers et l'autre pas. Dans le recours à l'AMP, celui

[213] Voir J. Guibert, E. Azria, « Anonymat du don de gamètes : protection d'un modèle social ou atteinte aux droits de l'homme ? », *Journal de Gynécologie obstétrique et biologie de la reproduction*, n°36, 2007, pp.360-368.
[214] UNAF, *Les questions du mariage, de la filiation et de l'autorité parentale pour les couples de même sexe,* Dossier d'analyse mis en ligne le 29/10/2012, p.10.

ou celle qui ne procrée pas est autant « vrai » parent que l'autre. Le père dont la compagne a eu recours à un don de sperme pour mettre au monde un enfant n'est pas moins père que celui qui a procréé sans l'aide d'un tiers. De même, la femme dont la compagne a eu recours à un don de sperme pour pouvoir enfanter. Tous deux sont parents, non parce qu'ils ont procréé, mais parce que sans le projet parental du couple qu'ils forment avec leur compagne respective, leur enfant n'aurait jamais vu le jour.

En réalité, l'homoparentalité révèle ici une difficulté de notre société à penser vraiment l'engendrement avec tiers donneur, difficulté accrue par la persistance en France d'un modèle de pseudo-filiation charnelle. D'autres pays ont commencé comme la France par organiser l'AMP afin de répondre à l'infertilité des couples hétérosexuels par un tour de passe-passe. Le don de sperme était secret, et le compagnon de la femme inséminée passait pour être le géniteur. Mais cessant de s'accrocher à ce modèle *Ni vu, ni connu* et assumant que l'AMP avec tiers donneur est en réalité une nouvelle façon de mettre les enfants au monde, supposant la coopération d'un donneur et d'un couple de parents intentionnels, ces pays ont assumé de fonder la filiation sur la responsabilité et l'engagement dans le projet parental, plutôt que sur la seule vraisemblance procréative. Ils ont pu ouvrir l'AMP aux lesbiennes.

Propositions

Ouvrir l'accès à l'assistance médicale avec tiers donneur aux couples de femmes, dans les mêmes conditions que pour les couples de sexe différent.

Pour cela, modifier ainsi l'article L.2141-2 CSP :

« L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple, *de permettre une procréation nécessitant le recours à un don de gamètes ou un accueil d'embryon*, ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité.
Les membres du couple, qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe, doivent *être en âge de procréer* et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination.
Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par *l'un des membres du couple* auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation.»

Modifier dans le même sens l'article L.2141-7 :

« L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut être mise en œuvre lorsqu'il existe un risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'enfant ou à un membre du couple, lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir, *lorsque le couple ne peut concevoir sans le recours à un tiers donneur*, ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article 2141-10, renonce à une assistance médicale à la procréation au sein du couple. »

Modifier également l'article L.2141-10 :

« La mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation doit être précédée d'entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire du centre, qui peut faire appel, en tant que de besoin, au service social institué au titre VI du code de la famille et de l'aide sociale.
Ils doivent notamment :
1° Vérifier la motivation de *chacun des membres du couple* et leur rappeler les possibilités ouvertes par la loi en matière d'adoption. »
(la suite sans changement)

C. Instituer une « déclaration commune anticipée de filiation »

L'établissement de la filiation d'un enfant né d'une procréation assistée avec tiers donneur est envisagé de manière très différente selon les pays. C'est en parcourant du regard ces différents systèmes que l'on pourra vérifier la pertinence des modes d'établissement de la filiation qui sont diversement retenus et comprendre dans quel modèle familial ils s'inscrivent. Certains pays ont choisi un mode d'établissement *sui generis* qui ne dissimule pas le recours à un don et met ainsi en valeur l'engendrement avec tiers donneur. C'est cette ligne que le droit français pourrait suivre.

1. Regard de droit comparé sur les différents modes d'établissement de la filiation d'un enfant conçu par AMP avec tiers donneur

L'étude du droit comparé[215] permet de distinguer trois modalités différentes d'établissement de la filiation d'un enfant conçu par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur. Dans certains cas, l'établissement de la filiation est automatique, par le jeu d'une présomption (1), dans d'autres cas, la filiation ne peut résulter que d'une adoption (2), et parfois enfin, les systèmes juridiques aménagent des règles reposant sur des déclarations de volonté (3).

a. L'établissement automatique de la filiation par le jeu d'une présomption

La présomption est en principe un mode de preuve indirect d'un fait. Comme il n'est pas possible d'établir directement le fait à prouver, il est alors opéré un déplacement de l'objet de la preuve. Ainsi, dans le mariage, lorsque l'enfant est né d'une procréation charnelle, on évite d'avoir directement à prouver que le mari est le père biologique de l'enfant en déplaçant l'objet de la preuve, de la paternité au mariage. Prouver qu'un homme est le mari de la mère permet de présumer qu'il est le père biologique de l'enfant. Ainsi, l'article 312 du code civil énonçant que l'enfant a pour père le mari, met en œuvre implicitement une telle présomption de paternité. La preuve du mariage induit le fait biologique.

[215] V. not. L. Brunet, J. Sosson, « L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité », in *Parenté, filiation, origine*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p.31 et suivantes ; S. Cap, L. Galichet, F. Maisonnasse, A. Molière, S. Tetard, « Le statut juridique du co-parent de même sexe : aperçu de droit comparé », in *Parenté, filiation, origine*, Buxelles, Bruylant, 2013, p.87 et suivantes.

On sait qu'une telle présomption, qui en principe est une règle de preuve, a été utilisée dans certains pays pour établir la filiation d'un enfant issu d'une procréation artificielle avec tiers donneur, afin de permettre le rattachement automatique de l'enfant au conjoint de la mère. Ce faisant, ces pays ont déformé le mécanisme probatoire initial pour recourir à une fiction. Il ne s'agit plus en effet de déplacer l'objet de la preuve d'un fait connu (le mariage) à un fait inconnu (la paternité biologique), mais d'affirmer la paternité purement et simplement sans possibilité de preuve contraire (à moins que l'enfant ne soit pas issu de l'AMP).

En France, comme on l'a vu, la présomption de paternité est utilisée pour établir la paternité du mari de la mère, lorsque le couple a eu recours à une AMP. Au Québec, des présomptions de paternité ou de comaternité jouent dans le couple marié ou uni par un partenariat, que ce couple soit de sexe différent ou de même sexe, lorsqu'il s'agit d'un couple de femmes. Au Royaume-Uni, la présomption permet l'établissement de la paternité du mari de la mère.
On constate ainsi que le mécanisme de la présomption n'est utilisé que dans le mariage ou éventuellement dans un partenariat, mais jamais encore dans un simple concubinage. On constate aussi que la présomption peut indifféremment concerner l'établissement de la paternité dans un couple de sexe différent, aussi bien que de la maternité dans un couple de femmes.
Dans tous les cas, il est important de bien mettre en lumière qu'il ne s'agit pas d'une présomption, mais d'une fiction et que l'utilisation de cette fiction illustre l'attrait des législations pour un modèle particulier : celui d'une filiation charnelle inscrite dans une union instituée, ce qui aujourd'hui ne peut manquer d'être critiqué.

Présentation des législations recourant au mécanisme d'une présomption

C'est la plupart du temps une présomption de paternité qui est utilisée pour établir la paternité du mari de la mère, lorsque le couple marié a eu recours à une assistance médicale avec tiers donneur. Ainsi, comme le droit français, le droit suédois présume que le mari de la mère est le père de l'enfant. Cette présomption est cantonnée à cette seule hypothèse, alors même que la Suède autorise les couples non mariés, et les couples de femmes, à recourir à l'assistance médicale à la procréation[216].

Le droit québécois a adopté une présomption semblable[217], qui figure dans le code civil québécois[218], quoiqu'elle ait toutefois un domaine d'application beaucoup plus large.

---

[216] S. Cap, L. Galichet, F. Maisonnasse, A. Molière, S. Tetard, « Le statut juridique du co-parent de mêmesexe : aperçu de droit comparé », in *Parenté, filiation, origine*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p.87 et suivantes, spécialement p.117-118.
[217] M. Beague, S. M. Ferrié, J. Houssier, M. Saulier, « Beau-parent, co-parent », in *Parenté, filiation, origine*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p.69 et suivantes.
[218] Code civil québécois (CCQ) :
538.3. L'enfant, issu par procréation assistée d'un projet parental entre époux ou conjoints unis civilement, qui est né pendant leur union ou dans les 300 jours après sa dissolution ou son annulation est présumé avoir pour autre parent le conjoint de la femme qui lui a donné naissance.
Cette présomption est écartée lorsque l'enfant naît plus de 300 jours après le jugement prononçant la séparation de corps des époux, sauf s'il y a eu reprise volontaire de la vie commune avant la naissance.
La présomption est également écartée à l'égard de l'ex-conjoint lorsque l'enfant est né dans les 300 jours de la fin de l'union, mais après le mariage ou l'union civile subséquent de la femme qui lui a donné naissance.
2002, c. 6, a. 30.
539. Nul ne peut contester la filiation de l'enfant pour la seule raison qu'il est issu d'un projet parental avec assistance à la procréation. Toutefois, la personne mariée ou unie civilement à la femme qui a donné naissance à l'enfant peut, s'il n'y a pas eu formation d'un projet parental commun ou sur preuve que l'enfant n'est pas issu de la procréation assistée, contester la filiation et désavouer l'enfant.

L'enfant conçu par procréation assistée avec tiers donneur dans le cadre du projet parental d'un couple marié ou uni civilement « est présumé avoir pour autre parent le conjoint de la femme qui lui a donné naissance (art. 538-3 CCQ). La règle s'applique ainsi au couple marié ou en union civile et, comme la loi ne distingue pas, au couple de sexe différent ou de même sexe, comme le confirme d'ailleurs le texte énonçant que lorsque les deux parents sont de sexe féminin « les droits et obligations que la loi attribue au père, là où ils se distinguent de ceux de la mère, sont attribués à celle des deux mères qui n'a pas donné naissance à l'enfant » (art. 539.1 CCQ). Une présomption de paternité permet donc l'établissement de la paternité du mari ou du partenaire de la femme qui donne naissance à l'enfant, ainsi qu'une présomption de comaternité de la conjointe ou partenaire de cette femme. Dans tous les cas, la présomption de paternité ou de comaternité ne peut être contestée pour la seule raison que l'enfant est issu d'un projet parental avec assistance à la procréation. Toutefois, la personne mariée ou unie civilement à la femme qui a donné naissance à l'enfant peut, s'il n'y a pas eu formation d'un projet parental commun ou sur preuve que l'enfant n'est pas issu de la procréation assistée, contester la filiation et désavouer l'enfant (art. 539 CCQ).

Le droit anglais[219] recourt aussi à une technique voisine pour l'établissement de la paternité du mari de la mère. Ce dernier doit être « considéré comme » le père de l'enfant (« *is to be treated as the father of the child* » : art. 35 *Human Fertilization and Embryology Act* 2008). La même règle s'applique à la partenaire de la mère qui doit ainsi également être "considérée comme" l'autre parent légal de l'enfant (art. 42, *Human Fertilisation and Embryology Ac*t 2008, en vigueur depuis le 6 avril 2009[220]). La terminologie utilisée *is to be treated*, « être considéré comme » est la marque de l'artifice qui semble devoir être mis en œuvre, alors même que le mari de la mère ou la partenaire de la mère sont les seuls véritables parents légaux de l'enfant.

À ce rapide tour d'horizon, il faut ajouter les projets de réformes belge et hollandais. Dans ces deux Etats, la paternité du mari de la mère est actuellement établie par une présomption de paternité y compris, comme en droit français, lorsque l'enfant est issu d'une assistance médicale à procréation[221]. *De lege ferenda*, les discussions portent sur l'extension de cette présomption aux couples de femmes mariées ou partenaires, la femme ou partenaire de la mère devenant ainsi, par l'effet d'une présomption de maternité, la co-mère de l'enfant[222].

Les règles relatives aux actions en matière de filiation par le sang s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux contestations d'une filiation établie par application du présent chapitre.
1991, c. 64, a. 539; 2002, c. 6, a. 30.
539.1. Lorsque les parents sont tous deux de sexe féminin, les droits et obligations que la loi attribue au père, là où ils se distinguent de ceux de la mère, sont attribués à celle des deux mères qui n'a pas donné naissance à l'enfant.

[219] J. Mc Candless et S. Sheldon, « The human Fertilisation and Embryology Act (2008) and the tenancy of the sexual family form », *The Modern Law Review*, mars 2010, vol. 73, pp.175-207

[220] « The other party to the civil partnership is to be treated as a parent of the child unless it is shown that she did not consent to the placing in W of the embryo or the sperm and eggs or to her artificial insemination (as the case may be)".

[221] M. Vonk, "Same-Sex Parents in the Netherlands", in *Homoparentalité ? Approche comparative*, Société de législation comparée, 2012, p.13 et suivantes. L'article 1 : 198 du code civil néerlandais prévoit que le mari de la mère est automatiquement considéré comme le père de l'enfant, qu'il soit ou non le père biologique de l'enfant. Ainsi si l'homme sait que la femme est enceinte avant son mariage, il est le père de l'enfant par le mariage et ne peut contester sa paternité (1 : 200, 2).

[222] En droit belge : Proposition de loi du 27 oct. 2010, modifiant le Code civil en vue de régler l'établissement de la co-maternité lesbienne (Doc. Parl. Sénat, 2010-2011, n° 5-399/1). Voir aussi l'actuel avant-projet de loi relatif à l'établissement de la filiation à l'égard du coparent, qui propose d'instaurer une présomption de co-parenté à l'égard de l'époux ou de l'épouse du père ou de la mère au jour de la conception.

Critique des législations recourant au mécanisme d'une présomption

Les systèmes recourant au mécanisme de la présomption dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur encourent une double critique régulièrement mise en avant.

La première critique met en exergue l'incohérence à utiliser une présomption qui est un mode de preuve indirect de l'existence de liens de sang, dans des hypothèses où, à l'évidence, de tels liens sont absents, puisque l'enfant est conçu dans le cadre d'une insémination avec tiers donneur.
Le droit français révèle bien le fondement de la présomption de paternité, qui joue au profit du mari de la mère dans le mariage (art. 312), ce dernier étant réellement censé en être biologiquement le père, la présomption s'effaçant ainsi chaque fois qu'il est douteux qu'il le soit (période de séparation légale : art. 313) ou pouvant être contestée en justice par la preuve biologique de la non paternité du mari de la mère. Utilisée ainsi dans le cadre d'une assistance médicalisée avec tiers donneur, la présomption de paternité, qui n'est qu'une simple règle de preuve, devient une règle de fond, une fiction destinée à masquer l'intervention d'un tiers donneur et à couler la filiation qui en résulte dans le moule d'une filiation par procréation charnelle. Cette critique avait été formulée dès le vote de la loi de1994 par les juristes, certains ayant alors proposé de préférer la voie de l'adoption[223].

Le droit québécois a été très largement critiqué pour avoir ainsi établi au profit de la conjointe de la mère une présomption de comaternité[224]. L'utilisation d'une présomption au profit d'une co-mère fait évidemment résonner avec force l'artifice ainsi mis en œuvre. Abandonner le recours à cet artifice aurait donc le mérite d'attester d'une évolution bienvenue : reconnaître que la filiation d'un enfant issu d'une IAD n'a pas à s'inscrire dans un modèle pseudo-procréatif.

La seconde critique met en exergue une autre incohérence qui est de faire une distinction pour le recours à la présomption, dans le cadre d'une procréation assistée avec tiers donneur, entre, d'une part, l'existence d'un mariage ou partenariat et, d'autre part, un simple concubinage.

En droit hollandais, une présomption de comaternité permettrait d'établir la maternité de l'épouse de la mère au jour de la conception de l'enfant (projet du 13 oct. 2011, portant modification du Livre Ier du code civil relativement à l'établissement de la parenté juridique de la partenaire féminine de la mère autrement que par l'adoption).

[223] F. Terré, D. Fenouillet, *La famille*, Dalloz, 8e éd. 2011, n° 791 et suivants ; D. Fenouillet, « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de F. Terré*, Dalloz, PUF, Lexis, 1999, p.509 et suivantes. J. Massip, « L'insertion dans le code civil de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée », Defrénois, 1995, I, n°3, p.29 : « On peut se demander si l'analogie avec l'adoption - analogie que nous avons déjà eu l'occasion de souligner - n'aurait pas dû conduire le législateur à faire de la procréation médicalement assistée avec donneur un cas particulier d'adoption, ce qui aurait permis de ne pas toucher aux règles de la filiation charnelle et aurait été plus satisfaisant pour l'esprit en évitant un mélange des genres qui pourrait être source de difficultés pratiques. »

[224] P. Murat, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations, in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser,* p.405 et suivantes ; H. Fulchiron, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui », JCP 2013, doct. 658 ; C. Neirinck, « Une famille homosexuelle », in *Mariage-Conjugalité, Parenté-parentalité*, dir. H. Fulchiron, p.158 ; P. Murat, B. Moore, « Tenir compte de l'expérience québécoise : débattre avant d'agir », Revue de droit d'Assas, Févr. 2011, n° 3, p.87 et suivantes.

Si, hors le cadre de l'assistance médicale à la procréation, il peut paraître légitime de conserver ce mode de preuve particulier qu'est la présomption pour établir uniquement la paternité du mari de la mère, et non celle de son concubin, c'est non seulement parce que les obligations du mariage continuent d'appuyer et de légitimer l'existence d'une telle présomption au travers du devoir conjugal et de l'obligation de fidélité, mais aussi parce que le mari de la mère est censé accepter les enfants à venir du mariage (v. *supra* chapitre 3).

Or, dans le processus d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, l'engagement est le même pour tous les couples, puisqu'il est un préalable requis en amont du processus. Il ne devrait donc pas y avoir de distinction entre les couples mariés, partenaires ou concubins puisque dans tous ces cas, l'accès à l'assistance médicale avec tiers donneur suppose l'acceptation par principe des enfants à venir.
Par ailleurs, la différence des devoirs et obligations du mariage, du partenariat et du concubinage tenant à l'existence ou non d'un devoir conjugal et de fidélité ne devrait avoir aucune incidence sur l'établissement de la filiation de l'enfant conçu avec l'aide d'un tiers donneur, puisque la conception de l'enfant est indépendante de ces devoirs.

La cohérence de ces législations est donc prise en défaut, puisqu'il serait alors dans leur logique de faire jouer la présomption dans tous les couples et non uniquement dans le mariage ou le partenariat. Exclure le concubinage ne fait donc qu'attester de la prévalence du modèle matrimonial (le partenariat s'y rattachant par analogie de modèle institué), sur le concubinage dans une situation, la procréation assistée avec tiers donneur, où il est absolument incohérent d'admettre la prévalence d'un tel modèle.

Cette double critique doit donc conduire à exclure l'utilisation de présomptions pour l'établissement de la filiation d'un enfant conçu dans le cadre d'une procréation assistée avec tiers donneur.

b. L'adoption de l'enfant issu d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur

Présentation des législations exigeant le recours à l'adoption

Certains pays, comme la Belgique, le Danemark et les Pays-Bas n'autorisent pas que la filiation d'un enfant issu d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur dans les couples de femmes puisse être établie selon les mêmes modes de preuve que la filiation par procréation charnelle et exigent que l'enfant ainsi conçu soit adopté par la conjointe ou partenaire de la mère[225].

Ces Etats font ainsi une distinction entre les couples de sexes différents, pour lesquels la paternité est établie selon les mêmes modalités que dans la filiation par procréation charnelle (présomption ou reconnaissance), et les couples de même sexe, la conjointe ou partenaire devant adopter l'enfant.

[225] Bien que des projets de réformes soient à l'étude dans certains de ces pays pour aligner les modes d'établissement de la filiation dans les couples mariés et non mariés (supra).

Ainsi, en droit belge, pour l'heure, une loi du 6 avril 2007 prévoit que la conjointe de la mère doit adopter l'enfant issu d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, l'adoption étant ainsi mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant (art. 1231-19 code jud. ; art. 368-1 code civil belge). De même, au Danemark, la femme de la mère doit adopter l'enfant issu d'une AMP avec tiers donneur, une telle adoption étant en outre soumise à l'accord de cette dernière. Une loi du 12 juin 2009 a étendu la solution aux couples de femmes vivant en partenariat. Aux Pays-Bas, depuis le 1er janvier 2001, la femme de la mère doit adopter l'enfant issu d'une IAD, et depuis une loi du 21 octobre 2008, en vigueur au 1er janvier 2009, la femme ou la partenaire de la mère peut déposer sa requête en adoption avant la naissance de l'enfant, l'adoption étant prononcée par le juge après la naissance, en prenant effet au jour de la naissance[226].

Critique des législations exigeant le recours à l'adoption

Le recours à l'adoption encourt plusieurs critiques.

La première concerne la distinction opérée dans ces Etats entre les couples de sexes différents et de même sexe. Dans les couples de sexes différents, ces droits admettent que la paternité de l'homme ayant consenti au projet d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur soit établie par une présomption s'il est marié et par une reconnaissance s'il ne l'est pas, c'est-à-dire selon les mêmes modes de preuve que si l'enfant était issu d'une procréation charnelle. Comme en droit français, le recours à l'intervention d'un tiers donneur est donc dissimulé et la procréation charnelle érigée en modèle. À l'inverse, dans les couples de même sexe, le mimétisme avec la procréation charnelle étant impossible, l'adoption est préférée. Or, cette distinction entre les couples de sexes différents et les couples de même sexe, fondée sur l'apparence, ne peut qu'encourir la critique, puisque dans les deux cas, la situation est identique : l'enfant n'est pas issu biologiquement d'une procréation charnelle.

La seconde critique concerne l'utilisation de la technique de l'adoption dans une situation qui ne correspond ni à la logique, ni à la rigueur de l'institution.
L'adoption permet l'accueil d'un enfant déjà né et est pour cette raison la résultante d'un processus administratif et judiciaire long, lourd et contraignant. À l'inverse, l'assistance médicale à la procréation permet l'établissement d'une filiation d'origine.

Par ailleurs, nombre des conditions posées dans l'adoption sont inadaptées pour l'enfant issu d'une AMP. Il en est ainsi de l'exigence du consentement de la mère et de sa faculté de rétractation. Il n'est guère concevable que deux femmes s'engagent dans un processus d'assistance médicalisé au terme d'un projet parental commun, et qu'ensuite la mère ne consente plus à l'adoption de l'enfant par sa conjointe[227].

---

[226] M. Vonk, "Same-Sex Parents in the Netherlands", in *Homoparentalité? Approche comparative*, Société de législation comparée, 2012, p.13 et suivantes.

[227] La Cour constitutionnelle belge avait eu à se prononcer sur cette question dans deux arrêts du 12 juillet 2012 et avait tenté de trouver une solution en permettant l'adoption dans l'intérêt de l'enfant en cas de refus abusif de la mère : v. sur ce point : L. Brunet, J. Sosson, « L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité », in *Parenté, filiation, origine*, Bruylant, 2013, p. 31 et s.

Certains ont pu proposer d'alléger la procédure de l'adoption pour en faciliter la réalisation au profit du conjoint ou partenaire de la mère de l'enfant issu d'une IAD[228].
Mais même une forme allégée d'adoption paraît inadaptée puisqu'il ne s'agit pas d'accueillir un enfant qui n'est pas l'enfant du couple, mais de mettre au monde un enfant dans le cadre d'un projet parental commun.

c. Le recours à des déclarations de volonté pour établir la filiation d'un enfant conçu grâce à une procréation médicalement assistée avec tiers donneur

Il s'agit ici de relever quels pays admettent que la filiation de l'enfant soit établie à la suite d'une déclaration de volonté par le conjoint (au sens large) de la mère.
Une remarque liminaire s'impose. En France, on appelle reconnaissance, la déclaration unilatérale de volonté faite par une personne auprès du notaire ou de l'officier d'état civil, par laquelle cette personne indique qu'elle est le père ou la mère de l'enfant. Cette déclaration de volonté, discrétionnaire, est censée reposer sur la vérité biologique.
Il existe dans d'autres pays des modes d'établissement de la filiation reposant sur des déclarations de volonté, mais qui n'ont pas les mêmes traits que la reconnaissance du droit français. Aussi par souci de rigueur et pour éviter les confusions, on parlera non de reconnaissance, mais de déclaration de volonté pour désigner ces modes d'établissement de la filiation.

Déclaration de volonté sans l'accord de la mère

Le droit québécois prévoit ainsi le recours à une déclaration de volonté pour l'établissement de la filiation de l'enfant issu d'une procréation avec tiers donneur, mais uniquement dans les couples de femmes non mariées[229].
Ainsi, selon l'article 540 du code civil québécois, « la personne qui après avoir formé un projet parental commun hors mariage ou union civile ne déclare pas au registre de l'état civil son lien de filiation avec l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers cet enfant et la mère de ce dernier **».**
La particularité de cette déclaration est qu'elle ne suppose pas l'accord de la mère et qu'elle n'est pas censée traduire l'existence d'une réalité biologique. Sur ce dernier point, la déclaration du droit québécois se distingue donc de la reconnaissance à la française.

Déclaration de volonté avec l'accord de la mère

Dans d'autres pays encore, comme les Pays-Bas, la paternité hors mariage peut être établie par une déclaration de volonté, que ce soit ou non dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation. Cette déclaration suppose toutefois l'accord de la femme qui accouche de l'enfant.

Ici, la différence avec le droit français réside d'abord dans le nécessaire recueil de l'accord de la mère. Ensuite, autre différence, cette déclaration de volonté ne suppose pas que

[228] L. Brunet et J. Sosson, *loc. cit.*
[229] A. Roy, « Les couples de même sexe en droit québécois ou la quête d'une égalité sans compromis », Ann. Dr. Louvain, 2005, n° 1-2, pp.29 à 48 ; « La filiation homoparentale : esquisse d'une réforme précipitée », *Enfances, Familles, Générations*, 2004, pp.101 à 120 ; « La conjointe de la mère doit-elle adopter l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée ? », Rev. Not. 2003, pp.119-125 ; C. Lavallée, « Homoparenté, parentalité et filiation en droit québécois : une égalité à géométrie variable », in *Homoparentalité ? Approche comparative*, Société de législation comparée, 2012, p.139 et suivantes.

l'enfant soit l'enfant biologique de l'auteur de la déclaration, dès lors que la mère est d'accord. Si la mère refuse, le père peut saisir le juge pour obtenir le consentement à la reconnaissance (en ce cas, toutefois, le père doit être le père biologique de l'enfant et l'avoir conçu de manière non assistée -art.1 : 204, 3-). Ce mode d'établissement est donc spécifique aux couples hétérosexuels non mariés, car il faut rappeler que pour les couples hétérosexuels mariés, la présomption de paternité est admise, et pour les couples de même sexe, une adoption est nécessaire.

De même, en Suède, la déclaration de volonté est utilisée pour établir la paternité dans un couple non marié, ainsi que la maternité de la conjointe, partenaire ou compagne de la mère. La loi du SFS 2005, 434 réformant l'article 1. 9 du code sur les enfants et les parents exige une déclaration formelle donnant le consentement de la part de l'épouse ou de la partenaire – ou compagne- qui n'accouche pas pour l'établissement de sa filiation maternelle.
Lorsqu'un enfant naît à la suite d'une IAD dans un couple de femmes, la conjointe, partenaire ou compagne qui a consenti au traitement est considérée comme parent de l'enfant. Elle doit toutefois faire une démarche consistant à déclarer qu'elle est la mère de l'enfant, et ce dès avant la naissance de ce dernier[230]. Cette déclaration doit être approuvée par la mère et l'administration des affaires sociales.

Dans ces deux Etats, le procédé de la déclaration de volonté n'est pas censé traduire une vérité biologique. Il est donc intéressant, car il n'enferme pas la filiation de l'enfant conçu par procréation médicalement assistée avec tiers donneur dans l'apparence d'une filiation par procréation charnelle.
Toutefois, l'inconvénient de ces deux législations, outre qu'elles distinguent entre les couples de sexe différent et de même sexe et entre l'existence ou non d'un mariage, est qu'elles subordonnent la déclaration de volonté à l'accord de la mère qui donne naissance à l'enfant, en dépit même du consentement préalable au projet commun de recourir à l'assistance médicale.
Ce mode d'établissement de la filiation ressemble ainsi, dans sa mise en œuvre, au processus de l'adoption, dans lequel le parent de naissance donne son consentement à l'adoption. Or, dans l'assistance médicale à la procréation, une fois le consentement donné au projet parental commun, il est illogique de subordonner l'établissement de la filiation du parent qui ne donne pas naissance à l'enfant à l'accord de la mère de naissance.

L'Agreed fatherood condition et l'Agreed female parenthood du droit anglais

Le Royaume-Uni a adopté pour les couples non mariés qui ont recours à l'assistance médicale à la procréation avec un tiers donneur, un mécanisme spécifique d'établissement de la filiation qui résulte du *Human Fertilisation and Embryology Act* du 6 avril 2009 [231]. Le

---

[230] S. Cap, L. Galichet, F. Maisonnasse, A. Molière, S. Tetard, « Le statut juridique du co-parent de même sexe : aperçu de droit comparé », in *Parenté, filiation, origin*e, Bruxelles, Bruylant, 2013, p.87 et suivantes, spécialement pp.117-118 ; M. Jantera-Jareborg, « Parenthood for same-sex couples : challenges of private law from a Scandinavian perspective », in J. Erauw, V. Tomjienevic et P. Volken,(dir), *Liber memorialis Petar Sarcevic*, Universalism, Tradition and the individual, Munchen, Sellier, European Law publischers, 2006, p.75 et suivantes.
[231] E. Steiner, « La reconnaissance de l'homoparentalité en droit anglais face à la dimension biologique de la filiation et à l'intérêt supérieur de l'enfant », in *Homoparentalité ? Approche comparative*, *loc. cit.*, p.105 et suivantes ; S. Cap, L. Galichet, F. Maisonnasse, A. Molière, S. Testard, *loc. cit.* ; Th. Callus, « La parenté au Royaume-Uni : un droit en évolution face à l'essor des pratiques biomédicales », in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, Coll. Dr. Bioéthique et société, 2014,

mode d'établissement de la filiation du compagnon ou de la compagne de la mère obéit à des règles identiques.
Dans le couple hétérosexuel non marié, l'homme et la femme qui ont consenti au traitement signent un document attestant l'un qu'il consent à être considéré comme le père, l'autre qu'elle consent à ce que l'homme soit considéré comme tel (Agreed fatherhood condition : art. 36/37 HFEA). De même, dans un couple de femmes non mariées qui a eu recours à une insémination artificielle avec tiers donneur, la compagne de la femme qui accouche devient parent de l'enfant si elle l'accepte et si la mère y consent (Agreed female parenthood : art. 43).
L'intérêt du mécanisme est que le consentement donné au projet parental commun doit s'accompagner du consentement à l'établissement de la filiation. L'illogisme du procédé est toutefois qu'il ne concerne que les couples non mariés[232].

Déclaration de volonté spécifique du droit espagnol

L'Espagne distingue également pour l'établissement de la filiation d'un enfant issu d'une assistance médicale avec tiers donneur, selon que le couple est de sexe différent ou de même sexe[233].
Lorsque le couple hétérosexuel marié recourt à une assistance médicale à la procréation, la paternité du mari de la mère est établie par le jeu de la présomption de paternité, comme en droit français.
En revanche, des règles spéciales ont été prévues pour les couples de femmes, mais uniquement lorsqu'elles sont mariées, laissant ainsi dans l'ombre la question de la filiation si les femmes ne le sont pas. Ainsi, la loi 14/2006 du 26 mai 2006, sur les techniques de reproduction assistées prévoit l'accès de toute femme indépendamment de son état civil et de son orientation sexuelle à l'assistance à la procréation, mais c'est un autre texte, la loi 3/2007 du 15 mars 2007, relative à la rectification au registre de la mention relative au sexe des personnes, qui est venue incidemment prévoir les modalités d'établissement de la filiation pour les couples de femmes mariées ayant recours à une IAD.

Selon l'article 7-3 de cette loi, « Lorsque la femme est mariée avec une autre femme et qu'elle n'est pas séparée légalement ou dans les faits cette dernière pourra manifester au Registre civil du domicile conjugal son consentement à ce qu'à la naissance de l'enfant de son épouse, la filiation de ce dernier soit déterminée en sa faveur ».

L'avantage du mécanisme est que ce consentement déclaré à l'état civil exclut la nécessité de recourir à une soi-disant présomption de maternité et permet d'éviter l'adoption par une déclaration formelle de consentement avant la naissance.[234]

En Espagne, il faut également citer les dispositions spécifiques du code civil de la Catalogne et résultant d'une loi du 29 juillet 2010, qui sont plus complètes. En effet, la loi prévoit

---

[232] Pour les couples hétérosexuels, une présomption de paternité joue. Pour les couples homosexuels, le mariage n'était pas admis à l'époque de la loi de 2009.
[233] A. Quinones Escamez, « Conjugalité, parenté et parentalité. La famille homosexuelle en droit espagnol comparé », in *Homoparentalité, Approche comparative*, SLC, 2012, p.41 et suivantes ; J. Nanclares et V. San Julian Puig, « Les incidences de la biomédecine sur la parenté et l'identité sexuelle en Espagne », in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, Coll. Dr. Bioéthique et société, 2014 ; M. Pérez Monge, « La filiation derivada de técnicas de reproducción asistida », Madrid, ed. CER, 2002, p.114 ;
[234] Voir spécialement A. Quinonez Escamez, *ibid.* , p.52.

l'établissement de la filiation d'un enfant issu d'une AMP que le couple soit ou non marié, qu'il soit ou non de même sexe.
Des distinctions sont toutefois opérées entre ces situations.
Dans le couple marié, de sexe différent ou non, les enfants nés à la suite d'une fécondation assistée de la femme pratiquée avec le consentement manifeste du conjoint sont les enfants matrimoniaux de ce conjoint (art. 235-8).
Dans le couple non marié, les enfants nés à la suite de la fécondation assistée avec tiers donneur sont les enfants de l'homme ou de la femme y ayant consenti de manière manifeste dans un document expédié dans un centre autorisé ou dans un document public (art. 235-13).

Le code civil de la Catalogne ne prévoit donc pas de présomption de parenté pour l'établissement de la filiation, même dans le couple marié. Dans tous les cas, la volonté suffit à permettre l'établissement de la filiation du conjoint, partenaire ou compagnon de la mère, que cette volonté soit uniquement exprimée pour le recours à l'AMP (couple marié) ou pour l'établissement de la filiation (couple non marié).

Dans le droit civil de la Catalogne, l'établissement de la filiation d'un enfant issu d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur obéit donc à des règles autonomes, distinctes de celles prévalant pour l'établissement de la filiation par procréation charnelle, et distinctes également de l'adoption.

Cette méthode est celle qui traduit le mieux la réalité et la logique du processus d'assistance médicale à la procréation, sans prendre pour modèle ni une filiation reposant sur la vérité biologique, ni une filiation fondamentalement élective comme l'adoption. Il faut regretter toutefois que les modalités du consentement ne soient pas les mêmes que le couple soit marié ou non.

D. Propositions pour un nouveau mode d'établissement de la filiation d'un enfant issu d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur

La reconnaissance d'une pratique sociale nouvelle, l'engendrement avec tiers donneur, fondé sur un principe de responsabilité générationnelle, conduit à donner toute sa place à cette forme d'engendrement en consacrant un mode d'établissement *suis generis* de la filiation de l'enfant ainsi mis au monde.
C'est en consentant à l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur que les futurs parents s'engagent à devenir parents par une déclaration de volonté qu'il est proposé de nommer « déclaration commune anticipée de filiation ».
Ce nouveau mode d'établissement de la filiation de l'enfant né d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur serait le même pour tous les couples, qu'ils soient ou non mariés, qu'ils soient de même sexe ou de sexe différent.
Il ne s'agit pas de dire comment l'enfant a été conçu, par don de sperme, d'ovocyte ou même d'embryon, mais d'assumer le don d'engendrement. Dès lors, la déclaration commune anticipée n'a pas vocation à révéler les modalités de la procréation médicale ni comment les médecins ont conçu l'enfant, ce qui relève du secret médical. C'est pourquoi, il n'est pas fait de distinction pour cette déclaration commune entre l'homme et la femme ni selon la nature du don.

Les deux parents, ayant un projet parental commun, prennent tous deux, avant la naissance de l'enfant, l'engagement indivisible d'être les futurs parents légaux de l'enfant (A). Cette déclaration commune anticipée de filiation est ensuite portée en marge de l'acte de naissance de l'enfant (B). Conformément aux nouvelles règles de communication des copies intégrales des actes de l'état civil que nous proposons (cf. chapitre 3), cette mention ne pourra pas être connue des tiers (C).

1. Déclaration de consentement auprès du notaire ou du juge et déclaration commune anticipée de filiation

Les deux membres du couple qui consentent en la forme authentique à l'assistance médicale à procréation avec tiers donneur feraient concomitamment une déclaration commune anticipée de filiation.

Le droit prévoit actuellement que le consentement à l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur est reçu par un officier public. En cas de don d'ovocyte ou de sperme, le consentement est reçu par le notaire ou le juge. En cas de don d'embryon, l'accueil de l'embryon est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire. Ces règles qui sont destinées à informer les parents des conséquences de leur projet parental et permettent de s'assurer de la liberté de leur consentement sont à maintenir.

Il conviendrait toutefois de retoucher l'article 311-20 du code civil pour prévoir que le consentement ne serait plus donné dans des conditions en garantissant le *secret*, mais dans des conditions garantissant le *droit au respect de la vie privée*. Cette substitution symbolise en effet la place nouvelle donnée à l'assistance médicale avec tiers donneur. Si le recours à une technique d'assistance médicale à la procréation relève pour les parents de la vie privée, l'engendrement avec tiers donneur n'est en revanche plus couvert du sceau du secret. Cette distinction permet de bien distinguer entre ce qui relève de la procréation médicale, ce que font les médecins, et ce qui relève de l'établissement de la filiation, ce que font les parents.

Il est proposé d'ajouter que les deux futurs parents fassent, devant l'autorité qui reçoit le consentement à l'assistance médicale à la procréation, une déclaration commune anticipée de filiation, reçue également en la forme authentique par le juge ou le notaire qui établirait la filiation à l'égard de chacun des parents.

Chaque futur parent déclarerait devant le notaire ou le juge qu'il s'engage à assumer sa maternité ou paternité.

La déclaration de filiation serait commune dans le cadre d'une assistance médicalisée avec don, quel que soit le don : de sperme, d'ovocyte ou d'embryon. *Il s'agit en effet, non pas de révéler le mode de conception de l'enfant, la procréation médicale restant de l'ordre du secret médical, mais d'assumer la responsabilité de l'engendrement avec tiers donneur. Il convient à cet égard de bien distinguer l'établissement de la filiation, par la déclaration de filiation, du mode de procréation médicale que seuls les parents et le médecin connaissent. C'est pourquoi la déclaration anticipée de filiation commune aux deux parents ne révèle pas le mode de procréation.*

Le notaire ou le juge informerait les deux parents des conséquences de leur acte au regard de la filiation et de leur obligation de transmettre à l'officier d'état civil cette déclaration

commune de filiation dans les trois jours suivant la naissance de l'enfant, afin d'établir la filiation.

Le consentement et la déclaration commune anticipée de filiation seraient ensuite communiqués aux CECOS pour la réalisation du don.

Proposition

- Devant le notaire ou le juge recevant le consentement à l'assistance médicale à la procréation avec don d'engendrement, les futurs parents font une « déclaration commune anticipée de filiation ». Le consentement et la déclaration sont reçus en la forme authentique.
Cette déclaration permet l'établissement ultérieur de la filiation à l'égard de chacun des deux parents, quelle que soit la forme du don.

- Retoucher l'article 311-20 en indiquant « dans des conditions garantissant le respect de la vie privée » (et non plus : « garantissant le secret »).

- Ajouter, après l'alinéa 1er de l'article 311-20 :
Ils doivent également, préalablement au recours à une assistance médicale avec tiers donneur, déclarer devant le juge ou le notaire qu'ils consentent à être les futurs parents de l'enfant issu de l'assistance médicale à la procréation.
Supprimer les deux derniers alinéas.

2. La déclaration commune anticipée de filiation est transmise à l'officier d'état civil et portée sur l'acte de naissance de l'enfant

La déclaration commune anticipée de filiation devrait être portée sur l'acte de naissance de l'enfant par l'officier d'état civil, sur communication de l'un ou/et l'autre des parents.

La double déclaration de filiation ainsi portée sur l'acte de naissance établirait un lien de filiation indivisible entre les deux parents, l'enfant étant nécessairement celui du couple ayant consenti à l'assistance médicale à la procréation, sauf s'il est prouvé qu'il n'est pas issu de ce protocole. Le lien indivisible serait la résultante du consentement des deux parents à l'AMP. Ce consentement impliquerait que les deux liens de filiation ne soient pas établis séparément, mais concomitamment par le biais de cette déclaration commune. Il ne serait ainsi pas distingué, pour l'établissement de la filiation, selon que le parent est ou non le parent biologique de l'enfant, ceci afin de respecter la solidarité inhérente au projet parental commun, et afin de ne pas révéler le mode de procréation médicale de l'enfant et l'origine du don. Le droit ferait ainsi la distinction entre la procréation médicale et l'établissement de la filiation, tout en reconnaissant cette nouvelle pratique sociale qu'est l'engendrement avec tiers donneur.

Pour la maternité : pour la femme qui accouche, l'accouchement établirait la filiation de la mère, conforté par sa déclaration de maternité. L'impact de ce changement doit être bien mesuré. La filiation maternelle d'un enfant issu d'une AMP avec don, reposerait ainsi sur un double fondement : celui physiologique lié au fait de l'accouchement, celui volontaire lié à

la déclaration d'assumer la maternité. Ce double fondement permettrait ainsi de sécuriser les situations dans lesquelles l'enfant est né d'un don d'ovocyte, en préservant la mère gestatrice de toute contestation fondée sur une analyse génétique.

Pour la paternité : la déclaration commune anticipée portée sur l'acte de naissance établirait la paternité de l'homme qui a donné son consentement à l'IAD. Il ne serait donc plus distingué le père marié du père non marié.

La filiation ainsi établie ne pourrait être contestée, sauf s'il est démontré que l'enfant n'est pas issu de l'assistance médicale à la procréation.

Le parent qui s'opposerait à ce que la déclaration de filiation soit portée sur l'acte de naissance de l'enfant verrait sa filiation automatiquement établie sur production de l'acte authentique de consentement anticipé à l'officier d'état civil par l'autre parent. À l'inverse de ce qui est actuellement prévu, il ne serait plus nécessaire que l'autre parent fasse établir en justice la filiation de l'enfant. Cette procédure, déjà critiquée pour sa lourdeur est en outre inutile en présence d'une déclaration commune anticipée de filiation.

Cette déclaration commune de filiation aurait en outre le mérite de sécuriser le lien de filiation, empêchant les parents de pouvoir comme actuellement, en cas de séparation ou de divorce, se mettre d'accord pour que la filiation de l'enfant puisse être contestée, en dissimulant l'engendrement avec tiers donneur.

En outre, le refus par l'un des parents de communiquer la déclaration de filiation à l'officier d'état civil n'empêcherait pas l'autre parent de procéder à cette communication et conduirait alors à l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard des deux parents. La responsabilité de celui qui refuserait cette communication pourrait toutefois être engagée à l'égard de l'autre parent et de l'enfant.

Les parents qui décideraient de frauder la loi et ne pas transmettre la déclaration commune de filiation à l'officier d'état civil, en recourant aux modes d'établissement de la filiation du titre VII, présomption ou reconnaissance, s'exposeraient à ce que la filiation ainsi établie soit contestée selon les modalités du droit commun par tout intéressé. Aux termes d'une action en contestation de paternité ou de maternité, considérée comme recevable dans les conditions de l'article 333 du code civil, tout intéressé pourrait démontrer le bien-fondé de l'action en demandant une expertise génétique, qui évidemment en cas de don, ferait tomber le lien de filiation. C'est ainsi à de lourdes conséquences que s'exposeraient les parents fraudeurs.

3. Mention de la déclaration sur l'acte de naissance de l'enfant

À l'état civil, la déclaration commune serait portée sur l'acte de naissance de l'enfant à la rubrique « Événements relatifs à la filiation (antérieurs à l'établissement du présent acte) : « Déclaration commune anticipée de filiation en date du …. reçue par …. ».

Cette mention de la déclaration de filiation sur l'acte de naissance de l'enfant est bien évidemment indissociable du nouvel aménagement des règles de publicité des actes de naissance, et en particulier de communication des copies intégrales des actes de l'état civil, que nous avons exposé au chapitre 3.

On a montré en effet que, dès lors que le sens général de la réforme de la filiation proposée est d'instituer un droit de la filiation commun et pluraliste, la première exigence est d'assumer l'égalité : tout père est un père, toute mère est une mère, il n'y a donc pas à les distinguer dans la communication à des tiers dont l'unique nécessité est de pouvoir identifier les parents de quelqu'un.

Les « extraits de naissance avec filiation » ne comporteraient donc plus l'indication de la modalité d'établissement, et pas plus dans ce cas que dans aucun autre.

En revanche, l'acte intégral d'état civil doit contenir les informations relatives au mode d'établissement de cette filiation et ce pour deux raisons :
D'une part, toute personne a le droit de savoir selon quelle modalité sa filiation a été établie, ce qui signifie en particulier d'en finir avec la falsification délibérée de cette modalité (pseudo-filiation charnelle).
D'autre part, l'indication de la modalité d'établissement est indispensable pour sécuriser le lien. Une filiation établie sur la base d'une « déclaration commune anticipée de filiation » signifiant que l'enfant est né d'une AMP avec tiers donneur, ne pourra jamais être attaquée au motif que tel parent n'est pas le géniteur de l'enfant, (sauf à prouver que l'enfant n'est pas né de l'AMP).
Enfin, il importe de souligner avec force que l'on ne doit pas confondre un mode d'établissement de la filiation tel que la « déclaration commune anticipée de filiation » avec tout autre chose, qui serait la mention du mode de procréation. Cela n'a rien à voir et nous ne proposons en rien une telle mention.

Un mode de procréation est une question de fait biologique, ici il s'agit d'un acte de volonté. C'est bien pour cela que la déclaration commune anticipée de filiation que nous proposons ne donne aucune indication de type « biologique » : elle ne permet pas de savoir si le don d'engendrement a été un don de sperme, d'ovocytes ou d'embryon. Elle ne permet pas de savoir quel parent est stérile. Elle ne distingue pas entre le parent qui est géniteur et celui qui ne l'est pas. Ce qu'elle signale en revanche est que la déclaration de filiation a été faite non pas en référence à une procréation charnelle du couple, non pas en référence à une adoption, mais en référence à un engendrement avec tiers donneur.

Proposition

La déclaration commune anticipée de filiation est transmise par l'un ou/et l'autre des parents à l'officier d'état civil.

L'officier d'état civil porte cette déclaration sur l'acte de naissance de l'enfant.

La déclaration ainsi portée sur l'acte de naissance de l'enfant établit la filiation de l'enfant à l'égard des deux parents.

NB : ***ces propositions sont indissociables des réformes de l'état civil présentées au chapitre 3, en particulier celle prévoyant que l'accès à la copie intégrale de l'acte de naissance serait réservé uniquement à l'intéressé et à ses ascendants, et que serait communiqué aux tiers seulement l'extrait d'acte de naissance avec filiation ne mentionnant pas le mode d'établissement de celle-ci.***

Le parent qui s'opposerait à ce que la déclaration de filiation soit portée sur l'acte de naissance de l'enfant verrait la filiation établie automatiquement par la production de cet acte à l'officier d'état civil par l'autre parent. La responsabilité de celui qui refuserait cette communication pourrait toutefois être engagée à l'égard de l'autre parent et de l'enfant.

Compléter l'article 311-20 :

La déclaration commune anticipée de filiation est transmise par l'un ou l'autre des parents à l'officier d'état civil qui la porte sur l'acte de naissance de l'enfant.
La déclaration ainsi portée sur l'acte de naissance de l'enfant établit la filiation de l'enfant à l'égard des deux parents.
Le parent qui s'opposerait à ce que la déclaration de filiation soit portée sur l'acte de naissance de l'enfant verrait sa filiation établie automatiquement par la production de cet acte à l'officier d'état civil par l'autre parent. La responsabilité de celui qui refuserait cette communication pourrait toutefois être engagée à l'égard de l'autre parent et de l'enfant.

CONCLUSION

Dans ce chapitre, nous avons proposé une réflexion générale sur les transformations de l'AMP avec tiers donneur depuis ses débuts, il y a presque un demi-siècle. Nous avons analysé pour quelles raisons, à la fois liées au contexte social global et aux changements de la pratique médicale elle-même, le modèle *Ni vu, ni connu* et en particulier sa traduction sous la forme d'une pseudo-filiation charnelle suscitaient aujourd'hui des critiques. Nous avons montré quel est le lien majeur entre la logique du secret et celle de l'anonymat : croire que le parent et le donneur sont forcément deux rivaux pour une seule place à prendre, alors qu'en réalité ils ont des rôles différents et complémentaires.
Nous avons détaillé quelles raisons fortes, en particulier liées à l'apparition de nouvelles valeurs familiales, expliquent l'émergence progressive d'une nouvelle perception de l'engendrement avec tiers donneur comme étant une pratique sociale parfaitement honorable, n'ayant pas à être dissimulée dans le droit mais accompagnée et régulée dans le

respect des places de chacun. Nous avons donc valorisé l'émergence d'un nouveau principe de *Responsabilité*.
Nous avons proposé de traduire ce changement important des représentations et des valeurs par trois grandes réformes : le droit d'accès à leurs origines pour les personnes nées de dons, l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et, pour tous les couples, l'établissement de la filiation par une « déclaration commune anticipée de filiation ».

Nous avons conscience de n'avoir pas traité de tous les problèmes qui se posent aujourd'hui, et auraient pu faire l'objet de propositions. Sur un ensemble de sujets, le débat public n'est pas assez avancé pour nous permettre de nous prononcer sans outrepasser notre rôle, qui n'est pas de précéder ou remplacer le débat social, mais bien de l'analyser et de le prolonger. De plus, seul le développement d'échanges publics d'arguments, croisant de multiples points de vue, permet d'apercevoir toutes les facettes d'un problème et de parvenir à un consensus social raisonné sur des questions complexes et controversées.

Nous attirons donc l'attention, en forme de conclusion ouverte, sur **cinq questions** qui ne pourront être éludées et méritent à l'avenir des débats informés, argumentés, tenant compte de l'expérience des autres pays.

- **La possibilité d'établir un lien de filiation entre l'enfant et la « mère non statutaire » en cas de séparation au sein d'un couple de femmes ayant eu recours à l'AMP à l'étranger.** Depuis la loi du 17 mai 2013, quand ces couples sont mariés, la conjointe de la mère peut adopter l'enfant de sa femme, ainsi conçu à l'étranger, dans le cadre de leur projet parental commun.
Demain, si notre proposition est suivie, les couples de femmes pourront, comme les couples hétérosexuels, établir d'emblée un double lien par une « déclaration commune anticipée de filiation ». Ce qui demeure non réglé aujourd'hui est la question difficile des couples qui, après avoir eu recours à une AMP à l'étranger, se séparent. En ce cas, l'adoption par la conjointe de l'enfant conçu dans le cadre d'un projet commun peut être refusée par la mère. Pour l'heure une telle adoption est également impossible si le couple de femmes n'est pas marié[235]. Des associations se sont créées, diverses propositions existent, le débat doit se développer sans tarder pour régler ces situations certes peu nombreuses, mais extrêmement douloureuses.

- **L'ouverture de l'AMP avec tiers donneur aux personnes seules**. Cette possibilité existe dans de nombreux pays. Pourtant, notre groupe a constaté qu'il était beaucoup plus divisé sur ce point que sur l'ouverture aux couples de femmes. Les raisons pour lesquelles l'accord est difficile vont bien au-delà des sensibilités diverses de notre groupe de travail. Elles renvoient à des questions de fond qui devront être examinées en détail dans le débat public de façon à ce qu'un consensus puisse se dégager dans la société.

- **La question des donneuses et donneurs connus** est posée maintenant dans de nombreux pays. Certains acceptent que les personnes qui recourent à l'AMP soient accompagnées d'une donneuse ou d'un donneur choisi par eux. D'autres se sont penchés sur le don d'engendrement avec tiers donneur hors de toute enceinte médicale, et la régulation possible des « procréations *amicalement* assistées ». Ce débat n'existe pas vraiment en France, alors même que des cas judiciaires ont montré qu'il y a là une situation d'incertitude juridique. Le

[235] Voir sur ce point nos propositions *supra*, au chapitre 6 consacré à l'adoption de l'enfant du conjoint, partenaire ou concubin.

débat sur ces sujets sera certainement facilité lorsque l'engendrement avec tiers donneur sera davantage reconnu comme « une façon comme une autre de construire une famille », pour reprendre la formule du *Nuffield Council on Bioethics*.

- Un couple peut en France aujourd'hui accueillir l'embryon d'un autre couple, mais il ne peut pas bénéficier d'un **double don de gamètes**. Cette situation est difficile à comprendre. Elle ne relève pas directement de notre mission, mais travailler sur la filiation nous a amenés à évoquer dans nos discussions cette possibilité de procréation sur laquelle nous souhaitons qu'un débat soit ouvert.

- La **gestation pour autrui**, pour sa part, n'est pas une question nouvelle. Elle a fait l'objet de très nombreux travaux et publications au plan international, et plusieurs membres de notre groupe de travail sont d'éminents spécialistes de ce sujet, dans leur domaine de compétence (droit, science politique, sociologie et anthropologie). La question est très importante, et notre groupe y a consacré plusieurs de ses séances plénières. Cependant nous n'avons pas cherché à « trancher » sur ce sujet aujourd'hui passionnellement controversé. En revanche, nous pensons qu'il est possible de construire un débat public beaucoup plus apaisé, et que la façon dont notre groupe a abordé ses propres divergences en donne quelques pistes. Cette démarche justifie de consacrer spécifiquement à la gestation pour autrui, et à la filiation qui en résulte, une Annexe à ce chapitre.

Annexe au chapitre 7

Deux questions sur la gestation pour autrui

En France, aucun sujet, parmi tous ceux que notre groupe a étudiés, ne provoque des réactions aussi passionnelles que la gestation pour autrui (GPA)[236]. Depuis près d'une décennie, elles transcendent les camps politiques. Récemment, les manifestations d'opposition au mariage pour tous ont fait encore monter les passions d'un cran en érigeant la GPA en symbole de la « rupture de civilisation » où ce mariage conduirait fatalement. Les couples d'hommes se sont ainsi vus doublement montrés du doigt : comme couples de même sexe susceptibles de devenir des couples parentaux, et comme couples masculins susceptibles de se poser la question de l'engendrement avec tiers donneur. Depuis lors, rassembler des personnes en désaccord à propos de la GPA, et espérer qu'elles échangent autre chose qu'insultes, horions et anathèmes, tient de la gageure. C'est pourtant ce défi que nous avons relevé en composant un groupe de travail où non seulement seraient présents les deux points de vue, *pro* et *contra*, mais où ces positions opposées seraient représentées par des spécialistes éminents du dossier.

Notre volonté d'équilibre des positions opposées et de refus de tout manichéisme a deux fortes raisons :

D'une part, le ton de la discussion publique en France est si excessif et son contenu idéologique si caricatural quand on le compare à d'autres pays proches, que la première tâche d'un groupe de travail tel que le nôtre est d'analyser les raisons de ce fait et de proposer quelques voies pour revenir vers les modalités ordinaires d'un débat à la fois rationnel dans son contenu et démocratique dans sa forme. D'autre part, nous avons fait l'hypothèse qu'il n'était pas forcément justifié de confondre deux sujets aujourd'hui souvent mêlés : la question générale de la GPA et l'avis que l'on peut en avoir comme pratique sociale ; et la question particulière de la situation juridique faite en France aux enfants nés de GPA à l'étranger.

Sur le premier point, notre groupe a constaté ses divergences et n'a cherché à proposer ni une analyse commune ni des propositions à propos de l'interdiction ou de l'encadrement de

[236] Cette annexe, et plus largement nos échanges sur la GPA ont bénéficié d'une implication exceptionnelle de l'ensemble des membres du groupe de travail, dont plusieurs sont d'éminents spécialistes. Nous avons une grande dette, en particulier, pour leurs exposés et les nombreuses publications qu'ils ont partagées, envers Jehanne Sosson, Hugues Fulchiron, Jennifer Merchant, Laurence Brunet et Sylvain Bollée. Qu'ils trouvent ici l'expression de notre chaleureuse reconnaissance.

la GPA en France. À travers ses échanges portant sur le fond, il s'est attaché à préciser l'objectif de *construction d'un débat argumenté* (première question).
En revanche, il s'est rassemblé sur le second point : par-delà l'existence de différents points de vue sur les voies juridiques par lesquelles il conviendrait de passer, le groupe considère unanimement qu'il est important et urgent de *reconnaître en droit français la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger* (deuxième question).

I. Première question : construire un débat public argumenté

Le débat public sur la GPA en France est particulièrement difficile. Un symptôme très caractéristique de cette difficulté est la passion avec laquelle on sépare, voire oppose l'AMP et la GPA. Cette opposition dans les affrontements publics résulte toutefois d'une confusion entre la définition de la pratique elle-même (de quoi parle-t-on ?) et sa licéité (ce dont on parle est-il autorisé ou interdit ?). Une telle confusion nous paraît avoir deux origines très différentes.

À un premier niveau, la confusion exprime avant tout l'hostilité à la GPA : elle ne *pourrait pas* avoir quoi que ce soit de commun avec l'AMP puisqu'elle serait en elle-même une atteinte abominable à l'humanité des femmes. Le premier devoir que se donne une personne convaincue de cette abomination est de l'expulser avec force hors de l'espace ordinaire de la discussion, en prenant comme postulat que l'AMP et la GPA sont deux choses qui n'ont rien à voir. Il a ainsi été dit que le seul fait d'avoir à argumenter les raisons de la condamner susciterait un profond « dégoût »[237].
Or, le postulat qui assoit cette distinction est très critiquable, car la gestation pour autrui est sans discussion possible une des pratiques qui relèvent de l'AMP : autrefois, la femme était inséminée avec le sperme du père d'intention, ce qui supposait une insémination artificielle (IAD) ; désormais la plupart du temps[238], la règle est que la gestatrice ne porte pas un embryon fait à partir de son propre ovocyte, ce qui suppose une fécondation *in vitro* et un transfert d'embryon. Il n'y a donc rien que de très logique à ce que l'Organisation Mondiale de la Santé considère que la gestation pour autrui fait partie de l'assistance médicale à la procréation[239]. En France, si la GPA est interdite, elle participe cependant à l'évidence des « pratiques cliniques et biologiques » caractéristiques de l'AMP, définies par le Code de la santé publique.[240]

À un second niveau, la confusion est involontaire et n'est pas liée à une position *pour* ou *contre*, mais tient cette fois au cadre contextuel du débat.

---

[237] S. Agacinski, *Corps en miettes*, Paris, Flammarion, 2009.
[238]. Pays qui encadrent légalement la gestation pour autrui : certains Etats des USA et des provinces du Canada (pas le Quebec), Australie, Royaume Uni, Grèce, Israël, Argentine, Russie, Géorgie, Nouvelle Zélande, Corée du Sud, Iran, Thaïlande, Colombie, Arménie, Brésil, Afrique du Sud. Pays qui l'autorisent sans l'encadrer : Hongrie, Irlande, Pays-Bas, Lituanie, Lettonie, Ukraine, Pologne, Bulgarie, Danemark, Estonie, Roumanie, République Tchèque, Slovénie, Belgique, Inde. Voir en particulier l'excellente synthèse : « La gestation pour autrui », étude de législation comparée n°182, janvier 2008, disponible sur le site du Sénat.
[239] Voir en particulier : The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology (Human Reproduction, 2009).
[240] « L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel, dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé, après avis de l'Agence de la biomédecine. » (code de santé publique, article L. 2141-1).

Comme on l'a analysé au chapitre 7, les lois de bioéthique de 1994 ont accrédité l'idée qu'il fallait considérer l'AMP comme relevant du « don des éléments et produits du corps humain ». Cette approche fait primer la description purement physique d'un tel transfert sur le sens des actions humaines impliquées. Or, comme nous l'avons montré, le don d'engendrement n'est pas un don d'éléments du corps humain comme les autres. Dès lors, si l'on place au centre de la description du don, les *relations* entre les personnes et la *signification des actes humains* accomplis, il est possible de poser la question de savoir si le don d'engendrement peut être pensé comme incluant à la fois le don de gamètes, le don d'embryon et le don de gestation. Dans tous les cas, le déplacement du raisonnement sur le corps à celui sur la signification de l'acte peut inviter à porter un autre regard sur le rôle du donneur ou de la donneuse et considérer qu'ils permettent à un couple d'engendrer un enfant en lui faisant don d'une part de leur capacité procréative[241].

Mais parallèlement, ce même choix de se centrer sur le sens des actes humains révèle immédiatement à quel point chacun de ces dons est spécifique. Les enjeux à la fois symboliques et pratiques ne sont pas les mêmes. Ainsi au plan symbolique, le don d'embryon n'est pas assimilable à un don de gamètes, ce qui introduit du trouble dans le droit bioéthique. C'est sans doute la raison pour laquelle le don d'embryon demeure encore aujourd'hui très peu pratiqué et très peu connu : une sorte de *terra incognita* dans le monde de l'AMP.

Quant au don de gestation, il n'est assimilable ni pratiquement ni symboliquement, à un don de gamètes. Ainsi, comme nous l'avons vu au chapitre 7, la question du secret et de l'anonymat s'y pose de façon particulière : on a pu constater que ceux-ci sont toujours associés à une pure et simple instrumentalisation de la mère porteuse.

Ce fait est reconnu par le Conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine qui souligne dans un avis important[242] que les pays « les plus mercantiles » en matière de GPA (sont cités nommément l'Ukraine et l'Inde) sont ceux qui refusent toute connaissance mutuelle entre le couple d'intention et la gestatrice. Le Conseil les oppose en particulier à ceux où la gestatrice peut choisir le couple des parents d'intention (l'exemple du Royaume-Uni est cité). Mais trois lignes plus loin, se plaçant dans l'hypothèse d'une légalisation de la GPA en France – qu'il n'approuve pas – le Conseil précise que dans ce cas, sur l'anonymat il faudrait s'en tenir « aux règles qui gouvernent actuellement l'AMP ».

Mais n'est-ce pas choisir la solution des pays « mercantiles », ce qu'on connaît de pire en matière de traitement des femmes gestatrices ?

Cet exemple montre à quel point il est difficile de débattre d'une des plus graves dérives liées au marché mondial de la GPA, l'anonymisation des gestatrices et l'absence de tout contact entre elles et les parents d'intention. On sait qu'en France, faute de penser le don d'engendrement en général, ce don est refoulé vers le « rien », ce qui est sans valeur et doit même être dissimulé. Mais si le don doit rester dans l'ombre et sans valeur, comment affronter sérieusement l'existence possible d'un don de gestation, qui implique la femme dans son corps même pendant neuf mois et pose des questions redoutables au plan moral ? Comment comprendre la signification humaine de ce qu'elle fait de si particulier en portant un enfant d'autrui/pour autrui, par rapport à ce que la grossesse et l'accouchement signifient en général pour les femmes qui mettent au monde leur enfant?

La GPA, quoi qu'on en pense sur le fond, est une pratique sociale tout à fait particulière, unique en son genre, emportant un ensemble de risques importants, dont il sera impossible de prendre ne serait-ce que la mesure psychique et humaine, aussi longtemps que sa

[241] Voir *supra* la description des rôles au sein du don d'engendrement, chap. 7.

[242] « La Gestation pour autrui », Avis du Conseil d'orientation de l'Agence française de la biomédecine, séance du 18 septembre 2009, délibération n° 2009-CO-38.

dimension éminemment *relationnelle* sera déniée. Elle est aussi un révélateur privilégié des tensions et contradictions qui hantent le débat bioéthique à la française, tel que les lois de 1994 en ont fixé le cadre. Aussi longtemps que l'on n'acceptera pas de questionner certains prérequis du débat sur l'AMP en général, il sera difficile aussi bien d'argumenter « pour » que d'argumenter « contre » [243] la gestation pour autrui d'une façon véritablement rationnelle.

À partir de là, on se bornera à présenter très brièvement trois suggestions qui permettraient de s'avancer vers un débat public argumenté : Partir des dilemmes, partager les apports du droit international et du droit comparé, prendre au sérieux la dimension du genre.

A. Partir des dilemmes

Dans l'ouvrage qu'elle a co-dirigé, *La gestation pour autrui, vers un encadrement ?* Jehanne Sosson[244] rassemble vingt contributions prolongeant une journée d'étude organisée par le Centre de droit médical et biomédical et le Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine de l'Université catholique de Louvain. Ce gros livre de près de 500 pages fait le point sur les problématiques que suscite la maternité de substitution du point de vue médical, anthropologique, philosophique, éthique et psychologique. Il examine ensuite les différentes questions que ce mode nouveau de procréation soulève actuellement en droit belge et au regard des systèmes juridiques d'autres pays. Il s'interroge enfin sur un possible avenir législatif, en procédant à l'analyse des options et lignes de force de quatre propositions de lois déposées au Sénat en vue d'encadrer la gestation pour autrui.
Pour le lecteur français, la lecture d'un tel ouvrage est éminemment instructive. Il pénètre dans un tout autre monde que celui de nos pamphlets au vitriol, et aperçoit qu'il est parfaitement possible de traiter de la GPA selon l'ordinaire des habitudes de la communication scientifique et des exigences du débat universitaire. Les contributeurs défendent des points de vue parfois très différents sur le fond, et leurs désaccords sont parfaitement perceptibles, mais toujours formulés avec le souci de convaincre et non de subjuguer. La maîtrise du débat académique international est mise au service du souci non de caricaturer une analyse adverse, mais de clarifier la sienne propre. En un mot, ce que ce livre apporte n'est pas un ensemble d'opinions, mais une masse impressionnante de connaissances sur la réalité des pratiques cliniques, juridiques et judiciaires. Enfin et surtout, ces connaissances sont mises au service d'une pensée réflexive : l'examen de la situation belge à travers l'analyse pointilleuse de quatre projets de lois est un exemple de cette réflexivité, la GPA étant considérée comme un « laboratoire » pour comprendre comment se construit dans ce pays la décision politique.
Ce livre éclaire par contraste le débat français, sur lequel il projette une lumière tout à fait particulière. Il permet de comprendre qu'au fond, ce n'est pas la violence des mots ou la charge polémique qui sont les traits les plus préoccupants de ce débat, même si on a rarement vu de tels débordements. Le véritable problème de fond est qu'un tel débat entretient non seulement le manichéisme chez les polémistes, soucieux de transformer leurs adversaires en repoussoirs, mais que ses « camps » armés jusqu'aux dents rendent impossible pour tous l'expression publique du moindre dilemme.
Or s'il est une question où il est particulièrement naïf de prétendre échapper au dilemme, c'est bien la GPA. Que ce soit au plan le plus concret et le plus personnel, celui du sens de l'attitude des parents d'intention et *a fortiori* celui du sens de la démarche de la gestatrice,

[243] En part. M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui*, Paris, Fayard, 2013.
[244] G. Schamps et J. Sosson (dir), *La gestation pour autrui, vers un encadrement ?,* Bruxelles, Bruylant, 2013.

dans sa triple dimension physique, psychique et mentale, ou que ce soit au plan le plus général de la loi et de la possibilité de réguler les pratiques sociales, il n'est pas un seul aspect qui n'ait, potentiellement, sa face lumineuse et sa face sombre.
Ne pas pouvoir le reconnaître, c'est se placer d'emblée à côté de la réalité :
- la réalité internationale, où coexistent les manières de pratiquer la gestation pour autrui les plus opposées.
- la réalité sociale, où dès qu'il est question sérieusement de légiférer, la question qui se pose n'est jamais d'être « pour » ou « contre » la GPA en général, ce qui n'aurait pas de sens, mais bien de se demander s'il est possible de donner les critères juridiques d'une GPA que l'on pourrait encadrer en conformité à nos valeurs fondamentales ou si cela est impossible
- la réalité personnelle, enfin, où pour les gestatrices et leurs proches, comme pour les parents d'intention et les leurs, c'est dans les façons concrètes d'agir, dans la manière de se comporter en relation à autrui, que gisent les vraies mise à l'épreuve, les vrais désarrois. Les vrais drames, parfois. Les vraies victoires aussi.
Partir des dilemmes et les explorer, telle est la première des tâches que l'on pourrait se donner en France pour se mettre au diapason du débat international.

B. Partager les apports du droit international et du droit comparé

Un second enjeu capital complète directement le précédent. Ce serait de mettre à disposition d'un plus vaste public les travaux qui se sont développés depuis dix ans en matière de droit international et de droit comparé, en général sur l'AMP et plus précisément sur la GPA. Cela suppose un effort de « vulgarisation » qui n'est pas habituel aux juristes, tant le langage technique est indissociable de la pensée juridique elle-même. Pourtant, depuis quelques années, la volonté de susciter au sein du monde académique une véritable réflexion pluridisciplinaire sur des sujets aussi sensibles et controversés a transformé l'approche.
On doit citer en particulier le réseau de recherches sur l'alliance et la filiation monté par le président Hugues Fulchiron à l'Université Lyon III, avec la complicité d'autres professeurs de droit, en particulier de Pierre Murat, et ses doctorants de Grenoble. Ce réseau informel débat et travaille depuis des années et a déjà publié deux importants ouvrages de synthèse, l'un sur la conjugalité et la parentalité, l'autre sur la filiation et les origines[245]. Là encore, l'enjeu est de faire dialoguer ensemble non seulement les disciplines, mais les sensibilités et points de vue parfois très différents. Mais comment élaborer les véritables conditions d'un dialogue constructif et prolongé ?
Ces deux livres démontrent que l'un des moyens les plus heuristiques est de combiner deux approches du droit.
- D'un côté, il doit impérativement garder sa spécificité de domaine spécialisé : dans un contexte où les fondamentaux du droit sont parfois balayés par la vogue des droits subjectifs, nous avons besoin de gardiens sourcilleux de la technique et des notions qui sont les piliers du droit démocratique. Ainsi, les travaux de Sylvain Bollée ont pu montrer à quel point le traitement de la GPA en droit international privé soulève des questions extrêmement complexes[246].
- Mais de l'autre, le droit peut être aussi travaillé comme un « langage commun » autour duquel l'enjeu est de faire dialoguer les disciplines et les points de vue. C'est l'enjeu de la vulgarisation, qui suppose par exemple de savoir rendre accessibles aux non-juristes telle

[245] H. Fulchiron (dir), *Mariage, conjugalité, Parenté, parentalité*, Paris, Dalloz, 2009 ; H.Fulchiron et J. Sosson (dir), *Parenté, filiation, origines, le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
[246] V. not. S. Bollée, « Gestation pour autrui et actes d'état civil dressés à l'étranger », note sous Cass. civ. 1re, 17 décembre 2008, JDI 2009.577 ; H. Fulchiron et C. Bidaud-Caron, Dans les limbes du droit, D. 2013, 2349.

jurisprudence complexe de la Cour européenne des droits de l'homme, telle différence subtile mais capitale entre « transcrire » et « reconnaître » une filiation...
Pris sous cet angle, le droit européen et le droit international éclairent les questions majeures qui sont en jeu dans la GPA, à partir d'une approche des normes qui n'est jamais abstraite ou désincarnée, mais mise à l'épreuve des cas judiciaires et de la jurisprudence. On peut alors revenir armé différemment vers le cœur de la technique du droit. Comme l'a montré Laurence Brunet, en dirigeant un important rapport du Parlement européen sur la GPA dans les pays membres de l'Europe, c'est dans la comparaison internationale que cette approche des normes donne les résultats les plus remarquables[247].
Le débat français, qui a souvent tendance à faire de l'étranger un repoussoir, s'est pris au piège de cette fermeture qui a servi de justification à l'ignorance de ce qui se passe de l'autre côté de nos frontières. Il ne peut plus se passer de savoir comment, ailleurs, on pense le juste et l'injuste.

C. Prendre le genre au sérieux

Enfin, une troisième suggestion nous est inspirée par les travaux de Jennifer Merchant, spécialiste des droits des femmes et des politiques de santé publique, et qui travaille plus particulièrement sur le genre et la MAP/GPA aux Etats-Unis[248]. On retrouve dans ses analyses de politiste aussi bien l'accent mis sur les dilemmes éthiques, que la valeur heuristique d'une analyse du droit pour comprendre comment sont posés dans les différents États, ainsi qu'au niveau fédéral, les enjeux de valeur et de sens. Qui ne l'a pas entendue commenter telle loi de l'Utah ou détailler le protocole de telle agence de *surrogacy* du Wisconsin ou de Floride, ne sait pas ce que c'est que parler de la GPA aux États-Unis.
À travers ses analyses des politiques publiques, l'un des aspects les plus novateurs qu'ait apporté Jennifer Merchant dans le débat français, est d'avoir pris au sérieux la question du genre, au moment où toute l'attention était focalisée sur un possible asservissement des femmes à travers les mères porteuses[249]. On prend conscience en la lisant de l'extraordinaire fossé qui existe en France entre le débat féministe et le débat bioéthique. Un seul exemple suffira à en donner la mesure.
« La mère est celle qui accouche », « la mère est toujours certaine » : on a rappelé au chapitre 7 le bouleversement inouï introduit par la possibilité de diviser en deux la maternité physiologique, entre une maternité génétique et une maternité gestationnelle. Cette division, qui a permis de proposer à des femmes stériles de bénéficier d'un don d'ovocyte, est une des innovations majeures de l'AMP.
J. Merchant a analysé dans le détail comment cette division a été prise en compte aux USA, non seulement au plan des techniques, mais au plan des valeurs, et a profondément transformé le débat éthique sur la GPA. De même qu'il était possible de devenir mère en

---

[247] « A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States », European Parliament, Directorate general for Internal Policies, Policy Department C, Legal Affairs. Leader : L. Brunet, mai 2013, disponible sur le site du Parlement européen.
[248] Voir en part. J. Merchant, *Procréation et politique aux Etats-Unis* (1965-2005), Paris, Belin, 2006 ; "Gestation pour autrui (GPA) et homoparentalité/homoparenté aux Etats-Unis", dans *L'homoparentalité*, La Société de législation comparée, juin 2012. (accessible : http://www.legiscompare.fr/site-web/?Homoparentalite-Approche)
[249] "Une gestation pour autrui éthique est possible", pp. 183-189 (accessible : http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=TGS_028_0183) dans la rubrique 'Controverses : Troubles dans la maternité', pp. 169-207, dossier dirigé par Laurence Brunet et Jennifer Merchant, paru dans le numéro "Variations France/Etats-Unis", *Travail, Genre, et Sociétés*, n° 28, novembre 2012 (table des matières accessible : http://www.cairn.info/revue-travail-genre-et-societes-2012-2.htm).

étant uniquement gestatrice, grâce a un don d'ovocyte ; de même la possibilité nouvelle de devenir mère en étant uniquement génitrice changeait la donne pour ces femmes souffrant d'une pathologie de l'utérus, ou de toute autre affection ne leur permettant pas de faire grandir dans leur ventre ce minuscule embryon qui était leur espoir. Parallèlement, on a vite compris que cela bouleversait encore bien plus les enjeux éthiques pour les *surrogate mothers* . Le sens et même la possibilité du don avaient toujours été une question extrêmement controversée au temps où seules existaient celles qu'on nomme les « mères porteuses » (enceintes de leur propre embryon). En effet, il semblait parfois très difficile dans leur cas de tracer la frontière entre le don et l'abandon de l'enfant. La division de la maternité a ici ouvert pour les gestatrices une possibilité radicalement inédite, au plan des valeurs et du vécu : porter *l'enfant d'autrui*, non pas seulement au sens symbolique mais bien au sens *concret* du terme, c'est pour elles bien plus aisément vivre la GPA comme un don qui ne suppose aucun abandon. En référence aux droits des femmes, la plupart des États américains en ont fait une règle.

En France, un tel débat est impossible aujourd'hui. Le choix qui a été fait, au nom de l'éthique, est celui du déni. On pratique la division de la maternité, puis on l'efface : les lois de bioéthique de 1994, en instituant une *pseudo-filiation charnelle*, ont donné un sens inattendu aux vieux adages : « la mère est celle qui accouche, « la mère est toujours certaine ». Grâce à eux on peut faire comme s'il ne s'était rien passé et organiser le don tout en le dissimulant complètement.
En faisant ce choix, il ne fait aucun doute qu'on a cherché à accompagner au mieux les receveuses d'un don d'ovocyte, et que les médecins ont voulu leur garantir qu'elles étaient bien la « vraie mère ». Mais la contrepartie de ce choix est qu'on a renvoyé dans l'inanité le sentiment pourtant si compréhensible, si humain, que ressentent d'autres femmes : celles qui, pour leur part, peuvent participer à la conception d'un embryon, mais ne parviennent pas à le porter. Ce désir d'enfant est parfois violemment disqualifié, pour mieux condamner le recours à la GPA : il serait la preuve d'une conception régressive de la filiation, chez des femmes trop attachées à avoir un enfant « qui leur ressemble », parce qu'il est génétiquement d'elles. Comme si chez ces femmes, les sentiments qu'on trouve les plus légitimes du monde pour toutes les autres n'avaient soudain plus droit de cité[250].
Longtemps, la particularité de la préférence française pour la « vraie mère » n'est pas vraiment apparue. Ce qui la rend de plus en plus visible est le contraste avec tout ce que les travaux de J. Merchant, inscrits au sein d'un domaine de recherche immense dans le monde anglo-saxon, nous ont appris sur la façon dont, en Amérique du Nord, est valorisée et construite avec un luxe d'attentions *la solidarité* des deux femmes qu'ici on s'applique à opposer, et même à dresser l'une contre l'autre, comme deux ennemies. De nombreuses enquêtes décrivent comment, en cas de gestation pour autrui, la femme qui accouche et celle qui voit naître son enfant biologique partagent une expérience humaine que rien, jamais, ne pourra banaliser. Y compris au strict plan corporel, il n'y a pas qu'une façon d'être une « vraie mère ».

Ces évolutions ne tranchent en rien les dilemmes de la GPA ; elles n'effacent en rien les questions aigües que posent le trafic de ventres, la marchandisation du corps humain, l'instrumentalisation des femmes et l'exploitation de la misère dans les pays pauvres que les

[250] Au rebours d'une telle disqualification de la demande des femmes, on doit citer ici le rapport d'information du Sénat proposant l'encadrement de la GPA : « Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui », Rapport d'information de Mme Michèle ANDRÉ, MM. Alain MILON et Henri de RICHEMONT, fait au nom de la commission des lois et de la commission des affaires sociales
n° 421 (2007-2008) - 25 juin 2008

féministes ont eu amplement raison de souligner les premières. Elles incitent seulement à reconnaître que nous gagnerions beaucoup, en France, à prendre au sérieux la question du genre et à accepter d'ouvrir la discussion sur ces sujets complexes qui nous donnent la mesure des bouleversements de la maternité.

II. Deuxième question : permettre la reconnaissance de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger

A. Des solutions actuelles inadaptées et préjudiciables aux enfants

1. L'interdiction d'établir en France la filiation de l'enfant né d'une GPA à l'étranger

La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer à diverses reprises sur l'interdiction d'établir un lien de filiation entre l'enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger et ses parents d'intention. Est ainsi interdite l'adoption, que celle-ci soit plénière (AP 31 mai 1991 ; Civ. 1re, 9 déc. 2003, n°01-03927), ou simple (Civ. 1re 29 juin 1994, n° 92-13.563). Est également refusé le recours à la possession d'état, jugée équivoque en raison de la fraude à la loi invoquée (Circ. 30 juin 2006 et Civ. 1re 6 avr. 2011, n° 09-17130), et à la reconnaissance par la mère d'intention (Rennes, 4 juil. 2002, RG 01/02471), ou même par le père biologique (Civ. 1re 13 sept. 2013, n° 12-18.315 et n° 12-30.138).

2. Le refus d'admettre la transcription de l'acte de naissance ou du jugement d'adoption étrangers sur les registres d'état civil français

La jurisprudence a également refusé d'admettre la transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissance ou des jugements d'adoption établis à l'étranger, lorsque l'enfant est né d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger.

La Cour de cassation, dans deux décisions du 6 avril 2011, a décidé « qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe d'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil ».
La Cour de cassation a alors considéré que l'annulation de la transcription (partielle dans un cas, car elle ne porte que sur le nom de la mère et totale dans l'autre cas) ne prive pas l'enfant de la filiation que le droit étranger lui reconnaît, ni ne l'empêche de vivre avec les demandeurs en France et ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de cet enfant, au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, non plus qu'à son intérêt supérieur garanti par l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (Civ. 1re, 6 avr. 2011, n° 10-19053 ; 09-66486).

Dans ces affaires, le problème s'est posé sous un angle particulier : celui de la transcription en France des actes d'état civil dressés à l'étranger. Ce facteur, conjugué à l'ambiguïté des

termes des arrêts, a été la source d'appréciations divergentes quant à la portée exacte de ces décisions. Certains commentateurs ont estimé que la position de la Cour de cassation n'allait pas au-delà du refus de transcription. D'autres, en revanche, ont estimé que la portée des arrêts était nécessairement plus grande : la Cour de cassation jugeant contraire à l'ordre public international français le jugement étranger qui a avalisé le processus de gestation pour autrui, il s'ensuit que toute forme de reconnaissance est refusée à ce jugement et, en conséquence, au lien de filiation entre l'enfant et les parents d'intention. Dans cette seconde interprétation, la conséquence de la solution de la Cour de cassation est, très clairement, que la question de la filiation elle-même reçoit une réponse différente dans le pays étranger et en France.

Dans deux arrêts plus récents qu'elle a rendu le 13 septembre 2013 (Civ. 1ère 13 sept. 2013, n° 12-18.315 et n° 12-30.138), la Cour de cassation a durci sa position. Elle a ainsi affirmé que « lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil », la filiation établie à l'étranger ne peut être inscrite sur les registres français de l'état civil. Bien plus, elle a confirmé l'annulation, pour fraude à la loi, de la reconnaissance effectuée en France par le père biologique.

Ces arrêts étendent de manière importante la portée donnée à l'interdiction de la gestation pour autrui. Ils confortent, par ailleurs, la lecture « maximaliste » que l'on pouvait être tentée de faire des arrêts du 6 avril 2011. On voit très nettement, en effet, que ce que la Cour de cassation refuse n'est pas seulement la transcription sur les registres français : c'est plus radicalement l'établissement de tout lien de filiation avec les parents d'intention.

Les conséquences issues de la jurisprudence peuvent être récapitulées ainsi :

- la transcription des actes d'état civil étranger est impossible,
- le jugement étranger conférant aux parents d'intention la qualité de parents juridique n'est pas reconnu en France,
- la possession d'état ne peut pas permettre l'établissement de la filiation à l'égard des parents d'intention,
- le père biologique ayant sollicité la femme porteuse étrangère ne peut pas valablement reconnaître l'enfant.

3. Critiques des solutions actuelles : des solutions inopportunes et contraires aux engagements internationaux de la France

La jurisprudence est sans nul doute inspirée par la crainte qu'une attitude favorable à la reconnaissance revienne, en pratique, à autoriser ou en tout cas avaliser à grande échelle le contournement de la législation française.

Les solutions de la Cour de cassation présentent toutefois des inconvénients majeurs, en sacrifiant l'intérêt de l'enfant sur l'autel des principes et de l'autorité de la loi.

Critiques de l'opportunité des solutions : sans prétendre à l'exhaustivité, il faut insister sur certaines implications particulièrement graves, pour l'enfant, de la position de la

Cour de cassation[251].

Il est d'abord impossible à l'enfant d'obtenir un acte d'état civil français. Cela présente un inconvénient majeur pour l'enfant et ses parents. S'ils peuvent certes, en pratique, faire certaines utilisations de l'acte étranger, dès lors qu'il est légalisé ou apostillé, le risque réel est que cet acte soit rejeté ou contesté par les administrations, qui confrontés à un acte étranger, craignent systématiquement une fraude.

Inévitablement, même muni de cet acte étranger, les parents d'intention vont se trouver face à des difficultés concrètes majeures :

- Ils vont devoir obtenir pour l'enfant un titre de voyage et de séjour, puisque l'enfant n'a pas la nationalité française. Il existe certes des correctifs à cette solution introduits par le Conseil d'Etat et la Circulaire dite Taubira[252], mais il n'est pas certain que les solutions proposées demeurent, notamment eu égard à la dernière solution de la Cour de cassation qui n'admet plus que la filiation puisse être établie à l'égard du père biologique. Il est probable que les administrations n'admettent plus désormais que l'acte étranger prouve une filiation dont la validité risque d'être contestée en droit français puisque la Cour de cassation a estimé que la naissance est intervenue dans le cadre d'un processus frauduleux. Cette difficulté sera récurrente devant toutes les administrations, pour les inscriptions à l'école, ou encore la perception des prestations sociales.
- En outre, dans la mesure où la filiation n'est pas réputée établie entre l'enfant et les parents d'intention, ceux-ci n'ont fondamentalement aucun titre à exercer l'autorité parentale ; cet aspect des choses, déjà préoccupant en lui-même, ne peut manquer de soulever des difficultés collatérales en cas de décès ou de séparation.
- pour la même raison, en l'absence de legs ou testament, les enfants n'auront aucune vocation successorale à l'égard de leurs parents d'intention.

Il faut également s'interroger sur la compatibilité des solutions de la Cour de cassation avec les engagements internationaux de la France. La conformité des solutions à la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et au droit de l'Union européenne mérite d'être éprouvée.

Une fois l'enfant né, son intérêt commande qu'il puisse vivre et être pris en charge par ceux qui ont formé le projet d'avoir cet enfant et de l'élever. Il n'est donc pas certain que la référence à l'intérêt supérieur de l'enfant garanti par l'article 3, alinéa 1er de la CIDE ne permette pas de sanctionner la position adoptée par la Cour de cassation, en considérant comme contraire à cet intérêt l'interdiction d'établir en France une filiation conforme à la vérité biologique, sociale et affective.

Par ailleurs, comme il l'a été déjà bien démontré[253], on peut craindre une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, dans les arrêts *Wagner c. Luxembourg* et

[251] V. sur ce point, H. Fulchiron et C. Bidaud-Caron, Dans les limbes du droit, D. 2013, 2349, sur lesquels le présent développement se repose.
[252] Circ. n° NOR JUSC1301528C, 25 janv. 2013, relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse - Etat civil étranger.
[253] H. Fulchiron et C. Bidaud-Caron, *loc. cit.*

Negrepontis-Giannisis c. Grèce[254], la Cour européenne ouvre la voie à un principe de reconnaissance des situations valablement créées dans un pays étranger, dès lors qu'elles correspondent au droit de ce pays et à la notion de vie familiale posée à l'article 8 de la CEDH. Ainsi qu'il a été fait remarquer, « seuls des motifs d'ordre public d'une force particulière, répondant à un besoin social impérieux, pourraient justifier, objectivement et dans le respect du principe de proportionnalité, l'ingérence que le refus de reconnaissance porte au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant. Les principes d'indisponibilité du corps humain et de respect de la dignité de la personne ne sont certes pas négligeables ; et pour des questions qui soulèvent de délicats problèmes d'ordre éthique, les Etats parties disposent d'une large marge d'appréciation. Pour autant, la position française, par sa généralité et sa radicalité, semble loin des équilibres subtils que recherche la cour »[255].

Enfin, il faut également tenir compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui s'achemine vers un même principe de reconnaissance par les Etats de l'Union des situations valablement créées dans un autre Etat membre. Ainsi, dans les arrêts *Garcia Avello*, *Grunkin et Paul* et *Sayn-Wittgenstein*[256], le refus de reconnaître une situation personnelle ou familiale valablement constituée dans un Etat membre représente une possible entrave à la liberté de circulation garantie à tout citoyen européen par le Traité UE (art. 21). Une telle entrave peut certes être justifiée par des considérations d'ordre public, dès lors qu'existe une *« menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société*[257] ». Si l'atteinte aux principes d'indisponibilité du corps humain et à la dignité de la personne peuvent être admis comme constitutifs d'une telle menace, il est en revanche probable que le refus, général, de reconnaître la filiation des enfants nés de GPA, paraisse disproportionné au regard de l'objectif légitime poursuivi. Le droit de l'Union recommanderait donc à tout le moins de reconnaître la filiation des enfants nés d'une GPA pratiquée notamment en Grèce ou au Royaume-Uni, lorsque l'un des parents est ressortissant de cet État.

B. Les différentes solutions envisageables

Le groupe de travail s'est accordé sur la nécessité d'envisager des solutions propres à permettre une prise en compte humaine et satisfaisante de l'intérêt de l'enfant.

Plusieurs solutions ont été évoquées et soigneusement pesées. Certaines reposent sur l'idée qu'il conviendrait à tout le moins d'admettre l'établissement de la filiation, ou la transcription des actes étrangers, dès lors que la filiation est conforme à la vérité biologique. Une autre voie serait de n'admettre la transcription des actes ou jugements étrangers que de manière sélective lorsque la GPA pratiquée à l'étranger a été réalisée selon certains principes éthiques. Ces solutions présentent toutefois des inconvénients importants pour l'enfant, c'est pourquoi, après avoir soigneusement pesé ces diverses options, il nous semble préférable d'admettre, à certaines conditions, la reconnaissance totale des actes ou jugements d'adoption étrangers par le droit français.

---

[254] CEDH 28 juin 2007, n° 76240/01, *Wagner c. Luxembourg* ; CEDH, CEDH 3 mai 2011, n° 56759/08, *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*.

[255] H. Fulchiron et C. Bidaud-Caron, *loc. cit.*

[256] CJCE 2 oct. 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello c/ Belgique* ; CJCE 14 oct. 2008, aff. C-353/06, *Grunkin et Paul* ; CJUE 22 déc. 2010, aff. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein c/ Autriche*.

[257] CJUE 22 déc. 2010, aff. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein c/ Autriche*.

1. Admettre l'établissement de la filiation en droit français, dès lors qu'elle correspond à la vérité biologique

Lorsque la filiation de l'enfant né d'une GPA pratiquée à l'étranger correspond à la vérité biologique, il pourrait être admis, à l'inverse de la solution actuelle dégagée par la dernière jurisprudence de la Cour de cassation, que le parent biologique puisse reconnaître l'enfant ou établir sa filiation par le jeu de la possession d'état.

Cette solution pourrait se justifier dans la mesure où il est discutable d'invoquer l'ordre public international pour priver d'effets des solutions valablement constituées selon le droit français. Or, lorsque le parent d'intention est aussi le parent biologique, ce dernier peut valablement au regard du droit français reconnaître l'enfant ou se prévaloir d'une possession d'état qui serait constituée. À cet égard, il est assez contestable de prétendre que la filiation elle-même serait frauduleuse, puisque précisément elle correspond à la vérité biologique.

Quoiqu'il en soit, cette solution ne permettrait que l'établissement partiel de la filiation de l'enfant. En effet, seule la paternité serait alors établie. La mère d'intention serait privée de la possibilité de reconnaître l'enfant, puisqu'elle n'en a pas accouché : pour le droit français, la mère est en effet celle qui accouche. Quand bien même la mère d'intention serait également la mère génétique de l'enfant (la mère porteuse ayant seulement assuré la gestation de l'enfant), elle ne pourrait donc établir sa filiation. Il ne lui serait pas possible non plus de se prévaloir d'une possession d'état qui, pour l'heure, ne permet que l'établissement d'une filiation a priori conforme à la vérité biologique et assurant le rattachement de l'enfant à un femme qui est présumée avoir accouché.

2. Admettre la transcription partielle de l'acte étranger, pour les énonciations relatives à la filiation correspondant à la vérité biologique

Une autre voie, dans la même ligne, consisterait à autoriser une transcription partielle des actes d'état civil étrangers, et ce dès lors que les filiations paternelle et/ou maternelle qu'ils constatent sont conformes à la vérité biologique. Ainsi, seraient transcrits les actes qui mentionnent le nom du père biologique et celui de la mère porteuse si elle est également la mère génétique de l'enfant, voire, par exception à la règle *mater semper certa*, de la filiation de la mère d'intention, si celle-ci est également la mère génétique de l'enfant et que c'est elle qui, en vertu du droit étranger, a été inscrite en qualité de mère dans l'acte de naissance étranger.
L'inconvénient de la solution est évidemment de risquer, dans certains cas, de rattacher l'enfant d'une manière totalement théorique à la mère porteuse, alors même que seule la mère d'intention s'occupera de l'enfant.

3. Reconnaître uniquement les situations valablement constituées à l'étranger conformes à certains standards éthiques minimum

Un autre raisonnement pourrait consister à s'interroger sur la reconnaissance des situations valablement constituées à l'étranger, (c'est-à-dire conformément au droit applicable dans ce pays), mais uniquement dans les cas où le processus de GPA s'est déroulé dans des conditions conformes à certains standards éthiques minimum.

On pourrait songer notamment :

- à un consentement convenablement éclairé de la femme porteuse ;
- à l'absence de toute mesure ayant porté atteinte à la dignité (par exemple, en cas de GPA consentie par détresse financière), à la liberté individuelle ou à la santé de la femme porteuse ;
- à l'exigence d'un jugement (ou d'un acte public équivalent) rendu à l'étranger qui confère aux parents d'intention la qualité de parents juridiques (l'intervention d'un juge pouvant être considérée comme la garantie d'un encadrement minimum).

Une telle solution rejoint celle de l'Espagne qui admet l'inscription de la naissance sur les registres espagnols de l'état civil d'un enfant né à l'étranger grâce aux techniques de la gestation pour autrui, dès lors qu'auront été respectées certaines conditions[258].

Une telle solution, défendue par certains membres du groupe, a pu toutefois être discutée pour plusieurs raisons :

- le « sacrifice » de l'enfant est tout aussi inacceptable dans les cas où la GPA s'est déroulée dans des conditions contraires à tout standard éthique minimum (concrètement, la reconnaissance sélective pourrait revenir à « sauver » l'enfant né en Californie mais non celui né en Inde ou en Ukraine…) ;
- en fait, cela reviendrait en définitive à faire peser sur l'enfant les conséquences du choix de ses parents de recourir à une GPA réalisée hors d'un cadre éthique minimum ;
- par ailleurs, certains enfants continueraient de rester sans filiation reconnue par le droit français. À cet égard, le rattrapage qui consisterait dans ce cas à proposer l'établissement de la filiation par la possession d'état pour le parent d'intention a fait l'objet d'une discussion au sein de notre groupe. Le sens de l'objectif social et moral, qui est de ne pas laisser des enfants hors du droit, a été tout à fait reconnu. Cependant, la possession d'état si elle est censée traduire une vérité sociologique, établit une filiation qui peut être contestée par la preuve de l'absence de vérité biologique. L'établissement d'une telle filiation resterait donc bien fragile pour le parent d'intention qui n'est pas le parent biologique.

4. Procéder à une reconnaissance totale des situations valablement constituées à l'étranger, assortie de sanctions pénales

Afin de ne laisser aucun enfant sans filiation, et de ne pas faire porter aux enfants les conséquences des choix de leurs parents, une autre hypothèse serait de procéder à une reconnaissance totale des situations valablement constituées à l'étranger, mais en l'assortissant de sanctions pénales.
Cette solution, qui a été défendue par certains membres de notre groupe, reposerait sur l'idée que soient mis en place des moyens propres à ne pas vider de son sens la prohibition de la GPA posée à l'article 16-7 du code civil. Dans cette perspective, assortir cette proposition de sanctions pénales à l'égard des parents d'intention pourrait être envisagé en particulier dans les cas où les standards éthiques minimum n'ont pas été respectés. De telles sanctions seraient alors prévues par dérogation au principe territorialité de loi pénale.

[258] Instruction du 5 octobre 2010 de la Direction générale des registres et du notariat sur l'enregistrement de la filiation des enfants nés par gestation pour autrui.

Toutefois, l'idée de prévoir des sanctions à l'égard des parents d'intention a été vivement contestée par certains membres groupe. Il a été argué tout d'abord qu'une telle sanction aggraverait la situation actuelle des parents d'intention, ce qui ne serait ni justifié ni acceptable moralement dans un pays qui se refuse à encadrer la GPA. Il a été souligné aussi que pénaliser les parents d'intention et non les réseaux des intermédiaires qui organisent le marché de la GPA, ne serait pas acceptable au plan de la justice.

En définitive, un relatif consensus s'est fait dans notre groupe pour convenir à tout le moins qu'une telle sanction conduirait, malgré tout, à sanctionner indirectement l'enfant, en plaçant ses parents en prison ou en les condamnant pécuniairement.

C. La proposition retenue

Il est donc en définitive choisi une autre voie qui est de prôner une reconnaissance automatique des situations valablement créées à l'étranger, en travaillant par ailleurs à renforcer la coopération internationale contre les atteintes aux droits fondamentaux des femmes, afin de poser un certain nombre de gardes fous.

Une telle coopération pourrait être organisée sur le modèle de la Convention de La Haye de 1993 en matière d'adoption.

La conférence de La Haye travaille actuellement sur la question : deux rapports préparatoires et un questionnaire ont été élaborés. La Conférence ayant sollicité l'avis des Etats membres pour savoir si la création d'un instrument international leur paraît opportune, la France pourrait demander à ce que ce projet soit inscrit parmi les priorités de l'organisation.
Cette convention, pourrait, comme la convention de La Haye sur l'adoption, fixer les principes encadrant la reconnaissance des situations nées à l'étranger et organiser la coopération entre Etats pour lutter contre les situations dans lesquelles la gestation pour autrui est contraire à des principes éthiques minimum. Elle pourrait servir de référence, et de garde-fou, pour les pays qui admettent la GPA (cf. l'Inde et l'Ukraine qui tentent actuellement légiférer en la matière) comme pour ceux qui la refusent.

Proposition

Pour les enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger, il est proposé d'admettre une reconnaissance totale **des situations valablement constituées, et ce parce qu'il est de l'intérêt de l'enfant de voir sa filiation établie à l'égard de ses deux parents d'intention.**

Cette reconnaissance doit s'accompagner d'un engagement ferme de la France pour la création prochaine, sur le modèle de la Convention de la Haye sur l'adoption, d'un instrument international de lutte contre l'asservissement des femmes via l'organisation de gestations pour autrui contraires aux droits fondamentaux de la personne.

VOLUME 2

ACCES AUX ORIGINES ET PARENTALITE.

PROPOSITIONS POUR UNE LOI FAMILLE

Introduction

Accompagner le droit d'accès aux origines personnelles

C'est à partir du secret, de l'effacement, du manque et de la quête que la notion d'*origines personnelles* s'est peu à peu imposée dans le débat public. Il est capital de ne pas la confondre avec la filiation. En effet, on utilise ce terme uniquement dans les situations où les géniteurs d'une personne ne sont pas, ou plus, ou n'ont jamais été ses parents au sens de la filiation et n'ont aucune vocation à le devenir. Cela regroupe deux grands cas de figure :

- le cas des enfants ayant été *abandonnés*, qu'ils soient désormais pupilles de l'État ou qu'ils soient adoptés. C'est en particulier en visant leur situation que la loi a établi une règle générale levant toute ambiguïté : « L'accès d'une personne à ses origines est sans effet sur l'état civil et la filiation. Il ne fait naître ni droit ni obligation au profit ou à la charge de qui que ce soit. » (article 147-7 du Code de l'action sociale et des familles)

- le cas des enfants *nés d'un engendrement avec tiers donneur*, grâce à une assistance médicale à la procréation (AMP). Lorsque des individus donnent de leur capacité procréatrice pour permettre à d'autres d'engendrer un enfant, leur statut de donneur est par définition incompatible avec celui de parent. En déclarant que tout lien de filiation est interdit entre les donneurs de gamètes et l'enfant né du don, le code civil a institué le seul cas où *par hypothèse* un géniteur ne peut pas être un parent. Les statuts de donneur et de parent à l'égard d'un même enfant sont logiquement incompatibles.

Dans tous ces cas, ce qu'on nomme la quête des origines n'a donc rien à voir avec les conflits de filiation, qui existent par ailleurs[259]. Mais on confond si souvent les deux que, pour éviter autant que possible le malentendu, les premiers concernés ont employé et imposé peu à peu un mot spécifique, le mot d'*origine*, qui se comprend par différence avec ceux de *paternité* ou de *maternité*. Le droit les a suivis : l'accès aux origines personnelles n'est ni une « recherche de paternité » ni une « recherche de maternité » puisqu'il ne permet pas d'établir une filiation. Pourtant, malgré tous ces efforts de clarification, le débat social est encore grevé de lourds malentendus.

[259] Voir dans la partie II consacrée à la filiation, le chapitre 4 : « Première modalité d'établissement : l'engendrement par procréation charnelle ».

La confusion entre filiation et origines génère des incompréhensions en chaîne, qui sont depuis longtemps une composante directe de la souffrance que ressentent ceux qui recherchent leurs origines. De fait il y a peu de cas, dans le domaine de la famille contemporaine, où le malentendu soit potentiellement aussi violent et où il ait à ce point la dimension d'un conflit générationnel. Non seulement les préjugés et prénotions des plus âgés peuvent se traduire par un réel manque d'empathie à l'égard des personnes en recherche, mais ils peuvent se dresser sur leur chemin, comme un mur. Transformant les victimes en coupables, les gardiens du *statu quo* pointent un doigt accusateur vers ceux qui se débattent avec la situation qui leur a été faite :
« Quelles raisons psychiques inconscientes peuvent-ils donc avoir pour s'en prendre à leur propre « filiation » et venir troubler *la paix des familles* ? » C'est tout le drame, depuis des décennies, des affrontements sociaux autour de l'accès aux origines.
Ce débat difficile nous place face à un problème majeur de responsabilité collective : quand une société, faute de comprendre ce que ressentent et veulent des jeunes gens, les accuse de faire ce qu'ils ne font pas et en tire prétexte pour le leur interdire, comment sortir d'un tel guêpier ?

Ces questions ne se sont pas posées seulement en France mais dans l'ensemble des sociétés démocratiques développées. Partout, des évolutions importantes ont eu lieu et la légitimité de l'accès aux origines est de plus en plus reconnue, car elle participe directement de la grande mutation des valeurs familiales que nous explorons dans ce rapport.

Cependant, la situation française se distingue par deux particularités légales qui complexifient les choses :

- du côté de l'abandon de l'enfant : l'accouchement sous X est une particularité du droit français. Lorsque la mère de naissance a accouché dans le secret, les pupilles ou adoptés en quête de leurs origines sont dans une situation beaucoup plus difficile que les autres.

- du côté du don d'engendrement en AMP : l'institution d'un lien direct entre le secret de la conception et l'anonymat du don par la création d'une pseudo-filiation charnelle est une particularité de notre droit depuis les lois bioéthiques de 1994[260]. Elle a fait des personnes nées de don une catégorie « à part », différente de toutes les autres.

Au regard de ces deux particularités, on doit souligner que les personnes ayant été abandonnées et les personnes nées de don sont aujourd'hui dans des situations très différentes.

Dans le cas de l'abandon, un progrès majeur a été accompli par la loi du 22 janvier 2002 qui a créé le Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles (CNAOP). Elle a donné aux pupilles de l'État et aux adoptés une reconnaissance de la particularité de leur situation, a légitimé socialement leur quête, les a soutenus dans leur démarche. Même pour les enfants nés sous X, les dispositions nouvelles ont introduit certaines possibilités de connaissance de l'identité de la mère de naissance. La demande aujourd'hui formulée est de poursuivre dans la voie engagée, d'améliorer et de clarifier encore les choses. Doit-on considérer l'accès aux origines comme un véritable droit des personnes ? Et si oui, comment équilibrer ce droit avec celui de la mère de naissance qui a accouché dans le secret ?

[260] Voir supra, chapitre 7.

Dans le cas du don de gamètes ou d'embryons, il faut rappeler qu'au départ la règle du secret et de l'anonymat était universelle : c'était le modèle *Ni vu ni connu*. Cependant, ce modèle a été contesté et on a vu émerger progressivement au plan international un nouveau modèle de *Responsabilité*[261]. Une légitimité croissante a été reconnue à l'accès aux origines des personnes nées de don ; elle s'est traduite dans de nombreux pays par la possibilité offerte à celles qui le souhaitent de lever l'anonymat de leur donneur (en général à leur majorité). En France, grâce à leur propre action associative, aux études réalisées en sciences sociales et aux témoignages et documentaires diffusés par les medias, la situation des jeunes nés de dons est beaucoup mieux comprise et recueille de plus en plus d'adhésion dans l'opinion. Des parents, des donneurs les soutiennent. Plusieurs projets de réforme se sont succédé, par-delà les alternances de majorités politiques. On a cru longtemps que la rénovation des lois de bioéthique de 2011 allait enfin résoudre le problème. Et finalement, rien n'a changé. Un véritable blocage existe, dont les tenants et aboutissants ne sont pas clairs. La seule chose certaine est la confusion qui fut entretenue sur la filiation lors de la préparation de la loi de 2011. L'accusation faite aux jeunes de vouloir chercher des « parents », voire même de prôner une « biologisation de la filiation » fut omniprésente chez les défenseurs du *statu quo*.

L'écart qui s'est ainsi creusé dans le traitement respectif des deux situations est très paradoxal au plan humain :

- Dans le cas des pupilles et des adoptés, chacun sait que la quête des origines est liée à un traumatisme, celui de l'abandon. Il n'est pas difficile de se représenter les problèmes, mais aussi les attentes, que peut entraîner le fait de lever le voile sur un passé douloureux, non seulement pour eux et pour leurs parents adoptifs, mais pour les génitrices et géniteurs qui seront retrouvés. Pourtant, sans jamais devenir un dogme –car les adoptés qui n'éprouvent pas ce besoin sont aussi légitimes que les autres et doivent être compris et respectés– la quête des origines de ceux qui ont subi l'abandon, si complexe soit-elle potentiellement, est aujourd'hui reconnue et accompagnée.

- Dans le cas des personnes nées de don en AMP, il n'y a eu aucun traumatisme, aucun abandon. La naissance, qui a été précédée par un véritable « parcours du combattant » des parents, a même été particulièrement désirée et l'enfant le sait bien. Les donneurs qui ont permis par leur geste altruiste que l'engendrement ait lieu, ont répondu à une demande de l'institution médicale et n'ont aucune culpabilité à ressentir, bien au contraire. Enfin, le risque que ces donneurs soient pris pour des « parents », est nul. Les exemples étrangers sont là pour attester que même dans les cas, rares, où a lieu une rencontre avec le donneur, elle ne crée aucun trouble familial pour celui-ci et encore moins une immixtion dans sa vie. Pas un seul cas de conflit n'a été signalé. C'est pourtant dans cette hypothèse infiniment plus « facile » que l'accès aux origines demeure interdit en France.

Toute réflexion sur l'accès aux origines doit partir de ce paradoxe, car il est un symptôme social. L'enjeu est de percevoir que ce dont il s'agit est un problème d'incompréhension des changements de la parenté en général, et de la filiation en particulier. C'est pourquoi dans ce rapport nous avons choisi d'aborder ce sujet seulement après avoir proposé une analyse de la vaste question de la filiation contemporaine. Elle éclaire le paradoxe français :

[261] Idem note 2.

- Dans le cas des personnes abandonnées, la société a pu affronter les questions d'origines, si complexes soient-elles concrètement, car elle a changé d'attitude à l'égard de *l'adoption*. Plus l'adoption a été valorisée en tant que telle, plus on l'a reconnue comme « une manière comme une autre » d'établir une filiation et de construire une famille, plus le lien de filiation entre parents et enfants adoptés a été sécurisé, et plus la quête des origines a pu être comprise et accompagnée.

- Dans le cas des personnes nées de don, le droit français continue à organiser le secret du recours au don et à le dissimuler, Du coup, l'engendrement avec tiers donneur n'est toujours pas reconnu comme « une manière comme une autre » de construire une famille. Dans ce contexte, les questions d'accès aux origines sont confondues avec des questions de filiation, comme si la possibilité de lever au bout de dix-huit ans l'anonymat du donneur allait le transformer en père. Ce malentendu, quand il se transforme en accusation de vouloir « biologiser la filiation », crée une vraie détresse chez les jeunes adultes nés de dons en quête de leurs origines. Un véritable cercle vicieux a été créé par nos institutions, dont il est temps de sortir.

C'est pourquoi dans notre réflexion, nous avons distingué les deux cas : bien qu'étant deux manifestations d'un même grand changement des valeurs familiales et ressortissant de la même et unique demande de voir reconnu en droit français un « droit d'accès aux origines personnelles », ils posent des questions différentes. Nous traiterons tout d'abord de l'accès aux origines des personnes nées de don puisque pour elles, il n'y a aujourd'hui encore aucun droit, même minimal, d'accès aux origines personnelles (chapitre 8). Ensuite nous traiterons des pupilles et adoptés, en montrant pourquoi l'accès aux origines qui leur a été reconnu en 2002, peut encore être amélioré, en particulier pour les enfants nés sous X (chapitre 9).

Chapitre 8

L'accès aux origines des personnes nées d'engendrement avec tiers donneur

On ne peut pas comprendre les débats que soulève depuis une décennie l'accès aux origines des personnes nées de don de gamètes, sans quelques repères fondamentaux sur l'histoire de l'Assistance Médicale à la Procréation (AMP) avec tiers donneur, depuis les années 1970. Au chapitre précédent, nous avons présenté ces repères, en montrant qu'un véritable tournant a eu lieu dans de nombreux pays, qui sont passés progressivement d'un modèle initial *Ni vu ni connu* –instituant de fausses filiations charnelles grâce au secret du recours au don et à l'anonymat définitif des donneurs–, à un nouveau principe de *Responsabilité*. Le trait majeur de ce nouveau principe est de ne plus obliger les familles issues de don à mimer une famille biologique, en effaçant et déniant la réalité de leur histoire propre au risque de la reléguer dans le silence et la honte, sans raison aucune.
L'enjeu nouveau est à l'inverse d'assumer collectivement la spécificité de la configuration familiale issue du don, de lui accorder sens et valeur, et d'instituer peu à peu l'engendrement avec tiers donneur comme une façon « ordinaire » (*unremarkable*) de faire une famille aujourd'hui. Dans cette perspective, le rôle du droit et des institutions est de remettre au centre une logique relationnelle, permettant que la règle du jeu commun soit un repère pour tous. Ainsi, le droit joue son rôle instituant et soutient chaque protagoniste du don pour lui permettre de répondre de ce qu'il fait, en particulier devant l'enfant.

Au temps où les professionnels conseillaient fermement aux parents de « ne rien dire », a succédé la norme inverse : en référence à l'intérêt de l'enfant, on les met désormais en garde contre les effets délétères du secret. Dès lors, il était inévitable que la question de l'anonymisation définitive des dons, qui avait été conçue pour conforter ce secret, soit posée. On a pu constater en Europe et dans le monde un ample mouvement de reconnaissance du droit des personnes nées de don à accéder à leurs origines, en référence majeure à l'intérêt de l'enfant et aux droits de la personne.

L'enjeu de ce mouvement n'est pas seulement de prôner la vérité des faits plutôt que leur falsification : il est aussi de replacer les nouvelles technologies de reproduction au sein d'un monde humain. On comprend peu à peu que traiter les donneurs comme des fournisseurs anonymes de « matériau interchangeable de reproduction » a nourri une idéologie hyper

techniciste, entretenant le mythe de la création de la vie en laboratoire par une médecine et une biologie toutes puissantes. Cette idéologie ne redoute pas de placer les enfants issus de ces techniques dans une situation radicalement « à part » de la condition commune.
Revenir vers la réalité « relationnelle » de l'histoire telle qu'elle a eu lieu, assumer que par-delà les gamètes anonymisés conservés à -196° dans les cuves d'azote des laboratoires, il y a le don et par-delà le don, le donneur lui-même, c'est revenir de la *création artificielle* vers la *transmission* de la vie, c'est redonner sa figure humaine au don d'engendrement, et répondre au surcroît de technique par un surcroît d'humanité. C'est pourquoi, en définitive, les enjeux majeurs sont symboliques et portent sur le système occidental de parenté. En articulant de façon nouvelle filiation et origine, l'enjeu n'est rien moins que de réintégrer les personnes nées de dons dans la condition commune et de les traiter comme « des humains comme les autres »[262].

Comment la France se situe-t-elle dans ce contexte ?
Pourquoi n'a-t-elle toujours pas rejoint ce mouvement ?
On présentera dans ce chapitre une analyse des profonds malentendus qui ont grevé le débat français sur l'anonymat des dons de gamètes, en les resituant au sein du contexte international (première partie). Ces analyses nous permettront de plaider pour que le droit d'accès à leurs origines des personnes nées de dons, qui est moins une question de bioéthique proprement dite que *de famille, de parenté et d'identité personnelle*, soit rapidement reconnu par le droit français (deuxième partie)[263].

I. Affrontements et malentendus, le débat français en question

Avant toute chose, il importe de lever les ambiguïtés qui peuvent être issues de l'expression courante « levée de l'anonymat ». De fait, il ne s'agit ni de cesser d'anonymiser les gamètes, ni de modifier les procédures de sélection des donneurs en permettant aux parents de les choisir. Ceci n'est aujourd'hui demandé en France par personne.
Il s'agit de savoir si l'on autorise ou non les enfants nés d'un don à avoir accès, s'ils en font la demande, à l'identité de leur donneuse ou/et leur donneur qu'il soit de sperme, d'ovocytes, ou d'embryons. En France comme dans d'autres pays, il a été proposé que ce droit soit ouvert à la majorité. On doit donc souligner que si cette proposition était retenue, une anonymisation de 18 ans au minimum serait toujours garantie aux donneurs.
L'enjeu des débats sociaux et politiques sur la « levée de l'anonymat » relève donc très clairement de l'accès aux origines : c'est uniquement aux personnes nées de don, une fois majeures, qu'il est proposé de pouvoir « lever l'anonymat »[264] de *leur* donneur (si elles le souhaitent).

---

[262] I. Théry, *Des humains comme les autres ; bioéthique, anonymat et genre du don*, éditions de l'EHESS, 2010. Plusieurs courts passages de ce livre ont inspiré directement la rédaction de ce chapitre et de son annexe.
[263] Cette première partie a particulièrement bénéficié des exposés de Simone Bateman, Geneviève Delaisi de Parseval, Juliette Guibert, Alfred Spira et Martine Gross lors des réunions plénières de notre groupe de travail, ainsi que des nombreux documents et publications qu'il et elles ont bien voulu nous confier. Nous les remercions très vivement.
[264] La question de l'accès aux origines, qui ne concerne que *l'enfant*, ne doit pas être confondue avec une autre : celle des « donneurs connus », choisis par les *parents* d'intention qui les amènent au centre d'AMP. C'est un débat différent. Comme nous l'avons dit au chapitre précédent, cette question est importante, mais le débat n'est pas ouvert en France aujourd'hui.

A. Le droit d'accès aux origines : une « tendance nette » en Europe et dans le monde

- La Suède fut le premier pays au monde à changer sa loi, en 1984, et à accorder aux enfants nés d'un don de sperme le droit de connaître l'identité de leur donneur. La loi est entrée en vigueur le 1er mars 1985 et le même droit a été étendu ensuite aux enfants nés grâce à un don d'ovocytes, après que celui-ci a été légalisé le 1er janvier 2003.
- En Suisse, le principe selon lequel « toute personne a accès aux données relatives à son ascendance » a été inscrit dès 1992 dans la constitution fédérale, puis développé par la loi fédérale de 1998 sur la procréation médicalement assistée. Cette loi est applicable depuis le 1er janvier 2001.
- La même année 1992, l'Autriche –qui n'autorise ni le don d'ovocytes ni le don d'embryon– permet aux enfants d'obtenir des données identifiantes sur le donneur de sperme ayant rendu possible leur naissance.
- En 1995, l'État de Victoria en Australie décide que des renseignements nominatifs sur le donneur pourront être communiqués à la majorité de l'enfant. Depuis, la question s'est étendue à l'ensemble du continent : un important rapport du Sénat australien publié en février 2011 recommande l'extension de la levée de l'anonymat à l'ensemble des États du Commonwealth, et tout un ensemble de mesures en faveur des personnes et familles issues de don, ainsi que des donneurs[265].
- En 1996, l'Islande a adopté un système « à double guichet » autorisant, à côté des dons anonymes de gamètes, des dons issus de personnes ayant donné leur accord pour que leur identité soit communiquée à l'enfant.
- La Norvège, où seul le don de sperme est autorisé, a voté en décembre 2003 la levée de l'anonymat. Cette loi a fait l'objet d'une mise en œuvre progressive de 2003 à 2005.
- Aux Pays Bas, après quinze ans de débats, les dons ne sont plus anonymes depuis juin 2004 : en adoptant en 2002 une loi sur les informations relatives aux donneurs de gamètes, ce pays a finalement abandonné le système du double guichet, qui proposait auparavant aux donneurs de laisser dévoiler ou non leur identité.
- En Nouvelle Zélande, depuis 2004, il n'y a plus d'anonymat des donneurs de gamètes ; un registre a été créé pour l'établissement volontaire de liens entre donneurs, receveurs et enfants nés d'AMP afin de répondre dans la mesure du possible aux demandes d'information concernant les cas de dons préalables à la loi.
- Au Royaume-Uni, après deux ans de consultations, la levée de l'anonymat a été décidée et est entrée en vigueur le 1er avril 2005. Non rétroactive, elle permet cependant à ceux qui ont fait un don avant 2005 de revenir sur leur statut antérieur en levant le secret de leur identité et pour ceux qui ont fait un don avant 1990 – date de la première loi encadrant l'AMP – de s'inscrire sur un fichier volontaire pour favoriser les contacts entre donneurs et personnes conçues par don, qui a été créé à l'exemple de la Nouvelle Zélande.
- La Finlande, qui avait auparavant le principe du double guichet, a levé l'anonymat des donneurs par une loi du 15 octobre 2006 : elle permet désormais à l'enfant de connaître l'identité du donneur à sa majorité.
- En Belgique, la loi du 15 mars 2007 a instauré le principe du double guichet permettant d'opter pour le don anonyme ou le don nominatif. Le don d'embryon, en revanche, reste anonyme.
- Le cas des États-Unis, ainsi que celui d'Israël, sont plus complexes, les hôpitaux et

[265] The Senate Legal and Constitutional Affairs References Committee, « *Donors conception practices in Australia* », feb. 2011.

cliniques privés ayant la liberté de proposer aussi bien l'option du don nominatif que celle du don anonyme. Notons cependant que dans ces pays, les chercheurs constatent un mouvement très important de remise en question de l'anonymat des donneurs au fur et à mesure que la demande de don émane moins souvent de couples composés d'un homme et d'une femme (qui souhaitaient pouvoir cacher le fait même du recours à un donneur dans les traditionnels dons de sperme) et davantage de femmes seules et de couples de même sexe (pour lesquels cacher ce recours au don n'est pas une tentation)[266].

Ce bref rappel de quelques-uns des changements les plus significatifs de ces dernières années ne prétend pas être exhaustif[267]. Il permet cependant de prendre la mesure d'un fait fortement souligné par le dossier de législation comparée publié par le Sénat en 2008 : il existe aujourd'hui en Europe et dans le monde « *une tendance nette à la levée de l'anonymat des dons de gamètes*. »[268]

B. Placer l'intérêt de l'enfant au centre : le sens du changement

Pourquoi cette tendance ? Elle ne consiste pas simplement à enlever le cache qui dissimulait un nom dans un dossier, même si le fait que l'identité des donneurs soit traditionnellement accessible aux médecins[269] et interdite aux personnes concernées elles-mêmes peut susciter chez elles émotion et colère. L'exemple des pays étrangers permet d'apercevoir qu'en réalité il s'agit surtout d'une nouvelle approche de l'AMP en général (voir chapitre 7). Elle a trois dimensions liées : changement dans l'approche bioéthique par la distinction entre deux grands types de dons ; changement dans la conception de la filiation par la distinction entre les statuts respectifs de donneur d'engendrement et de receveur/parent par la filiation ; changement enfin de la notion même d'information ou de transparence par celle d'accès aux origines, conçue comme un choix appartenant à l'intéressé.

1. De l'enfant « oublié » à la priorité donnée à son intérêt

Au départ, un point commun à tous les pays était l'idée qu'un don quelconque a fondamentalement deux protagonistes, les donneurs et les receveurs, nommés aussi les donateurs et les donataires. On pensait que cette dualité s'appliquait aussi pour le don de gamètes, car on n'imaginait pas que les intérêts de l'enfant né du don pussent être distincts de ceux de ses parents. Puisque le secret était important pour eux et assurait la paternité du mari stérile, il ne pouvait être qu'une bonne chose pour l'enfant dont il assurait la filiation[270]. De ce fait, on ne se représentait pas l'enfant comme un protagoniste du don, entendu non comme un acte concret –évidemment, l'enfant n'est pas un « acteur » du don dont il est

---

[266] Ch. Miller, « Donated Generation », *The New Atlantis*, summer 2007, pp.27-44.

[267] Sources utilisées pour cette synthèse :
– « L'anonymat des dons de gamètes », étude de législation comparée n°186, Les documents de travail du Sénat, Service de législation comparée, septembre 2008.
– « État des lieux législatif de l'anonymat des dons de gamètes et d'embryons dans le monde », in site de l'association Procréation Médicalement Anonyme : www.**pma**nonyme.asso.fr/
– « Tableau comparatif des lois mondiales qui encadrent l'AMP », in G. Delaisi de Parseval, *Famille à tout prix*, Paris, Seuil, 2008, pp.378-385.

[268] « L'anonymat des dons de gamètes », étude de législation comparée du Sénat n°186, op. cit. p.9.

[269] Dans certaines conditions très précises ; cf. *infra* deuxième partie.

[270] Ne pas distinguer l'intérêt de l'enfant de l'intérêt des parents est un trait caractéristique du modèle familial traditionnel. Pour une approche anthropologique et psychanalytique de l'évolution des représentations, et une défense de l'accès aux origines, voir G. Delaisi de Parseval, « Secret et anonymat dans l'AMP avec donneurs de gamètes, ou le dogme de l'anonymat à la française », *Droit et cultures* 51(1), pp.197-208.

issu– mais comme une action juridique instituée. Considérer l'enfant comme un protagoniste de cette action signifie que, en tant que « personne juridique », il en participe à travers ses droits propres.
Le premier grand changement exprimé par le droit d'accès aux origines dans le cas de l'AMP est que le don de gamètes est considéré désormais comme vraiment spécifique. On n'accepte plus de le ramener au modèle du don d'éléments du corps humain en général, car *le don en AMP n'implique pas seulement deux parties mais bien trois : les donneurs, les receveurs, et l'enfant né du don*.
Allant plus loin encore dans l'attention à l'enfant, le respect du droit d'accès aux origines considère que ce qui doit guider l'approche législative est l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette référence juridique complexe est une « notion cadre »[271]. Elle ne signifie pas que l'on attache plus de prix aux intérêts psychologiques d'un individu-enfant qu'à ceux d'autres individus-adultes, mais bien que l'on définit juridiquement le don en AMP comme un acte social acquérant son sens et sa valeur particulières par le fait que toutes les parties impliquées statutairement dans l'engendrement doivent concourir à organiser celui-ci *au bénéfice de celui qui en naîtra*, considéré comme personne juridique, attributaire de droits.

2. La complémentarité des statuts de parent et de donneur d'engendrement

Dans tous les pays qui ont choisi la levée de l'anonymat des donneurs, celle-ci n'a aucune conséquence en matière de filiation. Tout au contraire, elle conforte les receveurs dans leur statut de seuls et uniques parents selon la filiation, et ôte toute ambiguïté au statut du donneur. Là se trouve le cœur d'une approche « dans l'intérêt de l'enfant » considérant que s'il a eu des parents *et* un donneur, il est mieux, non seulement pour lui, mais aussi pour les parents et le donneur, que le droit le reconnaisse plutôt que de le dissimuler.
Le donneur a compris et assumé le sens de son acte, qui vise à aider un couple (ou une personne seule dans les pays qui l'autorisent) à pouvoir engendrer. Même si cela peut surprendre, c'est *parce qu*'elle n'implique ni droit ni devoir de filiation, que cette forme très particulière de don peut acquérir sa valeur propre, une valeur qui pourrait être défendue par le donneur s'il avait à rendre compte du sens de ce qu'il a fait, face à l'enfant né de ce don. Dans cette perspective, toute l'attention en matière éthique est déplacée : la traditionnelle protection du donneur par une forme d'irresponsabilité instituée (« *ni vu ni connu* ») est critiquée, et les enjeux moraux, sociaux et politiques se déplacent vers un débat différent, visant à établir à quelles conditions concrètes cet acte qu'une société souhaite valoriser comme hautement moral risque de se renverser en acte immoral, voire inhumain – par exemple pour le donneur lui-même s'il est traité comme un instrument ou une marchandise.
Quant au statut de *parent* qui est celui du ou des receveurs de don, il n'est pas nouveau mais se trouve en quelque sorte « réassuré » dans les législations où l'anonymat peut être levé : la société signifie ainsi qu'elle cesse de recourir au mythe d'une pseudo-filiation charnelle. Cette nouvelle approche est rassurante car au lieu d'être perçus implicitement comme deux rivaux pour une seule place, donneurs et parents sont appréhendés comme des individus jouant des rôles différents et occupant des places complémentaires, se confortant mutuellement. C'est cette complémentarité des statuts qu'il s'agit d'*instituer*.
Cela suppose que le donneur d'engendrement, cessant d'être refoulé dans l'ombre et comme aboli par l'anonymisation, soit au contraire reconnu à la fois comme une *personne*, un être capable d'agir et de pâtir à la manière humaine –et à ce titre susceptible d'avoir, comme

[271] Sur l'usage judiciaire du critère d'intérêt de l'enfant, voir I. Théry, *Le démariage*, Paris, Odile Jacob, 1993, en part. chapitre IX.

c'est le cas pour les personnes en général, un visage, un nom, une identité–, et comme une *personne juridique* auteur d'un acte considéré socialement comme fort honorable, et à ce titre titulaire de droits (ne pas être réduit par les receveurs ou des intermédiaires à l'état d'instrument) et de responsabilités (ne pas revenir sur l'engagement qu'il a pris au départ du processus).
Du point de vue de l'enfant, c'est ce que nous avons nommé le passage d'une logique du « ou » (le père *ou* le donneur ; la mère *ou* la donneuse) à une logique du « et » (les parents *et* le donneur.)

3. Connaître l'identité du donneur : un choix et non une obligation.

Aucun des pays qui ont reconnu le droit d'accès aux origines n'impose la communication à l'enfant de l'identité du donneur. Cela veut dire deux choses :
- Premièrement, que l'intérêt de l'enfant est ici défini de façon juridique –en référence à des grands principes du droit– et non pas psychologique –en référence à des « savoirs psy » qui auraient décrété que dans tous les cas connaître l'identité est mieux pour lui. C'est pourquoi le droit d'accès aux origines est abordé de façon délibérément négative : comme le droit de *ne pas être privé par l'État*, *a priori et définitivement* d'une information sur l'identité des individus à qui l'on doit le jour que l'immense majorité des enfants détiennent, ou pourraient détenir.
- Deuxièmement, cela veut dire que ce droit négatif peut ensuite être formulé positivement : pour la personne en cause, c'est celui d'avoir le choix de décider si elle veut connaître ou préfère ignorer l'identité de son donneur.
Ceci indique que la levée de l'anonymat n'a strictement rien à voir avec une sorte de grande règle de transparence biologique, voire de traçabilité zoologique. Elle est organisée comme une possibilité ouverte à l'enfant et qu'il lui appartient d'utiliser ou non, sans avoir à s'en justifier.
Différentes solutions sont proposées selon les législations[272] ; parfois aucun seuil d'âge n'est posé, parfois l'information n'est accessible à l'enfant qu'à partir de 16 ans, le plus souvent c'est seulement à sa majorité. Le point fondamental au plan sociologique est qu'avec cette possibilité nouvelle donnée aux personnes nées de don, le donneur cesse d'être perçu et construit socialement comme un spectre menaçant et une puissance fantasmatique. Il devient une personne ordinaire, auteur d'un acte qui, pour être relativement nouveau au regard de nos habitudes sociales, n'en est pas moins posé comme un acte humain pensable et dicible. Loin de diviser les personnes nées de dons, instituer la possibilité du choix les rassemble : il n'y a pas moins de légitimité à préférer ignorer l'identité de son donneur qu'à préférer la connaître. Ce choix appartient au for intérieur de chacun et les différences que cela crée d'une famille à l'autre relèvent de ce qu'on peut nommer la *diversité heureuse des mœurs* en société démocratique. Le droit est là pour la garantir en organisant la liberté de choix.

Cette approche modifie les tenants et aboutissants du débat sur l'engendrement en AMP en développant une conception des enjeux moraux et sociaux centrée sur *l'action* et les *relations*. Sa question éthique et juridique est de se demander à quelles conditions concrètes le don doit satisfaire pour être action/une relation véritablement humaine, et –pourquoi pas– d'une certaine grandeur humaine. Cela implique non seulement de changer dans ses valeurs en reconnaissant des droits à l'enfant nés du don, mais aussi de voir l'engendrement avec

[272] Pour une approche de droit comparé, voir G. Mathieu « La place du donneur d'engendrement », in H. Fulchiron et J. Sosson (dir), *Parenté, filiation, origines*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp.135-168.

tiers donneur avec d'autres lunettes conceptuelles. C'est pourquoi les deux questions du *secret* et de *l'anonymat* sont liées : elles évoluent ensemble dès qu'une société remet en cause le modèle de pseudo-filiation charnelle qui s'était imposé au départ dans tous les pays, et se met à assumer collectivement le don d'engendrement.

> *Un cas particulièrement clair et bien documenté de cette évolution est celui du* ***Royaume-Uni****, qui après avoir autorisé la levée de l'anonymat en 2005, a pris de nouvelles mesures depuis pour approfondir encore cette logique. Il permet en outre de voir point par point comment se pose concrètement la question de l'accès aux origines quand un pays lève l'anonymat. C'est pourquoi nous avons jugé qu'il méritait d'être présenté en Annexe à ce chapitre.*

Le « regard éloigné » que permet la comparaison internationale permet de mieux comprendre les raisons des graves et persistants malentendus qui caractérisent le débat français sur la levée de l'anonymat. Pour en traiter, il faut commencer par distinguer les véritables malentendus de tout autre chose : les rumeurs infondées qui, à force d'être répétées, polluent le débat politique.

C. France, les rumeurs non fondées : « chute des dons », « retour paradoxal au secret »

L'hypothèse de l'accès à leurs origines des enfants nés de dons, au fur et à mesure qu'elle a gagné en audience en France, a suscité une résistance importante, venue en particulier des milieux attachés au modèle traditionnel de l'AMP à la française et à l'institution en 1994 d'une pseudo-filiation charnelle[273]. Comme ce modèle accrédite l'idée que le donneur et le parent sont deux figures rivales, en compétition pour une seule place à prendre, une rumeur s'est répandue dans l'opinion française, selon laquelle la levée de l'anonymat créerait une telle insécurité des donneurs, craignant de se voir un jour subitement transformés en « parents », qu'elle se traduirait par une chute drastique des dons.
Or non seulement cette supposition n'est pas étayée, car on ne dispose pas d'une vaste étude comparative permettant de voir comment les pays qui ont changé leur loi ont vu le nombre de leurs donneurs évoluer, mais dans les cas où des informations sont disponibles, elles infirment ce pronostic. Tous les pays ont commencé par redouter une chute des dons, mais aucun de ceux dont les statistiques sont disponibles n'a enregistré une telle chute. Dans les cas documentés, les dons ont même *augmenté*.

Une chute des dons ?

La Suède est un cas particulier car, par attachement aux droits de l'enfant, elle a institué l'accès aux origines bien avant tout le monde, il y a trente ans, dans un contexte où les évolutions familiales contemporaines s'amorçaient à peine et où le recours au don restait un grand secret des couples. L'année suivant la loi qui a autorisé la levée de l'anonymat (et bien qu'elle ne puisse avoir ses premiers effets que 18 ans plus tard), le nombre des donneurs de sperme a chuté. Ce cas a beaucoup alerté, comme en témoigne le débat britannique[274]. On sait aujourd'hui que ce mouvement a été aussi bref qu'exceptionnel. Dès l'année suivante le nombre de donneurs était revenu à son niveau normal. Dans *Le Monde* (6 octobre 2010), le docteur Claes Gottlieb, responsable de la clinique de fertilité Sophiahemmet de Stockholm, et coauteur d'un rapport de suivi de la loi de 1984, rappelle ces faits, et précise que l'année exceptionnelle de baisse a été parfaitement expliquée : la nouvelle donne légale s'est traduite

[273] Pour le sens précis de ce terme, et plus généralement l'analyse du droit français de l'AMP, voir chapitre 7.
[274] Voir infra, « Accès aux origines et levée de l'anonymat au Royaume Uni », Annexe à ce chapitre.

par un changement du profil des donneurs, désormais plus âgés et plus souvent pères de famille ; ainsi, l'année de baisse exceptionnelle a correspondu au moment où l'ancien profil plus « étudiant » s'est tari, cependant que le nouveau profil émergeait à peine
Le même constat a été fait pour la Suisse, comme l'indique le docteur Daniel Wirthner, responsable de la banque de sperme du Centre de Procréation Médicale Assistée de Lausanne :

> « En Suisse, depuis l'introduction de la loi j'ai vu le type de donneur changer. En effet j'ai beaucoup moins d'étudiants par exemple mais j'ai plus d'hommes plus "matures", de classe socio-économique élevée, dont la majorité invoquent des motifs altruistes pour être donneurs. Ils sont donneurs de sang, de moelle etc... Il me semble que ces donneurs ont plus réfléchi qu'avant. Je n'ai actuellement pas de problème pour trouver des donneurs »

Le cas le mieux documenté est celui du Royaume-Uni. Le nombre de nouveaux donneurs de gamètes (spermatozoïdes et ovocytes) est publié chaque année sur le site de la *Human Fertilisation and Embryology Authority*. On ne constate aucune chute des dons après l'entrée en vigueur de la loi qui a permis l'accès à leurs origines des personnes nées de dons[275].
Nous reproduisons ci-après le tableau consacré au don de sperme (l'année d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, 2005, est indiquée en couleur) :

Year	Sperm donors
1992	375
1993	426
1994	417
1995	414
1996	419
1997	343
1998	256
1999	302
2000	323
2001	327
2002	288
2003	257
2004	239
2005	272
2006	303
2007	360
2008	405
2009	438
2010	480

(Source : HFEA. *New Donors Registration*. http://www.hfea.gov.uk/3411.html)

[275] Une présentation plus précise du débat britannique sur la question de l'anonymat et du nombre des donneurs, où l'inquiétude de voir une baisse avait été fortement énoncée avant la réforme, ainsi qu'une analyse détaillée des chiffres de l'année 2009, est présentée en Annexe de ce chapitre.

Ces quelques références amènent à s'interroger sur les raisons pour lesquelles la rumeur sur la « chute des dons » a pu se développer, sans jamais être étayée par l'exemple d'un seul pays, et conserver ensuite une telle vigueur en France. On peut d'autant plus le regretter que les données disponibles sont instructives sur deux points importants :

a) tous les pays indiquent un changement du profil des donneurs de sperme lorsqu'il est prévu qu'à leur majorité les enfants nés de dons pourront éventuellement connaître leur identité. Ceci amène à déplacer l'attention de la simple question du nombre, vers celle des motivations des donneurs, une dimension capitale du principe de *Responsabilité* que le débat français persiste à ignorer.

b) bien que les statistiques françaises ne soient pas aussi aisément accessibles que les données britanniques, il est indiqué sur le site de l'Agence française de la biomédecine que le nombre de donneurs de sperme a été en France de 400 en 2009. Ce chiffre mérite en tant que tel d'être commenté.
En effet, on ne s'avise pas souvent que les alarmes sur la chute éventuelle des dons de sperme qui pèsent si lourdement sur le débat français, portent non pas sur plusieurs milliers de personnes, comme on l'imagine souvent, mais sur de *très petits chiffres* : moins de 500 donneurs par an, en France comme au Royaume-Uni. Sur de si petits effectifs, il est facile de comprendre que dans un pays de 66 millions d'habitants, la moindre campagne d'appel au don, si elle est bien faite, aura des résultats immédiats. Ce fait, bien connu des cliniques britanniques, n'apparaît jamais dans le débat français alors qu'il suffirait à calmer les esprits. Certes, les problèmes de manque de dons existent et sont très préoccupants, mais ils sont liés à bien d'autres coordonnées, comme le montre de façon éclatante la grave pénurie de dons d'ovocytes qui existe en France aujourd'hui.

Un retour paradoxal au secret ?

La Suède est également au centre d'une autre rumeur agitant le spectre des dangers liés à une levée de l'anonymat : celle du « retour paradoxal au secret ». Dans ce pays, a-t-il été argué, le fait que l'anonymat puisse être levé a eu une conséquence inattendue. Les parents, plutôt que de s'exposer à voir un jour leurs enfants s'intéresser à la personne du donneur, préfèrent cesser massivement de leur dire comment ils ont été conçus. La Suède aurait ainsi nourri la pire régression sur l'AMP et ce pays que l'on dit précurseur serait aujourd'hui enfermé dans le secret le plus anachronique.
Cet argument du « retour paradoxal au secret », consistant à soutenir que si on lève l'anonymat, on reviendra en arrière vers le secret de la conception, a été très employé lors du débat préparatoire à la rénovation des lois de bioéthique de 2011. Comme sur la chute des dons, la rumeur s'est déployée sans jamais être étayée par des données d'enquête. Or, il se trouve que des statistiques portant précisément sur ce sujet sont parues au même moment.
Les résultats de la première enquête nationale suédoise sur l'attitude des parents receveurs de dons (de sperme, d'ovocytes) à l'égard du secret sur le mode de conception de l'enfant, ont été publiés le 5 janvier 2011 sur le site de la revue internationale *Human Reproduction*. Signé de S. Isaksson et six autres chercheurs, l'article intitulé « Two decades after legislation on identifiable donors in Sweden : are recipient couples ready to be open about

using gametes donation ? »[276] donne une réponse dénuée de toute ambiguïté.
Les parents interrogés (échantillon représentatif de 564 personnes) reçoivent les gamètes qu'on leur propose dans les cliniques de fertilité agréées, et sont parfaitement informés de la loi suédoise. Or le résultat majeur de cette enquête est que la Suède bat tous les records européens en terme d'émancipation par rapport à la traditionnelle logique du secret, puisque *90%* des parents receveurs de dons interrogés déclarent qu'ils informeront l'enfant de son mode de conception, précisant qu'ils considèrent cela comme un devoir élémentaire « d'honnêteté » à son égard, et de respect de ses « droits ». Notons que ces chiffres remarquables sont encore très au dessous de la réalité puisque, pour ne pas biaiser l'étude, on a exclu de celle-ci d'une part les couples lesbiens (qui représentent désormais 70% des bénéficiaires de dons de sperme) et d'autre part les couples hétérosexuels bénéficiaires de « dons directs » de proches, autrement dit les deux types de couples qui par définition se situent hors de toute tentation de garder le secret sur leur recours au don. L'étude conclut que « *openness* » et « *support of disclosure to offspring* » sont les deux traits caractéristiques des parents hétérosexuels receveurs de dons en Suède. Certes, il ne s'agit que d'intentions, et on ignore quelle proportion de ces parents mettra ensuite son intention en pratique. Toute la question est alors de pouvoir trouver des données comparables.
Par chance, rien n'est plus facile que de comparer les parents suédois à leurs homologues français qui sont eux, « protégés par l'anonymat ». Il se trouve que ces derniers ont été interrogés par une grande enquête des CECOS[277] exactement à la même période et sur le même sujet : 60% d'entre eux ont déclaré avoir l'intention de révéler à l'enfant son mode de conception. Il y a donc un écart très important, de 30% au minimum, en faveur de la Suède dans le sens de la fin du secret, et cela alors que les parents suédois savent que leur enfant aura à sa majorité accès s'il le souhaite à l'identité de son donneur.

Comme on le voit, les rumeurs qui ont tant d'impact sur le débat français ne sont parfois même pas des approximations. Elles inversent littéralement le sens des choses. La réalité telle qu'on peut la découvrir dans la littérature internationale spécialisée, est bien plus simple : comme on pouvait s'y attendre, plus une société sort de la logique du secret, plus les parents receveurs endossent les valeurs « d'ouverture », moins ils redoutent l'accès aux origines. Ce n'est pas une simple question privée : les parents parlent d'autant plus aisément à l'enfant qu'ils sont *confortés dans leur propre statut* par les institutions communes. Une question qui est au cœur du débat français.

D. Accès aux origines, parenté et AMP : les raisons du malentendu français

Situer la France dans le contexte international permet d'apercevoir où se situe précisément la particularité française: alors que la valeur majeure qui a fait bouger les choses ailleurs est sans conteste la référence à *l'intérêt de l'enfant* et plus largement le respect des *droits des personnes*, ces références ont été singulièrement peu audibles dans le débat français. La situation est d'autant plus étonnante que l'AMP est un cas exemplaire où une génération peut voir très clairement et directement les difficultés que, par ses propres choix normatifs, elle a créées pour la suivante, et en tirer quelques raisons de se remettre en question.

[276] S. Isaksson et alii, « Two decades after legislation on identifiable donors in Sweden : are recipient couples ready to be open about using gametes donation ? », *Human Reproduction*, 2011 january 5th.
[277] P. Jouannet et al. « La majorité des couples procréant par don de sperme envisagent d'informer l'enfant de son mode de conception mais la plupart souhaitent le maintien de l'anonymat », *Andrologie* 20 (1), 2010, pp.29-36.

De fait, une analyse rétrospective[278] sur la dernière décennie montre qu'en France, sur l'AMP et l'accès aux origines, les droits de l'enfant et les droits de la personne sont loin d'avoir toujours été ignorés[279]. Année après année, la conscience du problème des enfants nés de dons n'a fait que croître, et différents rapports et propositions laissaient présager un changement. Le problème inattendu est l'ampleur de la contre-offensive que l'on a pu constater lors des débats préparatoires à la rénovation des lois de bioéthique de 2011.

De fait, on a rarement vu, lors d'un débat sur la famille (mais était-ce compris comme un débat sur la famille ? c'est tout le problème), des jeunes adultes venir témoigner de difficultés, de souffrances et de demandes de droits, et être aussi mal reçus. Loin de témoigner de la moindre empathie pour ces jeunes, les défenseurs du *statu quo* se sont employés à les décrire comme « une minorité à problèmes » habile à « se faire valoir médiatiquement », mais qui ferait mieux de se faire « psychanalyser »[280]. Loin de témoigner d'écoute et de respect envers leurs revendications, on s'est employé à les disqualifier. Loin de les reconnaître comme les victimes d'un ordre légal inadapté, on les a transformés en coupables : comme s'ils menaçaient à eux seuls la survie de l'assistance médicale à la procréation.
Enfin, loin de reconnaître que les jeunes français qui revendiquent l'accès à leurs origines participent d'un mouvement social puissant, aux racines anciennes, qui a déjà transformé les législations de la moitié de l'Europe, on a préféré effacer tout le contexte international, et les présenter comme « quelques dizaines » d'individus, parfois même comme des trublions en mal de notoriété. Tout cela contrastait singulièrement avec la dynamique politique antérieure et avec l'importance habituellement attachée à la comparaison internationale, et dont témoigne le remarquable document du Sénat publié en 2008. Comment l'expliquer ?

L'enjeu porte sur le fond : la distinction entre filiation et origines.

Lors des débats de la période 2009-2011, la grande accusation qui a fédéré l'énergie des défenseurs du *statu quo,* emportant tout sur son passage, fut celle de vouloir « biologiser la filiation »[281]. Non seulement elle ne tenait aucun compte des dires des jeunes gens concernés, qui répétaient avec la dernière énergie qu'ils avaient déjà des parents, et n'en cherchaient pas, mais elle semblait ignorer que les pays ayant levé l'anonymat attestaient de leur démarche. Comme nous l'avons vu au chapitre 7, ces pays ont fait exactement l'inverse d'une « biologisation » de la filiation : ils se sont éloignés de l'ancien schéma biologisant, en abandonnant l'idée que le donneur se transformerait forcément en père, s'il sortait de l'ombre.

Cette stratégie de « disqualification générationnelle » est si inhabituelle en France, les méthodes qui ont parfois été employées sont si surprenantes eu égard aux valeurs contemporaines, qu'il y a là une énigme. Comme l'on n'a aucune raison de penser que les

---

[278] Voir ci-après deuxième partie. Sur l'histoire de l'anonymat en France, on se reportera à S. Bateman, « Le principe de l'anonymat du don de sperme : remarque sur son histoire et sur son application », *Andrologie,* 21, 2011, pp.192-198. Sur les controverses françaises sur l'anonymat, voir les positions contradictoires publiées dans le dossier « la filiation saisie par la biomédecine », *Esprit,* 5, 2009 ainsi que dans le numéro de la revue *Andrologie*, 2010, 20 (1) consacré a ce thème.
[279] Le premier article à avoir posé la question de l'anonymat en termes de « droit de l'homme » est celui de J. Guibert et E. Azria, « Anonymat du don de gamètes : protection d'un modèle social ou atteinte aux droits de l'homme ? », *Journal de Gynécologie obstétrique et biologie de la reproduction*, n°36, 2007, pp.360-368.
[280] Ces citations sont extraites de l'analyse détaillée du débat bioéthique de 2009-11 présentée in I. Théry, *Des humains comme les autres*, op. cit. p.67-68.
[281] voir I. Théry, *Des humains comme les autres, op. cit.* 2e partie , pp.135-212.

droits de l'enfant soient moins valorisés en France qu'ailleurs, on comprend que, par-delà les enjeux de pouvoir qui se jouent autour de l'AMP, il existe une raison plus structurelle aux malentendus du débat français : *la confusion entre enjeux de biomédecine et enjeux de construction de l'identité personnelle*

Le modèle pseudo-procréatif institué en 1994 a été légitimé uniquement en référence aux exigences de la biomédecine et aux idéaux du « traitement » de la stérilité. Mais comme nous l'avons montré en détaillant le régime juridique de pseudo-filiation charnelle qui fut alors légalisé[282], il traitait tout autant de famille et d'identité. A partir de là, un malentendu de fond ne pouvait que prospérer.

Une scène, minuscule, incarne parfaitement ce malentendu. Elle oppose, lors d'un colloque de bioéthique (Marseille, octobre 2008), un professeur de biologie et un jeune homme né de don engagé pour l'accès à ses origines. Manifestement agacé, le professeur lui dit : « *Puisque vous vous intéressez tellement aux gènes, puisque pour vous les gènes sont manifestement tout ce qui compte, pourquoi ne demandez-vous pas votre ADN ? Je veux bien vous donner votre séquence ADN si ça peut vous rassurer.*» Et le jeune homme : « *Mais vous n'avez rien compris ! Vous me parlez de mes gènes, de mon ADN. Mais je me moque de mon ADN ! Ce qui me manque, c'est un nom. Un nom de personne. Je ne suis pas né d'un matériau de reproduction.* »

1. La thèse des opposants à l'accès aux origines

Cette scène donne la mesure d'une incompréhension. Pour la débrouiller, il convient d'analyser rapidement les arguments qui furent développés par les opposants à l'accès aux origines au cours des débats de la période 2009-2011. Ils convergent tous vers un seul objectif : la défense du modèle d'AMP institué par les lois bioéthiques de 1994, qui est perçu comme gravement menacé.
Pour ses défenseurs, la valeur de ce modèle est d'être simultanément un grand symbole éthique –par le triptyque anonymat, gratuité, consentement[283]– et le seul arrangement capable de ménager les intérêts respectifs des parents et des donneurs. Plus encore que le secret sur la conception (qui peut être dévoilé dans l'intimité familiale), l'anonymat des donneurs garantit à chacun sa place : les parents seront des parents, et les donneurs seront des donneurs, dès lors que le système verrouille toute possibilité d'existence du donneur en tant que personne. Il garantit au père qu'il ne sera jamais menacé dans son unicité, puisqu'il n'aura pas de rival ; et il garantit au donneur qu'il ne sera jamais menacé d'être transformé en père, puisqu'il disparaît dans l'anonymat[284].

L'ensemble de l'argument repose sur ce qu'on pourrait nommer « la thèse des intérêts divergents » :

[282] voir chapitre 7.
[283] On doit cependant souligner que, contrairement à une idée répandue, l'anonymat n'est en rien une garantie de gratuité. Ce sont deux questions distinctes, comme en témoigne le cas de l'Espagne, où les dons sont à la fois *anonymes* et *rétribués*. Symétriquement, la possibilité offerte à l'enfant de lever l'anonymat de son donneur 18 ans après le don, ne mettrait aucunement en cause l'éthique française de la gratuité, entendue au sens d'un attachement tout particulier à lutter contre les dérives du marché et du baby business.
[284] Il n'est pas surprenant que les enquêtes témoignent de l'attachement très fort des *patients* à l'anonymisation définitive des dons, puisque elle leur a été présentée par les médecins de l'AMP comme le garant majeur de leurs places respectives.

- les intérêts du donneur et ceux du parent sont spontanément divergents, puisque l'un incarne le « parent biologique » et l'autre le « parent social », deux figures radicalement incompatibles entre lesquelles il faut nécessairement choisir.
- grâce à l'anonymat, cette menace est conjurée, puisque le parent biologique disparaît, laissant la place au parent social, seul vrai parent, qui devient le « véritable procréateur ».
- les intérêts des parents et des donneurs deviennent alors convergents : tous bénéficient de l'anonymat définitif des dons.
- les jeunes trentenaires qui revendiquent la levée de l'anonymat menacent les intérêts convergents des parents et des donneurs. Leurs revendications témoignent donc d'un « problème », soit avec leurs parents, soit avec leur filiation. Car s'ils assumaient être nés de don, ils valoriseraient leur père social, et n'auraient pas besoin de rechercher un père biologique.

On comprend alors la polarisation des discours dénonçant une supposée entreprise de « biologisation de la filiation ». Elle symbolise la gravité de l'attaque qui serait portée au cœur même de l'AMP avec tiers donneur.
Mais en se montrant incapable de *distinguer la filiation et les origines*, une telle représentation démontre surtout que dans le modèle qu'elle défend, il n'y a aucune place pour la coexistence des parents et des donneurs. L'hypothèse est toujours celle de l'alternative, de l'exclusivité et de la rivalité.
Or c'est justement dans le passage de la logique traditionnelle du « ou » (père *ou* donneur) à une nouvelle logique du « et » (parents *et* donneur) que s'inscrivent les jeunes générations qui revendiquent l'accès à leurs origines. En soutenant qu'à côté de la filiation, sans concurrence avec elle ni menace pour quiconque, il y a place pour autre chose, ils refusent d'endosser la mythologie d'une pseudo-filiation charnelle, et de se voir ainsi privés d'une partie de leur histoire et de leur identité.

2. Pseudo filiation charnelle : quand l'institution piège les individus

On ne s'avise pas suffisamment que lorsqu'il est question d'accès aux origines, l'enjeu n'est en rien médical. De fait, il est presque impossible de saisir le fond de la démarche des jeunes générations, si on l'enferme dans un débat sur la biomédecine. Comme pour tous les autres cas d'accès aux origines personnelles[285], le sujet réel est l'organisation sociale de la famille et la construction de l'identité personnelle.
Si on l'admet, un aspect capital de tout ce débat saute aux yeux. Un abîme sépare désormais la norme sociale et psychologique, reprise par toute l'institution médicale, prescrivant la levée du secret de la procréation (« il faut le dire ») et la norme juridique de pseudo-filiation charnelle qui organise depuis 1994 le secret de l'engendrement et de la filiation (« il faut le cacher »).
Non seulement cet écart n'est pas favorable aux individus, qu'il prive de tout soutien institutionnel, mais il leur est hostile. Il leur impose de se comporter dans la société comme des gens qui feraient autre chose que ce que prescrit leur statut : comme si c'était eux, personnellement, qui agissaient sans respecter les normes. Mais en réalité, ce ne sont pas les personnes qui sont en cause, *ce sont les institutions qui sont défaillantes* : au lieu de jouer leur rôle de repère et de garant, d'énoncer pour tous la règle et de permettre à chacun d'endosser tranquillement son statut, elles dénient l'existence de l'engendrement avec tiers donneur que pourtant la société organise. En se refusant à l'instituer comme une manière ordinaire (*unremarkable*) de construire une famille, elles transforment les parents en

[285] Sur l'accès aux origines des personnes pupilles et adoptées, cf infra chapitre 9.

« comploteurs », les donneurs en « contrebandiers », et les enfants en « passagers clandestins ».

a. la pseudo-filiation charnelle transforme les parents en comploteurs

Hier on disait aux parents : « surtout gardez le secret, c'est votre intérêt et celui de d'enfant. Ainsi vous serez comme tout le monde ». Les lois de 1994 sont venues conforter ce modèle du secret. Mais aujourd'hui on leur dit : « surtout dites à l'enfant la vérité sur son mode de conception, car rien n'est plus néfaste que les secrets de famille ». La norme a changé, mais la loi n'a pas évolué.
Autrement dit, la loi impose un certain statut aux parents et la société (la norme sociale contemporaine) leur demande ensuite d'agir en écart avec ce statut
La loi indique aux parents qu'ils doivent consentir à l'AMP « dans des conditions préservant le secret » ; mais la société leur dit : attention, surtout pas de secret.
La loi oblige le parent stérile à endosser une pseudo-filiation charnelle ; mais la société lui dit : surtout, dites à l'enfant que ce n'est pas vrai.

Dans cet écart, ce sont les institutions qui sont défaillantes : en imposant d'agir secrètement et d'endosser une pseudo-filiation charnelle, tout en affirmant que la norme sociale et morale doit être de ne pas mentir, elles se retournent contre les parents, qu'elles transforment en comploteurs, au lieu de les soutenir et de les accompagner en instituant et valorisant leur façon de construire une famille.

b. le secret et l'anonymat transforment les donneurs en contrebandiers

Hier on disait à « l'homme caché » venu donner son sperme dans le cabinet du gynécologue : je ne vous trahirai pas, je ne vous ai pas vu. Car l'anonymat le protégeait d'une recherche en paternité. Aujourd'hui on fait appel très officiellement à des donneurs, recrutés selon des procédures officielles. Le droit leur a conféré un statut spécifique, indiquant qu'en aucun cas un lien de filiation ne pourrait être établi. Pourtant, on les cache comme s'ils menaçaient la filiation, ou étaient menacés par elle.
Ainsi au lieu de valoriser au grand jour leur altruisme, la société en fait des contrebandiers qui passeraient en douce du matériau de reproduction récupéré incognito, pour remplacer — ni vu ni connu–, les gamètes du parent stérile.

Dans ce cas aussi ce sont les institutions qui sont défaillantes. Protégés, mais sans véritable place sociale, les donneurs sont condamnés à passer pour les complices d'un tour de passe-passe, au lieu que soient reconnus publiquement le sens de leur geste, la valeur de leur altruisme et la dignité du don d'engendrement.

c. Pseudo-filiation charnelle et anonymat transforment les enfants en passagers clandestins

Juridiquement, les enfants nés de dons sont supposés être les enfants biologiques de leurs deux parents. Il n'y a aujourd'hui pas d'autre moyen d'établir la filiation. À eux d'affronter l'écart entre la pseudo-filiation charnelle qui leur a été *imposée*, et leur situation réelle. Et quand, pour pouvoir affronter cet écart, ils cherchent à rassembler les morceaux épars de leur venue au monde et à valoriser leur propre condition de personnes nées d'engendrement avec tiers donneur, la société leur signifie que leur quête d'origines n'est pas légitime. Ce

faisant elle crée une situation absolument unique au plan anthropologique : rendre un engendrement « impensable » tout en l'organisant, dénier la dimension fondamentale de la symbolique du corps par sa réduction au « biologique » en plaçant des personnes délibérément hors des règles communes de l'interdit de l'inceste[286].
Les institutions sont encore une fois défaillantes : sous couvert de les protéger, elles transforment les enfants nés de dons en passagers clandestins du système de parenté occidental ; ils peuvent monter à bord, mais sans pouvoir acheter de billet.

Dès qu'on prend la mesure de ce que le modèle *Ni vu ni connu* impose aux individus, non pas dans le temps court de la procréation assistée, mais dans le temps long de leur itinéraire biographique, de leur vie familiale et de leurs relations personnelles, on comprend le sens profond de l'émergence d'un nouveau principe de *Responsabilité*. Il n'est pas la victoire de l'intérêt des enfants contre celui des parents et des donneurs, mais l'avènement d'une autre idée de l'intérêt de tous, et des valeurs communes.

La quête des origines, dans une telle perspective, prend tout son sens : celui d'une réintégration des personnes nées de don dans la condition commune d'humanité, par la reconnaissance de la spécificité d'une histoire.

E. Du « matériau de reproduction » à la condition commune d'humanité : le sens d'une quête

Le point commun à toutes les situations de revendication d'un accès aux origines personnelles est la réaction à la conception « assimilationniste » de la famille qui a prévalu il y a quarante ans, quand l'emportaient la logique du « faire comme si » et le modèle de la famille nucléaire stable, fondée sur la procréation charnelle. Dans ce cadre très général, il existe pourtant une spécificité évidente de l'AMP avec tiers donneur.

Dans ce cas, l'enfant n'a pas été abandonné, il n'a pas subi de traumatisme, il n'a pas besoin de se réconcilier, en quelque sorte, avec sa propre naissance. Pourquoi cherche-t-il à identifier et même parfois rencontrer son donneur ? Nombreux sont ceux qui ne comprennent pas sa démarche. Et comme ils ne parviennent pas à se représenter quel peut être le « drame » vécu par des enfants qui ont été voulus, attendus et souhaités par leurs deux parents, ils croient voir dans leurs attentes à l'égard du donneur une sorte de déni du processus même par lequel leur père stérile est devenu leur seul et unique « vrai père ».

C'est pourquoi il est important de poser la question en termes non pas seulement psychologiques et personnels mais sociaux, juridiques et institutionnels[287]. En acceptant de se demander ce qui se jouerait non seulement pour elles, mais pour nos institutions communes, si nous acceptions de les entendre.

Pourquoi serait-il important de ne pas gommer le donneur de nos représentations de l'engendrement auquel il a coopéré, et au lieu de l'anonymiser à jamais, de lui reconnaître son identité de personne, son statut d'acteur, tout en valorisant son geste altruiste de don au

[286] Voir en particulier G. Delaisi de Parseval, « Comment entendre les demande de levée du secret des origines », *Esprit,* 2009, 5, pp.165-177.
[287] Pour une approche liant les différentes dimension du problème de l'accès aux origines, voir G. Delaisi de Parseval et P. Verdier, *Enfant de personne*, Paris, Odile Jacob, 1994.

lieu de l'effacer comme s'il était gênant ?

Pourquoi serait-il important que l'enfant lui-même puisse, s'il le souhaite, identifier ce donneur et éventuellement s'adresser à lui?

À ces questions, une première réponse peut être donnée si l'on prend la mesure de la manipulation symbolique de l'engendrement avec tiers donneur à laquelle procède le droit civil lorsqu'il prétend qu'un enfant qui est né de trois personnes, serait né de deux seulement.

Du point de vue de l'enfant, cet effacement de la transmission de la vie (qui a pourtant eu lieu, du donneur vers lui) crée une rupture décisive. La vie lui a été transmise par d'autres personnes, comme pour tout le monde, mais pour lui l'effacement du donneur est sans appel : la *transmission* s'est transformée en *création* de la vie par la puissance du geste médical et, au-delà des paillettes, il n'y a strictement *rien*.

Dans le cas d'un don d'embryon, la situation est encore pire puisque cet effacement est effectué sur les deux lignes, masculine et féminine, et non sur une seule. L'enfant, en tant qu'être vivant, est alors censé ne venir de *nulle part*.

Dans une telle façon de reconstruire l'engendrement avec tiers donneur, *il n'y a pas de place pour l'histoire véritable de l'enfant* car les événements qui ont eu lieu, les actes qui ont été faits et le sens que les gens leur ont donné sont effacés au profit d'une pseudo-histoire dans laquelle les médecins sont représentés dans un rôle improbable : celui de *donner la vie* alors qu'ils ne font que contribuer à la *transmettre*. Outre que bien des médecins d'aujourd'hui ne se reconnaissent pas dans ces fantasmes de toute-puissance techniciste, cette pseudo-histoire crée de toutes pièces un abîme entre l'engendrement ordinaire et l'engendrement en AMP. Au cœur de cette opération se trouve le « matériau » anonyme transformé en source originelle de vie, comme si le fait de l'avoir soigneusement purifié de tout rapport avec l'être humain dont il provient en faisait un *commencement*.

On ne peut comprendre la signification profonde de la revendication d'un droit aux origines sans se rendre compte qu'elle exprime d'abord la souffrance que peut imposer un montage idéologique et juridique prétendant à un enfant qu'il est né d'un « matériau interchangeable de reproduction ». Ce dispositif impose que, pour la part issue du don, l'histoire de sa vie ne pourra jamais, irrévocablement, remonter au-delà de lui-même. C'est pourquoi ce que l'on nomme le droit d'accès aux origines est d'abord le droit pour l'enfant de ne pas être mis à part de l'humanité commune en étant transformé symboliquement en *origine de soi-même*. Cette transformation de l'individu en « origine de soi-même » est une atteinte profonde aux droits de la personne.

En effet l'anthropologie contemporaine, profondément renouvelée par les études de genre, a montré que, dans toutes les sociétés humaines, la parenté est beaucoup plus large que la filiation, au sens où nous l'entendons dans l'Occident contemporain. Comme l'a analysé Maurice Godelier dans son grand ouvrage *Métamorphoses de la parenté*[288], elle inclut toujours des représentations de la transmission de la vie, des théories de l'engendrement, et plus généralement toute une symbolique du corps. C'est en cela qu'elle est de façon globale un système symbolique dont la double caractéristique est de lier la vie et la mort sous l'égide de la « condition de mortalité » et de singulariser l'appartenance au groupe par l'identité

[288] M. Godelier, *Métamorphoses de la parenté,* Paris, Flammarion, coll. Champs essais, 2010.

narrative : en liant *certains uns* à *certains autres* par une histoire mettant au centre la *relation* et non pas l'identité substantielle. C'est de cette inscription relationnelle dans la commune condition de mortalité que l'enfant est privé si on lui interdit de savoir de qui il est né. Effacer l'auteur du don d'engendrement, c'est décider que par le seul effet de la loi, l'enfant sera interdit de pouvoir se situer complètement dans la chaîne de transmission de la vie humaine, chaîne qui pour lui fut répartie sur deux transmissions complémentaires : par ses parents, (et donc par la filiation) et par son donneur (qui par hypothèse ne s'inscrit pas dans la filiation). En supprimer arbitrairement une, c'est décider de priver la personne d'une partie d'elle-même.

Ici se joue la question complexe de l'interdit de l'inceste. Si nous n'en avions pas une certaine conscience, pourquoi aurions-nous *limité* le nombre d'enfants qui peuvent être issus d'un même donneur ? Mais si le droit limite ce nombre, il est alors aussi illogique qu'inhumain qu'il prescrive aussi que, par hypothèse et à jamais, les personnes concernées ne pourront pas s'identifier mutuellement. *En passant subrepticement d'une conception symbolique de l'interdit de l'inceste, à une conception probabiliste de l'évitement de la consanguinité, on maintient les personnes nées de dons au seuil de l'univers de la parenté*. Ne sachant pas quoi faire de ces liens qu'on dit « biologiques », on les renvoie dans l'inanité, faute de penser la symbolique du corps.

Aujourd'hui comme hier, la fonction des systèmes de parenté est d'articuler l'institution de la filiation à la symbolique du corps et de l'engendrement. Cette articulation est aujourd'hui défaillante, et les personnes nées de dons subissent de plein fouet cette défaillance. Là s'enracine, par delà toute dimension psychologique, le sens social et humain d'une quête des origines personnelles qu'il est de notre responsabilité collective de savoir entendre, reconnaître, et traduire en droit.

II. Propositions de réforme

Nous proposons que soit institué un droit d'accès aux origines personnelles pour les personnes engendrées avec tiers donneur dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation (dons de gamètes, dons d'embryons).

Avant de détailler cette proposition, nous souhaitons indiquer pourquoi notre groupe de travail, conscient que cette question a pu sembler être réglée à travers le débat sur la « levée de l'anonymat » préparatoire à la loi du 7 juillet 2011, pense qu'il est plus exact de dire qu'elle n'a pu être traitée, et ceci pour une raison fondamentale : la confusion que ce débat a entérinée entre origines personnelles et filiation. Or si on les confond avec la filiation, il devient par définition *impossible* de traiter de la question des origines personnelles[289].

[289] La rédaction de ces propositions est particulièrement redevable au travail de Laurence Brunet sur l'histoire de la distinction entre origines et filiation en droit, et en particulier à l'article « Le principe de l'anonymat du donneur de gamètes à l'épreuve de son contexte ; analyse des conceptions juridiques de l'identité » publié dans la revue *Andrologie* et republié in P. Jouannet et R Mieusset (dir), *Donner et après : la procréation par don de spermatozoïdes avec ou sans anonymat ?*, Springer, 2010, p.235 sqq . Elle est non moins redevable aux travaux de Jehanne Sosson, et en particulier à l'ouvrage qu'elle a co-dirigé avec H. Fulchiron, *Parenté, filiation, origines : le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013. Voir en particulier dans cet

A. Pourquoi le débat français sur la « levée de l'anonymat » n'a pas traité de l'accès aux origines personnelles

Il n'existe pas actuellement dans notre pays d'autre revendication que celle-ci : qu'une loi, par définition non rétroactive, permette que les personnes nées de dons puissent à leur majorité, si elles le souhaitent, accéder à l'identité de leur donneur. Comme nous l'avons montré dans la première partie de ce chapitre, cette demande relève sans discussion possible de l'accès aux origines personnelles. Elle a pourtant été interprétée à l'occasion de la rénovation des lois de bioéthique comme un problème de filiation, au point que l'argument *principal* pour refuser toute évolution du droit a été le refus d'une « biologisation », voire d'une « génétisation » de la filiation qui mettrait en danger aussi bien les parents que les donneurs[290]. Or, non seulement la revendication d'accès aux origines personnelles n'a rien à voir avec une supposée demande d'établir un lien de filiation, mais elle lui est contradictoire.

1. La clarification apportée en droit international n'a pas été prise en compte

Il est vrai que ce n'est que progressivement que, dans le droit occidental, la notion d'origines personnelles a émergé, en se distinguant de la filiation avec laquelle elle était auparavant confondue. On a pu alors distinguer l'accès aux origines (où l'établissement d'une filiation est exclu) et la recherche de maternité ou paternité (où l'établissement d'une filiation est visé).

Comme nous l'avons rappelé, de très nombreux pays dans le monde, et en particulier en Europe, ont fait évoluer leur droit afin de permettre l'accès à leurs origines des personnes nées de don de gamètes. Aucun de ces pays n'a remis en cause le lien de filiation unissant l'enfant à ses parents. Aucun de ces pays n'a évoqué l'hypothèse de créer un lien de filiation avec le donneur. *Tout à l'inverse*, ces pays ont conforté parents et donneurs dans leurs statuts respectifs, en levant l'hypothèque entretenue par les droits qui font disparaître le donneur dans un anonymat définitif, laissant croire que s'il sortait de l'ombre, il deviendrait un parent. Le cas du Royaume-Uni, où l'accès aux origines a été institué en 2005, est exemplaire du sens général de cette évolution au plan international[291].

2. Les distinctions rappelées par le CCNE n'ont pas été entendues

La confusion avec la filiation est d'autant plus surprenante que la notion d'accès aux origines commence à être bien connue en France. On peut ainsi se rapporter à l'avis n°90 du Comité Consultatif National d'Ethique (CCNE) du 24 novembre 2005 intitulé « Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation ». Cet avis, qui met en parallèle les questions de

---

ouvrage, L. Brunet et J. Sosson « L'engendrement à plusieurs en droit comparé, quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité » p. 31-70. Qu'elles soient ici vivement remerciées.

[290] Pour un aperçu du caractère dominant de cette thèse, voir en part. J. Leonetti Rapport AN, n° 3111, 26 janvier 2011. Le débat est analysé en détail, avec de nombreuses citations impossibles à reprendre ici, in I. Théry, *Des humains comme les autres*, Paris, éditions de l'EHESS, 2010, en particulier aux chapitres 1, 2, 3 et 7.

[291] Le cas de l'Allemagne, considéré unanimement comme très particulier, n'a rien à voir avec ce mouvement, et d'ailleurs sa loi n'a pas été modifiée. Dès le départ, l'Allemagne n'a pas exclu une éventuelle recherche en paternité envers le donneur de sperme. Ceci –qui décourage les dons– est lié non a une quelconque revendication des personnes nées d'AMP, mais à la défense du « droit du sang » inscrite dans son droit constitutionnel. Pour une synthèse de droit comparé, voir G. Mathieu, « La place du donneur d'engendrement » in H. Fulchiron et J. Sosson, (dir) *Parenté, filiation, origines*, op. cit. pp.135-168.

l'adoption, de l'accouchement sous X et de la procréation avec tiers donneur, ne pose aucun obstacle de principe à l'accès aux origines. Bien au contraire, il indique que la quête des origines est « légitime » et approuve le vote « à l'unanimité » de la loi du 22 janvier 2002, qui a créé le Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles (CNAOP). Il n'ignore pas que cette loi introduit une clarification décisive : « L'accès d'une personne à ses origines est sans effet sur l'état civil et la filiation. Il ne fait naître ni droit ni obligation au profit ou à la charge de qui que ce soit. » (art. 147-7 CASF)

Sur l'organisation concrète de ce droit dans le cas de l'AMP avec tiers donneur, le CCNE indique pourquoi, malgré ses avantages en termes de liberté, il ne recommande pas la pratique dite du « double guichet »[292], qui introduit entre les enfants des « discriminations ». Il propose de maintenir le principe d'anonymat des donneurs pour assurer leur rôle spécifique (« les gamètes ne sont pas des parents »), de favoriser la transmission de données non identifiantes quand l'enfant atteint la majorité, et ajoute enfin que dans le cas des dons de gamètes comme d'embryons : « la mission du CNAOP pourrait être étendue à l'accès aux origines personnelles ». Cette formule importante indique que l'avis est soigneusement balancé entre deux options possibles, la transmission des seules données non identifiantes, et la possibilité que l'identité du donneur soit dévoilée comme la loi créant le CNAOP l'a prévu pour la mère de naissance dans le cas de l'accouchement sous X.

3. La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme n'a pas été prise en considération

La question de l'accès aux origines personnelles en droit français est régulièrement confrontée aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, relatifs à la protection de la vie privée et familiale et à la non discrimination.

Plus précisément, la Cour européenne des droits de l'homme place l'accès aux origines personnelles sous l'égide de l'article 8 de la Convention et considère qu'il s'agit d'un élément du droit au respect de la vie privé.
Dès 1989, dans l'arrêt *Gaskin contre Royaume-Uni* (n° 10454/83) est affirmé l'intérêt primordial pour une personne d'avoir accès à son dossier d'aide sociale pour connaître et comprendre son enfance et ses années de formation. La Cour a alors insisté sur la nécessité de préserver un juste équilibre entre l'intérêt général, qui peut exiger la confidentialité de données pour la bonne marche du service public de l'aide à l'enfance, et les intérêts de l'individu qui conduisent à autoriser son accès aux renseignements relatifs à sa vie privée. Elle relève ainsi que ce principe de proportionnalité n'est respecté que s'il existe un organe indépendant apte à décider de la pesée des intérêts en présence.

Par la suite, la Cour européenne a précisé, dans l'arrêt *Odièvre contre France* (n° 42326/98), que « l'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur ».

À cet épanouissement contribuent l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par

[292] Le « double guichet » : cas où la loi prévoit que les donneurs peuvent choisir de faire un don anonyme ou non ; les receveurs et futurs parents peuvent choisir de recevoir un don anonyme ou non. Noter que la solution sera préconisée par V. Pécresse : proposition de loi n° 3225 relative à la possibilité de lever l'anonymat des donneurs de gamètes du 28 juin 2006.

exemple l'identité de ses géniteurs (*Mikulić c. Croatie*, no 53176/99, §§ 54 et 64). La naissance et les circonstances de celle-ci, relèvent de la vie privée de l'enfant, puis de l'adulte, garantie par l'article 8 de la Convention.

Elle a également affirmé que les personnes ont un intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle (Jäggi c. Suisse n° 58757/00) ou encore que le droit de connaître son ascendance est un élément de la vie privée (*Godelli c. Italie*, n° 33783/09) ou encore que le droit de connaître son ascendance se trouve dans le champ d'application de la notion de vie privée qui englobe des aspects importants de l'identité personnelle dont l'identité des géniteurs fait partie (*Pascaud c. France*, n° 19535/08 ; *Anayo c. Allemagne*, n° 20578/07).

Si le droit d'accès aux origines personnelles est un élément de la vie privée au sens de l'article 8 de la convention, la cour envisage toutefois les modalités d'accès à ce droit de manière distincte selon qu'il s'agit d'un enfant issu d'un don ou d'un enfant né sous X [293].

Dans le cas des procréation assistée avec tiers donneur, la Cour européenne des droits de l'homme considère que les États gardent une marge d'appréciation relativement large pour aménager ce droit, dans la mesure où il n'existe pas « de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates » (V. sur cette formule constante dans la jurisprudence de la Cour not. *Evans C. RU* n° 6339/05, § 77 ; *X, Y et Z c. Royaume-Uni,* § 44 ; *Fretté c. France*, n° 36515/97, § 41 ; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, § 85).

Cependant, comme nous l'avons vu en rappelant la « tendance nette » à la levée de l'anonymat, soulignée par la synthèse de législation comparée du Sénat publiée en 2008, un nombre croissant de pays ont changé leur loi pour permettre l'accès aux origines. La France ne pourra pas longtemps se tenir à l'écart de ce vaste mouvement, car il atteste de l'émergence d'un certain consensus au sein des États du Conseil de l'Europe. Ce consensus progressif ne pourra manquer un jour d'être relevé par la Cour européenne des droits de l'homme dans son appréciation des atteintes portées au droit de la vie privée et familiale protégé par l'article 8 de la Convention européenne. La Cour pourrait alors considérer que la marge d'appréciation des États est plus restreinte et que les États n'ont plus la même souplesse pour admettre et aménager ce droit.

Par ailleurs, pour apprécier si l'ingérence de l'État dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale d'une personne est compatible avec l'article 8 de la Convention, la Cour européenne vérifie si cette ingérence est permise par la loi, poursuit un but légitime et est nécessaire dans une société démocratique, c'est à dire qu'elle se fonde sur un besoin social impérieux et est proportionnée au but légitime poursuivi. Cette proportion est satisfaisante s'il existe un *juste équilibre entre les intérêts concurrents*, sachant que l'intérêt supérieur de l'enfant reste une considération déterminante (comp. sur une autre question le raisonnement tenu dans l'arrêt *Zhou c. Italie*, n° 33773/11).

[293] N. Gallus, « La procréation médicalement assistée et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in N. Gallus (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Anthémis, p.203 et suivantes.

La Cour européenne a pu ainsi décider qu'il convient de parvenir à une « solution appropriée instaurant un juste équilibre entre l'intérêt des donneurs de gamètes à préserver leur anonymat et le droit légitime des enfants conçus par procréation assistée hétérologue à l'information » (*S. H. et autres c. Autriche*, 1er avril 2010 § 84). Si cette incise n'a pas été reprise dans l'arrêt de la grande chambre du 3 novembre 2011 (*S. H. et autres c. Autriche*, n° 57813/00), elle témoigne de la difficulté qu'il pourrait y avoir à considérer que le maintien absolu de l'anonymat des donneurs permet d'atteindre ce juste équilibre.

C'est dans ce contexte que le Conseil d'État (CE, avis contentieux, 13 juin 2013, req. 362981)[294] a été conduit à donner son avis sur la conformité du droit français organisant l'anonymat définitif du don de gamètes aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il en a conclu que le droit issu des lois dites bioéthiques de 1994 n'est pas incompatible notamment avec l'article 8 garantissant le droit au respect de la vie privée et familiale. La conciliation des intérêts en cause relève, selon le Conseil d'État, de la marge d'appréciation des États, eu égard notamment aux inconvénients que présenterait la transmission de ces données aux intéressés eux-mêmes par rapport aux objectifs de protection de la santé, de préservation de la vie privée et de secret médical. Il conclut par une ouverture en direction du législateur : « En la matière, il n'appartient qu'au seul législateur de porter, le cas échéant, une nouvelle appréciation sur les considérations d'intérêt général à prendre en compte et sur les conséquences à en tirer ».

Notre groupe de travail pense unanimement que le législateur a le devoir de se saisir sans tarder de la question de l'accès aux origines personnelles des personnes nées de don. Car s'il est vrai qu'au plan des concepts juridiques, la notion d'origine n'était pas clairement distinguée de la filiation en 1994, quand les lois ont été votées, ce n'est plus le cas. Au terme d'une évolution constante du droit européen au cours du dernier quart de siècle, elle est aujourd'hui parfaitement distinguée juridiquement de la filiation, et considérée comme une dimension majeure du droit des personnes.
De surcroît, comme l'a bien pressenti le CCNE dans son avis n°90 mettant en rapport adoption, accouchement sous X et AMP, le contexte juridique spécifiquement français a changé par la loi du 22 janvier 2002 qui a inscrit l'accès aux origines personnelles dans le code civil.
Dès lors, il nous apparaît *discriminatoire* de permettre aux personnes nées sous X d'accéder à leurs origines, (alors même que leur naissance et leur abandon ont été, pour la mère de naissance comme pour l'enfant, un grave traumatisme) et de refuser d'instituer ce droit au profit des personnes nées de don, dont la naissance n'a été aucunement un traumatisme, mais l'aboutissement heureux d'un long parcours voulu par les parents, et de surcroît a été organisée *par les institutions de notre société* comme un engendrement supposant la coopération d'un donneur, dont le statut exclut par définition tout lien de filiation (art. 311-19 cc).

[294] RFDA, 2013, 1051, E. Creypey ; AJDA 2013. 1246 ; D. 2013. 1626, obs. R. Grand ; AJ fam. 2013. 405, obs. A. Dionisi-Peyrusse **;** S. Hennette-Vauchez, « Hard case en vue ? L'anonymat du donneur de gamètes en débat au Conseil d'État », AJDA, 12 novembre 2012, n° 38/2012, p. 2119 ; S. L. Badat, « Droit à la connaissance de ses origines (Art. 8 et 14 CEDH) : Le principe de l'anonymat des donneurs de gamètes passe le cap du Conseil d'État », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 4 juillet 2013.

B. Propositions instituant un droit d'accès aux origines personnelles pour les personnes nées de dons.

1. Maintenir la règle d'anonymisation des dons de gamètes et d'embryons

Dans les débats français, la formule courante, « levée de l'anonymat », entretient la confusion entre deux questions distinctes : l'anonymisation des donneurs, et l'accès aux origines des personnes nées de don. Or, les pays qui ont assuré l'accès aux origines attestent qu'il est parfaitement possible de maintenir *ab initio* un principe d'anonymisation des donneurs –en particulier pour lutter contre toute tentative de marchandisation ou éviter tout eugénisme– tout en admettant *in fine*, une fois l'enfant devenu majeur, qu'il puisse avoir accès à ses origines personnelles. Ce sont deux questions différentes : l'anonymisation concerne *les relations donneurs/receveurs*, alors que l'accès aux origines concerne *les relations donneurs / personne née du don (majeure)*.

Le principe d'anonymisation des donneurs de gamètes, d'abord imposé par la pratique médicale des CECOS[295], a été consacré en droit positif par la loi du 29 juillet 1994.
Selon l'article 16-8 du code civil[296] : « Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur. En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci. ».

Il faut bien comprendre ce que signifie le principe d'anonymisation. L'identité du donneur, de même que des informations sur sa santé, des données personnelles et familiales sont *connues* des établissement de santé autorisés à réaliser les prélèvements et la conservation des gamètes (CECOS), ainsi que des praticiens agréés effectuant les opérations d'assistance médicale à la procréation au sein de ces établissements (R. 1244-5 CSP)[297]. En revanche, cette identité n'est pas communiquée aux centres d'AMP, ni aux médecins de ces centres. Ces derniers ont accès à certaines informations anonymisées sur le donneur, relatives notamment à ses antécédents médicaux, personnels et familiaux (R. 1244-5 CSP) ou encore aux éléments liés aux caractéristiques morphologiques du donneur, afin de pouvoir réaliser un appariement avec le couple demandeur[298].
Selon l'article 16-8 du code civil « En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci. ». Une règle identique figure à l'article L. 1244-6 du code de la santé publique énonçant ainsi que : « Les organismes et établissements autorisés dans les conditions prévues à l'article L. 2142-1 fournissent aux autorités sanitaires les informations utiles relatives aux donneurs. Un médecin peut accéder aux informations médicales non

[295] Sur l'histoire du principe et son application v. spéc. S. Bateman, « Le principe de l'anonymat du don de sperme : remarques historique sur son histoire et son application », *Andrologie*, 2011, 21, pp.192-198.
[296] Ce principe est repris dans le code de la santé publique aux articles L. 1211-5 et L. 1244-7.
[297] Article R. 1244-5 dernier alinéa : « Les informations touchant à l'identité des donneurs, à l'identification des enfants nés et aux liens biologiques existant entre eux sont conservées, quel que soit le support, de manière à garantir strictement leur confidentialité. Seuls les praticiens agréés pour les activités mentionnées au premier alinéa ont accès à ces informations ».
[298] Sur lequel v. spéc. L. Brunet, « Procréations médicalement assistées et catégories ethno-raciales : l'enjeu de la ressemblance », in G. Canselier et S. Desmoulin-Canselier (dir.), *Les catégories ethno-raciales à l'ère des biotechnologies, Droit, sciences et médecine face à la diversité humaine*, Société de législation comparée, 2011, pp.135-154.

identifiantes en cas de nécessité thérapeutique concernant un enfant conçu à partir de gamètes issus de don. »

La loi du 7 juillet 2011 et le décret du 20 juin 2013, ont élargi l'accès aux données médicales en l'admettant à titre préventif, en cas d'anomalie génétique grave et lorsque le donneur y consent. Ainsi, lorsqu'est diagnostiquée une anomalie génétique grave dont les conséquences sont susceptibles de mesures de prévention, y compris de conseil génétique, ou de soins chez une personne qui a fait un don de gamètes ayant abouti à la conception d'un ou plusieurs enfants ou chez l'un des membres d'un couple ayant effectué un don d'embryon, cette personne peut autoriser le médecin prescripteur à saisir le responsable du centre d'assistance médicale à la procréation afin qu'il procède à l'information des enfants issus du don. Le médecin porte alors à la connaissance de ces enfants ces informations et les invite à se rendre à une consultation de génétique (art. L. 1131-1-2 CSP et R. 1131-20-3 CSP, issu du décret n° 2013-527 du 20 juin 2013).

Nous considérons qu'il n'y a aucune raison de remettre en question le principe général d'anonymisation des dons de gamètes ou d'embryons, qui est justifié à la fois en référence à la non patrimonialité du corps humain (art. 8) et en référence aux règles du secret médical. De plus, l'anonymisation *préserve la vie privée du donneur et de sa famille*, et contribue à éviter que la moindre confusion ne se crée entre son statut de donneur, exclusif de toute filiation, et une parenté « biologique » (au sens des recherches en paternité et maternité) qui serait contradictoire avec le sens même du don de gamètes organisé par la société.

Elle préserve également *la vie privée des parents et de leur famille tout au long de la minorité de l'enfant*. L'immense majorité des parents qui ont eu recours à un don considère que l'anonymisation du donneur est favorable à la construction paisible de leur famille issue du don d'engendrement, contribuant à en faire une façon « ordinaire » de construire une famille.

Cependant, la valeur de cette règle ne devrait pas empêcher d'examiner aussi une possibilité, ouverte dans d'autres pays : celle d'*ajouter* aux dons anonymisés, qui resterait la règle générale, la possibilité de dons dits « dirigés » : dans ce cas donneurs et receveurs se connaissent, c'est sur leur accord que repose le don, et le donneur est soumis aux règles ordinaires du don de gamète (en particulier celle de l'article 311-19 du code civil : aucun lien de filiation ne peut être établi). Dans l'expérience des dons dirigés qui existe dans d'autres pays, on perçoit que la question essentielle est en réalité *la clarté instituée dans la répartition des places respectives de chacun* : accepter les dons dirigés c'est penser que celle-ci et ses conséquences (y compris en termes de respect mutuel de leur vie privée par les donneurs et les receveurs/parents) peut être assurée par l'accord et la confiance entre personnes qui se connaissent, et non pas seulement par l'anonymat entre personnes qui ne se connaissent pas. La question est complexe et controversée, mais ce qui justifie de la poser est en particulier la différence entre les dons masculins et féminins : il est attesté en effet que c'est dans le cas du don d'ovocytes que le don dirigé est le plus demandé. Dans l'attente de ce débat, qu'il souhaite voir ouvert, le groupe de travail n'a pas jugé pertinent de prendre de position sur le don « dirigé ».

Propositions

L'anonymisation des dons de gamètes et d'embryons assurant le droit à la protection de la vie privée des deux familles, celle du (des) donneur(s) et celle des receveurs,

- Maintenir la règle d'anonymisation des dons de gamètes et d'embryons.

- Garantir au donneur son anonymat jusqu'à la majorité de l'enfant né du don, seul autorisé à en demander la levée.

- Ouvrir un débat sur la possibilité d'autoriser également les dons dits « dirigés ».

2. Organiser la transmission de renseignements non identifiants

Les renseignements non identifiants sur une personne peuvent avoir, sociologiquement, deux usages.

S'ils sont proposés *à la place* de l'identité recherchée et en quelque sorte pour *ne pas* la donner, ils peuvent être vécus comme une façon particulièrement perverse de « répondre » à la demande d'accès aux origines. Ainsi, avant la loi de 1978 qui leur a assuré l'accès à leur dossier, les adoptés ont souvent dû subir le supplice raffiné du guichet de la DDASS, où des personnes sans doute bien intentionnées tournaient sous leur nez les pages de leur dossier, un dossier qu'il leur était interdit de prendre entre leurs mains, tout en leur distillant des « renseignements non identifiants ».

Un tout autre usage est celui des renseignements non identifiants qui sont donnés non pas à la place de l'accès aux origines et pour l'interdire, mais au contraire comme un élément du processus complexe menant à l'accès aux origines. Dans ce cas, l'expérience d'autres pays montre qu'ils peuvent être extrêmement bénéfiques[299]. Il est tout à fait possible qu'une personne née de don, sachant que l'accès à l'identité de son donneur lui est /sera ouvert, considère que ces renseignements non identifiants répondent de façon suffisante à son besoin de « personnaliser » celui-ci, et décide de s'en tenir là.

Propositions

- Inciter le donneur de gamètes ou d'embryons à laisser, au moment du don, un ensemble de renseignements non identifiants qui seront conservés par l'organisme recevant le don.

- Prévoir le recueil de ces renseignements non identifiants sous une forme standardisée, afin de favoriser l'égalité de l'information entre les personnes nées de dons.

- Permettre la transmission de ces renseignements non identifiants à l'enfant issu du don dès sa minorité, accompagné de ses représentants légaux.

[299] Voir Annexe de ce chapitre sur le Royaume-Uni.

3. Permettre la délivrance de l'identité du donneur à la personne majeure née du don qui en fait la demande

Sans reprendre ici les arguments échangés par les juristes à propos de la levée de l'anonymat[300] dans un contexte qui a été largement exposé dans la première partie de ce chapitre, on doit souligner que depuis la loi du 22 janvier 2002, on a pu constater l'émergence d'un mouvement en faveur de l'accès à leurs origines personnelles des personne issues d'un don de gamètes ou d'embryon.

Nous avons déjà cité l'avis n°90 du Comité Consultatif National d'Ethique (CCNE) du 24 novembre 2005 intitulé « Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation » qui propose de maintenir le principe d'anonymat des donneurs pour assurer leur rôle spécifique (« les gamètes ne sont pas des parents »), de favoriser la transmission de données non identifiantes quand l'enfant atteint la majorité, et ajoute enfin que dans le cas des dons de gamètes comme d'embryons, « la mission du CNAOP pourrait être étendue à l'accès aux origines personnelles ».

Sans prétendre à l'exhaustivité, il faut rappeler aussi la proposition de loi n° 3225 relative à la possibilité de lever l'anonymat des donneurs de gamètes, du 28 juin 2006, présentée par Valérie Pécresse à l'Assemblée Nationale. Cette proposition prévoyait que seuls les donneurs qui le souhaitaient puissent autoriser le dévoilement de leur identité (« double guichet »).

En 2008 paraît le premier des grands rapports préparant la révision des lois bioéthiques, celui de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et techniques (OPECST). Il reconnaît la légitimité de l'accès aux origines et liste une série de solutions envisageables sans trancher : l'accès à l'identité du donneur (modèle britannique), l'accès aux seuls éléments non identifiants (modèle espagnol) ou encore la solution dite du double guichet : communication de l'identité avec l'accord du donneur.

L'année suivante, en 2009, dans un rapport intitulé « La révision des lois de bioéthique » le Conseil d'État se prononce à son tour en faveur de l'accès de tout enfant majeur le sollicitant à certaines données non identifiantes et à la levée de l'anonymat du donneur qui y consent[301].

La dernière tentative en date pour introduire en droit français un accès aux origines personnelles résulte du projet de loi relatif à la bioéthique n° 2911 déposé devant l'Assemblée nationale le 20 octobre 2010. Le projet prévoit que tout enfant issu d'un don de gamètes ou d'un accueil d'embryon pourra, à sa majorité, avoir accès à certaines données non identifiantes sur le donneur. Si ce dernier y consent au moment de la demande, l'enfant pourra avoir accès à l'identité du donneur. Il est prévu la création d'une commission d'accès aux données non identifiantes et à l'identité du donneur de gamètes, un peu à l'instar du CNAOP, chargée à la demande de l'enfant de lui communiquer ces données.

Comme nous l'avons longuement analysé en première partie, ce mouvement assez net n'a

[300] V. *supra* et spéc. L. Brunet, « Le principe de l'anonymat du donneur de gamètes à l'épreuve de son contexte. Analyse des conceptions juridiques de l'identité », *Andrologie*, 2010, Vol. 10, n°1, p.92-102 ; A. Batteur, « Secrets autour de la conception d'un enfant », in *Liber amicorum*, Mélanges en l'honneur de P. Malaurie, Defrénois, 2005, p.34 et s. ; M.-F. Nicolas-Maguin, « L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines », D. 1995. Chron. 75 ; C. Labrusse-Riou, « La filiation en mal d'institution », *in* Ecrits de bioéthique, PUF, 2007, p. 327 s. ; F. Dreifuss-Netter, « La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers », RTD civ. 1996. 1.

[301] Conseil d'État, *La révision des lois de bioéthique*, La Documentation française, 2009.

pas pu prospérer parce qu'il s'est heurté à une contre-offensive extrêmement vive, qui a imposé dans l'ensemble du débat public, puis du débat parlementaire, la confusion entre accès aux origines et filiation. Le débat est alors devenu un débat sur la filiation et plus précisément sur le « vrai parent » : est-il « social » ou « biologique » ?[302] Cette confusion a empêché que la question même de l'identité personnelle puisse être posée, le projet de loi a finalement rencontré l'opposition du Parlement et la solution n'a pas été retenue[303].

Rappelant qu'en aucun cas l'accès aux origines personnelles ne saurait être confondu avec l'établissement d'une filiation, et considérant qu'il est discriminatoire de permettre cet accès aux enfants adoptés ou pupilles, y compris nés sous X, mais de l'interdire aux personnes engendrées avec tiers donneur dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation, nous proposons de reconnaître à ces dernières le droit d'accès à leurs origines personnelles.

Proposition

- Permettre à toute personne issue d'un engendrement avec tiers donneur (gamètes, embryons) réalisé dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, qui en fait la demande de se voir délivrer l'identité de son donneur à sa majorité.
Pour cela, modifier l'article 311-19, alinéa 3 : La personne majeure issue de la procréation peut se voir délivrer à sa demande l'identité de son ou ses donneurs. Le CNAOP est seul habilité à obtenir celle-ci auprès de l'organisme chargé de la préserver.

- Une telle demande étant de plein droit, elle n'aura pas à être assortie de justifications.

4. Soumettre toute rencontre à l'accord du donneur

Il est important de ne pas confondre le droit d'accès aux origines personnelles avec un droit de contacter le donneur, *a fortiori* de lui imposer une rencontre qu'il ne souhaiterait pas. Le *droit au respect de la vie privée* doit protéger le donneur de toute irruption intempestive de la personne née de son don, qui aurait lieu contre son gré. C'est pourquoi il importe d'organiser un accompagnement à l'accès aux origines personnelles.

[302] Voir l'analyse de la controverse in I. Théry, *Des humains comme les autres*, op. cit. en part. chap. 4 : « le mythe du vrai parent ou la parenté oubliée », pp.137-178.
[303] Leonetti, Rapport AN, n° 3111, 26 janvier 2011 ; à contraster avec : Milon, Rapport Sénat, 338, 30 mars 2011 qui à l'inverse soutient l'accès aux origines des enfants nés de dons.

Propositions

- Préciser que le droit de se voir délivrer l'identité du donneur n'est pas un droit à rencontrer celui-ci, ni son entourage.

- Protégé par le droit au respect de la vie privée, le donneur doit donner son accord préalablement à toute rencontre.

- Dès lors, le droit d'accès des personnes nées de don à leurs origines personnelles doit être accompagné par une autorité habilitée à contacter les donneurs et à organiser éventuellement une médiation : cette mission sera confiée au CNAOP.

5. Maintenir et élargir la compétence des CECOS (et autres organismes autorisés pour la conservation du sperme et des embryons) pour le recueil et la conservation de l'identité des donneurs

Les CECOS et les établissements autorisés pour la conservation des œufs et du sperme sont actuellement compétents pour recevoir et conserver l'identité des donneurs, dans des conditions en garantissant l'anonymat. Ils doivent conserver cette identité pendant un minimum de 40 ans.
Dans la perspective de l'accès aux origines, il a parfois été évoqué la création d'un « conservatoire des origines ». Nous ne pensons pas que la création d'un tel fichier soit nécessaire, et cela d'autant plus que les CECOS, tenus par le secret médical, ont déjà pour mission de recueillir, d'anonymiser et de conserver cette identité.
Il nous paraît préférable d'organiser les modalités d'une coopération entre les CECOS et le CNAOP.

Propositions

- Maintenir la compétence des CECOS pour recueillir et conserver l'identité des donneurs (R. 1244-5 CSP).

- Prévoir qu'au moment du don, les donneurs seront informés par les CECOS de la possibilité pour l'enfant ainsi conçu de demander à avoir accès, à sa majorité, à l'identité du donneur.

- Prévoir, au moment du don, le recueil systématique de renseignements non identifiants selon un modèle préétabli à élaborer en concertation avec les CECOS et le CNAOP.

- Maintenir la compétence des CECOS pour anonymiser l'identité des donneurs, à charge pour eux de garantir au plan national le respect de l'article L. 1244-4 CSP limitant à dix le nombre d'enfants issus d'un même donneur.

- Prévoir que les CECOS ne pourront délivrer cette identité qu'au représentant du CNAOP saisi par une requête de la personne majeure concernée.

- Prévoir que l'identité des donneurs et les renseignements non identifiants seront conservés au delà des 40 ans prévus actuellement.

- Informer les donneurs de la possibilité de communiquer au CECOS des informations nouvelles relatives à leur état de santé qui peuvent avoir une incidence sur celle de la personne conçue avec leurs gamètes.

6. Créer au sein du CNAOP un Collège chargé de l'accès aux origines personnelles des personnes engendrées avec tiers donneur

Nous présentons une série de propositions de modifications des textes garantissant l'accès de tous aux origines personnelles. Cette démarche suppose de renforcer le rôle du Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles (CNAOP) et d'étendre ses missions.

Afin d'organiser l'extension de la compétence du CNAOP, nous pensons utile de créer en son sein un collège spécialisé pour traiter les demandes d'accès aux origines des personnes issues d'un engendrement avec tiers donneur. Ce collège inclurait notamment des représentants des personnes nées de don, de représentants des donneurs et de représentants des parents receveurs.

Propositions

- Renforcer le rôle du Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles et étendre ses missions.

- Prévoir la création de deux collèges au sein du CNAOP :
. un collège dédié aux origines des personnes adoptées ou pupilles de l'État
.un collège dédié aux origines des personnes issues d'un don dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation.

- Chacun de ces collèges serait organisé selon des principes paritaires, incluant en particulier des représentants des personnes concernées : personnes nées de dons, donneurs et parents receveurs.

7. Étendre les compétences et pouvoirs du CNAOP

Le principe serait que l'enfant mineur, accompagné de son représentant légal, souhaitant avoir accès à des renseignements non identifiants en ferait la demande auprès du CNAOP.
De même, la personne majeure souhaitant accéder à l'identité du donneur en ferait la demande auprès du CNAOP.
Dans cette perspective, il convient d'étendre les pouvoirs d'investigation du CNAOP en lui permettant d'une part de demander aux CECOS et établissements agréés pour la conservation des œufs et du sperme la communication de ces éléments, et d'autre part de mettre en œuvre les moyens de contacter la personne, et d'organiser éventuellement une médiation.

Propositions

- Prévoir que le CNAOP sera l'interlocuteur et l'accompagnateur des personnes nées de dons demandant à accéder à leurs origines.

- Il lui appartiendra de contacter la fédération des CECOS afin de se voir délivrer les renseignements non identifiants ou l'identité du donneur.

- Il lui appartiendra de rechercher le donneur, si cela est souhaité, et de s'assurer de son accord pour toute rencontre avec la personne issue de son don.

- Il lui reviendra d'organiser toutes médiations qui paraîtraient nécessaires.

8. Pour les dons antérieurs à la nouvelle loi, création d'un registre sur la base du volontariat.

La loi qui instituera le droit d'accès aux origines personnelles des personnes nées de dons, étant comme toute loi *non rétroactive*, elle ne s'appliquera qu'aux dons effectués après son entrée en vigueur.
Il convient donc de prévoir, à l'instar d'autres pays, une solution pour les personnes issues de dons effectués avant l'entrée en vigueur de la loi.
Nous proposons que, après examen des pratiques mises en place dans d'autres pays, une méthode soit retenue permettant que les donneurs, selon une démarche volontaire, puissent donner leur accord à la communication éventuelle de leur identité.

Proposition

Pour les dons antérieurs à la nouvelle loi, prévoir en concertation avec les CECOS et le CNAOP, que les donneurs puissent s'ils le souhaitent indiquer qu'ils acceptent la communication de leur identité à l'enfant issu du don.

9. La question de l'accès à l'identité des personnes nées d'un même donneur

Les personnes issues d'une procréation assistée avec donneur souhaitent souvent avoir accès à d'autres informations que celles portant sur l'identité du donneur. De nombreux travaux ont montré que le questionnement sur l'identité des « *siblings* » biologiques, autrement dit des autres personnes nées du même donneur, est souvent beaucoup plus important et prégnant encore, que celui portant sur l'identité du donneur lui-même.
Cette préoccupation exprime une certaine conception de l'inceste dans notre société, l'inceste n'étant pas conçu uniquement comme l'union de deux personnes liées par un lien juridique de parenté ou d'alliance (au sens des articles 161 et s. du code civil), mais également d'un lien de sang (comme l'indique déjà l'article 356 du code civil qui maintient l'interdit à mariage en cas d'adoption avec la famille de naissance).

L'anthropologie, en insistant sur *la dimension éminemment symbolique du corps*, permet de comprendre où s'enracine un tel sentiment de l'interdit de l'inceste, au lieu de lui dénier toute pertinence en le renvoyant du côté du « biologique »[304].
En effet, la question des *siblings* n'est absolument pas comparable à celle, par exemple, des personnes issues d'un adultère qui ignorent leur véritable identité biologique : dans ce cas, leur situation est issue d'une transgression personnelle et privée, alors que dans le cas de l'AMP, la situation des personnes nées de don est *organisée par nos institutions,* en particulier par le droit régissant l'assistance médicale à la procréation.
Comme nous l'avons rappelé, le droit reconnaît implicitement la dimension de l'inceste, à travers l'interdit de faire naître plus de dix personnes d'un même donneur.
Mais en le traitant sous la forme d'une probabilité statistique de consanguinité, et en privant les personnes de toute possibilité d'identification mutuelle, il lui dénie sa dimension symbolique.
Les personnes nées de dons sont ainsi refoulées à la marge du système occidental de parenté : une partie de ce qui les constitue dans leur identité corporelle et sociale ne peut en participer, et cela *du seul fait du droit* qui a organisé les conditions de leur engendrement.

La conscience de ce problème ne cesse de s'affirmer, comme en témoignent les longs développements que lui consacre un récent rapport du Sénat Australien[305]. De même on doit rappeler que le Portugal, pays qui refuse l'accès à l'identité du donneur, permet à la personne issue d'un don d'interroger le Conseil national de procréation médicalement assistée pour avoir communication d'un éventuel empêchement à mariage[306].

Le cas du droit anglais est particulièrement intéressant. Dès la première loi cadre réglementant l'assistance médicale à la procréation (*Human Fertilisation and Embryology Act*) de 1990, le législateur a confié à la *Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA)* la mission de tenir un registre d'information (« Registrer of information ») recensant toutes les naissances par assistance médicale à la procréation et conservant des informations sur les donneurs de gamètes. L'objectif était de permettre à l'enfant majeur issu d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur de demander à la *HFEA* d'accéder à des informations non identifiantes sur ce donneur et aussi de savoir, dans la perspective d'un mariage, si son futur conjoint lui était biologiquement apparenté. Par la suite, aussi bien la loi, révisée en 2008, que le règlement adopté en 2009 par la *HFEA* en vertu de sa compétence normative (*Opening the register policy*) ont conféré aux enfants nés grâce à un don, à leurs parents et aux donneurs de nouveaux droits d'accès au registre d'information.
Désormais, les personnes conçues par dons peuvent dès 16 ans solliciter des informations non identifiantes sur leur donneur, et sur les autres personnes nées du même donneur (« genetically related siblings »), et demander à savoir si elles sont issues du même donneur que celle avec laquelle elles souhaitent se marier, ou conclure un partenariat ou même avec laquelle elles souhaitent avoir une relation physique intime[307]. A 18 ans, elles peuvent non seulement connaître l'identité de leur donneur mais aussi décider d'enregistrer des

[304] Nous sommes extrêmement redevables à Enric Porqueres I Gene, que nous tenons à remercier très chaleureusement pour ses exposés sur l'appréhension de l'inceste par anthropologie au sein de notre groupe de travail. Voir, sous sa direction, *Défis contemporains de la parenté*, Paris, éditions de l'EHESS, 2009. Nous remercions aussi vivement Caroline Eliacheff et Geneviève Delaisi de Parseval d'avoir présenté au sein des discussions du groupe, en particulier sur le corps et sur l'inceste, le point de vue de la psychanalyse.
[305] The Senate Legal and Constitutional Affairs References Committee, « *Donors conception practices in Australia* », feb. 2011.
[306] G. de Oliviera et R. Reis, « Anonymat du donneur au Portugal », in B. Feuillet (dir), *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international* , *op. cit.*, p.246.
[307] J. Sosson, L. Brunet, *loc. cit.*, p. 61, citant le *Donor Sibling Link* réalisé au RU.

informations sur elles-mêmes à destination des autres personnes nées du même donneur. A cette fin, un nouveau « Registre de contact entre germains» (*Sibling Contact Register*) a été institué.
Le *Sibling Contact Register* est venu ainsi compléter un autre registre beaucoup plus ancien, le *Donor Link*, régi sur une base associative mais financé par des fonds publics, qui avait été conçu pour les personnes conçues avant 1990 -soit avant toute réglementation de l'assistance médicale à la procréation-, afin de faciliter les contacts avec les donneurs ou avec les personnes issues d'un même donneur.

Comme on le voit, la question est complexe à organiser, toutes les personnes issues d'un don n'étant pas informées de leur mode de conception.

Deux types de questions sont soulevés :

- la question des informations qui ne nécessitent pas de rompre l'anonymat, telle la possibilité pour deux personnes nées d'un don de savoir si elles sont issues du même donneur.

- la question de l'accès mutuel à l'identité des personnes issues d'un même donneur.

La deuxième question n'étant pas élaborée en France à ce jour, notre groupe de travail ne se sent aucune légitimité à se prononcer. Nous suggérons la constitution d'une mission d'information chargée de d'élaborer une réflexion, de faire un état des solutions existantes au plan international, et de présenter des propositions.

Propositions

- Permettre à toutes personnes nées de don qui souhaitent savoir si elles sont issues du même donneur d'obtenir cette information, qui ne nécessite pas de lever l'anonymat de celui-ci.

- Constituer une mission d'information chargée d'élaborer une réflexion sur la demande d'accès mutuel à l'identité des personnes issues d'un même donneur, en particulier en menant une enquête sur l'état du droit, les échanges et controverses, et les bilans d'expérience au plan international.

Annexe au chapitre 8
Accès aux origines et levée de l'anonymat au Royaume-Uni

Le cas du Royaume-Uni est très bien documenté, et permet de saisir comment peut se construire le passage de l'ancien modèle de secret/anonymat à une nouvelle approche intégrant l'accès aux origines pour les personnes issues de don à une nouvelle représentation de l'engendrement avec tiers donneur. Comme on le verra, cette perspective est très attachée à la question des valeurs, contrairement à ce que laisse à croire certains stéréotypes dénigrant le « libéralisme anglo-saxon » en matière familiale.

Le point de départ : l'anonymat au cœur de la loi de 1990

L'assistance médicale à la procréation a été organisée il y a maintenant vingt ans par le *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990, suite à de nombreuses études et en particulier au célèbre rapport Warnock[308] qui avait dessiné les grandes lignes d'une approche bioéthique fondée sur un certain pragmatisme, une souplesse, une idée du respect de la diversité des choix familiaux, tout en conservant une conception assez traditionnelle de la parenté. D'emblée –immense différence avec la France– toute femme a pu avoir accès aux nouvelles techniques médicalisées de reproduction, qu'elle soit mariée ou célibataire, hétérosexuelle ou homosexuelle. Cependant, le point de repère pour penser la paternité était au départ la famille nucléaire classique. La loi indique que le père de l'enfant est soit le mari si la femme est mariée, soit son concubin s'il a donné son consentement au traitement. Le donneur de sperme ne pourra en aucun cas être déclaré père. Selon Thérèse Callus, juriste spécialiste du droit anglais de la filiation, « Le principe d'anonymat aménagé par la loi anglaise de 1990 se fondait sur le souci de ne pas heurter la famille nucléaire traditionnelle. En effet, étant donné le tabou entourant la stérilité masculine, la loi cherchait à dissimuler l'intervention des gamètes d'un tiers dans l'acte de procréation. (…) il s'agissait d'imiter dans la mesure du possible la famille biologique. »[309]
Cet anonymat, ajoute Thérèse Callus, s'inscrit au cœur d'une approche « adultocentrée » fondée avant tout sur la peur : « peur que l'enfant rejette le père social, peur que le donneur envahisse la famille nucléaire ; peur de la réprobation sociale »[310]. Cette peur est liée au sentiment que la place du père social est fragile, et qu'il faut la renforcer tant sur le plan légal que psychologique en gommant la présence du tiers donneur. A ces considérations

[308] Il s'agit du « *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology* " (1984), qui porte le nom de la présidente du comité, la philosophe Mary Warnock.
[309] T. Callus, « De l'anonymat assuré à l'anonymat affaibli : la révolution du droit anglais en matière de procréation médicalement assistée », in B. Feuillet-Ligier (dir), *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p.185.
[310] ibid.

s'ajoute encore une autre peur : celle que le donneur ne risque de voir débarquer un jour l'enfant devenu adulte. L'anonymat est la réponse à toutes ces peurs.
En construisant un droit organisé dans l'intérêt des adultes, le législateur a pensé agir dans l'intérêt des enfants, aussi bien de ceux que le donneur pourrait avoir de son côté, que de ceux qui naîtraient du don :

> « Ainsi, tout en adoptant un rôle patriarcal, le législateur britannique essaie de justifier le choix de l'anonymat pour des raisons relatives à ce qu'il estime être dans l'intérêt des enfants. En effet, en n'empêchant pas que le mode de conception soit caché par les parents légaux, il s'ensuit que la loi prône le secret et encourage à faire croire à l'enfant qu'il est né de ses parents légaux. (…) Mais force est de constater que c'était l'intérêt des adultes à cacher l'intervention d'un tiers dans la procréation qui était au cœur des préoccupations du législateur en 1990.[311] »

En 1990 est publiée la première loi cadre réglementant l'assistance médicale à la procréation (*Human Fertilisation and Embryology Act*). Le législateur y a confié à la *Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA)* la mission de tenir un registre d'information (« Registrer of information ») recensant toutes les naissances par assistance médicale à la procréation et conservant des informations sur les donneurs de gamètes. L'objectif était de permettre à l'enfant majeur issu d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur de demander à la *HFEA* d'accéder à des informations non identifiantes sur ce donneur et aussi de savoir, dans la perspective d'un mariage, si son futur conjoint lui était biologiquement apparenté. À l'âge de dix-huit ans toute personne peut s'adresser à la HFEA afin de savoir si sa naissance résulte d'une procréation médicalement assistée. En cas de réponse positive, le demandeur peut obtenir les renseignements que l'agence est habilitée à lui fournir. Cette disposition, qui n'a aucun équivalent dans le droit français, paraît très importante. Mais peu l'utilisent. On doit en effet souligner que dans une majorité de cas, les parents ont réussi à laisser croire à l'enfant qu'il était *né de* ses deux parents. Le secret sur le recours à un tiers fut et demeure encore très important en Angleterre malgré la possibilité légale de faire une certaine clarté sur les modalités de la naissance.

La loi est entrée en vigueur le 1er août 1991, de sorte que les premières informations –sous réserve d'une disposition particulière applicable aux personnes souhaitant se marier avant l'âge de dix-huit ans– ont pu être communiquées à partir du 1er août 2009.
Ces informations sont constituées d'éléments non identifiants : le sexe, la taille, le poids, l'appartenance ethnique, la couleur des yeux, des cheveux et de la peau, l'année et le pays de naissance, l'existence d'enfants, l'appartenance religieuse, la profession, les principaux centres d'intérêt, une courte description réalisée par l'intéressé, et, le cas échéant, d'autres éléments que celui-ci a envie de transmettre à ses descendants génétiques[312].

Changement : le rôle des droits de l'homme
Toutefois, au fil des années, les enfants nés suite au don de gamètes ont grandi et leurs voix ont commencé de s'élever pour réclamer le droit d'accéder à leurs origines. En même temps, la référence aux droits de l'homme s'imposait de plus en plus en droit anglais, et contribuait à transformer le droit de la famille dans le contexte de l'égalité de sexe et du *démariage*. C'est par cette conjonction qu'une révolution en matière d'anonymat s'est accomplie : en soutenant un droit à connaître ses origines personnelles, le législateur a privilégié l'intérêt, pour les individus dont le parent juridique n'est pas le géniteur, de connaître la vérité de

[311] ibid.p.190
[312] Source : dossier du Sénat, analyse de législation comparée, op. cit.

l'histoire ayant permis leur naissance.
C'est en effet suite à une action intentée par un enfant devenu adulte contre le gouvernement britannique sur le fondement de l'article 8 (droit à la vie privée et familiale) de la Convention Européenne des Droits de l'Homme que la loi anglaise a été modifiée. Il s'agit de l'affaire *Rose vs Secretary of State for Health* où deux enfants considéraient que leur droit à la vie privée avait été bafouée par les manquements de l'Etat ne leur permettant pas l'accès à des informations sur le donneur.

Les trois étapes vers la fin de l'anonymat

Le Royaume-Uni a supprimé le principe d'anonymat depuis le 1er avril 2005, ce qui signifie que depuis cette date les dons ne peuvent plus se faire de façon anonyme et que les enfants nés de ces nouveaux dons pourront se faire communiquer l'identité de leur donneur à partir de leur majorité (18 ans). La *Human Fertilisation and Embryology Authority* (HFEA)[313], a la responsabilité de gérer le fichier comportant en particulier l'identité des donneurs. Pour ce qui concerne les dons antérieurs au 1er avril 2005, les donneurs peuvent opter pour le nouveau régime sur la base du volontariat. On peut considérer la levée de l'anonymat au sens strict comme la deuxième de trois étapes, dont la succession montre la force de la dynamique sociale engagée en référence aux droits des personnes d'accéder aux informations les concernant.

Première étape : 2004, davantage d'éléments non identifiants accessibles
Des dispositions sur la divulgation des informations relatives aux donneurs, adoptées le 14 juin 2004 par le Parlement et entrées en vigueur le 1er juillet 2004, ont allongé la liste des renseignements non identifiants susceptibles d'être communiqués à l'enfant. Y ont été ajoutés les éléments suivants : l'appartenance ethnique des parents du donneur, l'éventuelle mention de sa filiation adoptive, sa situation familiale, le nombre et le sexe de ses enfants ainsi que les antécédents médicaux.

Deuxième étape : 1er avril 2005, levée de l'anonymat (pour 2023)
Le même texte de juin 2004 prévoit que, pour les dons postérieurs au 1er avril 2005, la liste des informations susceptibles d'être transmises à l'enfant majeur inclurait aussi le nom du donneur, ses prénoms, sa date et son lieu de naissance ainsi que son adresse postale au moment du don. La HFEA a le devoir de prévenir le donneur de la démarche entreprise par l'enfant et une assistance doit être proposée à la fois au donneur et à l'enfant. En principe, les informations portant sur l'identité des donneurs ne seront donc accessibles aux enfants concernés qu'à partir du 1er avril 2023. Toutefois, les donneurs enregistrés avant le 1er avril 2005 peuvent opter pour le nouveau régime et lever l'anonymat. De leur côté, les parents peuvent s'adresser à l'établissement où le traitement contre la stérilité a eu lieu pour obtenir des renseignements sur les donneurs. Seules des données non identifiantes peuvent leur être communiquées.
Les dons antérieurs au 1er août 1991, date de l'entrée en vigueur de la loi de 1990, ne sont régis par aucune législation spécifique. Traditionnellement, ils étaient anonymes. Toutefois, plusieurs réseaux se sont créés pour tenter de rassembler les donneurs et les enfants nés grâce à un don. C'est le cas en particulier de *DonorLink*, mis en place grâce à des fonds publics, mais dont la gestion est assurée par le secteur associatif.

[313] Les informations données ci-après sont issues du site de la HFEA : www.hfea.gov.uk

Troisième étape :1er octobre 2009, « Open register »
Enfin, le Royaume-Uni, après quatre ans et demi d'expérimentation de sa nouvelle loi, a franchi encore un pas dans le droit des individus à l'information les concernant.
Aussi bien la loi, révisée en 2008, que le règlement adopté en 2009 par la *HFEA* en vertu de sa compétence normative (*Opening the register* policy) ont conféré aux enfants nés grâce à un don, à leurs parents et aux donneurs de nouveaux droits d'accès au registre d'information.
Désormais, les personnes conçues par dons peuvent dès 16 ans solliciter des informations non identifiantes sur leur donneur, et sur les autres personnes nées du même donneur (« genetically related siblings »), et demander à savoir si elles sont issues du même donneur que celle avec laquelle elles souhaitent se marier, ou conclure un partenariat ou même avec laquelle elles souhaitent avoir une relation physique intime[314]. A 18 ans, elles peuvent non seulement connaître l'identité de leur donneur mais aussi décider d'enregistrer des informations sur elles-mêmes à destination des autres personnes nées du même donneur. A cette fin, un nouveau « Registre de contact entre germains» (*Sibling Contact Register*) a été institué.
Le *Sibling Contact Register* est venu ainsi compléter un autre registre beaucoup plus ancien, le *Donor Link*, régi sur une base associative mais financé par des fonds publics, qui avait été conçu pour les personnes conçues avant 1990 -soit avant toute réglementation de l'assistance médicale à la procréation-, afin de faciliter les contacts avec les donneurs ou avec les personnes issues d'un même donneur.

Commentant ces nouvelles dispositions sur le site de la HFEA, sa présidente Lisa Jardine a déclaré :

> "This is a real step forward that matters a great deal to those concerned. It is vitally important that donor conceived people can access information about their own, personal genetic origins if they wish to do so. The new Act enshrines their right to this information and the HFEA has put systems in place to ensure that applicants know what information they can obtain and how to go about accessing it."

Les trois protagonistes du don d'engendrement

On voit aisément que les droits des personnes nées d'AMP ou qui ont contribué à l'AMP sont nettement plus développés au Royaume-Uni que dans notre pays. Cette question mérite en tant que telle une réflexion sur le rôle *tutélaire* confié à l'institution médicale en référence au modèle bioéthique français.

Au delà, le cas du Royaume-Uni révèle surtout le changement qui se produit lorsqu'on commence à prendre en compte les deux protagonistes de l'AMP qui, en France, sont effacés : les donneurs et les enfants nés du don. Il ne fait pas de doute que cela contribue directement à changer la façon dont la société en général *institue* l'AMP avec tiers donneur, lui accorde sens et valeur, et l'inscrit à l'intérieur des pratiques familiales en général, tout en clarifiant les relations de parenté et de solidarité engagées ici.

Cette forme nouvelle *d'institutionnalisation* de pratiques autrefois rejetées dans l'ombre et le secret est capitale. En effet, il est clair que la façon dont les individus vivent une situation personnelle quelconque dépend largement de la façon dont elle s'inscrit dans un *contexte* de significations et de valeurs instituées, à commencer par celui du droit commun d'une

[314] J. Sosson, L. Brunet, *loc. cit.*, p. 61, citant le *Donor Sibling Link* réalisé au RU.

société, qui va la considérer soit comme une situation « prohibée » ou « déviante », soit comme une situation « tolérée » ou un « moindre mal », soit enfin comme une situation « assumée » voire « valorisée ». Comment le droit commun n'aurait-il aucun effet sur la façon dont les individus se vivent eux mêmes et vivent leurs relations à autrui, comprennent le sens de leurs actions ?

Pour prendre la mesure de ce que change la levée de l'anonymat à *l'institution* de l'AMP avec tiers donneur, chacun pouvait faire au début 2014, une expérience très frappante et cela d'un simple « clic » sur la souris de son ordinateur. Elle consistait à comparer les pages d'accueil respectives du site internet de la HFEA et de celui de l'Agence Française de Biomédecine, entrée « Assistance médicale à la procréation ».

Le site français n'envisage qu'un seul type d'interlocuteur : les couples (de sexe différent) qui cherchent à devenir parents. Ils sont l'unique « vous » auquel le site s'adresse, les seuls auxquels soient prodigués attention, conseils, informations. Ni les enfants, ni les donneurs ne font partie des personnes auxquelles l'Agence française de la biomédecine a choisi de s'adresser dès cette page d'accueil. Le site anglais, en contraste, s'adresse dès sa page d'accueil directement et également aux trois protagonistes du don et permet à chacun d'obtenir des réponses aux questions qu'il se pose, qu'il soit donneur, receveur/parent selon la filiation, ou enfant né du don. Les receveurs/parents selon la filiation ne sont pas forcément en couple, et les couples pas forcément de même sexe. À travers cette triple entrée, la spécificité de l'engendrement avec tiers donneur est assumée, exposée au grand jour, en un mot *valorisée* comme une façon certes nouvelle, certes exceptionnelle au plan numérique mais pourtant parfaitement « normale » de faire des enfants, et dont les questions qu'elle pose ne doivent pas être enfouies dans le silence ou déniées, mais affrontées et discutées. Ce petit exemple ne doit certes pas être surinterprété : il est cependant difficile de nier qu'il témoigne à sa façon de la différence qui existe aujourd'hui entre la conception française et la conception britannique de l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur.

Les controverses sur le nombre des donneurs et donneuses

Si on prend la mesure de ce changement d'approche, on comprend qu'il ait été impossible à envisager il y a quarante ans, au début de l'AMP, qu'il lui ait fallu un certain temps pour se produire, et qu'il ne soit pas allé de soi mais ait exigé un important effort de réflexivité collective. C'est pourquoi le changement institutionnel au Royaume-Uni ne s'est pas fait sans débats politiques parfois très vifs, ni sans vaincre des résistances fortes du côté des conservateurs, ce qui explique les délais ménagés entre l'étape de 2004 et celle de mi-2005, dans le souci de créer du consensus social.
Ainsi, de nombreux parlementaires opposés au projet avaient prédit que la réforme provoquerait inévitablement une diminution radicale des dons. Les chiffres d'une enquête suédoise réalisée quelques temps après la levée de l'anonymat en 1984 semblaient alarmants. La polémique enfla lorsqu'une émission de la BBC fit état des difficultés chroniques des cliniques de fertilité pour trouver des donneurs. On attendit donc anxieusement les premiers chiffres concernant les dons de sperme. Surprise ! Dans l'année suivant la mise en place du nouveau dispositif le nombre des donneurs avait augmenté de 6%. Simultanément, le profil des nouveaux donneurs se transformait, évoluant de

l'archétype du jeune étudiant en médecine vers celui du père de famille trentenaire. [315]
Le changement dans le profil des donneurs est un indicateur précieux de la signification culturelle que revêt le don lorsqu'une société toute entière décide à travers ses lois d'assumer que l'AMP avec tiers donneur est une façon digne et honorable de faire des enfants, au lieu de continuer de demander aux médecins de l'organiser à la marge du droit de la famille, dans une demi-obscurité assurant aux donneurs anonymisés qu'en quelque sorte « *il ne s'est rien passé* ». Ces changements sont complexes. Ainsi, avec la levée de l'anonymat, les donneurs qui ciblent spécifiquement leur don en direction d'un parent ou d'un ami sont devenus plus nombreux, et ils ont exercé leur droit de limiter le nombre des bénéficiaires. *A contrario*, il y a de moins en moins de donneurs qui acceptent que leur don puisse servir pour de nombreuses femmes. En conséquence il y a eu au bout d'un an à la fois plus de donneurs et moins de paillettes de sperme…

Le 31 juillet 2009 la HFEA a publié ses plus récentes statistiques (2008). Cette fois, le nombre de donneurs avait augmenté significativement. Si on les compare aux chiffres de 2005, année ou l'anonymat fut supprimé, voici quelles sont les évolutions.

Pour les donneurs de sperme :

Leur nombre passe de 250 à 384 (+ 54%). Depuis 1992 le chiffre le plus élevé a été 415 donneurs (en 1993). Il faudrait encore 8% d'augmentation pour l'obtenir ce même résultat, et une augmentation de 30% pour arriver au niveau de 500 donneurs annuels, considéré comme idéal par le *Working Group of Sperm Donation Services*. Sur le total des donneurs, le nombre de ceux qui ont été recrutés dans le Royaume-Uni a augmenté de 221 à 320 (+ 45%). Ce n'est donc pas à du sperme payé venu d'ailleurs que l'on doit l'augmentation.

Pour les donneuses d'ovocytes :
Leur nombre passe de 923 à 1084 (+ 17.5%). Depuis 1992 le chiffre le plus élevé a été 1281 donneuses (en 2001). Il faudrait une augmentation de 18% pour obtenir ce même résultat.
Parmi elles, les donneuses dites « altruistes » ont augmenté de 506 à 707 (+ 40%) . Le plus haut chiffre depuis 2000 est 846. Il faudrait augmenter de 20% pour retrouver ce résultat. Les donneuses dont le don vient d'un « partage d'ovocytes » (*egg share*) ont décru de 417 à 377 (- 10%).

On doit rappeler que depuis lors, comme nous l'avons montré *infra* (chapitre 7), le nombre de dons n'a jamais décru au Royaume-Uni.

Poursuivre la réflexion sur le partage de l'information

Enfin, dès lors qu'on assume de sortir véritablement de la logique du secret et de l'anonymat définitif, il apparaît que tout un ensemble de questions éthiques portant sur l'information de chacun au sein des familles issues d'engendrement avec tiers donneur peuvent être posées. Un des enjeux est en particulier de réfléchir la question de l'accès aux données médicales concernant le donneur, dans le contexte d'une médecine de plus en plus prédictive.

Pour prendre la mesure de l'éventail de questions qui sont alors soumises a la discussion publique, on consultera avec profit le rapport *Donor Conception, Ethical Aspects of Information Sharing*. Ce rapport réalisé et publié par le Nuffield Council on Bioethics, est

[315] Cité in B.Pulman, *Mille et une façons de faire des enfants*, Paris, Calmann_Lévy, 2010, p.121. Nous avons repris ici plusieurs éléments d'informations des pages 120-121.

paru en Avril 2013, et disponible en ligne. Il est entièrement dédié a ce vaste sujet. Il contient de très nombreuses propositions de réforme non seulement au plan du droit, mais aussi et surtout en matière de politiques publiques, et de déontologie des pratiques professionnelles.

Chapitre 9

L'accès aux origines des personnes nées sous X, adoptées et pupilles

Au chapitre précédent, nous avons analysé la spécificité de la revendication d'accès à leurs origines des personnes nées d'un engendrement avec tiers donneur dans le contexte de l'AMP en France. Nous avons montré qu'au départ de celle-ci se trouve une « discrimination ontologique » tout à fait particulière, créée par nos institutions envers une catégorie d'enfants : ceux dont on a décidé que par le seul effet de la loi, ils ne pourront jamais avoir de réponse à la question si évidemment importante pour tous les autres : « À qui dois-je d'être né ?» alors même que la réponse est connue, mais dissimulée dans une armoire forte comme un secret d'État. Nous avons souligné qu'une telle situation apparaît d'autant plus surprenante qu'aucun drame n'est associé à leur naissance qui a été désirée, voulue et organisée comme un engendrement avec tiers donneur.

La situation est beaucoup plus complexe lorsque la quête des origines est celle des adoptés, dont l'enfance a été marquée par le drame qui les a séparés de ceux qui auraient pu devenir leur famille[316]. Car dans leur cas ce n'est pas l'identité d'un simple donneur d'engendrement qui est recherchée, mais bien celle d'une mère et/ou d'un père de naissance. Nous reprenons ici à dessein l'expression employée par les adoptés eux-mêmes, pour indiquer que leur problème n'est pas simplement d'obtenir une information sur leur « géniteurs ». Il s'agit pour eux de se confronter à la tragédie humaine de leur *abandon*, un mot que nombre d'adoptés de la nouvelle génération refusent énergiquement de voir édulcoré par une forme de bien-pensance moderne.

On ne peut pas comprendre leur démarche sans prendre la mesure de ce que fut l'arrachement à leurs parents de naissance qui, pour des raisons inconnues, n'ont pas pu les

[316] Nous tenons à dire tout ce que ce chapitre sur l'accès aux origines des adoptés « nés sous X » doit à Nadine Lefaucheur, qui a initié en France un véritable renouvellement de toute la recherche en sciences sociales sur la monoparentalité, puis sur l'accouchement sous X. Nous regrettons que la distance entre la Martinique et la métropole ne lui ait pas permis de participer en personne à notre groupe de travail. Nous la remercions très vivement des textes qu'elle nous a adressés, et auxquels nous avons largement puisé. Merci encore, pour ses exposés au sein de notre groupe, à Geneviève Delaisi de Parseval qui a montré, en psychanalyste et anthropologue, le lien entre ces deux montages institutionnels d'effacement du réel et de falsification des biographies que sont l'AMP avec tiers donneur et l'accouchement sous X.

garder et les élever comme leurs enfants. Quelle fut la part de la volonté ? La part de la contrainte ? Pourquoi moi ? L'abandon peut générer des désarrois humains parmi les plus violents qui se puissent concevoir. On comprend aisément que la recherche des origines d'un enfant adopté ne soit évidente ni pour ses parents, qui peuvent se sentir menacés dans leur statut de parent, ni pour ses parents de naissance, qui peuvent voir resurgir des drames enfouis, ni pour l'enfant lui-même qui peut se sentir déchiré par des conflits de loyauté et s'angoisser d'un éventuel échec de sa démarche.

Pourtant, comme nous l'avons rappelé en étudiant l'adoption[317], tous ces obstacles n'ont pas empêché que se développe dans tout l'Occident un très puissant mouvement pour le droit d'accès des adoptés à leurs origines. On a compris qu'il ne s'agissait aucunement d'une remise en cause de leur filiation, encore moins de créer une filiation « biologique », et les personnes en recherche trouvent aujourd'hui auprès de leurs parents adoptifs leurs plus précieux soutiens. Les seuls qui continuent à s'opposer au changement sont les défenseurs d'une conception traditionnelle de la famille nucléaire fondée sur le modèle matrimonial (« un seul père, une seule mère, pas un de moins, pas un de plus »), pour qui l'adoption doit continuer à mimer la procréation et être une « deuxième naissance » effaçant l'histoire antérieure de l'enfant.

Si ce mouvement pour l'accès aux origines a pu s'imposer c'est parce qu'il lie une nouvelle approche de l'adoption, et plus généralement de la famille, à l'affirmation de deux grandes valeurs démocratiques :

- La plus ancienne est la valeur accordée à ***l'intérêt de l'enfant*** puis aux ***droits de l'enfant.***

Ces notions étaient autrefois très floues, non qu'on fût indifférent au bien de l'enfant, mais parce qu'on pensait que son intérêt en tant que fils ou fille rejoignait nécessairement celui de ses parents, eux-mêmes en charge de « l'intérêt de la famille », et qu'il n'y avait pas lieu de l'en distinguer. Quant à son intérêt en tant qu'être jeune, on considérait qu'il était le moins bien placé pour le connaître, puisque du fait de son âge il était censé n'avoir que *moins* de tout ce qui fait un adulte autonome : moins de raison, moins de savoir, moins d'expérience, moins de capacité à anticiper les lendemains. Une nouvelle perspective est apparue avec la perception de l'enfant non plus comme un « adulte imparfait », mais comme une « personne en devenir »[318].

À la hiérarchie très forte des âges, des places et des sexes dans la filiation, symbolisée par la *puissance paternelle* du code Napoléon, a succédé au XXème siècle l'idée que l'asymétrie entre parents et enfants, sans être niée, devait être repensée au regard de la fondamentale égalité des personnes. L'enfance devait être reconnue dans sa spécificité, simultanément comme l'âge de la dépendance, le creuset du développement de la personnalité et la période d'apprentissage de l'autonomie. De là de nouvelles responsabilités pour les adultes : l'institution de *l'autorité parentale* comme un droit-fonction ne pouvant être exercée que dans l'intérêt du bénéficiaire (1970) ; l'émergence de droits propres aux enfants mineurs, en particulier en référence à la protection qui leur est due (Ordonnance de 1945 ; Convention Internationale des Droits de l'Enfant de 1989).

---

[317] Voir supra chapitre 5.

[318] Cette analyse est développée dans le rapport remis à la ministre de l'Emploi et de la solidarité et au garde des Sceaux en 1998 : I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui ; le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Paris, Documentation française/Odile Jacob, 1998.

- La seconde de ces valeurs est plus récente. C'est celle qui est accordée à la ***construction de l'identité personnelle,*** prolongeant l'idéal d'autonomie[319].

Dans la seconde moitié du XXème siècle on considère progressivement que la construction de l'identité personnelle n'est pas seulement une question privée, intime ou psychique, mais qu'elle a des dimensions sociales, et peut se prolonger dans le droit de ne pas être opprimé dans son identité, voire se traduire par l'exigence d'une « reconnaissance ». Sans aborder ici la complexité des questions identitaires[320], rappelons simplement que Paul Ricoeur a montré que l'identité personnelle est d'abord une identité narrative, au sens où « *répondre à la question qui, c'est raconter une histoire* » (H. Arendt)[321]. Vouloir accéder à son histoire n'est pas simplement un moyen –pour obtenir tels avantages, accéder à tel statut, bénéficier de tel héritage etc.– ce peut être aussi une fin : pour la compréhension et la construction de soi-même. Dans cette perspective, le droit de ne pas être opprimé dans son identité commence par celui de n'être pas empêché de connaître une part de son propre passé parce qu'on vous l'aurait dissimulée. À la jonction de ces enjeux et d'une critique croissante du « pouvoir tutélaire » (Tocqueville) on a admis que l'individu ne doit jamais être privé d'accéder à des informations détenues sur lui-même, que ce soit par l'État ou par quelque institution. De là en particulier le vote de la loi du 17 juillet 1978, sur la liberté d'accès aux documents administratifs[322].

C'est parce qu'elle était à la jonction des droits de l'enfant et de l'identité personnelle que la quête des origines, portée au départ principalement par les adoptés, a pu acquérir droit de cité : *on a compris qu'elle promouvait de grandes valeurs communes, et non pas seulement des intérêts individuels*. Comme nous l'avons montré au chapitre précédent, cette quête, qui exclut toute constitution de filiation, est aujourd'hui parfaitement distincte de la traditionnelle recherche en maternité ou paternité. Elle a été progressivement légitimée en droit européen par l'émergence d'un véritable droit d'accès aux origines personnelles[323].

Loin d'opposer « ceux qui vont bien » et « ceux qui vont mal », on est plus attentif, aujourd'hui que se produit un véritable changement des valeurs, à ne pas transformer le besoin d'origines en une nouvelle *norme psychique*, qui s'imposerait à tous comme une sorte d'évidence. De fait, de nombreux adoptés n'éprouvent pas le besoin de se lancer dans une telle recherche. Les psychologues, psychiatres et psychanalystes rappellent avec raison qu'il est tout aussi légitime de ne pas rechercher ses géniteurs que de les chercher, et qu'il importe surtout de ne pas créer une nouvelle doxa.

Mais on est plus conscients aussi du chemin qui reste à parcourir pour que l'accès aux origines devienne un véritable droit des personnes, seul à même de *donner à tous le pouvoir*

---

[319] Voir D. Gutmann, *Le sentiment d'identité*, *étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, bibliothèque de droit privé, 2000.

[320] Sur la complexité des usages de l'identité et certaines apories de la référence aujourd'hui si fréquente à la « reconnaissance » voir V. Descombes, *Les embarras de l'identité*, Paris, Gallimard, 2012.

[321] P. Ricoeur, *Temps et récit, I, II et III,* Paris, Seuil, coll. Point poche, 1991.

[322] On doit souligner que ni le droit de n'être pas opprimé dans son identité, ni le droit d'accès aux origines personnelles, n'évoquent une sorte de «transparence généralisée ». Refuser que l'État ou une administration *dissimule* à l'individu concerné *une information qu'il ou elle détient sur lui* est un enjeu *précis*. Il n'a strictement rien à voir avec le fantasme d'un monde orwellien, la naïveté d'une transparence universelle de la procréation, pourquoi pas le projet d'une traçabilité vétérinaire, que certaines rhétoriques hostiles se plaisent à imaginer pour susciter la peur.

[323] On ne reprendra pas ici les développements sur l'évolution du droit de la CEDH qui ont été exposés supra, chapitre 8.

de choisir qui rassemblera tous les adoptés par-delà la diversité de leurs vécus. Ainsi, au bout d'un long parcours, qui a en quelque sorte « déprivatisé », socialisé, voire politisé la question de l'identité, l'enjeu n'est rien moins que de pouvoir boucler la boucle et redonner aussi tout son sens à la dimension psychique, intime et fondamentalement privée constitutive de l'idée même d'identité personnelle et de rapport à soi.

La question des « nés sous X »

Dans ce contexte, l'accès à leurs origines des personnes nées sous X[324] a pris une résonance et une importance particulières. Parmi tous les adoptés, ce sont les seuls pour lesquels la loi de 1978 permettant l'accès de chacun à son dossier, n'a quasiment rien changé. Quand les autres ont vu cesser le supplice raffiné des « renseignements non identifiants » naguère distillés à petites gouttes par les employés de la DASS qui tournaient sous leur nez les pages du dossier convoité et interdit, pour eux rien de tel : l'anonymat de la mère de naissance bloquait par avance toute issue. Il faut dire que dans leur cas, on pensait en général que le « sacrifice imposé à l'enfant » était justifié par la protection de la vie du nouveau-né et de la santé de la mère de naissance, étant donné les conditions en général dramatiques dans lesquelles une femme recourt à l'accouchement secret.

Au cours des années 1990 et 2000, dans un contexte de forte mobilisation associative pour l'accès aux origines, des débats passionnels ont eu lieu. Parmi tous les adoptés en quête de leur histoire, seuls les « nés sous X » ont fait l'objet d'attaques virulentes : on les a accusés de défendre une conception « biologisante » de la filiation, de mettre en cause l'adoption, de porter la régression dans les valeurs de l'obstétrique, de menacer par égoïsme leur propre mère de naissance et de mettre en péril les droits des femmes.

Mais parallèlement à ces affrontements parfois caricaturaux, une réflexion de fond a été entamée et, au cours des années 1990, une série de rapports[325] ayant étudié le dispositif de l'accouchement secret ont préconisé sa suppression ou son aménagement pour faciliter l'accès aux origines. Ces travaux ont suscité des réactions, parfois des contre-rapports[326], mais ils ont préparé la réforme et convaincu Ségolène Royal, ministre de la famille dans le gouvernement de Lionel Jospin, que malgré les dissensions il était possible de renforcer les droits des nés sous X en quête de leurs origines.

Faisant le choix de bâtir un compromis, la ministre est parvenue à créer un consensus suffisant pour que, au terme de débats extrêmement vifs, soit finalement votée à l'unanimité la loi du 22 janvier 2002. Tout en maintenant l'accouchement sous X, elle proposait deux innovations : pour les mères de naissance, une incitation à laisser leur identité sous pli fermé à destination exclusive de l'enfant qui en ferait la demande ; pour les personnes nées sous X,

---

[324] Nous utilisons à dessein cette expression courante, qui ne figure dans aucun texte, pour désigner un champ de problèmes et de recherche : cela nous permettra, ensuite, de définir ce que nous entendons pour notre part par « accouchement secret » (cf. infra : propositions).

[325] Conseil d'État, Statut et protection de l'enfant, Paris, la Documentation française, 1991 ; P. Pascal, Rapport du groupe de travail sur l'accès des pupilles et anciens pupilles de l'État, adoptés ou non, à leurs origines, 1996 (non publié) ; L. Fabius et J.-P. Bret, Droits de l'enfant, de nouveaux espaces à conquérir, Paris, Assemblée nationale, Commission d'enquête, rapport n° 871, 1998 ; I. Théry, Couple, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, Paris, la Documentation française / Odile Jacob, 1998 ; F. Dekeuwer-Défossez, Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, la Documentation française, 1999 ; F. Kachoukh, Accouchement « sous X » et secret des origines : comprendre et accompagner les situations en présence, Rapport du groupe de travail, Service des Droits des femmes, 1999.

[326] Rapport de l'Académie de médecine, Roger Henrion, 2000.

un appui à la quête de leurs origines grâce à la création du Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles (CNAOP). La tâche de celui-ci était d'accompagner la recherche de l'identité de la mère de naissance et en cas de découverte, de se placer en médiateur dans le plus grand respect de la vie privée et familiale de celle-ci, afin de savoir si elle acceptait que son identité soit révélée à l'enfant, voire que soit organisée une rencontre.

Douze ans après, où en est-on ?

Deux questions doivent être distinguées. L'une porte sur le bilan du CNAOP dans son office d'accompagnement ; l'autre sur la question qui avait été repoussée en 2002 : doit-on remettre en question l'accouchement sous X de façon à assurer à tous les adoptés et pupilles, y compris ceux dont la mère a accouché dans le secret, un véritable droit d'accès aux origines personnelles ? Les deux questions se rejoignent, car la mise en œuvre de la nouvelle loi a permis en douze ans de faire tomber bien des préventions.

De fait, la pratique du CNAOP a créé les conditions d'un véritable rapprochement des points de vue, par exemple entre des fédérations d'associations qui dans le passé avaient tenu des positions radicalement opposées sur l'accouchement sous X, telle *Enfance et Famille d'Adoption* (EFA), et la *Coordination des Actions pour le Droit à la Connaissance des Origines* (CADCO). Comme l'ont confirmé les auditions que nous avons réalisées[327], ces deux grandes fédérations, représentant l'une les familles adoptives et l'autre les « nés sous X » et les « mères de l'ombre », défendent aujourd'hui la même revendication : celle d'une évolution prudente vers un véritable droit d'accès aux origines personnelles.

Pour rendre compte de cette évolution, on s'attardera tout d'abord sur le problème le plus discuté à propos de l'accouchement sous X, celui de l'antagonisme entre les droits des femmes et les droits de l'enfant. On se demandera si cette opposition rend vraiment compte de la réalité concrète, et en particulier ce qu'elle fait du vécu des « mères de l'ombre ». On montrera à quelles conditions précises l'équilibre entre intérêts divergents réalisé par la loi de 2002 pourrait aujourd'hui laisser place à un nouvel équilibre, qualitativement différent, intégrant simultanément droits des femmes, droits des enfants et droits des parents adoptifs (Ière partie). Dans un second temps, on détaillera les préconisations de notre groupe de travail pour un véritable droit d'accès aux origines de tous les adoptés et pupilles, dans le respect du droit des femmes au secret de la naissance (IIème partie).

I. Accouchement sous X et accès aux origines : droits des femmes contre droits de l'enfant ?

La possibilité d'accoucher sous le secret, autrement dit sans le recueil de l'identité de la femme qui accouche, est une spécificité du droit français, qui existe dans très peu de pays de l'Union européenne (principalement Italie et Luxembourg). Dans la majorité des États, la déclaration à l'état civil de la mère, voire du père, est obligatoire.
En France, ce dispositif est régi, depuis la loi du 22 janvier 2002, par l'article L 222-6 du Code de l'action sociale et des familles, qui permet à toute femme de demander le secret de son admission et de son identité lors de l'accouchement. Aucune pièce d'identité n'est exigée par l'établissement de santé et il n'est procédé à aucune enquête. La femme doit rencontrer

[327] Voir en volume II, les textes qui nous ont été remis par ces fédérations à l'issue de leurs auditions.

un correspondant du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP) dans le département, afin d'être informée des conséquences juridiques de cette demande et de l'importance pour l'enfant de connaître ses origines et son histoire. Elle est donc invitée à laisser, si elle l'accepte, des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité. Elle peut également, à tout moment, communiquer son identité ou lever le secret de celle-ci (L. 222-6).
Le recueil de l'identité n'est donc pas obligatoire et résulte d'une démarche volontaire de sa part, purement déclarative : aucun contrôle n'est effectué quant à la véracité des informations contenues dans le pli fermé. Ce pli, conservé dans le dossier de l'enfant à l'aide sociale à l'enfance, sous la responsabilité du président du Conseil général, n'est ouvert que par le CNAOP, en cas de demande ultérieure formée par l'enfant.
L'accouchement sous X, qui concerne aujourd'hui environ 700 naissances par an selon l'INED[328], suscite des débats passionnels. On en connaît la raison: il s'agit d'une situation où s'affrontement des intérêts qu'on peut penser à jamais inconciliables : d'un côté, celui de la femme à l'anonymat et de l'autre celui de l'enfant à sa levée. On ne voit pas comment échapper, dans ce cas particulier, à un choix cornélien entre *la défense des droits des femmes* et *la défense des droits de l'enfant*.

Alors que, tout au long de ce rapport, nous avons montré qu'une caractéristique majeure des nouvelles valeurs familiales est le passage d'une logique du « ou » (de la rivalité et de l'exclusivité), à une logique du « et » (de la complémentarité et de la coopération), avec l'accouchement sous X cette mutation semble buter sur sa première vraie limite.

A. Les dilemmes des féministes

On entend souvent dire que « les féministes » défendent le maintien de l'accouchement sous X. Il est vrai que, dans les années 1990-2000 certaines n'ont pas hésité à railler assez férocement la recherche des origines. Attachées au droit des femmes à disposer de leur corps, beaucoup redoutaient que la démarche de l'enfant (devenu un adulte) soit une arme contre la décision de la mère de naissance, une atteinte à sa liberté, une façon de la culpabiliser et de la meurtrir, voire de la « maternaliser » de force, malgré son choix. De plus, la confusion courante entre origines et filiation, ou entre les enjeux de construction de l'identité personnelle et une supposée appétence pour le « tout biologique », n'a épargné aucun milieu, y compris de grandes associations féministes ou pour le planning familial, et cela d'autant plus qu'il y avait une absence totale de contacts entre elles et les associations d'adoptés et de pupilles, qui s'étaient développées depuis la loi de 1978.

Comme l'écrit l'anthropologue Michel Cahen, qui a consacré une enquête spécifiquement à ce problème :

> « Ce sont deux mondes qui ne se sont jamais rencontrés avant les débats autour de la loi Royal. (…) sinon, on n'aurait pas retrouvé [chez les féministes] cette crainte de « l'épée de Damoclès », alors que toutes les associations [de nés sous X] prônent la plus grande prudence et jamais l'imposition ; sinon on n'aurait pas cette ignorance totale de ce que ressentent les femmes qui ont abandonné ou accouché sous X –très rarement présentes dans le mouvement féministe– (…). Sinon, on n'aurait pas cette référence, maintes fois avancée, au « travail de

[328] Voir le site de l'INED :
http://www.ined.fr/fr/ressources_documentation/focus_sur/les_accouchements_sous_x_en_france/

deuil » qui serait rendu « impossible » par la sauvegarde de leur identité, alors que les témoignages recueillis dans les associations montrent que les femmes abandonnantes ne peuvent jamais réaliser le deuil de quelqu'un de vivant, qui n'a laissé aucune trace permettant de se repérer. Sinon, on n'aurait pas, enfin, cette insensibilité totale aux droits et besoins des enfants déjà nés. »[329]

C'est une féministe, pourtant, qui la première a fait le pas décisif : Nadine Lefaucheur, co-auteure de *La fabrication des mâles*, l'un des plus célèbres best-sellers féministes des années 1970 et 1980, connue comme la sociologue qui a initié en France la recherche sur les familles monoparentales. Dès la fin des années 1980, elle était allée à la rencontre de ce « monde » si mal connu des « nés sous X » dont le féminisme se méfiait par peur qu'il ne menace des droits tout récemment acquis. La première, elle a écouté ce que les femmes ayant accouché sous X avaient à dire, tenté de comprendre ce qui s'est passé lors des premières « retrouvailles » et entamé une recherche de terrain. Joignant à la proximité de l'écoute et de l'observation, la construction d'un regard éloigné, elle s'est plongée dans la longue histoire de la maternité illégitime et de l'abandon secret en France, a dépouillé les archives des maisons maternelles, lu les rapports des philanthropes et des réformateurs sociaux, dépouillé les débats parlementaires, recueilli des témoignages. En un mot, elle a réussi à transformer l'accouchement sous X en un véritable défi, tant pour la recherche en sciences sociales que pour le féminisme contemporain. Nombre de chercheuses et chercheurs lui ont emboîté le pas en intégrant son apport au renouvellement de la sociologie de la famille et de la parenté, cependant que Geneviève Delaisi de Parseval renouvelait l'approche en faisant le lien avec l'anthropologie et la psychanalyse[330].

Le discours de présentation de la loi que prononce Ségolène Royal le 31 mai 2001 devant l'Assemblée Nationale tient manifestement compte de cette nouvelle donne de la recherche[331]. Très au fait de ses derniers développements, il est en grande partie consacré à désamorcer les multiples incompréhensions qui grèvent toute compréhension de l'accouchement sous X. Il les aborde en trois moments qui résument les dilemmes et les malentendus du féminisme de l'époque :

Premier moment : l'origine, ce n'est pas le biologique, mais l'histoire, la biographie. « Mieux garantir à chacun le droit de connaître ses origines n'est pas sacrifier à quelque dérive du 'tout biologique' car ce n'est pas au nom de 'liens du sang' qu'il intervient, mais de l'histoire telle qu'elle a été vécue ». L'accouchement n'est pas une simple « péripétie biologique ou le signe d'une improbable 'dictature des gènes' ». C'est un moment vécu à deux et même, au moins symboliquement, à trois, qui appartient à l'histoire de la mère comme à celle de l'enfant, et « ébauche une relation possible, si fugitive soit-elle ». Par conséquent, « éviter que la trace en soit perdue et la mémoire barrée n'est pas river l'identité à la chair mais l'ancrer dans une histoire où les parents de naissance ont eu un rôle, ne peuvent être gommés et ne devraient pas être interdits d'accès ».

---

[329] M. Cahen, *Accouchement anonyme et adoption plénière, une dialectique des secrets,* Paris, Karthala, 2004, p.144-145.

[330]Pour une analyse anthropologique de l'accouchement sous X comme un montage institutionnel particulier, organisant le déni de l'enfantement et de l'abandon et soustrayant ainsi aux individus l'accès à leur propre histoire, voir G. Delaisi de Parseval et P. Verdier, *Enfant de personne*, Paris, Odile Jacob, 1999. Ce livre fait le lien avec l'autre montage institutionnel organisant l'effacement des biographies : l'AMP avec tiers donneur (cf. supra. chap. 7 et 8)

[331] Nous reproduisons ici l'analyse de N. Lefaucheur dans son article « De la tradition française au droit à la vérité de la biographie –ou du recours à l'histoire dans les débats parlementaires sur l'accouchement dit sous X », *Clio, Femmes, Genre, Histoire*, 24, 2006.

Deuxième moment : l'origine, ce n'est pas la filiation, mais une des facettes de l'identité personnelle. Le droit à la connaissance des origines participe de l'affirmation d'un droit de la personnalité qui reconnaît à chacun, non seulement le droit à « une identité adossée à (sa) véritable biographie », mais aussi celui de « renouer tous les fils de (son) histoire » et « le pouvoir de combiner à sa manière les différentes composantes qui le font ce qu'il est, héritier d'une histoire toujours complexe qu'il invente à son tour ». Ce qui relie un individu à ses parents de naissance ne s'oppose pas à ce qui le relie à ses parents adoptifs : « il faut apprendre à conjuguer, à additionner plutôt qu'à retrancher ».

Troisième et dernier moment du dépassement des « antagonismes qui semblaient irréductibles », entre les partisans du droit des mères au secret et ceux du droit des enfants à la vérité : le projet de loi présenté, qui cherche à réinscrire les premières comme les seconds dans leur histoire commune, est un projet qui se revendique « féministe ». Prenant à contre-pied la plupart des féministes qui avaient pris position « ès qualité » dans le débat public, Ségolène Royal affirme ainsi que « la pratique actuelle de l'accouchement sous X n'est pas un acquis mais une défaite des femmes » et particulièrement des plus pauvres, qui sont « les premières exposées aux situations où l'on fait bon marché de leur maternité et de leur histoire ». Si le projet de loi garantit bien le droit des femmes à accoucher dans le secret et à refuser de lever ultérieurement ce secret, il vise donc aussi à aider les mères de naissance « à faire face » à leur histoire, sans les « forcer brutalement au face-à-face », car « le déni du passé est une violence symbolique qui rend plus difficile l'effort pour avoir prise sur son présent et se projeter dans l'avenir ».

Et la ministre de conclure en inscrivant même dans l'histoire du féminisme la recherche des origines et la réversibilité de l'accouchement secret, retraduits en droit à la vérité de la biographie : « 'Notre corps nous appartient', ont à juste titre scandé nos aînées. 'Notre histoire aussi', ai-je envie d'ajouter, sans exclusion des plus démunies et de leurs enfants auxquels il leur a fallu renoncer ».

On le voit, l'affirmation selon laquelle « les féministes » seraient hostiles à l'accès aux origines des personnes nées sous X, est pour le moins discutable.

B. Les « mères de l'ombre »

Parmi les événements qui ont soutenu la nouvelle approche féministe initiée par N. Lefaucheur, le plus bouleversant fut l'apparition soudaine, dans le débat public, de celles dont tant de féministes prétendaient représenter les intérêts, mais qu'elles n'avaient jamais rencontrées : les femmes qui ont accouché sous X. Depuis toujours ces femmes, chacune isolée avec son secret, étaient restées enfermées dans le silence. L'initiative d'une d'entre elle, Laetitia Buron, puis le relais par la création d 'une association d'écoute et d'entraide, « Les mères de l'ombre »[332], a permis que l'on entende pour la première fois leurs témoignages et leurs analyses.

1. Face aux stéréotypes, le poids des témoignages

Le mot « mère » ne doit pas être mal compris : ces femmes ne remettent jamais en cause le

[332] Voir en particulier les témoignages sur le site de l'association des mères de l'ombre : http://amo33.free.fr/accueil.htm

lien de filiation qui unit à sa mère adoptive, seule mère selon la filiation, l'enfant dont elles ont accouché. Tout au contraire, elles expriment leur gratitude immense envers ceux qui ont donné à l'enfant une mère, un père et une famille. Ce que l'usage du mot de « mère » veut exprimer, c'est qu'un accouchement n'est jamais une affaire purement « biologique ». Parce que le corps est chargé de signification et de symboles, parce que tout un système de valeurs et d'attentes donnent sens dans une société à l'enfantement et à l'abandon, le mot « mère » est là pour signifier la dimension éminemment *sociale* de l'expérience vécue, et protester contre la forme particulière de déni de la réalité et *d'atteinte identitaire* que représente le montage institutionnel de l'accouchement sous X dans lequel des faits humains aussi importants et dramatiques pour ceux qui les ont vécus sont censés « n'avoir jamais eu lieu »[333].

Les nombreux témoignages qui ont été recueillis cette dernière décennie portent à la fois sur le moment de la naissance et les circonstances de l'abandon, et sur la vie de la femme des années, des décennies après. Sans pouvoir reprendre ici toute la complexité des expériences, on se bornera à souligner les deux grands préjugés que les « mères de l'ombre » mettent à mal.

- Le premier est l'idée que l'accouchement anonyme serait l'expression d'une *liberté de la femme*. D'un côté c'est rigoureusement vrai, et on ne peut sous-estimer la possibilité que le secret donne à une femme d'être protégée, en particulier de son milieu. Mais de l'autre, c'est radicalement faux, car l'inverse n'existe pas moins : l'accouchement sous X est souvent utilisé pour couvrir l'emprise extrême d'une famille sur celle qui a « fauté », et dans ce cas l'anonymat définitif devient un instrument d'oppression parmi les plus violents. Ce n'est rien moins qu'un « crime parfait », qui efface ses propres traces avec la bénédiction du droit.

Parmi de très nombreux témoignages de cet usage possible de l'accouchement sous X contre la femme et contre l'enfant, citons celui de E :

> « J'avais 18 ans. C'était en 1972. Je vivais avec ma mère, mon frère et ma sœur dans un petit village du centre de la Bretagne, pétri de morale religieuse. J'étais partagée. J'étais heureuse de mon état mais le sentiment d'amour était étouffé par la honte de mon état par rapport aux valeurs de ma mère. Elle était assistante sociale, elle m'a dit : « des filles comme toi, des salopes, des putains qui ne savent pas se tenir, j'en ai envoyé deux cents abandonner leur enfant… tu vas faire pareil. Après ce que tu m'as fait, tu n'as qu'à obéir ». A aucun moment je n'ai reçu d'aide humaine. Mon état n'a jamais été pris en compte comme un état humain mais uniquement comme un état social et de moralité. La dame de l'œuvre me disait que ma fille serait une bâtarde et que je risquais de louper un mariage à cause de ça. » (…) Chloroformée au moment de l'expulsion, un infirmier lui propose plus tard de lui amener sa fille ; elle le voudrait mais sa mère est là et elle « doit refuser ». Elle dit : « j'ai somatisé le manque de cette enfant, ma douleur, dès cinq ou six mois après : spasmophilie, tétanie, dépression, hémorragies utérines, qui se sont arrêtées il y a trois mois (après qu'elle eut retrouvé son enfant près de trente ans plus tard, à la suite d'une émission de télévision). Je n'ai jamais refermé cette blessure. »[334]

- Le second préjugé est l'idée que la femme qui accouché sous X est *soulagée de savoir*

[333] Voir G Delaisi de Parseval et P. Verdier, *Enfant de personne*, op. cit.
[334] Cité in N. Lefaucheur, « Accouchement sous X et mères de l'ombre » in D. Le Gall et Y. Bettahar (dir) *La pluriparentalité*, Paris, PUF p.162. Voir aussi tout un ensemble de témoignages reproduits in N. Lefaucheur, Abandon et attachement : accouchement « sous X » et retrouvailles » in H. Montagner et Y. Stevens, *L'attachement, des liens pour grandir*, Paris, L'Harmattan, 2003, en part. p.101-117.

qu'elle n'entendra plus parler de l'enfant, et pourra d'autant mieux se reconstruire qu'elle disparaîtra comme elle est venue et pourra, grâce à l'anonymat, oublier l'enfantement et faire comme si « rien n'avait eu lieu ». On ne sait pas si de tels soulagements existent, même si nombre de femmes refusent toute idée de contact avec l'enfant devenu adulte, ce qui signifie forcément que cette solution est moins douloureuse ou dangereuse pour elles. Mais ce qu'on ne peut ignorer est la souffrance indicible qui peut être créée aussi par une telle *assignation à l'inexistence* non seulement pour l'enfant mais pour la mère de naissance.

Voici le témoignage d'Isabelle :

> « (…)dans cette histoire, la mère d'origine n'existe pas. Heureusement je ne suis plus la femme soumise que j'ai été [lors de mon accouchement sous X] et je vais me battre. Il faut que le législateur sache combien la décision irrémédiable d'accoucher sous X, validée par une loi inhumaine, crée de douleur de part et d'autre, et ces douleurs-là sont irrémédiables. *C'est une loi inhumaine, pour une réalité humaine. Où est l'humanité si les mères qui n'ont pu à un moment s'occuper de leur enfant deviennent tellement secrètes qu'elles en deviennent inexistantes ?* (…) Je voudrais aussi parler pour les parents adoptifs. Qu'ils n'aient pas peur d'être dépossédés de leur enfant que la nature a fait aussi nôtre. Moi je suis reconnaissante aux parents de ma fille de l'avoir désirée, de l'avoir soignée, de l'avoir éduquée et d'avoir fait le maximum pour elle. D'avoir fait ce que je n'ai pas pu faire. Il ne s'agit pas de récupérer mon enfant après vingt-cinq ans. Dans mon esprit ils restent les parents légitimes. Que peuvent-ils souhaiter pour leur enfant que de l'amour en plus, d'où qu'il vienne... Je voudrais aussi parler des pères. Ne sont-ils pas les premiers abandonnants, quand ils laissent la mère. Eux, ils abandonnent souvent doublement. Il est facile de tout faire peser sur la mère. Pourquoi ne parle-t-on pas des pères sous X ? (…) »[335]

Les témoignages recueillis aujourd'hui doivent être soigneusement contextualisés. Les mères de l'ombre témoignent souvent des décennies après la naissance, alors que le contexte historique et social a beaucoup changé, en particulier en matière de sexualité et de famille. Cela incite à se tourner en complément vers les sources qui ont récemment donné une image plus précise des femmes qui accouchent sous X aujourd'hui. Sur l'accès aux origines, la première d'entre elles est le bilan de l'activité du CNAOP.

2. Mères de l'ombre et retrouvailles : l'apport du CNAOP

Selon le CNAOP[336], entre le 12 septembre 2002 et le 31 décembre 2012, 6097 demandes d'accès aux origines personnelles ont été enregistrées et 5553 dossiers ont fait l'objet d'une clôture, dont 2136 ont été clos définitivement ; ce sont ceux où l'identité du parent de naissance a été donnée. 1781 ont été clos définitivement après communication de l'identité du parent de naissance à la personne ayant déposé une demande d'accès à ses origines. 2399 ont été clos provisoirement pour absence de renseignements permettant l'identification ou la localisation de l'un au moins des parents de naissance. Le CNAOP précise :

« De ces deux types de clôture il convient de retenir que, de manière générale, sur 100 demandes recevables et qui pour l'instant ne concernent que des personnes nées antérieurement au 22 janvier 2002, 50 ne permettent pas d'identifier et de localiser les parents de naissance. Sur les 50 autre demandes qui permettent d'identifier et de localiser les parents de naissance, la moitié des parents refusent de lever le secret de leur identité soit de

[335] Témoignage complet in P. Verdier et N. Margiotta, *Le droit à la connaissance de ses origines, un droit de l'homme*, ed. Jeunesse et droit, 1998, p.54-55.
[336] Nous reprenons ici quelques éléments du bilan que la direction du CNAOP a présenté lors de son audition. Voir la contribution publiée en annexe de ce rapport.

leur vivant uniquement, soit de leur vivant et après leur décès. ***L'autre moitié accepte de le faire. »***

Le CNAOP souligne le problème de ses propres difficultés, en tant qu'organisme chargé d'accompagner la recherche des origines, à identifier les mères de naissance, ne serait-ce que pour leur poser la question de la levée de l'anonymat. Le CNAOP est en effet bien conscient que sans ces problèmes d'accès, il est probable qu'il aurait pu donner satisfaction à deux fois plus de personnes qu'il n'a pu le faire.

Il souligne également le problème particulier de l'identification du *père de naissance* : c'est en raison de représentations sociales distinguant radicalement l'enjeu féminin et l'enjeu masculin, *comme si seules les mères de naissance abandonnaient les enfants, mais non les pères de naissance*, que l'on a longtemps considéré comme une fatalité l'évanouissement complet de ceux-ci. Mais les représentations de la paternité évoluent fortement aujourd'hui et les responsables du CNAOP ont pu constater que de plus en plus ce sont aussi les pères qui sont recherchés.

Enfin, on doit commenter ce chiffre de la moitié des « mères de l'ombre » acceptant de délivrer leur identité à l'enfant devenu adulte. Nous sommes ici dans une situation particulière où, sans organiser la moindre rétroactivité, la loi de 2002 a permis au CNAOP de s'adresser à des femmes qui sont parfois très âgées, qui ont accouché il y a longtemps, dans un tout autre contexte social, avec des valeurs et des modes de vie familiaux bien différents, et sans imaginer qu'un jour elles pourraient être contactées. Même si ce contact a été organisé dans le respect scrupuleux de la vie privée et familiale de la mère de naissance, il se produit là un événement inattendu qui demande un très complexe réaménagement psychologique, social, humain en un mot. Le CNAOP n'a pas toujours les ressources dont il aurait besoin pour pouvoir consacrer à chaque cas tous les moyens nécessaires. Dans ce contexte, on doit souligner que le taux d'une mère de naissance sur deux acceptant que son identité soit révélée et le plus souvent qu'une rencontre soit organisée, alors même que l'existence de cet enfant et son abandon ont pu être cachés toute une vie, par exemple à l'homme qu'elles ont épousé et à la famille qu'elles ont pu fonder ensuite, est un taux élevé.

Sans dénier la complexité et la diversité des situations, ce taux indique que, même dans les situations du passé où les femmes n'ont pas été sensibilisées lors de la naissance au besoin de l'enfant de pouvoir accéder à ses origines, encore moins incitées à laisser un pli fermé, mais où à l'inverse les médecins et le personnel des maternités les persuadaient que l'anonymat irrémédiable était « dans le plus grand intérêt de l'enfant », la possibilité de lever ultérieurement cet anonymat est un soulagement non seulement pour la personne en recherche mais aussi, dans la moitié des cas, pour elles.

Cela montre aussi *l'importance capitale de la temporalité* : ce qui a pu être ressenti comme impensable, insoutenable peut-être, au moment de la naissance, tel le face-à-face avec l'enfant abandonné, change de sens avec le temps, au point de pouvoir devenir un véritable apaisement après de longues années de souffrance solitaire et silencieuse.

Qu'en est-il de situations plus récentes ? Et que font les femmes qui, depuis la loi de 2002, accouchent sous le secret ?

Qui sont aujourd'hui les femmes qui accouchent sous X ?

Plusieurs études ont été réalisées. Nadine Lefaucheur a présenté en particulier celle qui a été

menée avant le vote de la loi de 2002, à la demande de la commission Dekeuwer-Défossez, et a porté sur près de 700 femmes ayant accouché dans le secret entre 1994 et 1998[337]. Elle permet de percevoir l'évolution vers des situations plus récentes, situées après la mise en œuvre de la loi.

En effet, une étude, réalisée par l'INED dans 83 départements entre juillet 2007 et juin 2009 a permis de connaître les caractéristiques sociodémographiques de 739 femmes qui avaient demandé le secret[338].

Elles se distinguent de l'ensemble des accouchées en 2008 par :

L'âge. Elles sont plus jeunes de quatre ans en moyenne (26 ans contre 30 ans). 11 % sont mineures contre 0,5 % et 18 % ont entre 18 et 20 ans contre 3 %. En raison de leur jeune âge, elles sont un peu plus souvent primipares (49 % contre 42 %), résident plus souvent chez leurs parents (31 %) et sont plus souvent en cours d'études (27 %).

Leur situation familiale. Huit sur dix ne vivent pas en couple. Le corollaire est une part importante de femmes en situation de monoparentalité (28 %).

L'absence d'autonomie financière. Trois sur quatre n'ont pas leur indépendance économique. Elles sont élèves ou étudiantes (27 %), inactives (15 %), au chômage (10 %) ou ont un emploi précaire ou un petit temps partiel (9 %).

Cependant, l'accouchement sous X est aussi pratiqué par des femmes plus âgées : 16 % ont au moins 35 ans (contre 18 %) ; par des femmes en couple : 15 % vivent avec le père biologique et 6 % avec un autre homme ; par des femmes qui occupent un emploi relativement stable : 24 %. Par ailleurs, contrairement à une représentation largement répandue, elles ne sont pas plus souvent étrangères (9 %) ou françaises d'origine étrangère (15 %) que les autres femmes. Les plus jeunes sont toutefois plus souvent d'origine maghrébine : 14 % contre 10 % entre 18 et 25 ans.

Les mères de naissance peuvent indiquer dans le dossier destiné à l'enfant les raisons qui ont motivé leur décision. *L'absence du père biologique ou son comportement sont les plus fréquentes (43 %)*. Puis, par ordre décroissant, les difficultés financières, un âge trop jeune, la crainte du rejet familial, des traumatismes récents ou anciens. À toutes ces difficultés, s'ajoute une découverte trop tardive de la grossesse : plus de huit femmes sur dix n'ont pris conscience de leur état qu'après la fin du délai légal pour une IVG en France.

Les parents de naissance disposent d'un délai légal de deux mois pour revenir sur leur décision. Avant l'expiration de ce délai, 14 % des mères ont repris l'enfant (une fois sur quatre avec le père). Parmi celles qui ne l'ont pas repris, 23 % ont laissé leur identité directement accessible à l'enfant s'il souhaite la connaitre un jour ; 31 % ont laissé un pli fermé dans lequel, en principe, elles ont noté leur identité ; 46 % n'ont laissé aucun élément permettant de les identifier.

---

[337] Voir N. Lefaucheur, « Accouchement sous X et mères de l'ombre », op. cit, en part. p.160 et suivantes.

[338] Effectuée par l'INED à la demande du CNAOP, cette étude a été réalisée sous la direction de Catherine Villeneuve-Gokalp. Le rapport final est disponible en libre accès sur le site : http://www.cnaop.gouv.fr/IMG/pdf/CNAOP_Etude_meres_de_naissance.pdf.
Nous citons ici le document de synthèse disponible sur le site de l'INED : http://www.ined.fr/fr/ressources_documentation/focus_sur/les_accouchements_sous_x_en_france/

Ces chiffres montrent l'effet important de la loi de 2002 *: plus de la moitié (54%) des femmes qui ont accouché sous X en 2008-9 ont souhaité que leur anonymat puisse un jour être levé, et cela alors même que la loi actuelle n'a pas été conçue pour organiser un « accouchement dans la discrétion » qui pourrait leur donner diverses garanties supplémentaires,* au sens où l'ont proposé plusieurs projets ou propositions de loi en France et à l'étranger et où nous le proposons ci-après (cf. deuxième partie).

Ces chiffres témoignent d'une évolution importante au plan socio-historique, puisqu'on atteint, au moment dramatique de l'abandon du nouveau-né, des proportions de projection volontaire vers la future levée de l'anonymat qui sont déjà équivalentes à celles que le CNAOP a pu réaliser pour un tout autre moment du cycle biographique des femmes : lorsque leur vie s'est faite (au sens où elles ont constitué une famille etc.), lorsque la question qui se pose est la rencontre avec l'enfant devenu adulte, une rencontre qu'elles peuvent refuser tout en acceptant que leur identité soit dévoilée, avec l'assurance d'un respect absolu de leur tranquillité familiale.

C. Accouchement secret, anonyme, sous X : démêler les confusions

Tenter de connaître et de comprendre la complexité de la réalité vécue par les mères de naissance et les personnes nées sous X devenues adultes –sans oublier de s'interroger à l'avenir sur les grands absents que sont les « pères sous X »– est capital pour prendre conscience de l'ensemble de préjugés qui ont construit comme deux valeurs radicalement antagoniques « droits des femmes » et « droit de l'enfant ».

Mais ce n'est que la moitié du chemin, l'autre étant une réflexion sur *l'institution même* de l'accouchement sous X, comme enjeu social et politique, et sur les représentations qui en sont données aujourd'hui. C'est l'autre côté du travail de N. Lefaucheur, qui a montré toute l'importance, dans les débats politiques contemporains, des reconstructions de l'histoire longue de l'accouchement sous X, au sein de l'histoire de France. Elles sont un passage obligé de tout discours sur le sujet, comme le révèle en particulier l'analyse très décapante des débats parlementaire préparatoires au vote de la loi de 2002 qu'elle a publiée[339]. La tentation majeure est celle de l'univocité. Elle peut être mise à l'appui de la défense de l'accouchement secret, « grande tradition française » dans un mouvement d'angélisation placé audacieusement sous la double tutelle de Saint Vincent de Paul et des révolutionnaires de 1793. Elle peut aussi servir sa dénonciation radicale, dans un mouvement de diabolisation de l'accouchement sous X comme « invention pétainiste », voire « fasciste », comme on peut le constater dans les textes de certaines associations.

1793 ou 1941 ? Pour une histoire de la complexité

Tout se passe comme si, face à l'impossibilité idéologique de rendre compte à la fois de deux extrêmes, on était amené à *univociser l'histoire*, faute de concevoir un scenario où figurerait à la fois deux décrets aussi importants que ceux-ci :

- d'une part le décret du 28 juin 1793 pris par la Convention, et stipulant : « il sera établi, dans chaque district, une maison où une fille enceinte pourra se retirer pour y faire ses couches (…) il sera fourni par la nation aux frais de gésine et à tous ses

[339] N. Lefaucheur, « De la tradition française au droit à la vérité de la biographie –ou du recours à l'histoire dans les débats parlementaires sur l'accouchement dit sous X », op. cit.

besoins pendant le temps de son séjour (…) le secret le plus inviolable sera gardé sur tout ce qui la concernera ».

- et d'autre part le décret-loi pris par le Maréchal Pétain le 2 septembre 1941 sur la protection de la naissance, stipulant que toute femme pourra pendant le mois précédant et suivant l'accouchement être accueillie gratuitement dans tout établissement public, sans qu'elle ait besoin de justifier son identité : « une mesure qui, pour la première fois lie explicitement la gratuité au secret de l'identité de la femme et non plus au secret de l'accouchement, *en fait à l'anonymat de la femme* »[340].

Liberté de la femme d'un côté ? Oppression de l'autre ? Non seulement les choses ne sont pas si simples, mais démêler les enjeux du débat contemporain sur l'accouchement sous X, suppose de voir que celui-ci s'enracine dans une histoire longue qui fut tout autant, et souvent simultanément, celle de la protection des femmes et des jeunes filles, que celle de leur stigmatisation.
Tout l'enjeu des travaux pionniers de N. Lefaucheur, et aujourd'hui des historiens qui ont véritablement renouvelé notre compréhension des politiques sociales de la IIIème République et de l'abandon au tournant des XIXème et XXème siècles[341], est de ne pas céder à l'idéologisation. Dans l'histoire qui mène de la Révolution française à aujourd'hui, le souci de *protéger les femmes contre la société* et de *protéger la société contre les femmes*, (ou si l'on veut, le souci de protéger les filles-mères et les femmes adultères de l'intolérance extrême de la société à leur égard, et celui de protéger l'ordre social et l'honorabilité des familles de se trouver contaminés par les « fautes » des jeunes filles et des femmes) s'entrecroisent d'une façon extrêmement complexe.
Sans pouvoir retracer ici cette histoire, retenons que les mêmes politiques sociales pouvaient viser simultanément le soutien à la femme accablée par la misère, et la lutte contre ces « fléaux » qu'étaient l'avortement, l'infanticide et la dépopulation :
« Il s'agissait évidemment moins de s'enquérir de l'intention de l'accouchée d'établir un lien de filiation avec le nouveau-né (..) moins de respecter un droit des femmes à décider librement en cette matière, comme les hommes non mariés, que de respecter le secret médical, garant de la prévention de l'avortement et de l'infanticide auxquels auraient pu être tentés de recourir pour sauver leur honneur et celui de leur famille, la femme adultère ou la jeune fille « de bonne famille » si leur « infortune » menaçait d'être publiquement révélée »[342].

« La misère et la honte »

À ces pratiques, les réformateurs sociaux de la IIIème République avaient trouvé deux causes, *la misère et la honte* : La misère, « qui ne réclame pas le secret » et la honte, « qui le commande impérieusement. » [343]
Aux mères miséreuses, ils avaient voulu généraliser les secours dits « préventifs d'abandon » pour leur permettre de garder et d'allaiter leurs enfants. Aux femmes enceintes et aux accouchées qui pour sauver leur honneur et celui de leur famille, auraient pu être

[340] M. Cahen, *Accouchement anonyme et adoption plénière*, op. cit . p.67.
[341] Voir en part. I. Jablonka, *Ni père ni mère. Histoire des enfants de l'Assistance publique (1874-1939)*, Éditions du Seuil, 2006. Et plus récemment la thèse d'Antoine Rivière soutenue le 26 novembre 2012 *La misère et la faute, abandon d'enfants et mères abandonneuses à Paris, (1876-1923),* Université Paris-Sorbonne.
[342] N. Lefaucheur, « Accouchement sous X et mères de l'ombre », op .cit.
[343] P. Strauss, *L'enfance malheureuse*, Paris, Charpenter, 1896, cité par N. Lefaucheur, op. cit.

tentées de recourir à l'avortement ou à l'infanticide, ils voulaient offrir la solution de la *maternité secrète*, imaginée au départ sous la forme de quartiers « soumis au secret » à l'intérieur des maisons maternelles ou des maternités. Le problème qu'ils voulaient résoudre était celui de la confidentialité de la grossesse et de l'accouchement, du secret que la femme ou sa famille voulaient maintenir vis à vis de leur entourage familial et social, fût-ce au prix de la vie du fœtus ou du nouveau-né. Promettre le secret, permettre aux femmes de sauver leur honneur, lutter contre l'avortement et faire naitre les enfants dont la patrie avait besoin, tout cela allait ensemble et justifiait que le département et l'État prennent en charge les dépenses liées à la préservation de ce secret, et par suite, qu'on tolère l'anonymat qu'autorisait l'absence d'enquête.
Peu de féministes semblent aujourd'hui savoir que la garantie du secret de la grossesse et de l'accouchement, « même quand les femmes ne le réclament pas expressément » visait donc essentiellement à prévenir l'avortement :

> « La nécessité de la maternité secrète est admise par tous ceux qui veulent lutter contre l'avortement, la mortalité, la morbidité infantile. Il n'est pas un médecin, pas un administrateur de maternité qui ne voit chaque année plusieurs malheureuses, filles ou femmes abandonnées, affolées par une grossesse à son début, prêtes à se tuer et cédant le plus souvent aux conseils des avorteuses. Il est indiscutable que si, au début, on peut isoler ces femmes du monde extérieur, les placer immédiatement dans un milieu où elles seront soumises à une influence morale bienfaisante (…) 1/on évitera nombre d'avortements 2/ on évitera la venue au monde de débiles et de tarés qui seront leur vie durant des faibles, des malades incapables de travail utile et de production … (rapport du docteur Pelissier, 1932)[344]

Cependant, malgré l'emphase des discours faisant de la maternité secrète la pierre angulaire de la protection de l'enfance malheureuse, la proportion de femmes réclamant le secret était infime, même au sein des maisons maternelles, et cela de l'aveu même des partisans de la maternité secrète.

Ce qui a fait changer les choses, lentement mais radicalement, ce sont les lois sur l'adoption d'enfants mineurs. À partir de 1939 mais surtout de 1966, de mère potentielle « suspendue » la mère non dénommée ou secrète est devenue peu à peu ce qu'elle est aujourd'hui dans le dispositif de l'accouchement sous X : une mère « biologique » qui doit pourtant être légalement réputée n'avoir jamais accouché[345].

Comment l'adoption changea l'accouchement secret

Le face à face de 1793 et de Vichy, que nous avons déjà évoqué idéologise radicalement les deux conceptions de l'accouchement qu'on englobe sous la catégorie générale « sous X » : l'accouchement secret, et l'accouchement anonyme. Cette distinction, nous allons le voir, est capitale pour le débat le plus actuel. Mais dès lors qu'on comprend que ce qui a radicalisé l'accouchement anonyme est l'émergence progressive de *l'adoption plénière*, la référence à Vichy devient absurde. Car cette conception de l'adoption n'a rien de « pétainiste », encore moins de « fasciste » : elle correspond à un moment de notre histoire où se sont croisés à la fois un héritage (celui du modèle matrimonial « un seul père une seule mère » où la référence à la procréation est centrale), et une innovation : la fondation d'une famille sur l'engagement parental auprès d'enfants tout-petits.

---

[344] cité par N. Lefaucheur, op. cit. p.146.
[345] N. Lefaucheur, op. cit. p.151

La différence entre *secret de l'accouchement* et *anonymat de la femme* est subtile, mais capitale pour comprendre les deux sens possible de l'accouchement qu'on nomme communément « sous X »:

- dans le premier cas, qui est le plus ancien, il ne s'agit pas de séparer radicalement la femme de l'enfant par un anonymat placé entre elle et lui, encore moins de faire comme si l'accouchement n'avait pas eu lieu, mais de permettre à une femme d'accoucher sans que son entourage puisse le savoir. C'est autour de l'événement qu'on organise le secret, et c'est pour cela qu'on cache le nom, par exemple aux autres pensionnaires etc. Quant à l'abandon, il peut certes être envisagé, mais il n'est pas rare que la femme place plutôt l'enfant en nourrice, pour le reprendre si le « séducteur » l'épouse et que l'enfant peut être légitimé. Dans certains cas, l'accouchement secret a même eu pour but *d'empêcher l'abandon* en soumettant les filles perdues à un vivifiant redressement moral et religieux pendant tout le temps de leur maintien secret dans la maison maternelle.

- dans le second cas, qui se développe à partir des années quarante, un secret de l'accouchement vis à vis de l'entourage est organisé, et on souhaite aussi protéger la femme contre sa famille en taisant son nom. La grande différence est qu'on exige d'elle qu'elle soit anonyme vis-à-vis de l'enfant lui-même. Cet anonymat est même dans certains cas la condition de la gratuité. C'est bien l'abandon qui est organisé, un abandon si radical que le dossier de l'enfant sera marqué d'un « x », et que jamais la femme ne pourra être retrouvée. L'enjeu ici est très différent, et il est inséparable des radicales transformations de *l'adoption* dont nous avons traité précédemment[346] : en effet le décret de 1941 vient compléter en réalité la création en 1939 de la légitimation adoptive qui a complètement changé le sens de l'adoption en cherchant à combler le besoin de chérir un enfant par le recueil d'orphelins et d'enfants tout-petits.

L'objectif de l'État change : il s'agit dès lors de *résoudre deux problèmes à la fois,* en organisant une « deuxième naissance » effaçant la première. Dans ce nouveau contexte, l'anonymat de la mère de naissance est la garantie suprême de l'adoption puisqu'on on sait qu'une fois passé le « délai de repentir », elle ne viendra plus jamais réclamer l'enfant. Mieux encore : l'accouchement sera réputé n'avoir jamais eu lieu, et la mère n'avoir jamais accouché. L'enfant n'aura d'autre « origine » que celle qu'on a décidé de lui donner en effaçant la mémoire de sa venue au monde[347].
Cet usage de l'anonymat de la mère de naissance n'a pas seulement été valorisé au temps où on cachait à l'enfant qu'il avait été adopté, lorsque le modèle de l'adoption plénière comme pseudo-procréation charnelle a triomphé. Il a perduré bien plus tard, y compris au sein de la nouvelle culture du « dire » qui apparaît dans les années 1980 :

---

[346] voir chap. 5.

[347] On peut lire aujourd'hui une défense et illustration de cette conception particulièrement agressive : la tribune publiée par le psychanalyste Christian Flavigny dans *Le Monde* du 8 février 2011 sous le titre « L'accouchement sous X est dans l'intérêt de l'enfant ». Il y écrit en particulier : « Il n'y a pas de spécificité au fait d'être "né sous X", et aucun préjudice dès lors qu'a été organisée l'adoption ; l'abandon fut une fracture sans doute, mais il fut un geste louable puisqu'il a donné sa chance à l'enfant et lui a ouvert une vraie destinée dans une autre famille, celle qui construit son identité et forgé son origine : l'important est de l'aider à tourner cette page, ce qui est possible par l'aide psychologique, et non de l'y ramener par des décisions sociales inconséquentes, dont la moindre n'a pas été la création d'un Conservatoire national d'accès aux origines personnelles. »

« Certes, les psychologues recommandent tous de dire, et de dire très tôt à l'enfant qu'il a été adopté, parce qu'il risquerait de l'apprendre par un tiers, et parce qu'il ne faut pas lui mentir, mais « une fois la chose dite, une fois l'enfant grandi bien au courant de sa situation, il n'y a plus lieu pour personne d'en reparler, la mère n'est ni discréditée ni valorisée, *elle a disparu* ; on ne sait rien d'elle » (…) et « lorsque l'enfant demande un peu plus tard si sa mère est morte ou n'a pas pu l'élever, les parents ne peuvent que répondre la vérité, c'est à dire qu'ils n'en savent rien[348]. »
Le parcours que nous venons de tracer à grands pas montre que rien n'est moins évident que l'opposition classique entre « droits de femmes » et « droits de l'enfant » qui a structuré jusqu'à présent nombre de discussions politiques sur l'accès aux origines des nés sous X, malgré les mises en garde faites dès 2002. De fait, tenir compte à la fois de l'évolution des conceptions de l'adoption, de l'émergence des droits de l'enfant et de la valeur accordée à la construction de l'identité personnelle ne signifie pas forcément être « pour » ou « contre » l'accouchement sous X.
Une autre voie est possible, qui peut tenter d'aménager à la fois les besoins de la mère de naissance, les valeurs portées par les parents adoptants, et l'attention croissante à la construction de l'identité narrative : conserver l'accouchement secret et organiser la possibilité pour l'enfant d'accéder à ses origines. La mettre en œuvre, ce serait apercevoir que même dans ce cas particulièrement complexe, le passage de la logique du « ou » à une nouvelle logique du « et » n'a rien d'impossible. Mais il faudra pour cela réintroduire dans la discussion la dimension qui lui a tant manqué : celle de la temporalité. Le temps de la naissance et de l'abandon et celui de la recherche des origines et parfois des retrouvailles sont par définition, au sein d'une vie, des temps profondément différents. C'est ce que nous allons à présent traduire sous forme de propositions.

II. Propositions de réforme

La perception habituelle de l'accouchement sous X amène inéluctablement à réfléchir en terme d'équilibre entre les intérêts divergents de la femme et de l'enfant, et cela même si, comme nous venons de l'expliquer, cette perception des choses est très loin d'aller de soi et fut contestée d'emblée par la ministre même qui a attaché son nom à la loi du 22 janvier 2002 sur l'accès aux origines personnelles, Ségolène Royal.
Ainsi, dans un ensemble d'arrêts rendus cette dernière décennie, la Cour européenne des droits de l'homme a vérifié si un « juste équilibre » a été ménagé entre le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines et l'intérêt d'une femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans des conditions médicales appropriées (arrêt *Godelli c. Italie*, § 63). Elle a relevé aussi qu'il est de l'intérêt général de veiller à la protection de la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, et d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins, ou des abandons « sauvages » (*Odièvre c. France*, § 45).

Dans cette recherche d'équilibre, la CEDH reconnaît que les États doivent pouvoir choisir les moyens qu'ils estiment les plus adaptés pour assurer équitablement la conciliation entre la protection de la mère et la demande légitime de l'intéressé à avoir accès à ses origines dans le respect de l'intérêt général (*Odièvre et Godelli*).

[348] C. Launay et M. Soulé, cités in N. Lefaucheur, « Accouchement sous X et mères de l'ombre », op. cit. p.158.

Elle a ainsi considéré que le système français mis en place par la loi du 22 janvier 2002 qui facilite la recherche des origines biologiques par l'intermédiaire d'un organisme indépendant et autorise la réversibilité du secret avec l'accord de la mère ménage un juste équilibre entre la protection de la femme et la demande de l'enfant (*Odièvre c. France*). En cas d'accouchement sous X, le juste équilibre est trouvé d'une part dans la nécessaire préservation de la santé de la mère et la lutte contre les abandons sauvages et d'autre part dans l'accès encadré de la personne à ses origines (renseignements non identifiants et existence d'un organisme indépendant propre à assurer la réversibilité du secret).
À l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a formulé une réponse similaire (Cons. const. 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC). A l'inverse, la législation italienne qui ne prévoyait aucun compromis entre ces intérêts a pu être condamnée, car elle ne prévoyait ni la possibilité d'accès à des renseignements non identifiant, ni l'organisation de la réversibilité du secret (*Godelli c. Italie*, n° 33783/09).

La logique de nos propositions n'est pas de critiquer cette délicate recherche d'équilibre, mais de l'améliorer de quatre façons :

1) En reconnaissant que l'intérêt de la femme au moment de la naissance et de l'abandon n'est pas forcément l'intérêt de la femme toute sa vie. Plus généralement on ne peut pas présumer qu'une femme en détresse, qui a absolument besoin du secret de l'accouchement, ait ensuite toujours le souhait que cet événement majeur de sa vie soit aboli et effacé à jamais, au point d'être supposé n'avoir jamais eu lieu. Les témoignages de femmes concernées qui sont sorties de « l'ombre » infirment radicalement le présupposé selon lequel elles seraient attachées à l'anonymat définitif, nombre d'entre elles dénonçant l'accouchement sous X comme un dispositif « inhumain ».
Distinguer secret de l'accouchement et possibilité de lever l'anonymisation de l'identité de la mère de naissance dans le dossier de l'enfant permettrait de concilier ces *deux intérêts de la femme* contrainte d'accoucher secrètement et d'abandonner son enfant.

2) En reconnaissant que l'intérêt de l'enfant de pouvoir accéder à ses origines, quand il sera devenu adulte, n'est pas forcément incompatible avec l'idée qu'il a pu être de son intérêt, antérieurement, de naître dans des conditions propres à protéger sa vie et sa santé, grâce à l'organisation du secret de l'accouchement.
Distinguer anonymat définitif, empêchant toute recherche des origines, et secret de la naissance permettrait de concilier ces *deux intérêts de l'enfant* qui, après avoir été abandonné à la naissance, recherche légitimement ses origines.

3) En reconnaissant que la loi française de 2002, qui a organisé la possibilité pour l'enfant de connaître l'identité de sa mère de naissance, sous le bon vouloir de cette dernière, a été un réel progrès, mais n'est pas une solution satisfaisante dès lors qu'elle place les enfants dans des situations inégales et qu'il serait plus conforme à nos valeurs de justice de *garantir à tous un véritable droit d'accès aux origines* ; mais en reconnaissant aussi qu'en contrepartie, la mère de naissance devrait se voir donner des garanties substantielles que la délivrance de cette identité à l'enfant sera organisée dans un respect de sa tranquillité et de sa vie privée et familiale renforcé par rapport à la loi actuelle.

4) Enfin en reconnaissant que le droit d'accès aux origines d'un enfant dont la mère de naissance a accouché sous le secret implique indirectement les parents adoptifs de celui-ci et que ceux-ci aussi ont des valeurs à promouvoir et des intérêts à défendre : des valeurs concernant la conception contemporaine de l'adoption comme devant respecter l'histoire

antérieure de l'enfant ; des intérêts parentaux dans la mesure où la quête de l'enfant doit être compatible avec la vie privée et familiale qu'ils ont charge d'organiser et de préserver pour eux-mêmes et l'enfant mineur.

Nous présentons une série de propositions dont l'objectif majeur est ***d'instituer en France un véritable droit d'accès aux origines personnelles pour toutes les personnes adoptées et pupilles****. L'exercice de droit nécessitant un accompagnement en particulier afin d'assurer le respect de la vie privée des parents de naissance, suppose de renforcer considérablement le rôle du Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles (CNAOP) et d'étendre ses missions.*

Nos propositions s'articulent autour de cinq grands points :

- ***Élargissement des compétences du CNAOP à tous les adoptés et pupilles*** en quête de leurs origines.

- ***Redéfinition de l'accouchement secret***, articulant anonymat de l'accouchement et respect du droit aux origines de l'enfant par le ***recueil systématique et l'anonymisation de l'identité de la mère de naissance.***

- ***Accès à l'identité de la mère de naissance de droit, mais seulement à la majorité*** de l'enfant, garantissant à celle-ci le maintien de son anonymat pendant 18 ans.

- ***Rétablissement, au bénéfice de celle-ci, de la fin de non recevoir à la recherche de maternité***.

- Définition du droit d'accès aux origines comme n'étant ***pas un « droit à la rencontre »***, dès lors qu'il doit ***respecter le droit de la mère de naissance au respect de sa vie privée et familiale. Tout contact ou rencontre sera soumis à l'accord préalable de celle-ci.***

A. Élargissement des compétences du CNAOP à l'ensemble des personnes recherchant l'accès à leurs origines

Si la loi du 22 janvier 2002 avait pour objectif de traiter le problème spécifique des enfants nés sous X, l'enjeu était bel et bien de ne pas accepter qu'une catégorie d'adoptés à part des autres soit constituée au regard de l'accès aux origines. Depuis on a pris conscience des obstacles que rencontre la démarche d'accès aux origines, et du besoin de soutien et d'accompagnement qu'elle génère.
Aujourd'hui, le CNAOP est uniquement compétent pour les personnes nées sous le secret. Nous proposons d'étendre sa compétence à l'ensemble des adoptés et pupilles, qu'ils soient nés en France ou à l'étranger.
En outre, comme indiqué au chapitre précédent nous souhaitons que le CNAOP prenne en charge l'accès aux origines non seulement des adoptés et pupilles, mais aussi des personnes nées d'AMP.

Propositions

- Renforcer le rôle du Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles et étendre ses missions.
- Prévoir la création de deux collèges au sein du CNAOP :
. un collège dédié aux origines de toutes les personnes adoptées ou pupilles, qu'elles soient ou non nées « sous X ».
. un collège dédié aux origines des personnes issues d'un don dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation.
Chacun de ces collèges serait organisé selon des principes paritaires, incluant en particulier des représentants des personnes concernées : personnes adoptées et pupilles, parents de naissance, parents adoptifs.
- Doter le CNAOP de moyens correspondants à l'extension de ses missions
- Accroître en particulier ses capacités en moyens de médiation et d'accompagnement socio-psychologique.

B. Accès aux origines des personnes nées sous le secret

1. Personnes nées sous le secret en France

Sans supprimer la possibilité pour la femme d'accoucher dans le secret, qui continue d'être perçue comme une mesure de protection de la femme et de l'enfant, il est préconisé de permettre que l'anonymat soit levé. Le nouvel équilibre recherché tient compte de la différence entre l'organisation la protection de la femme qui accouche, et le déni pur et simple de l'événement. Il tient compte également des besoins et intérêts de la mère de naissance et de l'enfant saisis non au un seul *instant* de la naissance, mais tout au long de leurs parcours biographiques respectifs. On distinguera donc le secret de l'accouchement, qui sera maintenu, et la possibilité de lever l'anonymisation du nom de la mère : ceci sera possible uniquement à la demande de l'enfant, à partir de sa majorité.

a. Maintenir la possibilité pour la femme d'accoucher dans le secret

Afin de préserver la santé de la femme et de l'enfant, il convient de maintenir la possibilité de demander le secret lors de l'admission à la maternité[349].
Aucun titre d'identité ne peut donc être demandé à la femme qui se présente dans un établissement pour y accoucher en demandant le secret sur son identité. Le secret continue ainsi d'être garanti non seulement à l'égard de l'établissement de santé, mais aussi à l'égard des tiers.

Propositions

- Maintenir l'article 326 du code civil :
Lors de l'accouchement la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé par l'établissement de santé.
- Ajouter à cet article la même disposition que celle figurant dans le code de l'action sociale et des familles (L. 222-6) :
Pour l'application du premier alinéa, aucune pièce d'identité n'est exigée et il n'est procédé à aucune enquête.

[349] Comme on pourra le constater, nos propositions rejoignent sur plusieurs points la proposition de loi AN, n° 4043, du 7 déc. 2011.

b. Recueillir l'identité de la mère de naissance, en lui garantissant un anonymat absolu pendant 18 ans

Afin de permettre à l'enfant d'avoir accès ultérieurement à ses origines, il convient de rendre systématique le recueil de l'identité de la mère de naissance et de renseignements non identifiants, par le représentant du CNAOP dans le département.
L'ancienne pratique du pli fermé serait supprimée. L'identité serait communiquée par la production d'un titre d'identité (carte identité, carte vitale, etc.) dont une copie serait conservée dans le dossier de l'enfant, dans des conditions en garantissant la confidentialité et sous la responsabilité du CNAOP.
Le CNAOP aurait la nouvelle responsabilité de conserver l'ensemble des dossiers des enfants « nés sous le secret » (environ 600 par an).
Tout en informant la femme du caractère obligatoire de la communication de son identité, ainsi que des garanties qui lui sont données et de l'usage unique qui pourra en être fait à la seule demande de l'enfant majeur, le représentant du CNAOP ne pourra utiliser de mesures de police, de contrainte ou d'enquête pour en avoir communication ou vérification[350].
Des renseignements non identifiants, qui ne portent pas atteinte au secret protégé par la loi, sont également conservés dans le dossier de l'enfant.

Propositions

Garantir l'anonymat assurant le droit à la protection de la vie privée de la mère de naissance :
- Maintenir la règle d'anonymisation du nom de la mère de naissance dans le dossier de l'enfant.

- Garantir à la femme son anonymat jusqu'à la majorité de l'enfant, seul autorisé à en demander la levée.

Modifier ainsi l'article L. 222-6 CASF :
« Le représentant du CNAOP dans le département du lieu d'accouchement de la femme ayant demandé la préservation du secret de son admission et de son identité par l'établissement de santé, recueille l'identité de cette dernière dans des conditions de nature à en garantir la confidentialité.
Tout en informant la femme du caractère obligatoire de la communication de son identité, ainsi que des garanties qui lui sont données et de l'usage unique qui pourra en être fait à la seule demande de l'enfant majeur, le représentant du CNAOP ne pourra utiliser de mesures de police, de contrainte ou d'enquête pour en avoir communication ou vérification.
Il informe la femme que la communication de cette identité ne pourra être délivrée qu'à la demande de l'enfant une fois majeur.
Il informe la femme que la communication de cette identité ne pourra être délivrée à l'enfant mineur que si elle déclare expressément au CNAOP pendant la minorité de l'enfant qu'elle accepte de lever le secret. »
Reprendre le dernier alinéa de l'article L. 222-6 dans un article suivant :
« Les frais d'hébergement et d'accouchement dans un établissement public ou privé

[350] Serait donc maintenu l'actuel article L. 222-6, al. 3 CASF qui interdit de procéder à des enquêtes pour déterminer l'identité de la mère de naissance.

conventionné des femmes qui, sans demander le secret de leur identité, confient leur enfant en vue d'adoption sont également pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance du département, siège de l'établissement ».

- Prévoir que le CNAOP aura la nouvelle responsabilité de conserver l'ensemble ses dossiers des enfants « nés sous le secret ».

c. Supprimer l'accès de l'enfant mineur à l'identité de la mère de naissance sauf autorisation expresse de celle-ci

Le dispositif actuel autorise le majeur, mais aussi le mineur, avec l'accord de ses représentants légaux, à avoir communication de l'identité de la mère de naissance, si cette dernière l'a laissée dans le pli fermé et qu'elle a levé le secret (L. 222-6 CASF).
Comme nous proposons que l'identité de la femme qui accouche soit systématiquement recueillie par le CNAOP, il paraît nécessaire, en contrepartie, de ne pas admettre que l'enfant mineur ait un accès automatique à l'identité de sa mère de naissance, à moins que cette dernière ait pendant la minorité de l'enfant indiqué qu'elle accepte de lever le secret.
L'objectif de la proposition est en effet de préserver l'anonymat de la femme qui a accouché de l'enfant pendant 18 ans à compter de la naissance.
Cependant, il resterait possible pour la mère de naissance de déclarer expressément au CNAOP qu'elle accepte que son identité soit communiquée à l'enfant dès sa minorité.

Proposition

Modifier l'article L. 147-6 CASF :

Le CNAOP ne communique pas à l'enfant mineur l'identité de la mère de naissance, à moins qu'il ne dispose d'une déclaration expresse d'acceptation de levée du secret de son identité donnée par celle-ci.

d. Maintenir l'accès de l'enfant dès sa minorité aux renseignements non identifiants

Dès sa minorité, l'enfant pourra toujours, accompagné de ses représentants légaux, demander la communication des renseignements non identifiants. Il conviendra à cet égard de clarifier les modalités de communication des renseignements non identifiants, la demande étant à formuler auprès du Conseil national d'accès aux origines personnelles.

Propositions

- Inciter la mère à laisser, après la naissance, un ensemble de renseignements non identifiants qui seront conservés dans le dossier de l'enfant.

- Prévoir le recueil de ces renseignements non identifiants sous une forme standardisée, afin de favoriser l'égalité de l'information entre les personnes nées sous le secret.

- Permettre la transmission de ces renseignements non identifiants à l'enfant accompagné de ses représentants légaux, dès sa minorité.

- Maintenir le dernier alinéa de l'article L. 147-6 CASF, en clarifiant les modalités de communication.

e. Permettre à la personne majeure qui en fait la demande d'accéder à l'identité de sa mère de naissance

À compter de sa majorité, la personne qui est née sous le secret pourra, si elle en fait la demande auprès du CNAOP, obtenir communication de l'identité de sa mère de naissance. Cette communication sera de droit que la mère soit vivante ou décédée. La possibilité pour la femme de solliciter la préservation du secret après son décès sera donc supprimée.

Propositions

Permettre à la personne majeure qui en fait la demande d'accéder à l'identité de sa mère de naissance :

À compter de sa majorité, la personne qui est née sous le secret pourra, si elle en fait la demande auprès du CNAOP, obtenir communication de l'identité de sa mère de naissance. Cette communication sera de droit que la mère soit vivante ou décédée.

Nouvelle rédaction de l'article L. 147-6 CASF :
Le CNAOP communique à l'enfant majeur, son représentant ou, s'il est décédé, ses descendants, l'identité de la mère de naissance.

Le CNAOP communique à l'enfant majeur, son représentant ou, s'il est décédé, ses descendants, l'identité du père de naissance.

Le CNAOP communique aux personnes mentionnées au 1° de l'article L. 147-2 les renseignements ne portant pas atteinte à l'identité des père et mère de naissance, transmis par les établissements de santé, les services départementaux et les organismes visés au cinquième alinéa de l'article L. 147-5 ou recueillis auprès des père et mère de naissance, dans le respect de leur vie privée, par un membre du conseil ou une personne mandatée par lui.

Le conseil communique à l'enfant mineur ayant atteint l'âge de discernement, avec l'accord de ses représentants légaux, l'identité de la mère de naissance, dès lors que celle-ci a, par une déclaration expresse de volonté, accepté de lever le secret.

f. Recueillir l'accord de la mère de naissance préalablement à l'organisation de toute rencontre éventuelle avec l'enfant

Le CNAOP devra recueillir l'accord de la mère de naissance préalablement à toute rencontre qui serait sollicitée par l'enfant.
Il proposera un accompagnement et une médiation autour de cette éventuelle rencontre.
Il convient à cet égard de signaler que les personnes qui obtiennent par le CNAOP l'identité de leur mère de naissance se tournent en pratique déjà depuis douze ans vers le CNAOP pour lui demander d'organiser « des retrouvailles ». Leur démarche est toujours parfaitement respectueuse de la volonté de cette dernière. Lorsque la mère de naissance refuse, aucun cas de contournement de son refus n'a été signalé.

Cette expérience du CNAOP, qui démontre que les personnes en quête de leurs origines sont particulièrement soucieuses de ne troubler en rien la mère de naissance, devrait être mieux connue : les centaines de cas concrets qui ont été accompagnés, sont le meilleur moyen de répondre aux craintes exprimées habituellement par ceux qui ignorent la réalité de la quête des origines, qui est toujours une quête d'apaisement.

Propositions

- Prévoir que le CNAOP sera l'interlocuteur et l'accompagnateur des personnes nées sous le secret demandant à accéder à leurs origines.
- Il lui appartiendra de rechercher la mère de naissance, si cela est souhaité, et de s'assurer de son accord pour toute rencontre avec l'enfant né sous le secret.
Afin de protéger la vie privée de la mère de naissance, il conviendra que cette dernière donne expressément son accord préalablement à toute rencontre avec le demandeur.
- Il lui reviendra d'organiser toutes médiations qui paraîtraient nécessaires.
- Il lui reviendra d'informer le demandeur que le droit de se voir délivrer l'identité de la mère de naissance n'emporte pas celui de la rencontrer sans son accord, ni son entourage.

g. Réinstaurer une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité

La loi du 8 janvier 1993 avait renforcé les conséquences de l'accouchement sous le secret en prévoyant une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité pour les enfants nés sous X. La loi du 22 janvier 2002 était allée dans le même sens, en précisant que l'accès d'une personne à ses origines est sans effet sur l'état civil et la filiation (art. L. 147-7 CASF). Cette cohérence avait été remise en question par la loi du 16 janvier 2009 qui a supprimé la fin de non-recevoir à l'action en recherche, au motif de la crainte d'une condamnation par la Cour européenne en raison d'une possible discrimination entre les femmes et les hommes. Il avait, à ce moment-là, été argué que cette nouvelle disposition n'aurait pas d'effets, l'immense majorité des enfants nés sous X ayant été adoptés.
Le dispositif qui en est résulté est très incohérent. En effet, la loi, tout en indiquant que l'accès d'une personne à ses origines est sans effet sur l'état civil et la filiation (art. L. 147-7 CASF), autorise l'action en recherche de maternité. Ainsi l'identité donnée par la mère de naissance sous pli fermé peut être en théorie utilisée par l'enfant pour mener à bien une action en recherche de maternité.

Dès lors qu'il est proposé que l'enfant puisse accéder à l'identité de sa mère de naissance, c'est bien uniquement un accès aux origines qui est prévu et il convient donc de restaurer une fin de non-recevoir à toute action en recherche de maternité dans ce cas.
Cette fin de non-recevoir conforterait d'ailleurs assez bien le dispositif mis en place par la loi du 26 juillet 2013 qui permet désormais au père biologique et à la famille de la mère de naissance, notamment aux grands-parents d'intenter un recours contre l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'État (L. 222-8 CASF). Dans ce nouveau dispositif, une place plus importante est faite à la famille biologique, sous le risque non négligeable cependant d'un établissement corrélatif de la maternité de la femme qui accouche dans le secret. Fermer cette voie pourrait permettre de protéger les femmes qui accouchent dans le secret, sans méconnaître la place des autres parents.

Proposition

Ajouter un alinéa 3 à l'article 326 :
L'accouchement dans le secret constitue une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité.

h. Père de naissance

Deux situations doivent être distinguées :

- La première est celle où la mère a donné elle-même des indications sur l'identité du père de naissance et des renseignements non identifiants sur le père.
En ce cas, il ne peut revenir au CNAOP de transmettre l'identité du père à l'enfant. En effet, selon la CADA et la Cour administrative d'appel de Paris le 17 juin 2004, le père est un tiers au regard de ces documents administratifs, puisque la filiation paternelle n'est pas établie. En conséquence, le CNAOP ne peut communiquer son identité sans porter atteinte à sa vie privée. Il peut toutefois communiquer à l'enfant qui le demande les renseignements non identifiants.

- La seconde situation est celle, très rare sans doute, mais qui doit être envisagée, où le père de naissance lui-même communique son identité au CNAOP. En ce cas, depuis la loi de 2002, il n'existe plus de secret sur l'identité du père de naissance et il faut clairement affirmer que cette identité peut être communiquée à l'enfant qui le demande, quel que soit son âge.
Cette situation doit être distinguée de celle admise par l'ancien code de la famille et de l'aide sociale où le père de naissance pouvait demander le secret sur son identité en remettant l'enfant à l'ASE (infra).

Proposition

Préciser que, lorsque le père de naissance donne son identité au CNAOP, cette identité peut être communiquée à l'enfant qui le demande, quel que soit son âge.

i. Non rétroactivité de la loi

Le nouveau dispositif ne serait évidemment pas rétroactif et ne concernerait que les femmes qui accouchent sous le secret postérieurement à l'entrée en vigueur du texte. Cela signifie que le CNAOP disposera de 18 ans pour se préparer à répondre aux premières demandes issues de la nouvelle loi.

j. Cas particulier des enfants remis à l'ASE avec demande du secret de l'identité des parents

Dès avant la loi de 2002, il était possible, bien que l'enfant ne soit pas né sous le secret, de demander le secret absolu de l'identité des parents lors de la remise de l'enfant à l'aide sociale à l'enfance (art. 62, 4° de l'ancien code de la famille et de l'aide sociale). La demande pouvait être formée sans limitation de durée avant la loi du 5 juillet 1996, et pendant l'année de naissance, entre 1996 et 2002.
Or l'évolution des dispositions du code du patrimoine (loi archives du 15 juillet 2008 codifiée à l'article L 213-2 I 4° CP) a rendu matériellement impossible la préservation du secret, au-delà de 75 ans après l'année de naissance de l'enfant.
En effet, cette loi a abaissé le délai de consultation publique des registres de l'état civil contenant les actes de naissance de 100 à 75 ans à compter de leur clôture, celle-ci étant annuelle. En conséquence, en dépit de la demande de secret concomitant à la remise de l'enfant, la consultation des archives rendue publique va conduire à permettre la communication de l'identité des parents, à l'issue de ce délai.
Il conviendrait que les parents de naissance soient informés, à l'occasion d'une demande d'accès aux origines par l'enfant, que le secret ne pourra être préservé au-delà de 76 ans à compter de la naissance.

Proposition

- Prévoir que l'accès aux origines des enfants remis à l'ASE avec demande du secret de l'identité des parents soit organisé par le CNAOP comme pour tous les autres adoptés et pupilles.
- Préciser aux parents de naissance que le secret de leur identité ne pourra être préservé au-delà de 76 ans à compter de la naissance.

2. Personnes nées sous le secret à l'étranger

Très peu de pays autorisent aujourd'hui l'accouchement sous le secret : dans l'Union européenne, hormis la France, seulement l'Italie et le Luxembourg.
Toutefois, l'accouchement secret a été pratiqué dans les anciennes colonies et protectorats français, comme en Algérie, et, dans certains autres pays, la pratique autorise une remise de l'enfant sans que la mère de naissance puisse être identifiée, comme en Allemagne ou en Autriche par le biais de « boites à bébé ».

Le CNAOP fait état des difficultés d'accès aux dossiers hospitaliers des personnes nées sous le secret à l'étranger ou dont l'identité des parents de naissance est inconnue (rapport 2012).
Il s'agit, pour près de la moitié des cas, de personnes nées sous X en Algérie avant l'indépendance, donc il y a plus de 50 ans. Ainsi, depuis 2002, le CNAOP a été saisi de 129 demandes d'accès aux origines par d'anciens pupilles de l'État nés en Algérie et fait part des

difficultés d'accès aux archives administratives et hospitalières éventuellement conservées. Sont aussi concernées des personnes nées en Allemagne et en Autriche après la fin de la première guerre mondiale ou encore au Vietnam dans les années 1950. Ces situations ne peuvent éventuellement se débloquer que par la poursuite d'une coopération diplomatique entre le Ministère des affaires étrangères et les autorités étrangères afin de faciliter l'accès aux archives encore existantes.

Pour les dossiers concernant les autres pays, même si les situations ne relèvent pas *stricto sensu* de l'accouchement secret, les parents de naissance peuvent être inconnus.
En vertu de l'article L. 147-5 du code de l'action sociale et des familles, le CNAOP peut recueillir « auprès de l'Autorité centrale pour l'adoption, de la mission de l'adoption internationale ou des organismes autorisés et habilités pour l'adoption, les renseignements qu'ils peuvent obtenir des autorités du pays d'origine de l'enfant en complément des informations reçues initialement ».

Une réflexion pourrait s'engager sur l'extension de sa compétence et l'articulation de celle-ci avec les intermédiaires ayant accompagné l'adoption : autorité centrale pour l'adoption internationale au Ministère des affaires étrangères (MAI), organisme autorisé pour l'adoption, agence française pour l'adoption.

Proposition

Prévoir la mise en place d'une mission destinée à réfléchir sur l'extension de la compétence du CNAOP et l'articulation de cette compétence avec les autres intermédiaires compétents en matière d'adoption internationale.

B. Accès aux origines des adoptés et pupilles qui ne sont pas nés sous le secret

1. Personnes nées en France

L'absence de cadre légal particulier peut conduire à des pratiques divergentes selon les départements, qu'il conviendrait d'harmoniser.

a. Harmoniser les informations devant être communiquées aux adoptants lors du placement

Les dispositions actuelles prévoient, pour les pupilles de l'État (article R. 224-18 CASF), que « Le tuteur fixe, en accord avec le conseil de famille, les informations qui devront être données aux futurs adoptants sur la situation du pupille ; ces informations doivent leur être données dans les délais fixés au 2° du présent article (avant le placement en vue d'adoption) et, compte tenu des droits ouverts aux adoptants, après l'intervention du jugement d'adoption. »
Ces dispositions permettent donc une appréciation variable des informations pouvant être transmises d'un département à l'autre, selon les pratiques du conseil de famille et des tuteurs. Il en résulte une absence d'harmonisation des pratiques, les adoptants disposant d'informations différentes selon le département où a eu lieu l'adoption.

Proposition

Mieux définir les informations qui doivent être communiquées aux adoptants lors du placement en vue d'adoption et lister les pièces dont une copie doit être transmise aux parents une fois le jugement d'adoption prononcé.

b. Clarifier le rôle de l'Aide sociale à l'enfance ou des organismes autorisés pour l'adoption

Les personnes en quête de leurs origines peuvent s'adresser au service de l'ASE du département de naissance ou, le cas échéant, à l'organisme autorisé pour l'adoption (OAA) les ayant recueillies lors de la naissance[351].
Les règles de consultation et communication de leur dossier relèvent, à l'exception des dispositions spécifiques aux personnes nées sous le secret, du droit commun de l'accès aux documents administratifs, régis par la loi du 17 juillet 1978, relative à l'accès aux documents administratifs. En outre, le Conseil général ne dispose d'aucun pouvoir pour localiser la mère de naissance si l'enfant souhaite la rencontrer. Le CNAOP est par ailleurs, en l'absence de secret, incompétent : le demandeur ne peut bénéficier d'un accompagnement par les professionnels du service publics ; il doit alors se tourner vers une association ou effectuer seul les démarches.

Propositions

Prévoir des dispositions spécifiques dans le CASF clarifiant le rôle du service de l'ASE dans l'accès aux origines personnelles :
Le service de l'ASE organise la consultation du dossier et accompagne le demandeur, ou/et ses représentants légaux s'il est mineur, lorsqu'il demande à accéder à son dossier. L'ensemble des pièces lui est communiqué, y compris le nom de la mère de naissance figurant dans le dossier constitué par l'ASE lors de la remise de l'enfant.

c. Étendre la compétence et le rôle du CNAOP

Notre groupe de travail propose d'étendre la compétence du CNAOP pour rechercher la mère de naissance, lorsque le demandeur souhaite pouvoir la rencontrer. Il en fait la requête au président du Conseil général, qui la transmet au CNAOP, ce dernier étant le seul organisme disposant des pouvoirs d'investigation nécessaires.
Une fois la mère de naissance retrouvée, le CNAOP ou la personne mandatée par lui, doit recueillir son consentement à une éventuelle rencontre et peut proposer des mesures d'accompagnement ou de médiation.

d. Dispositions particulières pour les personnes qui ne sont pas nées sous le secret et dont la filiation n'est pas établie (art. 57 du code civil).

Il s'agit des enfants nés en France et recueillis par l'aide sociale à l'enfance, ou par un organisme autorisé pour l'adoption et pour lesquels aucune filiation n'a été établie (art. 57

[351] En effet, L'ASE ne dispose pas du monopole de recueil des enfants que leurs parents ne peuvent prendre en charge ; ils peuvent également être remis à un OAA, même si cette compétence des OAA est aujourd'hui résiduelle : leur activité s'exerce majoritairement dans le cadre de l'adoption internationale.

du code civil). Cette possibilité est mal connue et pourrait être codifiée dans le code de l'action sociale et des familles et reprise dans le code civil à l'article 311-25.
En pratique, le dossier de l'enfant détenu par l'aide sociale à l'enfant contient l'identité de la mère, puisque cette dernière n'a pas accouché dans le secret.

Propositions

Préciser que toutes les dispositions précédentes (point 1 à 3) doivent s'appliquer à la recherche des origines pour les personnes dont la filiation n'est pas établie (art. 57).

2. Personnes nées à l'étranger

a. Accès aux informations détenues à l'étranger

Actuellement, les règles applicables sont les suivantes :
Le dossier d'adoption est conservé par le pays d'origine et c'est la loi de ce pays qui doit s'appliquer pour déterminer les règles de communication du dossier.
Pour les États parties à la Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, certains principes sont prévus. Dans certains pays, l'identité des parents ne peut être divulguée. En ce cas, la Convention de la Haye prévoit (art. 16, 2) que les États contractants doivent veiller à ne pas révéler l'identité de la mère et du père.

Dans les pays où il n'existe pas de confidentialité, l'article 30 de la Convention de la Haye prévoit que :

1) Les autorités compétentes d'un État contractant veillent à conserver les informations qu'elles détiennent sur les origines de l'enfant, notamment celles relatives à l'identité de sa mère et de son père, ainsi que les données sur le passé médical de l'enfant et de sa famille.

2) Elles assurent l'accès de l'enfant ou de son représentant à ces informations, avec les conseils appropriés, dans la mesure permise par la loi de leur État.

Il existe une forte diversité des législations et des pratiques. Actuellement, conformément aux préconisations de la Convention de la Haye, les autorités centrales des États tentent d'organiser l'accès des adoptés à leurs origines. Ainsi, le Chili a créé un registre national des adoptés tandis que la Colombie met en place une procédure d'accès dont les modalités sont publiées en ligne.

Propositions

Pour éviter les fortes disparités entre les modes de conservation de l'identité des parents de naissance selon les pays d'origine des enfants adoptés, il conviendrait d'élaborer un ensemble de propositions d'harmonisation des législations, proposées en particulier sous l'égide du bureau permanent de la Conférence de la Haye.

b. Accès aux informations détenues en France par un intermédiaire agréé pour l'adoption

Lorsque l'adoption a été réalisée avec le concours d'un intermédiaire agréé (organisme autorisé pour l'adoption ou Agence française de l'adoption), cet intermédiaire dispose d'un dossier communicable, selon les dispositions de l'article L. 225-14-1 CASF, qui renvoient aux dispositions de la loi sur l'accès aux documents administratifs.
En pratique, ces organismes accompagnent les demandeurs lors de la consultation des dossiers et peuvent les orienter dans leurs démarches lorsqu'ils souhaitent consulter leur dossier dans le pays d'origine, bien qu'il n'existe aucun cadre juridique le leur imposant.
En effet, le ministère des affaires étrangères, dont dépend la Mission de l'adoption internationale, conserve dans ses archives les dossiers d'adoption nécessaires pour la délivrance d'un visa. Les adoptés peuvent s'adresser directement à la MAI pour la communication de leur dossier.

Proposition

Confirmer que lorsque l'adoption a été réalisée avec le concours d'un intermédiaire agréé, les adoptés peuvent interroger la Mission de l'Adoption Internationale pour la communication de leur dossier.

c. Affirmer la compétence du CNAOP pour accompagner les adoptés dans leur recherche

Le CNAOP travaille déjà en collaboration avec le ministère des affaires étrangères et la Mission internationale de l'adoption et peut les saisir pour avoir communication des dossiers éventuellement détenus par le ministère dans le cadre de la délivrance des visas.
Pour éviter la diversité des pratiques, il conviendrait de prévoir que le CNAOP peut être saisi pour apporter son concours à l'adopté lorsqu'il souhaite accomplir des démarches en vue de connaître ses origines.
Le CNAOP pourrait demander la communication des dossiers aux OAA ou à l'AFA et accompagner l'adopté dans la connaissance de son dossier et la recherche éventuelle de la mère de naissance.

Proposition

Prévoir que le CNAOP peut être saisi pour apporter son concours à l'adopté né à l'étranger lorsqu'il souhaite accomplir des démarches en vue de connaître ses origines.

Chapitre 10

Reconnaître la place familiale du beau-parent

Les beaux-parents, conjoints ou compagnons de parents d'enfants nés d'une précédente union, sont de plus en plus nombreux à participer au quotidien à l'éducation et à la prise en charge de leurs beaux-enfants[352]. Selon l'INSEE, un enfant mineur sur dix vit aujourd'hui dans une famille recomposée en France métropolitaine, soit 1,5 million d'enfants de moins de 18 ans. Parmi eux, 530 000 sont issus du nouveau couple et ont au moins un demi-frère ou sœur, et 940 000 sont issus d'une union antérieure de l'un et/ou de l'autre, et vivent donc avec un parent et un beau-parent. La majorité de ces beaux-enfants (79%) vivent principalement avec leur mère et leur beau-père, et 21% avec leur père et leur belle-mère : mais ces chiffres sont complexes à interpréter. D'une part l'autre parent peut être décédé ou inexistant (cas des enfants non reconnus par leur géniteur) : même si le divorce est massivement la cause des recompositions, il n'en est pas la cause unique[353]. D'autre part, dans chaque foyer on peut distinguer ceux qui voient régulièrement l'autre parent et ceux qui ne le voient pas. Parmi ceux qui voient régulièrement l'autre parent, l'enquête de l'INSEE n'a pas distingué ceux qui vivent en résidence alternée chez leurs deux parents et leur(s) nouveau(x) conjoint(s)[354]. En majorité, les enfants de l'union antérieure cohabitent avec des demi-frères et sœurs issus de l'union actuelle (51%), viennent ensuite les familles où les enfants sont tous issus d'une union antérieure, cohabitant avec un beau-parent (41%) et enfin 8% des familles regroupent des enfants issus d'unions antérieures de chacun des deux adultes [355].

---

[352] Pour ce chapitre, nous avons une immense dette, non seulement pour leurs exposés et leur implication exceptionnelle dans la rédaction des propositions, mais pour leur apport à la réflexion anthropologique et juridique sur les familles recomposées, envers Agnès Martial, Hugues Fulchiron et Pierre Murat. Ils sont les véritables co-auteurs de ce chapitre, et nous tenons à leur exprimer notre plus chaleureuse gratitude.

[353] Voir en particulier I. Delaunay, *Le veuvage précoce en France et ses conséquences juridiques, économiques et sociales*, thèse de doctorat sous la direction d'Irène Théry, EHESS 2013.

[354] On peut regretter cette lacune, alors que la résidence alternée est de plus en plus souvent demandée par les couples. En 2012, le taux de demande de résidence en alternance variait de 14,2 % dans les procédures relatives aux enfants nés hors mariage à 20,6 % dans les procédures de divorce. (Réponse ministérielle du 18 août 2013 de la Garde des Sceaux sur les statistiques de la résidence alternée, http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-26355QE.htm)

[355] A. Lapinte, *INSEE Première* n°1470, octobre 2013, disponible sur le site de l'INSEE.

Depuis une vingtaine d'années, la difficulté de définir la place des beaux-parents dans la famille recomposée a été très souvent relevée. On a critiqué le flou du cadre normatif dans lequel ils interviennent, ainsi que l'insuffisance des instruments juridiques prévus dans le code civil. Celle-ci est manifeste tant en ce qui concerne la prise en charge par les beaux-parents de l'éducation des enfants de leur conjoint, que la transmission de leur patrimoine. Prendre la mesure de cette difficulté, en comprendre les raisons profondes, est indispensable pour conduire une réforme qui non seulement réponde aux problèmes rencontrés, mais contribue à rendre plus lisible la règle du jeu familial. Car c'est bien la question des places, rôles et statuts de chacun qui est en question sur le fond, et qui doit impérativement être clarifiée pour qu'une réforme joue pleinement son rôle.

Quel est l'enjeu majeur ?
La situation actuelle est éminemment paradoxale. Jamais autant de personnes, à une telle échelle, n'ont contribué à ce point à nourrir, soigner, élever et éduquer des enfants qui ne sont pas les leurs, et ceci en toute gratuité, sans demander aucun privilège, et sans contester la place unique des parents. Et pourtant, dans une partie de l'opinion, leur image reste encore entachée de stéréotypes dignes de Cendrillon et de Blanche-Neige. À tout le moins demeure une véritable *défiance de principe* contre les beaux-parents, comme en témoigne l'échec des nombreux projets successifs de réforme sur les « tiers » qui ont été proposés par les diverses majorités politiques.
La famille recomposée contemporaine étant issue très majoritairement d'une séparation, cette défiance est en général présentée comme une défense de l'autre parent, celui qui n'est pas au foyer, « l'ex » comme on dit dans le langage populaire. Mais récemment, un nouveau pas a été franchi et désormais c'est au nom de la valeur de *coparentalité après divorce* que certains s'opposent à tout progrès des droits des beaux-parents. Ce ne serait plus seulement les intérêts de « l'autre parent » qui seraient en jeu, mais la coopération même entre les deux parents divorcés. Une façon à peine voilée de dire que le beau-parent menace en définitive les intérêts du « parent » lui-même, son propre conjoint.

Cette accusation est d'autant plus surprenante que les sociologues, anthropologues et juristes qui suivent avec attention la question du divorce depuis quarante ans, savent que ces deux valeurs nouvelles que sont la coparentalité post-divorce et la reconnaissance de la place spécifique du beau-parent, loin de s'opposer sont absolument solidaires. Au départ, elles se sont heurtées aux mêmes obstacles, mais ont pu finalement progresser ensemble dans la société française. On oublie souvent, en effet, que la grande réforme du divorce de 1975, si moderne fût-elle en promouvant le divorce par consentement mutuel et l'intérêt de l'enfant, consacrait encore une conception traditionnelle de la parentalité unilatérale dans la famille désunie : « la garde est confiée à l'un *ou* l'autre des parents ». Il a fallu un long chemin pour parvenir à changer de logique, affirmer que l'enfant de parents divorcés devrait conserver un lien concret important avec son père *et* sa mère, et valoriser l'autorité parentale conjointe.
La coparentalité entre parents séparés, dont le principe a finalement été consacré par la loi du 4 mars 2002, ne s'est pas imposée sans plusieurs décennies de combats et débats : car on lui opposait toujours l'idée que seul un couple conjugal uni —idéalement : marié– peut être un véritable couple parental. Selon cette vision, lorsque le couple parental se sépare, il serait forcément de l'intérêt de l'enfant de choisir pour lui un foyer, une famille, un parent principal, l'autre –implicitement : le père– acceptant de devenir un parent en filigrane. Seule une autre représentation du sens du divorce, comprenant le lien entre le démariage et les progrès de l'égalité des sexes, a permis de distinguer de plus en plus clairement le conjugal

et le parental, d'affirmer le caractère idéalement indissoluble de la filiation, et ainsi de faire progresser la nouvelle valeur de coparentalité post-divorce[356].
Quant aux familles recomposées, elles ont été si longtemps refoulées aux marges de notre paysage familial qu'en 1987 encore il n'y avait en France pas un livre, pas une étude, pas un documentaire, pas une statistique, pas un numéro de revue, pas un dossier de magazine consacré à ce sujet. Elles étaient si peu reconnues qu'en français elles n'avaient même pas de nom. Ce sont les sciences sociales qui ont rompu ce silence, leur ont donné ce nom de « famille recomposée » et ont ouvert un nouveau chantier de recherche interdisciplinaire à partir du début des années 1990[357]. Leurs enquêtes ont pu montrer qu'en France, comme dans les pays anglo-saxons qui avaient initié bien auparavant une sociologie et une démographie des « *stepfamilies* », l'augmentation rapide des familles recomposées suite à l'explosion de la divortialité se traduisait par une double redéfinition : du rôle du beau-parent et des frontières du foyer familial.
De plus en plus, on a pensé la famille des enfants de parents divorcés non plus seulement à partir d'*un* foyer qu'il faudrait choisir comme leur « vraie famille », mais à partir de leurs allées et venues entre les foyers respectifs de leurs deux parents. On a alors pris conscience de l'existence d'une constellation familiale au sein de laquelle circulent non seulement les enfants, mais des pensions alimentaires, des biens, des services, des sentiments, des souvenirs et des interdépendances, même si chaque foyer a son autonomie et veille à la protéger. Or non seulement cette constellation fonctionne d'autant mieux que l'esprit de coparentalité est partagé par les deux parents, mais les beaux-parents en sont eux-mêmes des agents, parfois très actifs : toutes les enquêtes internationales rappellent que désormais ils ne se définissent ni en rivaux ni en substituts des parents, mais comme des figures familiales originales, dont la valeur est justement de s'ajouter aux parents, sans contester leur place unique.
Cette évolution dessine encore une fois le passage du « ou » au « et » que nous avons si souvent souligné au cours de ce rapport : non plus un père *ou* une mère, mais deux parents quoi qu'il arrive ; non plus une mère *ou* une belle mère, mais une constellation familiale recomposée capable de ne pas imposer à l'enfant d'insupportables conflits de loyauté. Il en va de la capacité des adultes à offrir l'enfant le moyen de construire sa propre histoire, sans se couper en deux. Dans la perspective d'une réforme, valoriser la coparentalité et reconnaître une place familiale au beau-parent vont ensemble : de fait, il s'agit d'un seul et même objectif.

I. La place familiale du beau-parent : évolution socio-historique et questions d'aujourd'hui

Les représentations sociales du beau-parent ont connu d'importantes évolutions. On peut distinguer très schématiquement trois phases dans l'histoire des familles recomposées. Une première, très longue, correspondant au temps où le lignage et le mariage étant les pivots de la parenté, le remariage était très fréquent et provoqué par le phénomène majeur du veuvage précoce. Une seconde phase plus courte où ce veuvage a commencé à baisser et le remariage à diminuer d'autant, cependant qu'aux recompositions après la perte d'un conjoint

[356] Voir supra, chapitre 1.
[357] Le terme de famille recomposée apparaît pour la première fois dans « Les beaux-enfants », *Dialogue* n°97, 1987 qui est également la première publication de sciences sociales sur ce thème. Sur le choix de ce terme, voir en particulier l'introduction d'I. Théry.

succédaient les recompositions après divorce. Et enfin la phase actuelle, ce temps du démariage où les secondes unions sont désormais massivement issues des séparations conjugales : leur nombre a explosé avec la divortialité et elles sont devenues une part très significative du paysage familial contemporain.

A. Bref rappel historique : trois façons successives de penser le rôle du beau-parent

Revenir brièvement sur cette histoire longue permet de donner quelques repères essentiels. On comprend pourquoi les stéréotypes sur le beau-parent sont, à chaque période, comme une sorte de condensé de la réticence de notre système de parenté à intégrer les recompositions, et ceci pour des raisons parfois opposées.

Veuvage précoce et haine des secondes noces : la première famille est seule légitime

Dans les siècles passés la présence d'un beau-parent était tolérée comme la conséquence malheureuse mais inévitable des veuvages précoces : il fallait bien remplacer, et souvent très vite, l'époux disparu, par un substitut capable de remplir les tâches spécifiques à son sexe dans une entité familiale organisée de bout en bout sur le partage des rôles masculins et féminins. On estime qu'au XVIIIe siècle plus d'un quart des mariages étaient des remariages[358]. Cependant la seconde union ne s'intégrait pas aisément au système occidental de parenté, fondé sur une conception religieuse du mariage indissoluble. Au fur et à mesure que s'élaborait le droit civil, l'Etat s'est attaché à préserver la continuité de la première famille comme la seule qui puisse inscrire les enfants dans la lignée et la transmission des patrimoines. Parce que la famille recomposée est vue comme une menace possible, elle n'acquiert pas d'existence juridique ni de véritable reconnaissance sociale. Le beau-parent est sommé de jouer un rôle qu'on lui dénie pourtant *a priori* la capacité de remplir. La représentation de la marâtre cristallise tout particulièrement ce paradoxe. Elle doit être une seconde mère au quotidien pour les enfants du premier lit, mais est suspectée de ne pouvoir jamais l'être pour deux raisons : elle ne pourrait avoir « d'instinct maternel » à l'égard d'enfants qu'elle n'a pas enfantés, et de surcroît l'épouse en elle est supposée détruire la mère potentielle :

« Ce qu'une marâtre aime le moins, ce sont les enfants de son mari. Plus elle est folle de son mari, plus elle est marâtre » (La Bruyère).

En tant qu'épouse, elle est supposée éprouver à l'égard de sa rivale disparue, une jalousie proportionnelle à ses sentiments pour son mari, et assouvir son besoin de vengeance sur les enfants qui sont l'incarnation, au sens propre, de l'union antérieure. Une marâtre, parce qu'elle n'est qu'une seconde épouse, est nécessairement une « mère dénaturée ». Le beau-père est lui aussi suspecté *a priori*, mais pour de toutes autres raisons : ce qu'on le soupçonne d'avoir aperçu chez la veuve, qu'elle soit joyeuse ou éplorée, c'est surtout les biens de son mari. S'approprier autant que possible ces biens qui devaient revenir aux enfants du premier lit, voilà la motivation à peine cachée de ceux qui prétendent préférer les veuves flétries avec charge d'enfants aux jeunes tendrons de l'année.
Ainsi, sous ses deux figures, féminine et masculine, le beau-parent est perçu comme « *le substitut menaçant du mort* ». Il ne peut apporter aux enfants du premier lit que l'envers du rôle parental dont il est la caricature grimaçante : maltraitance de l'orphelin innocent et prédation de l'héritage laissé par le disparu.

[358] A. Burguière, « De la famille en miettes à la famille recomposée », in M.T. Meulders-Klein et I. Théry (dir), *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Paris, Nathan, 1993.

Mais les stéréotypes à l'égard du beau-parent ne visent pas qu'un rôle familial ambigü. Ils expriment en réalité l'intolérance de toute une culture à l'égard du remariage, considéré comme une atteinte à l'idéal monogamique chrétien. Sans s'appesantir ici sur toutes les conséquences intéressantes de ce fait, en particulier en ce qui concerne la perception des secondes noces (entachées de lubricité), notons seulement que la notion de « recomposition familiale » appliquée ici est forcément anachronique : elle suppose en effet la création d'une nouvelle configuration complexe, alors que dans le passé il serait plus juste de voir la simple superposition, dans l'espace domestique, de deux familles : l'ancienne et la nouvelle. La méchante marâtre, le duplice parâtre, incarnent leur impossible accord. La famille recomposée n'existe pas au plan symbolique. En français, sans doute parce que nous sommes moins pragmatiques que les anglo-saxons[359], elle n'a même pas de nom.

Divorce et « foyer normal » : la seconde famille efface la première

La sécularisation du mariage, l'accroissement de l'espérance de vie, l'autorisation du divorce pour faute ouvrent peu à peu une seconde phase. À partir du dernier quart du XIXe et au cours du XXe siècle, les secondes unions après veuvages deviennent progressivement plus rares (hors les périodes de guerre), cependant que les remariages après divorce demeurent statistiquement très marginaux. La perception de la famille recomposée se transforme. Dans un premier temps, l'intolérance traditionnelle se poursuit : si le divorce n'est acceptable que comme un « veuvage social » qui purge la famille du coupable, l'innocent devrait marquer sa fidélité aux engagements initiaux et à l'idéal monogamique par une vie de chasteté. C'est bien pourquoi l'Église est plus hostile encore au remariage qu'à la séparation.

Mais un vrai tournant s'affirme à partir des années 1950. Car transformer sa famille en famille monoparentale par le divorce est incomparablement moins bien accepté que devoir l'accepter comme la conséquence de la fatalité de la mort. Ces familles monoparentales d'un nouveau type sont un écart par rapport au modèle de la famille nucléaire qui triomphe comme jamais auparavant au lendemain de la seconde guerre mondiale. Dans ce contexte, le remariage acquiert pour une petite trentaine d'années une légitimité inattendue : celle de réintégrer les victimes d'une faillite conjugale dans la normalité sociale, voire d'être la preuve de leur capacité à dépasser la crise induite par le divorce. Dans cette courte phase, qui culmine dans les années 1970, la seconde famille est vue comme celle qui efface la première (ratée) et peut devenir enfin la « vraie famille » des enfants du premier lit. On refait alors sa famille comme on refait sa vie : en repartant à zéro.

Il s'agit d'une simple tendance (les transmissions de patrimoines ne sont pas mises en cause) mais plusieurs indices révèlent que, culturellement, l'issue est recherchée dans l'éviction du passé et le recommencement : la perception du beau-parent comme le « vrai parent » de l'enfant, se faisant appeler *papa* ou *maman*, l'idée souvent reprise par les intéressés, selon laquelle ils auraient reconstruit un « foyer normal » etc. Les sciences humaines, en construisant la notion de « parent psychologique » et en le décrétant conforme à l'intérêt de l'enfant, contribuent à la légitimité de ce modèle. La faveur alors accordée à l'adoption de l'enfant du conjoint et à la substitution d'un nouveau nom de famille à l'ancien, traduit la part du droit dans l'aspiration à assimiler le plus possible la famille recomposée à une famille nucléaire classique. Le beau-parent connaît alors une apparente embellie : il devient « *le substitut rassurant du coupable* ».

[359] Le terme de *stepfamily* et ses dérivés (*stepmother, stepfather, stepchild* etc.) ne vient pas d'une référence à la marche (*step*), mais d'une ancienne racine *steop* signifiant l'orphelin.

Cependant, la défiance sociale ne disparaît par pour autant, elle se renouvelle. Plus la norme d'assimilation est forte, plus les familles recomposées sont sommées de se donner toutes les apparences d'un foyer ordinaire, et plus la réalité de leur structure et de leur fonctionnement devient source de méfiance. Car l'assimilation est un piège : elle permet aussi de dire que les familles recomposées ne pourraient que mimer les « vraies », fondées sur les liens du sang. Ne sont-elles pas de fausses familles nucléaires, comme on parle de fausse monnaie ? Du coup, tout ce qui les spécifie est alors inventorié comme source potentielle de risque pour l'enfant. Dans un contexte où le divorce pour faute n'a pas vraiment questionné le modèle d'un ordre familial matrimonial, ces familles que l'on nomme significativement alors « familles reconstituées » (*reconstituted families*) sont condamnées à demeurer aux marges du système, telles d'inévitables leurres : ce sont des familles « structurellement à risques ».

Démariage et recompositions familiales : de la substitution à la coexistence

La troisième phase, celle où nous sommes plongés, est logiquement la plus difficile à cerner. Son trait le plus évident est l'explosion quantitative des familles recomposées. Elle a des effets contradictoires. D'un côté, en se banalisant, ces configurations familiales sortent de la déviance, et on voit au cours des dernières décennies s'atténuer fortement l'idée que la famille recomposée serait structurellement à risque. Un nouvel espace de représentations et de valeurs se déploie, où les beaux-parents refusent la logique de la substitution. Toutes les enquêtes convergent pour indiquer que se met en place un nouvel ensemble de références, par lesquelles les beaux-parents cherchent à nommer une place complexe. Je ne suis « ni parent, ni ami », « Je ne cherche pas à remplacer le parent », « pour rien au monde je ne me ferais appeler *papa* ou *maman* ». Ces formules négatives indiquent la difficulté à définir cette place en positif, dans une culture marquée par le principe d'exclusivité de la filiation. Cependant au quotidien des réponses se cherchent et se trouvent. On peut dire en définitive que la spécificité de la place familiale du beau-parent est d'être revendiquée comme une place non pas *généalogique*, mais *générationnelle*[360]. Dans la vie concrète, cette nouvelle représentation prend des formes extrêmement variées. Comment les analyser ?

B. Comprendre la diversité des beaux-parents : les composantes du rôle beau-parental

Les enquêtes de sciences sociales ont montré que différents éléments peuvent contribuer à cerner la construction de ce rôle, de cette place, et à comprendre ses variations[361].

1. La co-résidence : beau-parent au quotidien, au quotidien « alterné » ou par intermittence

Le beau-parent le devient dans le cadre d'une relation conjugale dont on peut préciser qu'elle est cohabitante : il ou elle devient beau-père ou belle-mère à partir du moment ou il/elle vit au quotidien avec le parent d'un enfant. La cohabitation avec l'enfant dépend en revanche de l'organisation de sa résidence.

[360] Voir en particulier I. Théry, « Les constellations familiales recomposées et le rapport au temps, une question de culture et de société » in M.T Meulders-Klein et I. Théry (dir), Quels repères pour les familles recomposées ?, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 1995.

[361] Toute cette partie sur le rôle beau-parental est la reprise d'un texte de synthèse d'Agnès Martial, rédigé pour une présentation orale en réunion plénière de notre groupe de travail. Les recherches auxquelles il est fait référence sont présentées en particulier in A. Martial, *S'apparenter, ethnologie des liens de famille recomposée*, Paris, Editions de la Maison des Sciences de l'Homme, 2003.

On peut donc être beau-parent *au quotidien*, ce qui est plus souvent le cas des beaux-pères, puisque la résidence des enfants est fixée chez la mère dans la majorité des cas.
On peut l'être *par intermittence* : un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires, c'est le cas plus souvent des belles-mères.
On peut enfin l'être *de manière alternée*, mode d'organisation qui se développe. Selon les chiffres les plus récents du ministère de la Justice[362], la résidence alternée a été instaurée en 2012 dans 14,9 % des séparations et divorces toutes procédures confondues, soit une augmentation de 6 points par rapport à 2003 (8,8%) ; beau-père et belle-mère peuvent alors être simultanément en position de « beau-parent au quotidien » dans leur relation à l'enfant.
La corésidence fonde une vie commune entre les adultes et les enfants de la famille recomposée, une vie tissée de différents échanges, de gestes et de moments familiaux, voire parentaux. C'est au fil de cette vie commune que le beau-parent peut être conduit à s'engager dans la prise en charge des taches domestiques, les soins aux enfants, voire les tâches éducatives qui peuvent être plus ou moins partagées avec le parent. On peut dire qu'il est alors en situation de contribuer ou d'assumer au moins une partie du « travail parental »[363] (notion utilisée dans l'analyse de la division sexuée des taches relatives à l'univers domestique et éducatives, ainsi que la charge mentale occasionnée par la prise en charge d'enfant) au sein d'une maisonnée partagée quotidiennement ou par intermittence avec le ou les enfants de son conjoint. On pourrait alors parler de « travail beau-parental ».
On doit tout d'abord en relever l'asymétrie de genre : les belles-mères sont en première ligne, du fait d'une division des tâches domestiques et parentales qui demeure très inégale, quand bien même elles ne vivent pas au quotidien avec leurs beaux-enfants. Soulignons également que ce travail beau-parental est d'autant plus lourd que les familles recomposées sont plus souvent que les autres des familles nombreuses, réunissant des fratries importantes. Or ces tâches ne sont pas nécessairement reconnues et valorisées, notamment par les beaux-enfants eux-mêmes qui ne gratifient pas toujours leur belle-mère en retour. En outre, elles peuvent devenir un enjeu de tensions, de rivalités et de conflits éducatifs avec la mère, dans un contexte culturel où la maternité demeure difficilement partageable.
Les beaux-pères assument aussi une part au moins de ce travail parental, d'autant plus qu'ils sont plus souvent conduits à partager le quotidien de l'enfant. En outre, d'un point de vue économique, du fait des attentes sociales formulées à l'égard des hommes dans la famille, et des inégalités de revenus persistantes entre hommes et femmes, ces beaux-pères sont appelés, plus souvent que les belles mères, à jouer un rôle de pourvoyeur de ressources auprès de leurs beaux-enfants. Ils assument ainsi l'une des plus importantes dimensions de la paternité[364].
Dans ce temps et cet espace partagés, les beaux-parents sont donc conduits à accomplir des gestes « parentaux » avec les enfants de leur conjoint(e), au sein d'une maisonnée commune, mais aussi à l'extérieur : déposer et aller chercher un enfant à l'école, chez le médecin, partager avec lui des activités de loisir, de vacances etc… parfois tout au long de l'enfance.

[362] Réponse ministérielle du 18 août 2013 de la Garde des Sceaux sur les statistiques de la résidence alternée, http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-26355QE.htm)
[363] Voir Anne Verjus et Marie Vogel, « Le travail parental : un travail comme un autre ? » *Informations sociales* n° 154, 2009/4, pp.4-6
[364] Voir A. Martial (dir.), *La Valeur des liens, Hommes femmes et transactions familiales*, Toulouse, PUM, 2009.

2. La temporalité et le temps long de l'enfance

Le temps est un élément essentiel de la construction des relations beaux-parentales.
Le beau-parent vient prendre place dans une histoire commencée avant lui, il n'est pas à l'origine de l'existence d'un enfant qu'il n'a ni conçu, ni désiré. C'est ce qui fait la singularité de sa situation par rapport aux autres situations familiales.
En reconstituant les histoires personnelles et familiales de jeunes adultes élevés en familles recomposées, on a pu observer que la beau-parenté se construit au fil du temps, et prend sens à l'issue d'une enfance et d'une éducation investies d'une histoire nourrie d'événements, de gestes, de mots qui tous ensemble fabriquent le sentiment d'être *apparentés*. De ce fait, l'âge de l'enfant au moment de l'entrée du beau-parent dans sa vie est très important pour la signification que prendront leurs relations. Rencontrer un adolescent ou élever un enfant de l'âge de 2 ans à 18 ans ne donne pas lieu au même lien.
Le beau-parent arrive également nanti de sa propre histoire. On a pu montrer, dans ce contexte, l'importance des trajectoires biographiques et des itinéraires personnels des beaux-parents et isoler deux logiques : la première simplement conjugale, la seconde familiale. Lorsque le beau-parent est déjà riche d'une histoire antérieure, lorsqu'il a déjà eu des enfants, il serait ainsi moins investi dans une nouvelle histoire familiale que dans une simple histoire amoureuse. Il (elle) ne se projette alors pas forcément dans un rôle parental à l'égard de ses beaux-enfants[365].
Belles-mères et beaux-pères sont ici dans une position différente. Une belle-mère déjà mère a plus de chance de vivre quotidiennement avec ses enfants, tout en partageant la vie de ses beaux-enfants de manière intermittente, alternée ou quotidienne. Elle peut concilier en pratique sa maternité et son rôle de belle-mère, au sein d'un même espace, en les distinguant, et en investissant plus ou moins sa relation à ses beaux-enfants.
Il en va différemment pour les hommes, dont les enfants vivent moins souvent au domicile après les séparations. Des beaux-pères déjà pères peuvent ainsi se retrouver en position d'élever au quotidien un enfant qui n'est pas le leur, alors qu'ils ne vivent plus avec leurs propres enfants. Si les recherches conduites sur les familles recomposées ont décrit à ce sujet des paternités mouvantes, changeant au gré des unions conjugales, il semble que la tension entre paternité et beau-paternité soit aujourd'hui en train de s'accroître fortement du fait de l'évolution des conceptions de la paternité : de plus en plus les pères valorisent, à l'instar des mères, l'exercice quotidien de leur rôle parental[366]. On voit ainsi s'exprimer, ou on entend de façon nouvelle le *conflit affectif et de loyauté* dans lequel certains hommes disent être pris, entre une paternité intermittente et une beau-paternité corésidente, dans laquelle ils hésitent à s'investir car elle reviendrait pour eux à s'éloigner plus encore de leurs enfants.
Dans une logique plus « familiale », un beau-père, ou une belle-mère plus jeune et (ou) sans enfant sera plus enclin à investir la relation amoureuse comme une aventure à la fois conjugale et familiale, souhaitant devenir parent dans cette union, et investissant alors plus aisément sa relation avec ses beaux-enfants comme un lien « parental ».[367]

On a par ailleurs montré toute l'importance, dans ces familles, des relations fraternelles qui retentissent sur la construction du statut beau-parental, qu'il s'agisse des relations nouées

[365] Voir en part. S. Cadolle, *Etre parent, être beau-parent, la recomposition de la famille,* Paris, éd. Odile Jacob, 2000.
[366] Voir A. Martial, « Des pères « absents » aux pères « quotidiens » : représentations et discours sur la paternité dans l'après-divorce », *Informations sociales*, n°176, 2013, pp. 36-43.
[367] Voir en part. T. Bloss, *Education familiale et beau-parenté, l'empreinte des trajectoires biographiques*, Paris, L'Harmattan, 1996.

entre quasi-frères et sœurs ou de la naissance d'un nouvel enfant dans le foyer recomposé. Cette naissance transforme d'une part le beau-père ou la belle-mère en père ou mère « légitime », et tisse un lien connu et reconnu (le lien de sang) entre tous les membres du nouveau foyer recomposé. La présence d'une fratrie recomposée peut en outre encourager l'investissement parental du beau-parent à travers le souhait du couple d'élever, d'aimer et de traiter également tous les enfants du foyer recomposé[368].
Au delà du temps de l'enfance, il faut prendre en compte le temps des générations, par lequel bien des conflits de place se trouvent résolus : le beau-parent peut ainsi accéder au rôle de « beau-grand-parent », qui ne menace pas de la même façon la norme d'exclusivité protégeant la maternité et de la paternité. À cette reconnaissance répond bien souvent un investissement important. Le « travail » beau-grand-parental peut alors succéder au travail beau-parental : garde régulière ou occasionnelle des petits-enfants, disponibilité, services divers… les beaux-pères sont ici aussi plus impliqués à travers leur conjointe et grand-mère, que les belles-mères : les relations des pères à leurs enfants adultes sont en effet fragilisées par les ruptures d'unions. De nombreux enfants ont ainsi, aujourd'hui, plus de chance d'entretenir des liens grands-parentaux étroits avec un beau-grand-père qu'avec un grand-père qu'ils rencontrent moins souvent et avec qui ils entretiennent des liens plus ténus.
On peut donc souligner la diversité de situations qui se distinguent en fonction du genre, des configurations relationnelles et des histoires personnelles. Dans cette diversité, la temporalité est au cœur des relations beaux-parentales, parce qu'elle les construit au fil du temps quotidien, du temps de l'enfance, et du temps des générations.

3. Beau-parent/bel-enfant : un lien fondamentalement électif

Un homme ou une femme qui tombe amoureux peut choisir de ne pas s'investir dans l'éducation de l'enfant de son nouveau conjoint. Une relation beau-parentale n'est pas toujours pensée ni voulue par les beaux-parents eux-mêmes comme un lien parental ou même familial. Un enfant peut avoir à subir la présence d'un beau-père ou d'une belle-mère dans sa vie : il a toujours, en dernier recours, la possibilité de dénier à ce dernier une place au sein de sa famille. La relation beau-parentale est donc le résultat d'une élection réciproque.
À cette notion de choix, à la liberté qui la caractérise, est associée l'absence de reconnaissance juridique immédiate ou systématique. Même à l'issue d'une histoire longue, investie et reconnue comme parentale, aucun lien de droit ne vient aujourd'hui reconnaître et traduire l'engagement d'un beau-parent. On voit ainsi se dessiner la fragilité d'une position qui n'est finalement jamais tout à fait légitime.
Les conflits de l'adolescence sont par exemple particulièrement douloureux et difficiles à gérer, sans aucun repère ni appui qui définisse et protège la place du beau-père ou de la belle-mère, autrement qu'en négatif : le beau-parent « n'est pas un parent », même s'il a accompli durant des années un « travail beau-parental » intermittent ou quotidien. Apparaît ici un fort enjeu de reconnaissance et de légitimité au sein même du foyer recomposé, dans les relations beaux-parents / beaux-enfants.

Les secondes unions sont plus fragiles que les premières (en raison notamment des conflits et tensions que doivent affronter les familles recomposées). Se pose alors, en cas de nouvelle séparation ou de décès du parent, la question de savoir comment faire perdurer les liens si

[368] Voir A. Martial, « Partage et fraternité dans les familles recomposées », in *Adoptions. Ethnologie des parentés choisies*, in A. Fine (dir.), Editions de la Maison des Sciences de l'Homme, Paris, 1998, pp. 206-244.

l'enfant et le beau-parent le souhaitent. Le problème de la reconnaissance des relations beau-parentales se pose ainsi à l'extérieur et au-delà de la vie familiale recomposée.
Elle est cruciale dans le cas d'enfants qui voient se rompre d'un jour à l'autre des relations de corésidence et d'éducation quotidienne qui s'étaient tissées depuis des années avec un adulte et un ou d'autres enfants.
Elle apparaît aussi quand certains jeunes adultes se demandent comment nommer un ex-beau-parent qui a parfois été présent tout au long de leur enfance, et quelle place lui donner dans leur environnement. Des stratégies de parrainage civil ou simplement symbolique permettent de nommer et de faire exister les relations comme des liens familiaux, signe de la nécessité de trouver des mots et des espaces d'existence pour ces relations[369].
Un paradoxe se dessine ainsi : l'expérience beau-parentale est devenue tellement commune qu'elle ne suscite finalement plus la vague de curiosité et d'interrogations des années 1990. A t-elle pour autant gagné en légitimité, tant du point de vue des représentations sociales qu'au regard des évolutions juridiques ?
En outre, l'apparition d'autres formes de vie familiales comparables, et notamment les familles homoparentales, en soulevant dans le débat public la question de la reconnaissance des droits des *co-parents*[370] n'ont rendu que plus remarquable l'absence de reconnaissance de la place des *beaux-parents*.
Cette question des droits et de la place du beau-parent n'est pas ignorée. Elle a fait l'objet, à travers celle du « droit des tiers », de différentes propositions. La difficulté reste de singulariser ce beau-parent parmi les tiers, voire de se demander s'il est véritablement un tiers, ce qui n'a rien d'évident. L'enjeu est de lui reconnaître une place qui entérine la fréquence de ces situations, tient compte de leur diversité et légitime un rôle décidément difficile à incarner.

Dans cette perspective, nous avons déjà souligné la difficulté des rôles et places respectifs des pères et beaux-pères. Elle est différente des difficultés féminines.
La difficulté des relations entre mère et belle-mère est bien connue. Elle se concentre sur l'exercice quotidien de la parentalité, entendue au sens du *parenting*, avec la question de savoir ce qui dans celui-ci relève (ou non) d'une distinction entre le « travail parental » et le « travail beau-parental ». La belle-mère est ici en position toujours difficile, car jamais vraiment légitime aux yeux de la mère. Par un renversement complet des stéréotypes sociaux concernant les « marâtres », il est désormais aux yeux des mères, un crime encore plus grave que n'être pas assez aimée ou aimante : l'être trop. On a pu montrer, par exemple, que tout ce qui concerne le corps de l'enfant est l'objet de conflits potentiels, larvés ou aigus : depuis la tenue du carnet de santé jusqu'au fait d'emmener l'enfant chez le coiffeur…
La coexistence des hommes est beaucoup moins affectée par ces enjeux de territoire et de légitimité dans l'exercice quotidien du *parenting*. Ce qui la rend difficile se situe à un niveau différent : c'est la fragilisation très importante du statut paternel induite par le démariage, et singulièrement des liens père/enfant dans les familles post-divorce. Que celle-ci soit liée à une *démission* ou à une *exclusion* des pères fait l'objet de controverses passionnelles dans l'opinion alors qu'il est clair que les deux situations existent[371]. Nous avons rappelé plus haut quelle tristesse et quels conflits affectifs et de loyauté peut susciter pour les beaux-pères qui sont aussi des pères divorcés, le fait de s'occuper davantage de

[369] Sur tous ces points, voir A. Martial, *S'apparenter*, op. cit.
[370] Sur la distinction entre les notions de co-parent et de beau-parent, voir M. Gross, *Qu'est-ce que l'homoparentalité ?* Paris, Petite bibliothèque Payot, 2012.
[371] Voir A. Martial, « Paternités contemporaines et nouvelles trajectoires familiales », *Ethnologie française* 1/2012 (Vol. 42), pp.105-116,

leurs beaux-enfants que de leurs propres enfants. Pour la façon dont notre société parvient à intégrer les beaux-pères, les questions sur la paternité se traduisent par la tension très vive entre deux tentations opposées :
- la première est de renforcer et sécuriser le rôle beau-parental afin de pallier l'absence du père dans la vie des enfants.
- la seconde est au contraire de ne pas renforcer ce rôle de peur de créer un substitut parental qui viendrait concurrencer et fragiliser plus encore les liens pères /enfants. C'est la crainte des associations de défense des droits des pères qui sont très réticentes à la création d'un statut de beau-parent, opposant le « vrai » parent qui a donné la vie à celui qui vit avec l'enfant au quotidien.
Dans les divorces particulièrement conflictuels, où la position du parent non-résident avec l'enfant est menacée, les effets d'une telle tension peuvent être redoutables.

II. Propositions de réforme

Les analyses qui viennent d'être présentées de façon très synthétiques rappellent que toute réflexion visant à l'institution d'une place familiale des beaux-parents suppose au préalable d'éviter plusieurs écueils[372]. Le premier serait de créer un statut impératif qui s'imposerait à tous, car les familles sont dans des situations très diverses et la souplesse doit être de mise. Le second serait de créer des situations de conflits entre beaux-parents et parents, en donnant aux uns des droits qui s'opposeraient à ceux des autres. Cette prudence conduit à faire plusieurs observations :

1. Par « beau-parent » nous désignons dans ce rapport *le conjoint, le partenaire pacsé ou le concubin, de sexe différent ou de même sexe de l'un des parents*. Certes, nous n'ignorons pas que la catégorie des personnes qui peuvent être amenées à prendre en charge un enfant dans un cadre familial ou institutionnel, est plus large que la celle des « beaux-parents » ainsi définie. Mais la question des beaux-parents suscite des attentes et des interrogations spécifiques. La reconnaissance de leur place constitue un enjeu social important et pose des difficultés particulières, car il s'agit de l'articuler avec celle des parents. De plus, il est délicat, symboliquement, de faire entrer les beaux-parents dans une catégorie générique de « tiers » car précisément, ils ne sont plus vraiment des tiers, compte tenu du rôle qu'ils jouent auprès de l'enfant.

2. Il convient de ne pas créer de « statut » des beaux-parents au sens de corps de règles plus ou moins impératives qui s'imposeraient à eux. Le rejet d'un statut impératif est lié à la nécessaire considération de la diversité des situations, de la diversité des attentes et du respect de la place que chacun souhaite jouer dans la situation de vie familiale. Les propositions doivent être souples, réversibles, non impératives et fondées sur la recherche du consensus, le juge restant *in fine* le gardien de l'intérêt de l'enfant.

[372] Toute cette partie consacrée aux propositions reproduit et prolonge suite aux débats du groupe de travail la note très complète rédigée à l'attention de ce groupe par Hugues Fulchiron et Pierre Murat.

3. Le vocabulaire doit être le reflet de cette prudence. Il convient donc de ne pas parler de « statut », qui figerait le cadre proposé, ni de « droits des beaux-parents », car il s'agit de responsabilités librement assumées. L'expression de « place familiale des beaux-parents » est donc préférée et choisie à dessein.

4. Il ne faut pas confondre les rôles, les places et les statuts : le beau-parent peut remplir une fonction d'éducation et de prise en charge (un rôle « parental »), sans revendiquer juridiquement un statut de parent. Le passage de la *parentalité* (qui est une manière d'agir) à la *parenté* (par une place dans le système généalogique de filiation) est possible par l'adoption. Ce peut être une solution pour créer des liens de filiation voulus par les intéressés, mais elle correspond à des hypothèses particulières.

   Le droit français affirme le principe de coparentalité et de responsabilité parentale : on est parent pour toujours. La place reconnue au beau-parent ne doit pas se faire (juridiquement ou symboliquement) au détriment de la place des parents de l'enfant,. Il faut donc réaffirmer la place des père et mère, notamment la coparentalité. Il s'agit bien de travailler dans l'intérêt de l'enfant, de compléter, et non d'exclure. Mais à l'inverse, ce n'est pas en refusant de tenir compte de la réalité que l'on renforcera la coparentalité : il faut donc permettre à chacun d'assurer ses responsabilités sans déresponsabiliser les autres.

5. La question de la place des beaux-parents dans les familles recomposées doit être aujourd'hui analysée à la lumière de l'évolution récente du droit de la famille. En effet, un des arguments utilisés naguère pour rejeter cette reconnaissance était la crainte de conforter ou de consacrer indirectement l'homoparenté. Cette crainte est aujourd'hui dépassée depuis que la loi de 2013 a ouvert l'adoption aux couples de même sexe. De plus, notre rapport propose plusieurs réformes pour donner une réponse plus satisfaisante au statut des coparents dans les familles homoparentales : la réforme de l'adoption simple favorisant l'adoption de l'enfant du conjoint (cf. chapitre 5) et la création d'une nouvelle modalité d'établissement de la filiation via une « déclaration commune anticipée de filiation » et l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes (cf. chapitre 6).
   Envisager aujourd'hui la place des beaux-parents peut donc se faire plus sereinement et permettre justement de distinguer, dans les familles fondées sur un couple hétérosexuel ou homosexuel, d'une part les parents et coparents et d'autre part les beaux-parents, de manière à permettre à ces derniers de ne pas avoir à passer par la création de liens de filiation pour résoudre des problèmes de prise en charge de l'enfant.

De nombreux travaux antérieurs ont été consacrés à cette question, certains proposant déjà des solutions justes et mesurées dont il est possible de s'inspirer, tout en tirant les leçons du passé sur l'échec des tentatives de réforme.

- S'inspirer de propositions faites dans des travaux antérieurs : I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée. Rapport à la ministre de l'Emploi et de la solidarité et au garde des Sceaux*, éd. O. Jacob, La documentation française, 1998 ; F. Dekeuwer-Defossez, *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations*

de notre temps. Rapport au garde des Sceaux, La documentation française 1999 ; *L'enfant d'abord, 100 propositions pour placer l'enfant au cœur du droit de la famille*, Rapport fait au nom de la commission d'information et de la famille et des droits des enfants, V. Pécresse et P. Bloche, Assemblée Nationale, rapport n° 2832, la documentation française 2006 ; D. Versini, *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs fort avec lui*, La documentation française 2006[373].

- Tenir compte de l'échec des différentes tentatives de création d'un « statut du tiers » ou d'un « statut du beau-parent » depuis plus de vingt ans et, notamment, du tir de barrage opposé à l'avant-projet de loi intitulé « avant projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers » (projet de 2008)[374]. Il faut en particulier, prendre en considération les inquiétudes manifestées dans le rapport Leonetti[375] et qui ont conduit à l'abandon du projet : la création d'un *statut* du tiers serait inutile (demande surestimée, le droit positif fournit les instruments nécessaires), dangereuse pour l'enfant (conflits de loyautés, brouillage des repères) et contraire au principe de coparentalité posé par le législateur (dilution de l'autorité parentale, déresponsabilisation des parents).

Considérer la place du beau-parent dans les familles suppose d'aborder sept questions distinctes :

- la participation à l'éducation (au sens large) de l'enfant et, au besoin, à sa prise en charge pendant la vie commune
- la prise en charge de l'enfant après le décès
- les relations personnelles entre l'enfant et les beaux-parents en cas de séparation
- l'obligation alimentaire
- le recours à l'adoption
- la transmission du patrimoine aux beaux-enfants
- les droits sociaux des beaux-parents, liés à l'existence des enfants au foyer recomposés.

On rassemblera ces questions sous trois grandes rubriques :
A. la participation du beau-parent à l'éducation quotidienne du bel-enfant
B. les relations beau-parent / bel-enfant en cas de décès du parent ou de séparation du couple
C. la question de l'argent : obligation alimentaire, transmission des biens, droits sociaux

[373] Abréviations qui seront utilisées : RVP = Rapport présenté par V. Pécresse et J.P. Bloche, *L'enfant d'abord*, (2006) ; RDE = *Rapport annuel de la Défenseure des enfants* (2006) ; APLDT= *avant projet de loi sur les droits des tiers* (2009)..
[374] Avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers, 27 février 2009.
[375] J. Léonetti, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers,* remis au premier ministre le 7 octobre 2009.

A. La participation du beau-parent à l'éducation quotidienne du bel-enfant

1. L'accomplissement des actes usuels

Il convient de distinguer au sein de la proposition trois situations.

En l'état actuel du droit positif, les beaux-parents peuvent recevoir du parent une autorisation ponctuelle d'accomplir un acte usuel de l'autorité parentale. Ce système d'autorisation informelle doit persister pour les familles recomposées qui le souhaitent.

En revanche, pour les familles qui souhaitent que le beau-parent puisse accomplir les actes usuels d'une manière plus générale, nous proposons de créer un **mandat d'éducation quotidienne** donné, pour chaque enfant, par le parent conjoint du beau-parent à celui-ci.
Mais il doit être clair que la création d'un tel mandat ne préjuge en rien de la possibilité pour les familles qui ne souhaitent pas y recourir de pouvoir de manière plus informelle continuer à ne délivrer que des autorisations ponctuelles liées au nécessité de la vie courante (sorties d'écoles par exemple).

Enfin, il est proposé de créer un **certificat de recomposition familiale** délivré en mairie, faisant état de la cohabitation du parent et du beau-parent ainsi que des mandats passés au sein de la famille, et pouvant être présenté aux tiers pour attester des pouvoirs du beau-parent.

a. Créer un mandat d'éducation quotidienne

Pour sortir de l'ambiguïté, conforter la place des beaux-parents et sécuriser les « tiers » (au sens strict, cette fois, d'étrangers à la famille, *i.e.* les écoles, les administrations, les associations, le milieu médical etc.), il faut permettre au beau-parent qui le souhaite d'accomplir les actes usuels de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant. Cette possibilité doit dépasser les autorisations ponctuelles, qui en l'état du droit positif, peuvent être données par un des parents.

Ce pouvoir trouverait sa source dans une autorisation donnée par l'un des parents.

Il faut rappeler qu'en cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, toutes les décisions doivent en principe être prises en commun accord par les deux parents (exercice conjoint) ; mais la vie quotidienne est allégée par une présomption d'accord : à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est présumé agir avec l'accord de l'autre pour accomplir les actes usuels de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant (art. 372-2). Et en cas de blocage, le juge tranche en se référant à la pratique antérieurement suivie et, *in fine*, selon l'intérêt de l'enfant.

Il ne faut donc pas se méprendre sur la portée de l'autorisation donnée au beau-parent : le père ou la mère de l'enfant ne donne pas plus au beau-parent que ce qu'il a lui-même. Le beau-parent n'est donc pas investi de pouvoirs propres qu'il exercerait à la place des parents. Il doit seulement avoir le pouvoir de faire les actes usuels, comme peuvent le faire, parallèlement les parents de l'enfant. À l'égard des tiers, le beau-parent sera présumé agir avec l'accord des parents.

À l'inverse, si l'un des parents manifeste son désaccord, le beau-parent ne sera plus présumé pouvoir accomplir les actes usuels. En ce cas, le tiers ne pourra plus être considéré comme étant de bonne foi : il risquera d'engager sa responsabilité.
Théoriquement, l'accord des parents est donc toujours nécessaire. Mais, pour passer tel ou tel acte, le tiers n'aura pas besoin d'en demander systématiquement la preuve. Muni de son autorisation, le beau-parent pourra donc agir au quotidien.

Proposition

Afin de traduire l'autorisation donnée par un parent à un beau-parent d'accomplir les actes usuels concernant le bel-enfant, créer un mandat dénommé « mandat d'éducation quotidienne ».
Ce mandat ne requiert pas de recueillir l'accord de l'autre parent, car celui-ci est présumé entre les co-titulaires de l'autorité parentale.
En revanche, en cas de conflit, le parent peut saisir le juge.
Le mandat pourra être passé par acte sous seing privé ou par acte authentique devant notaire.
Un modèle d'acte pourrait en être proposé en ligne.

Il convient en effet, compte tenu des pouvoirs conférés, qui sont modestes, d'éviter les formules telles que mandat de responsabilité parentale ou mandat de responsabilité éducative, très « invasives » au regard de l'autorité parentale et qui semblent donner des pouvoirs propres au beau-parent, alors qu'il ne s'agit que de pouvoirs partagés.

Il doit aussi être clair que le mandat d'éducation quotidienne n'est nullement obligatoire pour que le beau-parent puisse accomplir lui-même avec l'autorisation ponctuelle du parent, certains actes usuels. Tout parent peut en effet de façon informelle autoriser un tiers à effectuer des actes usuels. Le mandat d'éducation quotidienne serait donc avant toute chose un moyen destiné à faciliter la vie des familles recomposées, puisqu'il emporterait de manière générale présomption d'accord des parents pour l'accomplissement des actes usuels.

Plusieurs questions se posent pour la constitution de ce mandat d'éducation quotidienne :

Quels sont les actes concernés par ce mandat ?

Il s'agit de permettre au beau-parent d'accomplir les actes usuels de l'autorité parentale. La catégorie d'actes usuels, mentionnée à l'article 372-2 du code civil, n'est pas définie par la loi. La doctrine et la jurisprudence considèrent généralement comme tels ceux qui ne rompent pas avec la pratique antérieurement suivie et n'engagent pas l'avenir de l'enfant. À cette définition « négative » des actes usuels, l'APLDT avait préféré une définition « positive » des actes importants de l'autorité parentale : « *sont réputés tels les actes qui engagent l'avenir de l'enfant, notamment quant à sa santé ou à son éducation, ou qui touchent à ses droits fondamentaux* ».

Plutôt que de s'astreindre à une définition risquant d'obérer le pouvoir d'appréciation du juge, nous avons jugé préférable de conserver cette notion cadre, précisément pour permettre au juge d'apprécier la portée des actes d'éducation et de surveillance *in concreto*, sachant

que selon les enfants et leur situation particulière, tel acte pourra ou non être qualifié d'usuel.
La plupart du temps, sont considérés comme usuels : la réinscription dans un établissement scolaire, l'inscription à la cantine, les justifications d'absences, les inscriptions à l'aide aux devoirs ou aux ateliers du soir, la présence aux réunions parents-professeurs à l'école, l'accompagnement des sorties d'école, les récupérations à l'école, les soins courants ou habituels (soins dentaires de contrôle ou de routine, vaccinations obligatoires, visite médicale…), la récupération chez le médecin ou même à l'hôpital en cas d'hospitalisation urgente ou non.
En revanche, tout changement d'établissement scolaire, choix d'option à l'école, décision d'intervention chirurgicale (sauf celles totalement bénignes), choix d'une éducation religieuse et de ses modalités sont à porter au nombre des actes graves nécessitant le consentement des deux parents titulaires de l'autorité parentale. Il devrait en être de même de l'autorisation des recherches biomédicales sur l'enfant[376]. Une solution particulière devrait aussi être trouvée à propos du passeport de l'enfant et des sorties du territoire. Chaque parent titulaire de l'autorité parentale peut faire établir un passeport au nom de l'enfant mineur. Il peut aussi seul solliciter un visa et prendre la décision de sortie du territoire. Ce n'est que si le juge aux affaires familiales a été saisi que ce dernier peut ordonner l'interdiction de sortie sans l'accord des deux parents (art. 373-2-6, al. 3, C. civ.). Cette solution tend à qualifier ces différents actes (élaboration du passeport, demande de visa, sortie du territoire), comme étant *a contrario* des actes usuels, alors même qu'ils n'ont pas trait à l'évidence au quotidien de l'enfant. C'est pourquoi ces actes pourraient être réservés aux seuls titulaires de l'autorité parentale, ce que ne sont pas les beaux-parents[377].

Quelles conditions de fond ?

- Les conditions du mandat tenant à la situation du beau-parent.
  Le mandat d'éducation quotidienne ne pourra être sollicité par un beau-parent, qu'il soit marié, pacsé ou concubin du parent que s'il le souhaite et s'il partage une vie commune avec son bel-enfant. L'implication du beau-parent supposera donc son accord, ce qui exclut tout jeu légal d'une présomption d'accord de réalisation des actes usuels au motif que le beau-parent participerait en fait à l'éducation de l'enfant. Le droit français continuera donc de se démarquer sur ce point du droit anglais qui permet au « *de facto carer* » (c'est à dire à celui qui prend soin de l'enfant dans les faits) d'accomplir tout ce qui est raisonnable étant donné les circonstances pour protéger et promouvoir le bien-être de l'enfant[378]. Le droit français se démarque aussi du droit allemand qui prévoit que

[376] Ce qui n'est pas pour l'heure l'état du droit positif, voir les articles L. 1122-2 CSP et s.
[377] Il serait en effet excessif d'exiger que le parent qui ne vit pas avec l'enfant ait à saisir le juge pour solliciter une interdiction de sortie du territoire sans l'autorisation des deux parents, dès lors qu'il souhaite s'opposer à la sortie du territoire avec le beau-parent, présumé pouvoir agir en vertu du mandat d'éducation quotidienne.
[378] Children Act de 1989, art. 35. V. spéc. S. Cretney, « Les familles recomposées en droit anglais », in M. Th. Meulders-Klein, et I. Théry (dir.), *Quels repères pour les familles recomposées ? Une approche pluridisciplinaire internationale* Paris, LGDJ, 1995, p.141 et suivantes ; J. Sosson, « Le statut juridique des familles recomposées en Europe : quelques aspects de droit comparé », in M. Th. Meulders Klein et I. Théry (dir.), *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Paris, Nathan, 1993, p.299 et suivantes ; « Réflexions de droit comparé sur les secondes familles », in *L'enfant, sa première et ses secondes familles*, LPA, oct. 1997, n° 121, p. 29 ; F. Granet, *La législation relative à la responsabilité parentale au Royaume-Uni*, Strasbourg, Centre de droit privé fondamental, 2002.

le conjoint ou le partenaire du parent qui exerce seul l'autorité parentale est légalement autorisé à accomplir les actes relatifs à la vie quotidienne de l'enfant[379].

- Les conditions du mandat tenant à l'enfant.
  Un mandat d'éducation quotidienne serait requis pour chaque enfant élevé dans une famille recomposée. Il y aurait donc un mandat par enfant. Il faut en effet remarquer que selon l'âge des enfants, l'implication du beau-parent dans son éducation au titre des actes usuels peut être plus ou moins nécessaire et acceptée. Il faut ensuite relever qu'une famille peut être recomposée avec des enfants issus de chaque union antérieure, des quasi-frères et sœurs étant ainsi élevés ensemble. Dans la famille recomposée, le mandat pourrait ainsi permettre à un parent d'accomplir les actes usuels sur les enfants de son conjoint et vice versa.

- Il ne serait pas nécessaire de recueillir l'avis de l'enfant préalablement à la constitution du mandant. Il faut simplement rappeler que la loi organise déjà la possibilité pour l'enfant doté de discernement de demander à être entendu par le juge dans toutes procédures le concernant (art. 388-1 C. civ.). L'enfant pourrait donc, à l'occasion d'un litige lié à l'existence ou l'exécution du mandat, être entendu par le juge aux affaires familiales.

- Les conditions relatives à l'autre parent. Selon certains, donner au beau-parent le pouvoir de faire les actes usuels de l'autorité parentale ne serait pas un acte usuel et il paraît difficile pour le tiers (administration etc.) de présumer que les deux parents sont d'accord pour prendre une telle décision (cf. art. 373-2). Aussi a-t-il été proposé qu'en cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, l'accord de l'autre parent soit nécessaire. Et en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale, comme il s'agit de faire intervenir un tiers dans l'exercice de l'autorité parentale, certains considèrent qu'il faudrait aussi l'accord de l'autre parent, avec, en cas de refus, l'arbitrage du juge, au vu de l'intérêt de l'enfant (RVP).

- Une telle proposition est toutefois d'une lourdeur inutile et risque d'induire en erreur sur la portée de l'autorisation donnée : il ne s'agit pas de donner au beau-parent des pouvoirs propres qu'il exercerait à la place des parents, mais seulement de lui donner le pouvoir d'accomplir les actes usuels grâce à une présomption d'accord avec les parents.
  Il convient ainsi de considérer que l'accord formel de l'autre parent n'est pas nécessaire, mais qu'il est présumé. Ainsi, à l'égard des tiers bonne foi le beau-parent mandataire aurait le pouvoir de faire les actes usuels relatifs à l'exercice de l'autorité parentale.
  Conformément au droit commun de l'autorité parentale, le parent non mandant pourrait faire tomber la présomption d'accord, en informant les tiers de son opposition. Il pourrait aussi saisir le juge aux affaires familiales en cas de conflit.

Quelles conditions de forme ?

Nous proposons que le consentement du parent et du beau-parent à l'exercice partagé des actes usuels se fasse au moyen d'une convention de mandat.

---

[379] K. Boele-Woelki (dir), *Principles of European Family Law regarding Parental Responsabilies*, Commission on European Family Law, Oxford, Intersentia, 2007, p.116 et suivantes.

On sait que l'idée même d'une convention de mandat portant sur l'autorité parentale a pu être critiquée, au motif qu'elle porterait atteinte au principe d'indisponibilité de l'autorité parentale énoncé notamment à l'article 376 du code civil. Mais à cela, il a été objecté très justement, que le mandat ne concernant que les actes usuels est restreint et ne constitue pas une transmission de l'exercice de l'autorité parentale[380].
Il faut observer par ailleurs, que la dénomination même de mandat pourrait soulever d'autres critiques liées à ce qu'il ne s'agit pas d'un mandat classique au sens de l'article 1984 du code civil, puisqu'il n'emporte aucune représentation du mandataire. Ce à quoi il est aisé de rétorquer que de multiples mandats sans représentation ont vu le jour dans la législation, tels le mandat de protection future ou le mandat posthume et que le nouveau mandat d'éducation s'inscrirait dans cette ligne.

Les rapports antérieurs avaient déjà évoqué l'idée d'un mandat en lui donnant diverses formes, tels une simple déclaration par actes sous seing privé (APLDT), un acte notarié (RVP) ; ou encore un enregistrement au greffe du tribunal d'instance (RV).

Nous proposons d'éviter tout formalisme excessif afin de « dédramatiser » des autorisations qui ne portent que sur les actes usuels (*i.e.* sur le quotidien).
Le mandat pourrait donc être passé par acte sous seing privé ou par acte authentique devant notaire. L'avantage du mandat notarié tiendrait uniquement à sa preuve et à sa date certaine. Pour le mandat sous seing privé, une proposition de modèle (téléchargeable en ligne) pourrait utilement être élaborée, à l'instar de ce qui a pu être fait pour le mandat de protection future, afin de faciliter la vie des familles souhaitant y recourir.

Quelle publicité pour ce mandat ?

Le mandat d'éducation quotidienne n'aurait pas à être publié, ni enregistré pour produire ses effets. Il pourrait ainsi utilement être présenté aux tiers pour attester du pouvoir qu'aurait alors le beau-parent d'accomplir les actes usuels relatifs à l'autorité parentale.

Révocation du mandat.

S'agissant de dispositions relatives à l'autorité parentale et conformément au droit commun, il faut admettre que le mandat d'éducation quotidienne peut être révoqué à tout moment par chacune des parties. Pour le mandat sous seing privé, la mention de la révocation peut être apposée sur le mandat lui-même. Pour le mandat notarié, le notaire pourra constater la volonté de l'une ou l'autre des parties de révoquer. La révocation prive le mandat et le livret éventuellement obtenu de tout effet.

Arbitrage du juge ?

Il convient de se référer au droit commun de l'autorité parentale et de prévoir l'arbitrage du juge aux affaires familiales en cas de conflit entre le parent et le beau-parent, ou même entre les parents ou le parent non mandataire et le beau-parent. Le juge tranche le conflit dans l'intérêt de l'enfant.

---

[380] V. spéc. H. Fulchiron, « Autorité parentale et famille recomposée », in *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller,* LGDJ, 1994, art. 35853 ; H. Fulchiron, « Le droit français face au phénomène des recompositions familiales », *Quels repères pour les familles recomposées ?*, Paris, LGDJ, Collection Droit et Société, 1995.

Quid en cas d'urgence ?

Les actes urgents peuvent concerner spécialement la santé de l'enfant. La question pourrait se poser de savoir si le beau-parent mandaté pour accomplir les actes usuels pourrait faire face aux situations d'urgence en prenant une décision qui relève normalement d'un exercice conjoint de l'autorité parentale. Cette question est en réalité un faux problème, car en cas d'urgence toute personne peut intervenir pour ne pas laisser l'enfant en situation de danger. Ainsi, en cas d'urgence, lorsque les parents ne sont pas présents, les tiers peuvent accompagner l'enfant à l'hôpital et c'est alors au médecin d'intervenir.

Peut-on élargir le champ du mandat ?

Au delà de l'autorisation pour les actes usuels, faut-il aller plus loin et, comme le proposait le rapport de la Défenseure des droits de l'enfant, élargir le « mandat d'éducation » à d'autres actes ?

> Dans ce cas, s'il y a exercice en commun de l'autorité parentale, l'accord de l'autre parent est nécessaire (plus de présomption d'accord). On se rapproche alors d'une « délégation-partage » (cf. *infra*) et on passe d'un pouvoir conjoint s'exerçant dans le cadre d'une présomption d'accord à un pouvoir qui en principe ne peut être exercé que conjointement par les deux parents.
> Pour un acte grave particulier, le parent non mandant doit donc donner son accord. Mais il est exclu qu'il donne à un tiers, de manière générale par le biais du mandat, un accord qui confèrerait au mandataire les pouvoirs d'accomplir les actes graves. En effet, un tel pouvoir ne peut être que du ressort d'une délégation d'autorité parentale qui requiert une décision judiciaire.

b. Créer un certificat de recomposition familiale

La demande de reconnaissance sociale des beaux-parents étant très forte, nous proposons qu'en sus du mandat, il soit proposé aux familles la possibilité d'obtenir un « certificat de recomposition familiale » délivré en mairie. *Mutatis mutandis*, ce certificat jouerait le rôle que, dans d'autres circonstances, a pu jouer le certificat de concubinage. En l'occurrence il attesterait simultanément de la cohabitation du parent et du beau-parent, et de l'autorisation donnée par le mandat. Il faut observer que l'obtention de ce certificat serait facultative et uniquement destinée à faciliter la vie quotidienne des familles recomposées qui le souhaitent.
Ce certificat aurait ainsi vocation à être présenté à tout tiers qui pourrait en faire la demande (école, médecin, activité périscolaire, etc.).

Proposition

Création d'un « certificat de recomposition familiale » délivré en mairie du lieu du domicile de la famille recomposée.
Ce certificat sera délivré sur présentation des mandats d'éducation consentis au sein de la famille recomposée et d'une preuve de résidence.
Il attestera simultanément de la cohabitation du parent et du beau-parent, et de l'existence d'un mandat d'éducation quotidienne.
Il aura également vocation à faire état des différents mandats d'éducation de manière à faciliter la vie des familles**.**
Il faut rappeler en effet qu'un mandat est consenti pour chaque enfant et qu'il peut être consenti par chaque parent formant une nouvelle union sur les enfants de l'autre.

Il doit être clair que le défaut de certificat n'empêcherait pas les mandats de produire effet à l'égard des tiers. Il aurait simplement pour effet d'attester de l'existence de la famille recomposée (via l'attestation de résidence) et de la pluralité des mandats qui ont pu être conclus.
Ce certificat pourrait aussi être utile comme preuve d'une vie commune et de sa durée, pour démontrer l'importance du maintien d'un lien beau-parent/bel-enfant en cas de décès ou de séparation, en cas de transmission successorale, ou pour faire valoir les droits d'un beau-parent à une pension de retraite (voir infra).

2. La délégation de l'autorité parentale

Il s'agit de confier ici au beau-parent, d'autres pouvoirs.

Deux hypothèses sont envisageables. Ces pouvoirs peuvent lui être confiés pour qu'il les partage avec les parents ou avec l'un d'eux ou bien encore pour qu'il les exerce à la place du parent délégant.

Il faut relever au préalable que le terme de délégation-partage est très ambigu, car en ce cas, le pouvoir n'est pas vraiment délégué, il est conservé par le parent déléguant, alors que dans une délégation classique, il y a transfert de pouvoir. La loi du 4 mars 2002 a ainsi prévu une rédaction des textes relatifs à la délégation peu claire. Les textes sur la délégation sont incohérents (art. 377 s.). Ils mélangent les hypothèses et soumettent la délégation-partage (placée au milieu de l'art. 377-1) aux conditions de la délégation traditionnelle. Ainsi l'exigence de circonstances exceptionnelles (« lorsque les circonstances l'exigent ») de l'article 377, a pu être étendue par la jurisprudence à la délégation-partage puisque celle-ci n'est pas présentée comme une hypothèse de délégation autonome. Le résultat est aujourd'hui unanimement critiqué et a conduit d'ailleurs à des interprétations très divergentes de la part des juges du fond lorsqu'ils envisageaient une délégation de l'autorité parentale pour les couples de même sexe.

Il conviendrait donc de mieux distinguer la délégation-transfert et la délégation-partage, cette distinction devant figurer dans deux textes distincts aux articles 377 pour la première et 377-1 pour la seconde.

Dans les deux cas, il s'agit donner au beau-parent qui le souhaite la possibilité de prendre en charge en totalité ou en partie l'enfant, dans le respect des responsabilités qui appartiennent aux parents, au nom de l'intérêt de l'enfant et sous le contrôle du juge.

a. La délégation-partage : réécriture de l'article 377-1

Il s'agit dans ce cas de permettre au beau-parent qui le souhaite de partager avec les parents les fonctions éducatives qui appartiennent à ces derniers.
La délégation-partage est un dispositif de soutien à la parentalité. L'outil peut être également utilisé par d'autres « tiers » appelés à prendre en charge un enfant (ex. des grands-parents ou au autre membre de la famille en cas de maladie ou d'éloignement du parent avec qui vit l'enfant lorsque l'autre parent ne peut pas ou ne souhaite pas prendre en charge l'enfant, etc).

Cette délégation suppose une décision du juge, qui veillera à ce que les propositions des parents soient bien conformes à l'intérêt de l'enfant.

Trois cas de figure doivent être ainsi distingués :

- *En cas d'exercice en commun de l'autorité parentale,* la délégation-partage suppose l'accord des deux parents à la délégation. Les parents délégants et le ou les tiers délégataires peuvent soumettre au juge une convention homologuée prévoyant le partage. Il peut ainsi être prévu une délégation à un seul beau-parent ou bien encore une délégation croisée dans le cas où les père et mère ont recomposé leur couple chacun de leur côté. Le juge appréciera si les propositions qui lui sont soumises sont conformes à l'intérêt de l'enfant. La délégation-partage pourrait concerner tous les champs de l'autorité parentale, ou bien une partie seulement.
  Il faut bien noter que dans ce cas, les actes devront être passés conjointement par les deux parents et par le ou les tiers délégataire, sauf pour les actes usuels relatifs à la personne de l'enfant, pour lesquels s'applique la présomption d'accord (art. 372-2). Le système est donc potentiellement très lourd et suppose *de facto*, des circonstances particulières, comme la maladie, l'éloignement ou le désintéressement d'un parent.

- *En cas de désaccord ou d'absence de consentement de l'autre parent dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale, il convient d'admettre qu'un seul parent puisse saisir le juge, à raison de circonstances exceptionnelles, d'une demande de délégation-partage de son autorité parentale.*

- *Cette situation ne peut que viser des situations exceptionnelles*. Par exemple celle de la mère chez laquelle la résidence habituelle de l'enfant a été fixée et qui souhaiterait être épaulée par son conjoint ou concubin pour pallier les défaillances de l'autre parent, sans demander au préalable un exercice unilatéral de l'autorité parentale qui risquerait de déresponsabiliser définitivement l'autre parent. La situation peut aussi viser le cas où la mère est gravement malade et où l'enfant est élevé par le beau-parent.
  La délégation résultera alors du jugement rendu par le juge aux affaires familiales qui ne pourra passer outre le refus de l'autre parent ou son abstention, que si tel est l'intérêt de l'enfant (pour bien montrer que cette hypothèse n'est envisageable que

dans des cas particuliers et que l'atteinte au principe de coparentalité ne peut être qu'exceptionnelle).

- *Désaccord ou absence de consentement de l'autre parent dans le cadre d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale* : même principe de saisie du juge par le parent titulaire de l'autorité parentale, le juge devant alors demander l'avis de l'autre parent et apprécier en fonction de l'intérêt de l'enfant. La délégation-partage résultera d'un jugement.

Dans ces différentes hypothèses, il y a partage, en totalité ou en partie, de l'exercice de l'autorité parentale, donc exercice conjoint de l'autorité parentale. Le fonctionnement du système est facilité par la présomption d'accord pour les actes usuels et par l'arbitrage judiciaire en cas de désaccord (art. 373-2-11).

Proposition

Consacrer entièrement l'article 377-1 à la délégation-partage et poser pour cette délégation des conditions spécifiques, distinctes de la délégation-tranfert.

L'article 377-1 disposerait :

« Les deux parents ou l'un d'eux peuvent, pour les besoins d'éducation de l'enfant, saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils partagent en tout ou partie l'exercice de l'autorité parentale avec un ou deux tiers délégataires. Le partage nécessite l'accord du ou des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale.

En cas de désaccord ou d'absence de consentement de l'autre parent dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale, un seul parent, en considération de circonstances exceptionnelles, peut saisir le juge aux fins de voir partager son autorité avec un tiers délégataire. Le juge ne peut passer outre le refus de l'autre parent ou son abstention, que si tel est l'intérêt de l'enfant. Le partage de l'autorité parentale résulte d'une décision judiciaire.

En cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale, le parent exerçant cette autorité peut saisir le juge aux fins de voir partager son autorité parentale. L'avis de l'autre parent est alors requis et le juge décide du partage s'il l'estime conforme à l'intérêt de l'enfant. Le partage de l'autorité parentale résulte d'une décision judiciaire.

La présomption de l'article 372-2 est applicable à l'égard des actes accomplis par le ou les délégants et le ou les délégataires.
Le juge peut être saisi des difficultés que l'exercice partagé de l'autorité parentale pourrait générer par les parents, l'un d'eux, le ou les délégataires, ou le ministère public. Il statue conformément à l'article 373-2-11. »

b. La délégation-transfert

Dans ce cas, un des parents, ou les deux transfèrent tout ou partie de l'exercice des droits et devoirs de l'autorité parentale au beau-parent qui en a désormais l'exercice, à la place du délégant. Il y a donc répartition des responsabilités entre délégant et délégataire ou exercice exclusif par le délégataire.

Plus encore que dans les hypothèses précédentes, le recours à la délégation doit être exceptionnel. Mais il peut être très utile, dans l'intérêt de l'enfant, notamment lorsque le parent avec qui vit l'enfant est malade, ou qu'il est momentanément dans l'impossibilité d'exercer l'autorité parentale et que l'autre parent ne peut, ou ne doit pas prendre le relais.

Il conviendrait de modifier l'actuel article 377 du code civil qui reflète encore l'idée de délégation sanction ou de délégation-abandon (cf. art. 377 al. 2 : l'enfant qui a été confié à l'ASE ou qui a été recueilli par un particulier), pour distinguer ces hypothèses, qui existent mais relèvent d'une autre logique et celle de cette délégation conçue comme un soutien, par substitution temporaire, à la parentalité.

Deux hypothèses sont à envisager :

- *Lorsque les deux parents exercent en commun l'autorité parentale* : la demande de délégation (ce ne serait plus comme dans l'hypothèse précédente, une convention soumise à homologation), serait présentée au juge.
  Il faudrait que soient caractérisées des circonstances exceptionnelles (ou garder la formule actuelle : « lorsque les circonstances l'exigent »).

  La demande pourrait être formée par les deux parents conjointement.

  Elle pourrait aussi être formée par un seul parent, même en cas d'exercice en commun de l'autorité parentale. Dans ce cas, l'autre parent doit être appelé à l'instance (c. art. 377 al. 3).

  La délégation ne porterait que sur la part d'autorité parentale qui appartient au délégant (on ne délègue que ce que l'on a).

  De deux choses l'une par conséquent : ou bien il y a demande conjointe : dans ce cas, chacun délègue au tiers l'exercice de sa part d'autorité parentale. Ou bien un seul parent souhaite déléguer sa part d'exercice de l'autorité parentale : dans ce cas, le délégataire et l'autre parent exercent en commun l'autorité parentale.

  En cas de conflit entre le délégataire et l'autre parent, les articles 372-2 et 373-2-11 s'appliquent. Si la situation devient intenable, il pourrait être envisagé une délégation totale de l'exercice de l'autorité parentale avec au préalable perte de l'exercice de l'autorité parentale par l'autre parent. Mais ce ne pourrait être que tout à fait exceptionnel.

  Le cas de délégation dans l'hypothèse ou de désintérêt manifeste serait conservé car il correspond à un besoin des institutions.

- *un seul des parents a l'exercice de l'autorité parentale* : dans ce cas la demande est formée par le parent qui exerce l'autorité parentale. L'autre parent est appelé à l'instance (cf. l'actuel article 377 al. 3). Il convient ici de maintenir l'exigence de

circonstances exceptionnelles et le pouvoir souverain d'appréciation du juge au regard du seul intérêt de l'enfant.

Proposition

Réécrire l'article 377 du code civil pour la délégation-transfert :

« Lorsque ils exercent en commun l'autorité parentale, les deux parents ensemble ou séparément, peuvent saisir le juge, en présence de circonstances exceptionnelles, en vue de voir transféré tout ou partie de leur autorité parentale à un tiers, beau-parent, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants au service départemental de l'aide social à l'enfance.

En cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale, la demande de transfert est formée par ce parent.

Les deux parents doivent être appelés à l'instance

En cas de conflit entre le délégataire et l'autre parent, les articles 372-2 et 373-2-11 s'appliquent. »

Prévoir un article différent pour le cas du désintérêt manifeste, actuellement prévu à l'article 377, alinéa 2.

B. Les relations beau-parent / bel-enfant en cas de décès du parent ou de séparation du couple

1. La prise en charge de l'enfant après le décès du parent auprès de qui il vivait

Le problème peut se poser dans le cas d'une famille recomposée avec un beau-parent qui a participé jusqu'ici à l'éducation de l'enfant et souhaiterait continuer à le faire, l'enfant était parfaitement intégré dans le foyer recomposé (cf. l'hypothèse d'une fratrie recomposée, ou l'hypothèse d'un enfant qui n'a que très peu vécu au foyer commun de ses parents ou n'a que peu de relations avec l'autre parent). Il peut aussi se poser avec d'autres personnes, notamment les grands-parents.

Dans des circonstances particulières, et dans l'intérêt de l'enfant, il serait opportun de faire exception au principe selon lequel l'exercice de l'autorité parentale revient alors au seul parent survivant, ce qui risque de traumatiser l'enfant, en ajoutant à la souffrance du décès celle de la séparation avec le milieu social et affectif dans lequel il vivait.

Le législateur est depuis longtemps conscient du problème. Le code civil offre plusieurs solutions et permet même d'anticiper le problème.
Mais les textes sont incomplets et en partie incohérents. Tout l'effort consisterait ici à remettre un peu de cohérence dans le dispositif actuel et à le compléter pour permettre au beau-parent de disposer des moyens juridiques qui lui permettraient d'assumer les responsabilités qui lui sont confiées.

Il existe en l'état deux instruments permettant la prise en charge de l'enfant par le beau-parent, lorsqu'un des parents est survivant[381] : l'article 373-3 (l'enfant confié à un tiers après séparation des parents) ; la délégation de l'autorité parentale.

a. L'enfant confié à un « tiers » (tiers au sens de l'article 373-3)

L'article 373-3 dispose qu'en cas de perte de l'exercice de l'autorité parentale par un de parents (en cas de décès notamment), celui-ci passe à l'autre parent. Le juge peut cependant, « *dans des circonstances exceptionnelles, et si l'intérêt de l'enfant l'exige* », décider de confier l'enfant à un tiers « *choisi de préférence dans sa parenté* » (art. 373-3 alinéa 2). Bien plus, il peut, en cas de circonstances exceptionnelles, du vivant même des parents, décider « *qu'en cas de décès de celui d'entre eux qui exerce cette autorité, l'enfant n'est pas confié au survivant* » et désigner la personne à qui il sera confié (art. 373-3 al. 3).

La jurisprudence s'est déjà fondée sur l'article 373-3, al. 2 du code civil pour confier l'enfant au beau-parent survivant en cas de décès du parent. Il en est ainsi spécialement lorsque l'enfant a été élevé avec ses demi-frères et sœurs et risquerait d'en être séparé s'il était confié à son autre parent[382].

La rédaction actuelle de l'article 373-3, issue de la loi 4 mars 2002, reste incohérente, mais la technique est à conserver.
Les modifications pourraient aller dans deux directions.

D'une part, *ouvrir le champ d'application du texte*. Dans cette perspective, cinq points mériteraient d'être repris :

- revoir la rédaction du texte et prévoir qu'en toute hypothèse, il faut des circonstances exceptionnelles et que l'intérêt de l'enfant l'exige. La possibilité doit être offerte aussi bien en cas d'exercice unilatéral qu'en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale (comp. art. 373-3 al. 3).

- en cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, dire clairement que si les parents sont d'accord, ils peuvent soumettre à l'homologation du juge une convention prévoyant que l'enfant sera confié à un tiers en cas de décès de l'un d'eux (notamment du parent avec qui vit l'enfant).

- en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale ou en cas de désaccord entre les parents, il faudrait une décision judiciaire, l'autre parent devant être appelé à l'instance.

- supprimer la formule (art. 373-3 al. 2) selon laquelle le tiers doit être choisi de préférence dans la parenté de l'enfant (survivance des textes antérieurs, qui semble faire passer les beaux-parents au second plan, notamment en l'absence de mariage).

[381] En cas de décès d'un parent, il faut rappeler que le survivant peut prévoir une tutelle testamentaire lui permettant de désigner un tiers comme tuteur, notamment un beau-parent (art. 403 c. civ.).
[382] Civ. 1ère 18 déc 1990, n° 89-14065.

- permettre à la personne qui vit avec l'enfant de pouvoir saisir le juge, sans passer par le Ministère public[383].

D'autre part, *élargir les pouvoirs du tiers auquel l'enfant est confié*. Actuellement, le tiers auquel l'enfant a été confié ne peut faire que les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant (art. 373-4). Pour le reste, il appartient au parent survivant qui, seul exerce l'autorité parentale, de décider, ce qui risque de conduire très vite à des conflits ou à des impasses (cf. l'hypothèse où le parent se désintéresse de l'enfant, ne répond pas aux demandes du tiers etc.). L'extension de pouvoir pourrait passer par deux voies :

- permettre au tiers d'agir au-delà des actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant. La formule est plus restrictive que celle « d'actes usuels de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant ». Certes, dans ce cas, il n'y pas présomption d'accord, mais pouvoir d'accomplir seul ces actes (et pouvoir de seul les accomplir). Mais sauf à avoir une conception très large de l'éducation (santé etc.), il est regrettable de limiter ainsi les pouvoir du tiers auquel l'enfant a été confié. Mieux vaudrait renvoyer aux actes usuels en général.

- permettre au juge de confier au tiers d'autres pouvoirs, par exemple de prendre les décisions en matière de santé ou d'éducation, au delà des actes usuels. Il conviendrait également de dire clairement qu'en cas de conflit entre le tiers et le parent, ou en cas de silence de celui-ci, le tiers peut saisir le juge qui tranchera selon les règles habituelles (pratique antérieurement suivie, intérêt de l'enfant).

Ces propositions rejoignent celles qui avaient été faites par RVP, RDE et APL.

Propositions

Reprendre la rédaction de l'article 373-3, al. 2 en une disposition autonome, correspondant à la situation du décès d'un des parents.

Article 373-3-1
« Le juge peut en cas de circonstances exceptionnelles et si l'intérêt de l'enfant l'exige décider de confier l'enfant à un tiers.
Lorsque les deux parents exercent en commun l'autorité parentale, ils peuvent soumettre à l'homologation du juge une convention prévoyant qu'en cas de décès de l'un d'eux, l'enfant sera confié à un tiers, notamment au beau-parent.
Lorsque l'exercice de l'autorité parentale est unilatéral, ou en cas de désaccord entre les parents exerçant en commun cette autorité, chacun des parents peut saisir le juge pour lui demander de décider qu'en cas de décès du parent titulaire de l'autorité ou de l'un des parents si l'exercice est conjoint, l'enfant sera confié à un tiers, notamment un beau-parent.
En cas de décès d'un des parents, les tiers, notamment les beaux-parents peuvent saisir le juge pour demander à ce que l'enfant leur soit confié. »

Reprendre l'article 373-4 :
« Le tiers auquel l'enfant est confié peut accomplir tous les actes usuels relatifs à

[383] En ce sens D. Versini, *Rapport annuel 2006 du défenseur des enfants*, p. 28.

l'autorité parentale.
Le juge peut également l'autoriser à accomplir d'autres actes d'éducation et de surveillance.
En cas de conflit entre le tiers et le parent survivant, chacun peut saisir le juge qui tranchera le conflit en fonction de l'intérêt de l'enfant. »

Il faut rappeler également que si l'enfant est ainsi confié au beau-parent, à raison de ces circonstances exceptionnelles sur le fondement de l'article 373-3 du code civil, le juge aux affaires familiales peut décider que le tiers devra requérir l'ouverture d'une tutelle (art. 373-4, al. 2 c. civ.). Toutefois l'ouverture de cette tutelle obéit au droit commun et le beau-parent n'a aucun droit à être désigné comme tuteur par préférence à d'autres personnes membres de la famille. C'est le conseil de famille qui choisira le tuteur (art. 404 c. civ.) avec cette remarque que le beau-parent qui a manifesté un intérêt pour l'enfant peut demander au juge des tutelles à en faire partie (art. 399 c. civ.).
Cette solution garde sa souplesse et permet au beau-parent d'être nommé tuteur. Elle mérite donc d'être conservée en l'état.

b. La délégation de l'autorité parentale

Pour permettre la prise en charge de l'enfant par le tiers après le décès du parent avec qui vivait l'enfant, il conviendrait de reprendre les articles 377 et s. sur la délégation, conformément à ce qui a été dit *supra*, en distinguant notamment délégation-partage et délégation-transfert.

Sur les bases de ce qui a été dit *supra*, il conviendrait de distinguer deux hypothèses :

- *la délégation-partage*

- *accord du parent survivant et du tiers* : convention soumise à l'homologation du juge qui statue en prenant en compte le seul intérêt de l'enfant.

- *anticipation* : si les deux parents sont d'accord . On peut penser à l'hypothèse de l'enfant qui vit au foyer de sa mère, malade, avec ses demis et/ou quasis frères et sœurs ; le beau-père souhaitant continuer à assumer la charge de l'enfant pour lui éviter un second traumatisme ; le père qui ne peut prendre l'enfant en charge (ex. il a lui même recomposé un couple, ou il vit au loin etc.) estime lui aussi que tel est l'intérêt de l'enfant : les parents peuvent soumettre une convention à l'homologation du juge, pour déléguer tout ou partie de l'autorité parentale au beau-parent. Le juge statuera en fonction de l'intérêt de l'enfant.

- *en cas de désaccord* : décision du juge, exigence de circonstances exceptionnelles.

- anticipation en cas de désaccord : décision du juge, exigence de circonstances exceptionnelles.

Propositions

En cas de décès d'un des parents, le parent survivant peut saisir le juge aux fins d'homologuer la convention par laquelle il partage tout ou partie de son autorité parentale avec un beau-parent.
Du vivant même des parents, ces derniers peuvent, s'ils sont tous deux titulaires de l'autorité parentale, soumettre au juge une convention par laquelle, en cas de décès de l'un d'eux, le survivant partagera son autorité parentale avec un tiers, notamment un beau-parent.
En cas de circonstances exceptionnelles, le juge peut être saisi par l'un des parents en vue de prévoir qu'en cas de décès de ce parent, l'autorité parentale sera partagée entre le parent survivant et un tiers délégataire.

- *la délégation-transfert*

Mêmes règles dans les différentes hypothèses *supra*, mais cette fois avec une décision du juge en toute hypothèse.

Propositions

En cas de décès d'un des parents, le parent survivant peut saisir le juge aux fins d'homologuer la convention par laquelle il partage tout ou partie de son autorité parentale avec un beau-parent.
En cas de circonstances exceptionnelles, du vivant même des parents, ces derniers peuvent, s'ils sont tous deux titulaires de l'autorité parentale, saisir le juge pour lui demander de transférer tout ou partie de l'autorité parentale du survivant à un tiers délégataire.
En cas de circonstances exceptionnelles, le juge peut être saisi par l'un des parents en vue de prévoir qu'en cas de décès de ce parent, l'autorité parentale du parent survivant sera transférée à un tiers délégataire.

2. Le maintien des relations beau-parent/bel-enfant après la séparation

La loi du 17 mai 2013 vient de changer la rédaction de l'article 371-4 al. 2 du code civil pour illustrer les hypothèses dans lesquelles le juge peut fixer les modalités des relations entre l'enfant et un tiers.
Le texte, il est vrai, ne change pas beaucoup le droit antérieur, puisque la jurisprudence admettait déjà que le beau-parent puisse, sur ce fondement, demander à maintenir des relations personnelles avec l'enfant de son ancien conjoint, partenaire ou concubin. Le droit d'entretenir des relations personnelles a ainsi été reconnu à l'ancien compagnon[384] ou à l'ancienne compagne de la mère[385], ou même à un « beau-grand-père »[386].

[384] Grenoble, 15 déc. 1997, Dr. Fam. 1998, comm. 38, note P. Murat.
[385] TGI Bressuire, 6 janvier 2000 ; TGI Briey, 21 oct. 2010: D. 2010. Actu. 2649, obs. Gallmeister ; ibid. 2011. 1060, note Bonnet ; ibid. Pan. 1585, obs. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2010. 540, obs. Miloudi ; RTD civ. 2011. 118, obs. Hauser ; TGI Paris, 28 avril 2011,
[386] Civ. 1re, 5 juill. 1988, Dr. Enf. Fam. 1989-2, p. 44, obs. H. Fulchiron.

Il faut observer toutefois que l'expression de « relations personnelles » n'est pas définie par la loi et il appartient au juge de décider, en fonction de l'intérêt de l'enfant, s'il s'agit d'un simple droit de correspondance, de visite ou même d'hébergement.
A cet égard, l'article 371-4 pourrait utilement être retouché pour ajouter après relations personnelles : « notamment un droit de correspondance, de visite et d'hébergement », car il n'est pas évident *a priori* qu'un droit aux relations personnelles implique un droit d'hébergement[387].

Proposition

Illustrer la notion de relations personnelles de l'article 371-4 en indiquant : « notamment un droit de correspondance, de visite, ou d'hébergement. »

C. L'argent dans le lien beau-parent/bel-enfant: obligation alimentaire, transmission des biens, droits sociaux

1. La question de l'obligation alimentaire

Il n'y a pas d'obligation alimentaire entre beaux-parents et beaux-enfants et il n'est pas question d'en créer une dans le cadre des dispositions relatives à la place familiale du beau-parent.

Nous ne proposons donc pas de reprendre la solution du Royaume-Uni « *dependant child* » où l'enfant peut se retourner contre le beau-parent.

Proposition

Ne pas instaurer d'obligation alimentaire entre beaux-parents et beaux-enfants.

2. La question de l'adoption

Bien entendu, il est possible dans certains cas que l'adoption simple ou plénière soit la solution la plus adéquate pour organiser les relations entre l'enfant et son beau-parent.
Mais il s'agit là d'établir un lien de *filiation,* ce qui n'est pas l'objet de cette réflexion sur la place familiale du beau-parent (sur l'adoption, voir nos propositions au chapitre 5).

En revanche, il faut examiner les usages de l'adoption simple pour des raisons avant tout fiscales.

3. La transmission du patrimoine aux enfants du conjoint avec lesquels ont été tissé des liens affectifs étroits

Depuis quelques années, la loi a prévu diverses dispositions qui prennent en compte la place familiale du beau-parent dans les transmissions successorales et dans les libéralités.

[387] En ce sens, la proposition du rapport I. Théry, *Couples, filiation et parenté aujourd'hui, op. cit.* p. 217.

En 2002, l'article 911 du code civil sur l'interposition de personne a été retouché afin de permettre la gratification du bel-enfant.
En 2006, on a pu inclure le bel-enfant dans une donation-partage.

En revanche, d'un point de vue fiscal, les transmissions de patrimoine à titre gratuit sont très désavantageuses. En effet, la fiscalité des transmissions à titre gratuit des beaux-parents aux beaux-enfants est, sauf exceptions, considérée comme une transmission entre simples tiers et soumise à des droits de mutations de 60 %.

Cette solution conduit à d'importants détournements de l'adoption simple utilisée souvent comme technique de transmission successorale.

Pour l'éviter et consacrer la place du beau-parent, il conviendrait de soumettre les transmissions à titre gratuit beau-parent/beaux-enfants, qui résulteraient d'une libéralité entre vifs ou d'un testament, à la même fiscalité que les transmissions à titre gratuit parent/enfant.

Afin de lutter contre la fraude fiscale, cette solution pourrait alors être soumise au respect de certaines conditions :

- l'enfant devrait ainsi établir que le beau-parent lui a prodigué des soins et secours non interrompus pendant cinq ans durant sa minorité ou dix ans, pendant sa minorité et majorité.

- Il pourrait également être tenu compte de la prise en charge du beau-parent par le bel enfant, ce dernier devant établir qu'il a prodigué des soins et secours à son beau-parent pendant une certaine durée

Proposition

Aligner les droits de mutation à titre gratuit beaux-parents/beaux-enfants sur ceux en ligne directe prévus entre parents et enfants. Prévoir le respect de certaines conditions pour le jeu de cette fiscalité favorable.

4. Les droits sociaux liés à l'existence des beaux-enfants au foyer recomposé

Les droits sociaux des familles recomposées sont déjà l'objet d'une attention toute particulière et de nombreuses réflexions prospectives ont été engagées[388]. Il ne saurait s'agir ici de les reprendre, mais de s'y appuyer pour relever quelques pistes de réflexions majeures.

Il est ainsi connu depuis longtemps que le droit social a une conception très large de la notion de famille et prend en considération les familles recomposées pour l'octroi d'un certain nombre de droits, grâce à la notion d'enfant à charge[389].

[388] Rapport sur *Les aides sociales aux familles*, B. Fragonard, 9 avr. 2013 ; Haut Conseil de la famille, *Architecture des aides aux familles. Quelles évolutions pour les 15 prochaines années* ?, 28 avril 2011.
[389] Récemment, voir par exemple les conditions du bénéfice du congé d'accueil de l'enfant ouvert désormais au conjoint salarié de la mère, à la personne liée à elle par un pacs, ou vivant maritalement avec elle (art. L. 225-35 c. trav.).

Il faut relever ainsi la reconnaissance de la qualité d'ayant-droit de l'enfant à l'égard de son beau-parent, au titre de l'assurance maladie-maternité (CSS, art. L. 313-3, 2°), ou encore la possibilité admise par la loi de financement de la sécurité sociale de 2007 de tenir compte du nombre d'enfants à charge au nouveau foyer recomposé pour l'octroi des allocations familiales (R. 513-1 et R. 521-3 CSS)[390].

Une réflexion mériterait d'être engagée sur la prise en compte des familles recomposées dans le cadre de la majoration des pensions de retraite (taux et durée). Quelques exemples permettent d'illustrer les difficultés rencontrées.

Pour les fonctionnaires, l'article 18 du code des pensions civiles et militaires prévoit ainsi une majoration du montant de la pension pour le conjoint du parent ayant élevé au moins trois enfants, pour celui qui a recueilli les enfants de son conjoint et en a assuré la charge effective et permanente, ainsi que pour les tiers ayant bénéficié d'une délégation totale d'autorité parentale ou exerçant la tutelle sur les enfants. Cette disposition ne prend en considération que le conjoint marié du parent et pourrait utilement être étendue au partenaire et concubin.

Pour les salariés, l'article L. 351-4 IV du code de la sécurité sociale ne prévoit de majoration de la durée d'assurance pour des tiers qui élèvent un enfant qu'à de strictes conditions. Il faut soit que l'enfant ait été confié au tiers par une décision de justice (sur le fondement de l'article 373-3, al. 2, ou de l'article du 375-3 2°) ou que le tiers soit bénéficiaire d'une délégation totale de l'autorité parentale (art. 377-1 c. civ.) et qu'il ait assumé effectivement l'éducation de l'enfant pendant quatre ans.

Il faudrait ici réfléchir à la possibilité d'ouvrir l'obtention d'une **majoration pour tout beau-parent ayant assuré la charge effective d'au moins trois enfants.**
Il faut à ce propos rappeler qu'avant la loi 2009-1646 du 24 décembre 2009 de financement de la sécurité sociale qui a retouché l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale, une majoration de la durée d'assurance était prévue pour les femmes ayant eu à charge un enfant de moins de 16 ans pendant une année. La belle-mère avait ainsi droit à une majoration de la durée de la retraite dans ces conditions. La règle a été abrogée[391] car considérée comme contraire au droit européen, au motif qu'elle instaurait une discrimination entre les hommes et les femmes[392]. La règle aurait pu toutefois, au lieu d'être abrogée, être bilatéralisée et modifiée, pour permettre à tous beau-parent ayant eu à charge au moins trois enfants de bénéficier de cette majoration.

Le récent rapport relatif à l'aide aux familles a pointé cette difficulté et relève qu'il convient

---

[390] A. Devers, « Protection des enfants », Dalloz Action, 2013, n° 412.61 ; J. Damon, *Les familles recomposées*, Paris, PUF, QSJ, 2012 ; I. Corpart, « Les enfants à l'épreuve des recompositions familiales : un point de vue juridique », Recherches familiales, n° 4, 2007. 35 ; *Familles recomposées, le couple, l'enfant, les parents, le patrimoine, le logement,* Lamy, 2011 ; F. Monéger, « La relation de charge dans les prestations familiales », RDSS 1994. 613 ; M. Rebourg, *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, Defrénois 2003, n° 374 ; M. Rebourg, « L'enfant à charge dans les familles recomposées, » RDSS 1998, 402.

[391] Abrogation d'ailleurs rétroactive supprimant ainsi son bénéfice pour les belles-mères qui avaient pu compter sur ces trimestres supplémentaires pour leur retraite.
[392] Cass. 2e civ., 21 déc. 2006, n° 04-30.586 ; RJS 2007 n° 382. – Cass. 2e civ., 19 févr. 2009, n° 07-20.668 ; RJS 2009, n° 467. – Cass. 2e civ., 17 mars 2010, n° 09-12.88.

d' « assurer une redistribution horizontale entre les ménages ayant assumé l'éducation d'un ou plusieurs enfants et les autres. Cet objectif est lié au constat selon lequel l'éducation des enfants produit des effets négatifs sur les carrières professionnelles qu'il convient de compenser au moment de la retraite. Il s'agit aussi de compenser un éventuel défaut d'épargne ou un défaut de consommation du fait de l'éducation d'une famille nombreuse ».

Proposition

Prévoir que le beau-parent ayant assuré la charge d'au moins trois enfants au foyer recomposé, qu'il soit conjoint, concubin ou partenaire, puisse bénéficier d'une majoration de la pension de retraite, dans les mêmes conditions que les parents.

TROIS REMARQUES POUR CONCLURE

Les propositions que nous avons faites, depuis le mandat d'éducation quotidienne et le certificat de recomposition familiale, jusqu'à la possibilité d'une fiscalité avantageuse pour le beau-parent qui décide, en toute liberté, de léguer une part de sa quotité disponible à son bel-enfant, en passant par différents aménagement de la délégation d'autorité parentale, n'avaient pour objet que de donner en droit une place familiale au beau-parent en lui permettant d'assurer en une fonction qu'il assure ou qu'il souhaite assurer en fait.

D'où trois remarques :

- tout repose sur des responsabilités librement et volontairement assumées : il n'est pas question de faire découler de cet engagement des obligations juridiques, notamment sur le plan alimentaire, ni dans un sens (à la charge du beau-parent qui, pendant un temps, a assumé la charge de l'enfant et ne souhaiterait plus le faire), ni dans l'autre (à la charge des beaux-enfants si le beau-parent qui a participé à leur éducation et à leur prise en charge tombe dans le besoin).

- comme toutes les mesures en matière d'autorité parentale, les décisions prises par le juge ou les conventions qu'il homologue sont provisoires : elles peuvent être modifiées à tout moment, selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant.

- cette place faite au beau-parent n'empêche nullement, si la situation s'y prête, la création de liens de filiation par adoption : on passera alors de la parentalité à la parenté.

Filiation, origines, parentalité

Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle

Synthèse des propositions de réforme

Rapport du groupe « Filiation, origines, parentalité »

Irène THERY présidente
Anne Marie LEROYER rapporteure

2014

État des personnes, état civil et filiation

- **Droit à la vie privée : rendre l'acte de naissance intégral inaccessible aux tiers**

- Supprimer l'exigence de production d'une copie intégrale de l'acte de naissance notamment en cas de mariage, acquisition de la nationalité française et adoption.

- Réformer les règles relatives à la délivrance des copies intégrales d'acte de naissance afin de protéger la vie privée, et en particulier de mieux distinguer entre la filiation (qui apparaît dans l'extrait de naissance) et les modalités d'établissement de celle-ci (qui relèvent de la vie privée et n'apparaissent que dans la copie intégrale).

- Retoucher, l'article 9 du décret de 1962 :
  - Restaurer le principe selon lequel nul ne peut obtenir communication d'une copie intégrale d'un acte de naissance, si ce n'est dans les cas limitativement énumérés par les lois et les règlements.
  - Pour l'accès des personnes privées :
    N'autoriser la communication de la copie intégrale qu'à l'intéressé et ses ascendants.
  - Pour l'accès des personnes publiques et accomplissant une mission de service public, la communication serait permise pour :
    Le procureur de la République
    Le juge dans le cadre d'un conflit relatif aux modes d'établissement de la filiation
    Certaines administrations publiques, mais avec l'autorisation du procureur de la République et en cas d'intérêt légitime dument justifié.

- Retoucher les articles 213-2 et 3 du code du patrimoine :
  - Prévoir que la consultation des archives des actes de naissance ne pourra avoir lieu en deçà de 75 ans qu'avec l'autorisation du procureur de la République et non de l'administration des archives comme actuellement.

- Ouvrir une discussion sur le délai de libre consultation de 75 ans. Une exception aux règles générales de consultation des archives pourrait être envisagée en posant pour les actes d'état civil un délai plus long pour leur libre consultation.

La filiation par adoption

➢ **Ouvrir l'adoption à tous les couples : mariés, pacsés et concubins, de sexe différent et de même sexe**

- Ouvrir l'adoption à tous les couples mariés, pacsés et concubins, de sexe différent et de même sexe, en leur appliquant les conditions requises pour les couples mariés : être âgés de plus de 28 ans ou justifier d'une vie commune d'au moins deux ans.

➢ **Réaffirmer la dimension filiale de l'adoption**

- Mettre en exergue du titre VIII une définition de l'adoption comme une institution créatrice d'un lien de filiation, qui doit toujours être motivée par l'intérêt supérieur de l'adopté.

- Instaurer un empêchement à adoption entre ascendants et descendants en ligne directe et entre frères et sœurs.

➢ **Revaloriser l'adoption simple**

- Étendre la notion de placement à l'adoption simple.

- Interdire la restitution de l'enfant à ses parents d'origine une fois le placement réalisé, y compris en cas d'adoption simple.

- Maintenir l'interdiction d'établir la filiation d'origine uniquement en cas de placement en vue d'adoption plénière.

- Redéfinir la notion même de placement en prévoyant que celui-ci soit réalisé par la mise en relation de l'enfant et de ses futurs parents.

- Prévoir que la requête en adoption plénière ou simple d'un mineur ne peut être déposée avant un délai de six mois à compter de l'accueil de l'enfant au foyer de l'adoptant.

- Poser le principe de l'irrévocabilité de l'adoption simple pendant la minorité de l'adopté, sauf motifs graves et si son intérêt l'exige.

- Prévoir que durant la minorité, seul le ministère public peut agir, lui-même saisi par un tiers.

- Fixer un délai à l'action engagée après la majorité de l'adopté.

- Engager une réflexion sur l'éventualité d'autoriser, de façon exceptionnelle, une seconde adoption en cas d'échec avéré d'une adoption plénière.

- Réexaminer la question du consentement à l'adoption par l'adopté majeur protégé :
    - Revoir la catégorie des actes strictement personnels de l'article 458 du Code civil et envisager la possibilité d'une adoption d'un enfant majeur sous tutelle.

- Le consentement à l'adoption pourrait, s'il s'avère impossible en raison de l'état de la personne protégée, donner lieu à assistance ou représentation dans des conditions garantissant la protection des intérêts du majeur

➢ **Clarifier les effets de l'adoption simple**

- Supprimer la disposition prévoyant que l'adopté « reste » dans sa famille d'origine : prévoir que l'adopté « conserve ses droits à l'égard de » sa famille d'origine.

- Clarifier les conséquences de l'établissement ultérieur de la filiation dite charnelle, en prévoyant notamment qu'il n'emporte aucune conséquence sur la dévolution du nom de l'adopté comme sur l'autorité parentale.

- Inverser la formulation de l'article 368 du code civil en précisant que « l'enfant entre dans la famille adoptive et conserve ses droits dans sa famille d'origine ».

- Supprimer les exceptions au régime des empêchements à mariage dans la famille de l'adoptant permettant le mariage entre frères et sœurs, prévues à l'article 366 du code civil.

- Permettre que, à la demande de l'adoptant et avec le consentement de l'adopté âgé de plus de treize ans, le seul nom de l'adopté soit maintenu.

- Plus largement, une réflexion sur la simplification du système de transmission du nom d'origine dans l'adoption simple pourrait être engagée, qui dépasse le champ de la présente mission.

➢ **Abandonner la logique « d'imitation de la procréation » dans l'adoption plénière.**

- Revoir les modalités d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant adopté plénièrement :
  - Conserver l'acte de naissance originel
  - Supprimer l'élaboration d'un nouvel acte de naissance.
  - Remplacer la notion de mention marginale par celle, plus neutre, de mention subséquente.
  - Prévoir que la publicité de l'adoption résultera d'une mention subséquente sur l'acte de naissance d'origine, qui sera conservé.

NB :** ***Ces propositions sont indissociables de la réforme des règles de publicité de l'état civil présentée ci-dessus.

- Prévoir que le prénom d'origine de l'enfant sera conservé, un (des) prénom(s) pouvant cependant être ajouté(s).

- Préciser que le choix du prénom usuel appartient aux parents, mais que le consentement de l'enfant âgé de plus de 13 ans est requis en cas de changement de ce prénom usuel.

Adoption de l'enfant du conjoint

- **Admettre l'adoption de l'enfant du concubin ou du partenaire d'un PACS**

- Permettre l'adoption de l'enfant du concubin ou du partenaire pacsé, que celui-ci soit de sexe différent ou de même sexe.

- **Conserver la dualité adoption simple/plénière pour l'adoption de l'enfant du conjoint**

Il est proposé de préciser les modalités d'utilisation des deux formes d'adoption de l'enfant du conjoint :

- L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est une adoption qui écarte la famille d'origine et ne devrait donc être utilisée que lorsque l'enfant n'a de filiation établie qu'à l'égard de ce conjoint.
  Dans cette configuration familiale, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint doit avoir les faveurs du législateur et le régime actuel, plus facile à appréhender, peut, en partie, être conservé.

- L'adoption simple de l'enfant du conjoint présente l'avantage de ne pas écarter la famille d'origine et est adaptée à la diversité des situations, notamment lorsque l'autre parent que le conjoint de l'adoptant est vivant.

- **Ne pas obérer les droits du père biologique dans le cadre des adoptions simples ou plénières**

- Conserver la dualité adoption plénière/adoption simple, y compris pour l'adoption de l'enfant d'un des membres du couple par l'autre.

- Veiller au respect du droit à l'établissement du lien de filiation du père biologique autre que le conjoint de l'adoptant dans le cadre d'une adoption plénière.

- **Préserver la place de la famille d'origine dans le cadre d'une adoption simple de l'enfant du conjoint.**

- Proposition de réécriture des textes du code civil :
  L'adoption plénière de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de celui-ci et de sa famille.
  Elle produit pour le surplus les effets d'une adoption par deux époux, deux partenaires ou deux concubins.
  L'établissement ultérieur d'un lien de filiation, selon les modes d'établissement en application du titre VII du présent livre, est impossible.
  Toutefois, la tierce opposition est recevable à l'encontre du jugement d'adoption en cas de dol ou de fraude imputable au conjoint et à l'adoptant. Constitue un dol le fait, pour le conjoint et l'adoptant d'avoir dissimulé l'existence de l'enfant au parent biologique non conjoint de l'adoptant.

- **Revoir les conditions pour adopter**

- Préciser que l'exigence prévue à article 348-5 ne s'applique pas en cas d'adoption de l'enfant par l'autre membre du couple.

- Aligner les conditions d'âge de l'adoptant et d'écart d'âge sur le droit commun de l'adoption

- Supprimer « La différence d'âge entre adoptants et adoptés est réduite à dix ans, voire moins si le tribunal le décide pour « justes motifs » (C. civ., art. 344)

- **Situations où l'adoption plénière de l'enfant du conjoint devrait être prononcée :**

- Autoriser l'adoption plénière de l'enfant par le conjoint du parent uniquement lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint.

- Abroger l'article 345-1, 1° bis

- Abroger l'article 346 alinéa 2

- Prévoir que lorsque l'enfant n'a de filiation établie qu'à l'égard d'un parent et en cas de décès de ce parent, le conjoint de ce dernier peut déposer une requête en adoption si l'enfant a été recueilli et élevé par l'adoptant.

- **Les effets de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, partenaire ou concubin :**

- Maintenir la règle qui veut que l'adoption plénière de l'enfant du conjoint produise, pour le surplus, les effets d'une adoption par deux époux, partenaires ou concubins (C. civ., art. 356 al 2).

- **Organiser l'information sur l'adoption simple de l'enfant du conjoint**

- En cas d'adoption simple d'un enfant majeur, le parent non conjoint de l'adoptant doit être informé du projet d'adoption.

- **L'adoption simple par chacun des beaux-parents**

- Permettre l'adoption simple de l'enfant par le conjoint de chacun de ses deux parents

- Limiter le nombre d'adoptions possibles : une seule adoption co-parentale pour chacun des parents d'origine.

- **Les effets de l'adoption simple de l'enfant du conjoint, partenaire ou concubin**

- Conserver les règles existantes sur l'autorité parentale.

- Aménager l'actuel article 367 du code civil sur l'obligation alimentaire en introduisant une disposition d'équité permettant à l'adopté de n'être tenu des aliments envers

l'adoptant qu'à la condition que ce dernier ait participé à la prise en charge de l'enfant et que des liens effectifs entre l'adoptant et l'adopté se soient maintenus.

- Obligation alimentaire :
  - Supprimer la subsidiarité
  - Prévoir le maintien de l'obligation à l'égard des parents d'origine en cas d'adoption de l'enfant du conjoint.

➢ **La fiscalité des transmissions à titre gratuit, en cas d'adoption simple par le beau-parent**

- Modifier la rédaction de l'article 786 1° du CGI
  L'article 786 1° du CGI pourrait alors être rédigé de la manière suivante « d'enfants issus du conjoint, concubin, ou partenaire de l'adoptant ».

La filiation par engendrement avec tiers donneur

➢ **Distinguer filiation et origines personnelles**

- Rénovation consistant à distinguer nettement « filiation » et « origines » pour les personnes nées d'AMP avec un tiers donneur :

- Les conséquences de cette rénovation sous forme de propositions de réforme sont présentées au chapitre 8 : « L'accès aux origines des personnes nées d'un don d'engendrement ».

➢ **Ouvrir l'accès à l'AMP aux couples de femmes**

- Ouvrir l'accès à l'assistance médicale avec tiers donneur aux couples de femmes, dans les mêmes conditions que pour les couples de sexe différent.
  - Pour cela, modifier ainsi l'article L.2141-2 CSP :
    « L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple, de permettre une procréation nécessitant le recours à un don de gamètes ou un accueil d'embryon, ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité.
    Les membres du couple, qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe, doivent être en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination.
    Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'un des membres du couple auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation.»
  - Modifier dans le même sens l'article L.2141-7 :
    « L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut être mise en œuvre lorsqu'il existe un risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'enfant ou à un membre du couple, lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir, lorsque le couple ne peut concevoir sans le recours à un tiers donneur, ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article 2141-10, renonce à une assistance médicale à la procréation au sein du couple. »
  - Modifier également l'article L.2141-10 :
    « La mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation doit être précédée d'entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale clinico-biologique pluridisciplinaire du centre, qui peut faire appel, en tant que de besoin, au service social institué au titre VI du code de la famille et de l'aide sociale.
    Ils doivent notamment :
    1° Vérifier la motivation de chacun des membres du couple et leur rappeler les possibilités ouvertes par la loi en matière d'adoption. »
    (la suite sans changement)

➢ **Instituer une « déclaration commune anticipée de filiation »**

- Devant le notaire ou le juge recevant le consentement à l'assistance médicale à la procréation avec don d'engendrement, les futurs parents font une déclaration commune anticipée de filiation. Le consentement et la déclaration sont reçus en la forme authentique.
  Cette déclaration permet l'établissement ultérieur de la filiation à l'égard de chacun des deux parents, quelle que soit la forme du don.

- Retoucher l'article 311-20 en indiquant : « dans des conditions garantissant le respect de la vie privée » (et non plus : « garantissant le secret »).
  - Ajouter, après l'alinéa 1er de l'article 311-20 :
    Ils doivent également, préalablement au recours à une assistance médicale avec tiers donneur, déclarer devant le juge ou le notaire qu'ils consentent à être les futurs parents de l'enfant issu de l'assistance médicale à la procréation.
  - Supprimer les deux derniers alinéas.

➢ **Transmission de la « déclaration commune anticipée de filiation » à l'officier d'état civil**

- La déclaration commune anticipée de filiation est transmise par l'un ou/et l'autre des parents à l'officier d'état civil.

- L'officier d'état civil porte cette déclaration sur l'acte de naissance de l'enfant.
  La déclaration ainsi portée sur l'acte de naissance de l'enfant établit la filiation de l'enfant à l'égard des deux parents.
  Le parent qui s'opposerait à ce que la déclaration de filiation soit portée sur l'acte de naissance de l'enfant verrait la filiation établie automatiquement par la production de cet acte à l'officier d'état civil par l'autre parent. La responsabilité de celui qui refuserait cette communication pourrait toutefois être engagée à l'égard de l'autre parent et de l'enfant.
  - Compléter l'article 311-20 :
    La déclaration commune anticipée de filiation est transmise par l'un ou l'autre des parents à l'officier d'état civil qui la porte sur l'acte de naissance de l'enfant. La déclaration ainsi portée sur l'acte de naissance de l'enfant établit la filiation de l'enfant à l'égard des deux parents.
    Le parent qui s'opposerait à ce que la déclaration de filiation soit portée sur l'acte de naissance de l'enfant verrait sa filiation établie automatiquement par la production de cet acte à l'officier d'état civil par l'autre parent. La responsabilité de celui qui refuserait cette communication pourrait toutefois être engagée à l'égard de l'autre parent et de l'enfant.

- **Mention de la déclaration sur l'acte de naissance de l'enfant**

- À l'état civil, la déclaration commune serait portée sur l'acte de naissance de l'enfant à la rubrique « Événements relatifs à la filiation (antérieurs à l'établissement du présent acte) : « Déclaration commune anticipée de filiation en date du … reçue par …. ».

NB :** ***Ces propositions sont indissociables des réformes de l'état civil présentées au chapitre 3, en particulier celle prévoyant que l'accès à la copie intégrale de l'acte de naissance serait réservé uniquement à l'intéressé et à ses ascendants, et que serait communiqué aux tiers seulement l'extrait d'acte de naissance avec filiation ne mentionnant pas le mode d'établissement de celle-ci.

- **Pour les enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger, reconnaissance totale des situations valablement constituées**

- *Pour les enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger, il est proposé d'admettre une reconnaissance totale des situations valablement constituées*, et ce parce qu'il est de l'intérêt de l'enfant de voir sa filiation établie à l'égard de ses deux parents d'intention.

- Cette reconnaissance doit s'accompagner d'un engagement ferme de la France pour la création prochaine, sur le modèle de la Convention de la Haye sur l'adoption, d'un instrument international de lutte contre l'asservissement des femmes via l'organisation de gestations pour autrui contraires aux droits fondamentaux de la personne.

L'accès aux origines des personnes nées d'un don d'engendrement

- **Maintenir la règle d'anonymisation des dons de gamètes et d'embryons**

L'anonymisation des dons de gamètes et d'embryons assurant le droit à la protection de la vie privée des deux familles, celle du (des) donneur(s) et celle des receveurs,

- Maintenir la règle d'anonymisation des dons de gamètes et d'embryons.

- Garantir au donneur son anonymat jusqu'à la majorité de l'enfant né du don, seul autorisé à en demander la levée.

- Ouvrir un débat sur la possibilité d'autoriser également les dons dits « dirigés ».

- **Organiser la transmission de renseignements non identifiants**

- Inciter le donneur de gamètes ou d'embryons à laisser, au moment du don, un ensemble de renseignements non identifiants qui seront conservés par l'organisme recevant le don.

- Prévoir le recueil de ces renseignements non identifiants sous une forme standardisée, afin de favoriser l'égalité de l'information entre les personnes nées de dons.

- Permettre la transmission de ces renseignements non identifiants à l'enfant issu du don dès sa minorité, accompagné de ses représentants légaux.

- **Permettre la délivrance de l'identité du donneur à la personne majeure née du don qui en fait la demande**

- Permettre à toute personne issue d'un engendrement avec tiers donneur (gamètes, embryons) réalisé dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, qui en fait la demande de se voir délivrer l'identité de son donneur à sa majorité.
  Pour cela, modifier l'article 311-19, alinéa 3 : La personne majeure issue de la procréation peut se voir délivrer à sa demande l'identité de son ou ses donneurs. Le CNAOP est seul habilité à obtenir celle-ci auprès de l'organisme chargé de la préserver.

- Une telle demande étant de plein droit, elle n'aura pas à être assortie de justifications

- **Soumettre toute rencontre à l'accord du donneur**

- Préciser que le droit de se voir délivrer l'identité du donneur n'est pas un droit à rencontrer celui-ci, ni son entourage.

- Protégé par le droit au respect de la vie privée, le donneur doit donner son accord préalablement à toute rencontre.

- Dès lors, le droit d'accès des personnes nées de don à leurs origines personnelles doit être accompagné par une autorité habilitée à contacter les donneurs et à organiser éventuellement une médiation : cette mission sera confiée au CNAOP.

- **Maintenir et élargir la compétence des CECOS (et autres organismes autorisés pour la conservation du sperme et des embryons) pour le recueil et la conservation de l'identité des donneurs**

- Maintenir la compétence des CECOS pour recueillir et conserver l'identité des donneurs (R. 1244-5 CSP).

- Prévoir qu'au moment du don, les donneurs seront informés par les CECOS de la possibilité pour l'enfant ainsi conçu de demander à avoir accès, à sa majorité, à l'identité du donneur.

- Prévoir, au moment du don, le recueil systématique de renseignements non identifiants selon un modèle préétabli à élaborer en concertation avec les CECOS et le CNAOP.

- Maintenir la compétence des CECOS pour anonymiser l'identité des donneurs, à charge pour eux de garantir au plan national le respect de l'article L. 1244-4 CSP limitant à dix le nombre d'enfants issus d'un même donneur.

- Prévoir que les CECOS ne pourront délivrer cette identité qu'au représentant du CNAOP saisi par une requête de la personne majeure concernée.

- Prévoir que l'identité des donneurs et les renseignements non identifiants seront conservés au delà des 40 ans prévus actuellement.

- Informer les donneurs de la possibilité de communiquer au CECOS des informations nouvelles relatives à leur état de santé qui peuvent avoir une incidence sur celle de la personne conçue avec leurs gamètes.

- **Créer au sein du CNAOP un Collège chargé de l'accès aux origines personnelles des personnes engendrées avec tiers donneur**

- Renforcer le rôle du Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles et étendre ses missions.

- Prévoir la création de deux collèges au sein du CNAOP :
  - un collège dédié aux origines des personnes adoptées ou pupilles de l'État
  - un collège dédié aux origines des personnes issues d'un don dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation.

- Chacun de ces collèges serait organisé selon des principes paritaires, incluant en particulier des représentants des personnes concernées : personnes nées de dons, donneurs et parents receveurs.

- **Étendre les compétences et pouvoirs du CNAOP**

- Prévoir que le CNAOP sera l'interlocuteur et l'accompagnateur des personnes nées de dons demandant à accéder à leurs origines.

- Il lui appartiendra de contacter la fédération des CECOS afin de se voir délivrer les renseignements non identifiants ou l'identité du donneur.

- Il lui appartiendra de rechercher le donneur, si cela est souhaité, et de s'assurer de son accord pour toute rencontre avec la personne issue de son don.

- Il lui reviendra d'organiser toutes médiations qui paraîtraient nécessaires.

➢ **Pour les dons antérieurs à la nouvelle loi, permettre au donneur qui le souhaite d'autoriser la communication de son identité**

- Pour les dons antérieurs à la nouvelle loi, prévoir en concertation avec les CECOS et le CNAOP que les donneurs puissent, s'ils le souhaitent, indiquer qu'ils acceptent la communication de leur identité à l'enfant issu du don.

➢ **Constituer une mission d'information sur l'accès à l'identité des personnes issues d'un même donneur**

- Permettre à toutes personnes nées de don qui souhaitent savoir si elles sont issues du même donneur d'obtenir cette information, qui ne nécessite pas de lever l'anonymat de celui-ci.

- Constituer une mission d'information chargée d'élaborer une réflexion sur la demande d'accès mutuel à l'identité des personnes issues d'un même donneur, en particulier en menant une enquête sur l'état du droit, les échanges et controverses, et les bilans d'expérience au plan international

L'accès aux origines des personnes nées sous X, adoptées et pupilles

Élargir les compétences du CNAOP à l'ensemble des personnes recherchant l'accès à leurs origines

- **Renforcer le rôle du Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles et étendre ses missions.**

- **Prévoir la création de deux collèges au sein du CNAOP :**

- un collège dédié aux origines de toutes les personnes adoptées ou pupilles, qu'elles soient ou non nées « sous X ».

- un collège dédié aux origines des personnes issues d'un don dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation

Chacun de ces collèges serait organisé selon des principes paritaires, incluant en particulier des représentants des personnes concernées : personnes adoptées et pupilles, parents de naissance, parents adoptifs.

- **Doter le CNAOP de moyens correspondants à l'extension de ses missions**

- **Accroître en particulier ses capacités en moyens de médiation et d'accompagnement socio-psychologique.**

ACCES AUX ORIGINES DES PERSONNES NEES SOUS LE SECRET EN FRANCE

- **Maintenir la possibilité pour la femme d'accoucher dans le secret**

- Maintenir l'article 326 du code civil :
  Lors de l'accouchement la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé par l'établissement de santé.

- Ajouter à cet article la même disposition que celle figurant dans le code de l'action sociale et des familles (L. 222-6) :
  Pour l'application du premier alinéa, aucune pièce d'identité n'est exigée et il n'est procédé à aucune enquête.

- **Recueillir l'identité de la mère de naissance, en lui garantissant un anonymat absolu pendant 18 ans**

- Garantir l'anonymat assurant le droit à la protection de la vie privée de la mère de naissance :
  Maintenir la règle d'anonymisation du nom de la mère de naissance dans le dossier de l'enfant.
  Garantir à la femme son anonymat jusqu'à la majorité de l'enfant, seul autorisé à en demander la levée.

- Modifier ainsi l'article L. 222-6 CASF :
  « Le représentant du CNAOP dans le département du lieu d'accouchement de la femme ayant demandé la préservation du secret de son admission et de son identité par l'établissement de santé, recueille l'identité de cette dernière dans des conditions de nature à en garantir la confidentialité.
  Tout en informant la femme du caractère obligatoire de la communication de son identité, ainsi que des garanties qui lui sont données et de l'usage unique qui pourra en être fait à la seule demande de l'enfant majeur, le représentant du CNAOP ne pourra utiliser de mesures de police, de contrainte ou d'enquête pour en avoir communication ou vérification.
  Il informe la femme que la communication de cette identité ne pourra être délivrée qu'à la demande de l'enfant une fois majeur.
  Il informe la femme que la communication de cette identité ne pourra être délivrée à l'enfant mineur que si elle déclare expressément au CNAOP pendant la minorité de l'enfant qu'elle accepte de lever le secret. »

- Reprendre le dernier alinéa de l'article L. 222-6 dans un article suivant :
  Les frais d'hébergement et d'accouchement dans un établissement public ou privé conventionné des femmes qui, sans demander le secret de leur identité, confient leur enfant en vue d'adoption sont également pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance du département, siège de l'établissement ».

- Prévoir que le CNAOP aura la nouvelle responsabilité de conserver l'ensemble ses dossiers des enfants « nés sous le secret ».

  - **Supprimer l'accès de l'enfant mineur à l'identité de la mère de naissance sauf autorisation expresse de celle-ci.**

- Modifier l'article L. 147-6 CASF :
  Le CNAOP ne communique pas à l'enfant mineur l'identité de la mère de naissance, à moins qu'il ne dispose d'une déclaration expresse d'acceptation de levée du secret de son identité donnée par celle-ci.

  - **Maintenir l'accès de l'enfant dès sa minorité aux renseignements non identifiants**

- Inciter la mère à laisser, après la naissance, un ensemble de renseignements non identifiants qui seront conservés dans le dossier de l'enfant.

- Prévoir le recueil de ces renseignements non identifiants sous une forme standardisée, afin de favoriser l'égalité de l'information entre les personnes nées sous le secret.

- Permettre la transmission de ces renseignements non identifiants à l'enfant accompagné de ses représentants légaux, dès sa minorité.

- Maintenir le dernier alinéa de l'article L. 147-6 CASF, en clarifiant les modalités de communication.

- **Permettre à la personne majeure qui en fait la demande d'accéder à l'identité de sa mère de naissance**

- À compter de sa majorité, la personne qui est née sous le secret pourra, si elle en fait la demande auprès du CNAOP, obtenir communication de l'identité de sa mère de naissance. Cette communication sera de droit que la mère soit vivante ou décédée.

  Nouvelle rédaction de l'article L. 147-6 CASF :
  Le CNAOP communique à l'enfant majeur, son représentant ou, s'il est décédé, ses descendants, l'identité de la mère de naissance.
  Le CNAOP communique à l'enfant majeur, son représentant ou, s'il est décédé, ses descendants, l'identité du père de naissance.
  Le CNAOP communique aux personnes mentionnées au 1° de l'article L. 147-2 les renseignements ne portant pas atteinte à l'identité des père et mère de naissance, transmis par les établissements de santé, les services départementaux et les organismes visés au cinquième alinéa de l'article L. 147-5 ou recueillis auprès des père et mère de naissance, dans le respect de leur vie privée, par un membre du conseil ou une personne mandatée par lui.
  Le conseil communique à l'enfant mineur ayant atteint l'âge de discernement, avec l'accord de ses représentants légaux, l'identité de la mère de naissance, dès lors que celle-ci a, par une déclaration expresse de volonté, accepté de lever le secret.

- **Recueillir l'accord de la mère de naissance préalablement à l'organisation de toute rencontre éventuelle avec l'enfant**

- Prévoir que le CNAOP sera l'interlocuteur et l'accompagnateur des personnes nées sous le secret demandant à accéder à leurs origines.

- Il lui appartiendra de rechercher la mère de naissance, si cela est souhaité, et de s'assurer de son accord pour toute rencontre avec l'enfant né sous le secret.
  Afin de protéger la vie privée de la mère de naissance, il conviendra que cette dernière donne expressément son accord préalablement à toute rencontre avec le demandeur.

- Il lui reviendra d'organiser toutes médiations qui paraîtraient nécessaires.

- Il lui reviendra d'informer le demandeur que le droit de se voir délivrer l'identité de la mère de naissance n'emporte pas celui de la rencontrer sans son accord, ni son entourage.

- **Réinstaurer une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité**

- Ajouter un alinéa 3 à l'article 326 :
  L'accouchement dans le secret constitue une fin de non recevoir à l'action en recherche de maternité.

- **Question de l'identité du père de naissance**

- Préciser que, lorsque le père de naissance donne son identité au CNAOP, cette identité peut être communiquée à l'enfant qui le demande, quel que soit son âge.

- **Cas particulier des enfants remis à l'ASE avec demande du secret de l'identité des parents**

- Prévoir que l'accès aux origines des enfants remis à l'ASE avec demande du secret de l'identité des parents soit organisée par le CNAOP comme pour tous les autres adoptés et pupilles.

- Préciser aux parents de naissance que le secret de leur identité ne pourra être préservé au delà de 76 ans à compter de la naissance.

ACCES AUX ORIGINES DES PERSONNES NEES SOUS LE SECRET A L'ETRANGER

- **Prévoir la mise en place d'une mission destinée à réfléchir sur l'extension de la compétence du CNAOP et l'articulation de cette compétence avec les autres intermédiaires compétents en matière d'adoption internationale.**

ACCES AUX ORIGINES DES PERSONNES QUI NE SONT PAS NEES SOUS LE SECRET EN FRANCE

- **Harmoniser les informations devant être communiquées aux adoptants lors du placement**

- Mieux définir les informations qui doivent être communiquées aux adoptants lors du placement en vue d'adoption et lister les pièces dont une copie doit être transmise aux parents une fois le jugement d'adoption prononcé.

- **Clarifier le rôle de l'aide sociale à l'enfance ou des organismes autorisés pour l'adoption**

- Prévoir des dispositions spécifiques dans le CASF clarifiant le rôle du service de l'ASE dans l'accès aux origines personnelles :
  - Le service de l'ASE organise la consultation du dossier et accompagne le demandeur, ou et ses représentants légaux s'il est mineur, lorsqu'il demande à accéder à son dossier. L'ensemble des pièces lui est communiqué, y compris le nom de la mère de naissance figurant dans le dossier constitué par l'ASE lors de la remise de l'enfant.

➢ **Étendre la compétence et le rôle du CNAOP**

- Notre groupe de travail propose d'étendre la compétence du CNAOP pour rechercher la mère de naissance, lorsque le demandeur souhaite pouvoir la rencontrer. Il en fait la requête au président du Conseil général, qui la transmet au CNAOP, ce dernier étant le seul organisme disposant des pouvoirs d'investigation nécessaires.

- Une fois la mère de naissance retrouvée, le CNAOP ou la personne mandatée par lui, doit recueillir son consentement à une éventuelle rencontre et peut proposer des mesures d'accompagnement ou de médiation.

➢ **Dispositions particulières pour les personnes qui ne sont pas nées sous le secret et dont la filiation n'est pas établie (art. 57 du code civil).**

- Préciser que toutes les dispositions précédentes (point 1 à 3) doivent s'appliquer à la recherche des origines pour les personnes dont la filiation n'est pas établie (art. 57).

ACCES AUX ORIGINES DES PERSONNES QUI NE SONT PAS NEES SOUS LE SECRET A L'ETRANGER

➢ **Accès aux informations détenues à l'étranger**

- Pour éviter les fortes disparités entre les modes de conservation de l'identité des parents de naissance selon les pays d'origine des enfants adoptés, il conviendrait d'élaborer un ensemble de propositions d'harmonisation des législations, en particulier sous l'égide du bureau permanent de la Conférence de la Haye.

➢ **Accès aux informations détenues en France par un intermédiaire agréé pour l'adoption**

- Confirmer que lorsque l'adoption a été réalisée avec le concours d'un intermédiaire agréé, les adoptés peuvent interroger la Mission de l'Adoption Internationale pour la communication de leur dossier.

➢ **Affirmer la compétence du CNAOP pour accompagner les adoptés dans leur recherche**

- Prévoir que le CNAOP peut être saisi pour apporter son concours à l'adopté né à l'étranger lorsqu'il souhaite accomplir des démarches en vue de connaître ses origines.

Reconnaître la place familiale du beau-parent

➢ **Créer un mandat d'éducation quotidienne**

- Afin de traduire l'autorisation donnée par un parent à un beau-parent d'accomplir les actes usuels concernant le bel-enfant, créer un mandat dénommé « mandat d'éducation quotidienne ».
    - Ce mandat ne requiert pas de recueillir l'accord de l'autre parent, car celui-ci est présumé entre les co-titulaires de l'autorité parentale.
    - En revanche, en cas de conflit, le parent peut saisir le juge.
    - Le mandat pourra être passé par acte sous seing privé ou par acte authentique devant notaire.
    - Un modèle d'acte pourrait en être proposé en ligne.

➢ **Créer un certificat de recomposition familiale**

- Ce « certificat de recomposition familiale » sera délivré en mairie du lieu du domicile de la famille recomposée.
    - Il sera délivré sur présentation des mandats d'éducation consentis au sein de la famille recomposée et d'une preuve de résidence.
    - Il attestera simultanément de la cohabitation du parent et du beau-parent, et de l'existence d'un mandat d'éducation quotidienne.
    - Il aura également vocation à faire état des différents mandats d'éducation de manière à faciliter la vie des familles.
    - Il faut rappeler en effet qu'un mandat est consenti pour chaque enfant et qu'il peut être consenti par chaque parent formant une nouvelle union sur les enfants de l'autre

➢ **La délégation-partage : réécrire l'article 377-1**

- Consacrer entièrement l'article 377-1 à la délégation-partage et poser pour cette délégation des conditions spécifiques, distinctes de la délégation-tranfert.
    - L'article 377-1 disposerait :
      « Les deux parents ou l'un d'eux peuvent, pour les besoins d'éducation de l'enfant, saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils partagent en tout ou partie l'exercice de l'autorité parentale avec un ou deux tiers délégataires. Le partage nécessite l'accord du ou des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale.
      En cas de désaccord ou d'absence de consentement de l'autre parent dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale, un seul parent, en considération de circonstances exceptionnelles, peut saisir le juge aux fins de voir partager son autorité avec un tiers délégataire. Le juge ne peut passer outre le refus de l'autre parent ou son abstention, que si tel est l'intérêt de l'enfant. Le partage de l'autorité parentale résulte d'une décision judiciaire.
      En cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale, le parent exerçant cette autorité peut saisir le juge aux fins de voir partager son autorité parentale. L'avis de l'autre parent est alors requis et le juge décide du partage s'il l'estime conforme à l'intérêt de l'enfant. Le partage de l'autorité parentale résulte d'une décision judiciaire.

La présomption de l'article 372-2 est applicable à l'égard des actes accomplis par le ou les délégants et le ou les délégataires.
Le juge peut être saisi des difficultés que l'exercice partagé de l'autorité parentale pourrait générer par les parents, l'un d'eux, le ou les délégataires, ou le ministère public. Il statue conformément à l'article 373-2-11. »

- **La délégation-transfert : réécriture de l'article 377**

- Réécrire l'article 377 du code civil pour la délégation-transfert :
« Lorsque ils exercent en commun l'autorité parentale, les deux parents ensemble ou séparément, peuvent saisir le juge, en présence de circonstances exceptionnelles, en vue de voir transféré tout ou partie de leur autorité parentale à un tiers, beau-parent, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants au service départemental de l'aide social à l'enfance.
En cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale, la demande de transfert est formée par ce parent.
Les deux parents doivent être appelés à l'instance
En cas de conflit entre le délégataire et l'autre parent, les articles 372-2 et 373-2-11 s'appliquent. »

Prévoir un article différent pour le cas du désintérêt manifeste, actuellement prévu à l'article 377, alinéa 2

- **Faciliter la prise en charge de l'enfant après le décès du parent auprès de qui il vivait**

- L'enfant confié à un « tiers » (tiers au sens de l'article 373-3)
Reprendre la rédaction de l'article 373-3, al. 2 en une disposition autonome, correspondant à la situation du décès d'un des parents.
  - Reprendre l'article 373-3-1
  « Le juge peut en cas de circonstances exceptionnelles et si l'intérêt de l'enfant l'exige décider de confier l'enfant à un tiers.
  Lorsque les deux parents exercent en commun l'autorité parentale, ils peuvent soumettre à l'homologation du juge une convention prévoyant qu'en cas de décès de l'un d'eux, l'enfant sera confié à un tiers, notamment au beau-parent.
  Lorsque l'exercice de l'autorité parentale est unilatéral, ou en cas de désaccord entre les parents exerçant en commun cette autorité, chacun des parents peut saisir le juge pour lui demander de décider qu'en cas de décès du parent titulaire de l'autorité ou de l'un des parents si l'exercice est conjoint, l'enfant sera confié à un tiers, notamment un beau-parent.
  En cas de décès d'un des parents, les tiers, notamment les beaux-parents peuvent saisir le juge pour demander à ce que l'enfant leur soit confié. »
  - Reprendre l'article 373-4
  « Le tiers auquel l'enfant est confié peut accomplir tous les actes usuels relatifs à l'autorité parentale.
  Le juge peut également l'autoriser à accomplir d'autres actes d'éducation et de surveillance.
  En cas de conflit entre le tiers et le parent survivant, chacun peut saisir le juge qui tranchera le conflit en fonction de l'intérêt de l'enfant. »

- La délégation de l'autorité parentale
  - *Délégation partage*
    En cas de décès d'un des parents, le parent survivant peut saisir le juge aux fins d'homologuer la convention par laquelle il partage tout ou partie de son autorité parentale avec un tiers, notamment un beau-parent.
    Du vivant même des parents, ces derniers peuvent, s'ils sont tous deux titulaires de l'autorité parentale, soumettre au juge une convention par laquelle, en cas de décès de l'un d'eux, le survivant partagera son autorité parentale avec un tiers, notamment un beau-parent.
    En cas de circonstances exceptionnelles, le juge peut être saisi par l'un des parents en vue de prévoir qu'en cas de décès de ce parent, l'autorité parentale sera partagée entre le parent survivant et un tiers délégataire.
  - *Délégation transfert*
    En cas de décès d'un des parents, le parent survivant peut saisir le juge aux fins d'homologuer la convention par laquelle il partage tout ou partie de son autorité parentale avec un tiers, notamment un beau-parent.
    En cas de circonstances exceptionnelles, du vivant même des parents, ces derniers peuvent, s'ils sont tous deux titulaires de l'autorité parentale, saisir le juge pour lui demander de transférer tout ou partie de l'autorité parentale du survivant à un tiers délégataire.
    En cas de circonstances exceptionnelles, le juge peut être saisi par l'un des parents en vue de prévoir qu'en cas de décès de ce parent, l'autorité parentale du parent survivant sera transférée à un tiers délégataire

➢ **Favoriser le maintien des relations beau-parent/bel-enfant après la séparation**

- Illustrer la notions de relations personnelles de l'article 371-4 en indiquant : « notamment un droit de correspondance, de visite, ou d'hébergement. »

- Il n'y a pas d'obligation alimentaire entre beaux-parents et beaux-enfants et il n'est pas question d'en créer une dans le cadre des dispositions relatives à la place familiale du beau-parent.
  Nous ne proposons donc pas de reprendre la solution du Royaume-Uni *« dependant child »* où l'enfant peut se retourner contre le beau-parent.
  Ne pas instaurer d'obligation alimentaire entre beaux-parents et beaux-enfants.

➢ **Favoriser la transmission du patrimoine aux enfants du conjoint avec lesquels ont été tissé des liens affectifs étroits**

- Aligner les droits de mutation à titre gratuit beaux-parents/beaux-enfants sur ceux en ligne directe prévus entre parents et enfants. Prévoir le respect de certaines conditions pour le jeu de cette fiscalité favorable.

➢ **Adapter les droits sociaux liés à l'existence des beaux-enfants au foyer recomposé.**

- Prévoir que le beau-parent ayant assuré la charge d'au moins trois enfants au foyer recomposé, qu'il soit conjoint, concubin ou partenaire, puisse bénéficier d'une majoration de la pension de retraite, dans les mêmes conditions que les parents.

« Filiation, origines, parentalité »

Présentation des membres du groupe de travail

Présidente : **Irène THERY**, sociologue, directrice d'études à l'EHESS

Fonctions

Irène Théry, agrégée de lettres, docteur en sociologie. Elle est membre du Haut Conseil de la Famille et du conseil d'administration de la Caisse Nationale des Allocations Familiales. Membre du conseil scientifique du Forum Européen de Bioéthique.

Publications

Spécialiste de sociologie de la famille et des relations masculin/féminin, elle a publié de nombreux ouvrages dont : « La famille, la loi, l'Etat - de la révolution française au Code civil » (1989), « Le démariage » (1993) « Les recompositions familiales aujourd'hui » (1995) « La distinction de sexe » (2007) « Des humains comme les autres » (2010) « Mariage de même sexe et filiation » (2013).

A la demande de Martine Aubry , ministre des affaires sociales, et d'Elisabeth Guigou, garde des Sceaux, elle a publié en 1998 le rapport « Couple, filiation et parenté aujourd'hui ».

Email : irene.thery@univ-amu.fr

Rapporteure : **Anne-Marie LEROYER**, juriste, professeur à l'université Panthéon Sorbonne, Paris I

Fonctions

Agrégée des Facultés de droit, elle est professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris 1, directrice du Centre de recherche sur la Famille et le patrimoine. Directrice du Master 2 de droit notarial. Titulaire de la chronique Législation à la Revue trimestrielle de droit civil depuis 2005. Membre de la Commission de Terminologie et de néologie en matière juridique du Ministère de la justice.

Publications

Elle est l'auteur notamment de « Droit de la famille » (PUF, 2011) et de « Droit des successions et des libéralités » (Dalloz, 3 éd. 2014, à paraître).

Email : anne-marie.leroyer@univ-paris1.fr

Marianne SCHULZ, juriste, Paris

Fonctions

Juriste, spécialiste du droit de la famille

Assistante d'Irène Théry pour son rapport "couple, filiation et parenté" puis permanente de la mission Dekeuwer-Defossez pour le rapport "Rénover le droit de la famille, proposition pour un droit adapté aux réalités de notre temps".

Ancienne chargée d'enseignement à l'Université Paris I.

Publications

- *Filiation et nom*, Berger Levrault, 2009
- *Droit et pratique de l'adoption*, avec Corinne Doublein et Laure Neliaz, Berger Levrault, 2013

Jérôme COURDURIES, Anthropologue, Maître de conférences à l'université Toulouse 2 le Mirail

Fonctions

Docteur en anthropologie. Chercheur au LISST-CAS-Centre d'Anthropologie Sociale. A travaille sur la conjugalité homosexuelle masculine. Il s'intéresse aujourd'hui tout particulièrement aux expériences singulières de la parenté : homoparentalité, recours a un tiers donneur pour engendrer, gestation pour autrui.

Publications:

- *Être en couple (gay)*. Conjugalité et homosexualité masculine en France, Presses universitaires de Lyon, 2011.
- (Direction avec Agnès Fine), *Homosexualité et parenté*, Armand Colin, 2014.

Email : jerome.courduries@univ-tlse2.fr

Maïté SAULIER

Maïté Saulier est doctorante en droit de la famille, chargée de travaux dirigés à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne et membre du Centre du droit de la famille et du patrimoine.

Elle a participé au cycle de colloques « Parenté, filiation, origine » (Université Lyon III et Saint-Louis, Bruxelles), placé sous la direction de Monsieur Hugues Fulchiron et Madame Jehanne Sosson, et a co-écrit à cette occasion un article sur le thème « Beau-parent/co-parent », in Fuchiron (H.), Sosson (J.) (Dir.), *Parenté, filiation, origine : le droit et l'engendrement à plusieurs*, éd. Bruylant, 2013.

Email : maite.saulier@hotmail.fr

Hugues FULCHIRON, professeur à l'université Jean Moulin, Lyon III

Fonctions

Hugues Fulchiron, professeur agrégé des Facultés de droit, président honoraire de l'Université Jean Moulin Lyon 3 et vice-président de *l'International society of family law*, est professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3 où il dirige le Centre de droit de la famille. Il est spécialiste de droit de la famille et de droit international privé.

Publications

Il est l'auteur avec Philippe Malaurie d'un ouvrage sur *La famille* (éd. Defrénois, 4ème éd. 2011) et a dirigé ou codirigé plusieurs livres en droit de la famille (*Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité*, Dalloz, 2011, *Les solidarité entre générations*, Bruylant, 2013, *Parenté, filiation, origine : le droit et l'engendrement à plusieurs*, éd. Bruylant, 2013). Il a également écrit de nombreux articles sur le droit de la famille, la protection des personnes vulnérables, le droit européen et international de la famille, les familles maghrébines, la nationalité, le droit des étrangers, les droits fondamentaux.

Pierre MURAT, professeur à l'université Pierre Mendès-France, Grenoble II

Fonctions

Professeur agrégé des Universités, enseigne le droit civil et plus particulièrement le droit de la famille (patrimonial et extrapatrimonial) à l'Université de Grenoble-Alpes (France) ; chercheur rattaché au Centre de Recherche Juridique (CRJ) de la faculté de droit de Grenoble qu'il a dirigé jusqu'en 2003 ; dirige à Grenoble les filières de formation notariale (Master 2 mention « Droit notarial » et Diplôme Supérieur du Notariat) ; a codirigé la revue *Droit de la famille* de 1996 à 2010, (éditions Lexis Nexis) ; auteur de nombreux articles et commentaires sur le droit de la famille ; directeur de l'ouvrage collectif Dalloz Action « Droit de la famille » (dernière édition 2013). A participé à des rapports officiels sur la famille.

Publications

- « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », *Mélanges J. Hauser*, Lexis Nexis-Dalloz, 2012, p. 406-426
- « L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe… ou l'art de se mettre au milieu du gué », *Dr famille 2013*, Dossier, n° 24

Laurence BRUNET, chercheur à l'université Panthéon-Sorbonne, Paris I

Fonctions

Juriste, chercheuse associée au centre "Droit, sciences et techniques" de l'Université de ParisI. Co-responsable, avec I. Théry, M. Gross et J. Merchant, du séminaire "Genre, personne et parenté dans l'assistance médicale à la procréation", EHESS, Paris. Chargée de mission au Centre d'éthique clinique de l'Hôpital Cochin, Paris.

Publications:

- Gamete donation in France: the future of the anonymity doctrine, en coll. avec J.-M. Kunstmann, *Revue Medecine, Health Care and Philosophy*, vol. 16 n°1, Feb. 2013, pp. 69-81
- Assistance médicale à la procréation et nouvelles familles : boîte de Pandore ou corne d'abondance ? *Revue de droit sanitaire et social* 2012, p. 828-838
- L'adoption au sein des couples de même sexe : une « falsification » de la réalité ? in *Mariages de même sexe et filiation*, I. Théry (dir), 2013, p. 89-101.
- A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States, Directorate General for Internal Policies, European Parliament, Coordinatrice de l'étude, 2013, 378 pages.

Email : laurence.brunet@free.fr

Sylvain BOLLEE, professeur à l'université Panthéon-Sorbonne, Paris I

Fonctions :

Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1) ; codirecteur du Département d'étude des relations privées internationales de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS).

Spécialiste de droit international privé, il a abordé dans de nombreuses publications les questions que soulève la reconnaissance des situations constituées à l'étranger, notamment dans le domaine de l'état des personnes et du droit de la famille. Il s'est particulièrement intéressé aux difficultés que suscite à cet égard, la gestation pour autrui.

Publications :

- Gestation pour autrui et actes d'état civil dressés à l'étranger note sous Cass. civ. 1re, 17 décembre 2008, *JDI* 2009.577
- Les sanctions en droit international privé – La violation de la légalité dans un contexte de relativité normative et de montée en puissance des droits fondamentaux, in *Les tendances contemporaines du droit des sanctions*, dir. D. Fenouillet, Dalloz, 2012

Email : sylvain.bollee@univ-paris1.fr

Hubert BOSSE- PLATIERE, professeur à l'université de Bourgogne, Dijon

Fonctions :

Professeur de droit privé à l'Université de Bourgogne ; Responsable du Diplôme supérieur du notariat de l'Université de Bourgogne et responsable du Diplôme universitaire mandataire judiciaire à la protection de la personne.

Publications :

Auteur ou co-auteur d'ouvrages en droit de la famille dont récemment

- L'avenir européen du droit des successions internationales, *Lexisnexis*, 2011.
- Droit de la famille, *Dalloz action*, sous la dir. de Pierre Murat, t2014-2015

Auteurs ou co-auteur d'articles en droit de la famille dont sur le thème de la filiation

- Heurts et bonheurs de l'adoption, *Informations sociales*, mars 2008
- Tourisme procréatif : l'enfant hors la loi française, *Informations sociales*, Filiations, mai 2006, p. 88.
- La nécessité de rendre plus clair le processus d'adoption des enfants pupilles de l'Etat, *Informations sociales*, Heurts et bonheurs de l'adoption, mars 2008
- Premières réflexions pour une indispensable reconstruction du droit français de l'adoption, *Mélanges offerts au Professeur Raymond Le Guidec*, Lexisnexis, 2014.

Email : hubert.bosse-platiere@orange.fr

Jehanne SOSSON, professeur de droit de la famille à l'Université catholique de Louvain

Fonctions :

Professeur de droit de la famille à l'Université catholique de Louvain et professeur invité à l'Université Saint-Louis Bruxelles ; Avocat au Barreau de Bruxelles ; Spécialisée dans le domaine du droit de la filiation et droit comparé de la famille

Publication récentes

- L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité , avec L. Brunet, *in Parenté, filiation, adoption : le droit et l'engendrement à plusieurs* (dir. H. Fulchiron), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 31-69.
- L'enfant né d'une gestation pour autrui : quelle filiation ? Quels liens avec la mère porteuse ?, avec G. Mathieu, *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, sous la direction de G. SCHAMPS et J. Sosson, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 375-410.
- Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères de droit comparé et de droit international », avec G. Willems, *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, sous la direction de G. Schampset J. Sosson, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 239-286.

Email : jehanne.sosson@uclouvain.be

Martine GROSS, ingénieure de recherche en sciences sociales au CNRS, Paris

Fonctions :

Ingénieure de recherche en sciences sociales (CNRS), elle consacre la plupart de ses travaux à l'homoparentalité. Auditionnée par les diverses missions parlementaires sur le droit de la famille et des enfants, la révision des lois de bioéthique, par la commission des lois à propos du « mariage pour tous », son expertise sur les familles homoparentales l'a amenée à participer au groupe de travail « bioéthique » de Terra Nova (2008-2009), au laboratoire des idées du PS sur la famille (2010-2011).

Co-responsable, avec I. Théry, L. Brunet et J. Merchant, du séminaire "Genre, personne et parenté dans l'assistance médicale à la procréation", EHESS, Paris.

Publications :

- *Qu'est-ce que l'homoparentalité*, Payot, coll. « Petite bibliothèque Payot », 2012
- *Choisir la paternité gay*, Editions Eres, 2012
- *Homo ou parent, faut-il choisir ?* Le Cavalier Bleu, 2013

Email : gross@ehess.fr

Simone BATEMAN, directrice de recherche au CNRS, Paris

Fonctions :

Sociologue, directrice de recherche CNRS, au *Centre de Recherche Médecine, Sciences, Santé, Santé Mentale, Société (CERMES3)*. Ses travaux portent sur les questions éthiques que suscitent des innovations en matière de pratique médicale et scientifique, notamment dans le domaine de la reproduction et de la sexualité, ainsi que sur le débat concernant la légitimité de ces pratiques et leur encadrement normatif. Elle a participé à des groupes de travail, constitués par des organismes nationaux et internationaux, dans les domaines de l'éthique, de la recherche et de la santé. Elle a été membre du Comité Consultatif National d'Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé de 1992 à 1996.

Publications :

Elle a publié sur ces sujets en plusieurs langues, dont en français *Les Passeurs de Gamètes* (1994).

Agnès FINE, directrice d'études à l'EHESS, Paris

Fonctions :

Agnès Fine est directrice d'études à l'EHESS. Historienne et anthropologue, ses recherches portent sur la parenté et le genre dans les sociétés européennes passées et présentes. Elle s'est intéressée en particulier aux filiations électives (parrainage, adoption), aux pluriparentalités, à la nomination, aux identités instituées à l'état civil.

Publications :

- avec C.Neirinck (dir.), *Parents de sang, parents adoptifs Approches juridiques et anthropologiques de l'adoption (France, Europe, Canada, USA)*, Paris, LGDJ, coll. Droit et Société, 2000.
- avec F-R.Ouellette (dir.), *Le Nom dans les sociétés occidentales contemporaines,* Presses Universitaires du Mirail, coll, Les anthropologiques, 2005.
- (dir), *Etats civils en questions. Papiers, identités, sentiment de soi*, Paris, Editions du CTHS, collection Le regard de l'ethnologue, 2008.
- avec A.Martial, « Vers une naturalisation de la filiation ? », *Genèses*, 1, n°78, p.121-134, 2010.

Email : agnes.fine@wanadoo

Enric PORQUERES I GENE, directeur d'études à l'EHESS, Paris

Fonctions

Enric Porqueres i Gené, directeur d'études à l'EHESS, dirige la formation doctorale Anthropologie de l'EHESS. Il a participé au projet européen de recherche *Public Understanding of Genetics* et travaille sur la définition de la parenté à l'époque des biotechnologies reproductives. Il s'intéresse au statut de l'embryon d'un point de vue comparatif et mène une réflexion sur la place de la prohibition de l'inceste dans la structuration des systèmes de parenté.

Publications

- Globalisation, Relation et Transcendance à l'époque de l'embryon-individu in Alejandro Bilbao (éd.) *Creación, identidad y mundo en los estados de la globalización. Campo psíquico y lazo social*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, pp. 119-133, 2011.
- Incest, embodiment, genes and kinship en collaboration avec Jérôme Wilgaux, in Edwards, Jeanette et Carles Salazar (éds.), *European Kinship in the Age of Biotechnology*, New York, Berghahn Books, pp. 112-127, 2009.
- Direction de *Défis contemporains de la parenté*, Editions de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, 2009.

Email : Enric.Porqueres@ehess.fr

Agnès MARTIAL, chargée de recherche au CNRS, Marseille

Fonctions :

Anthropologue, chargée de recherche au CNRS et membre du Centre Norbert Elias (Marseille) Agnès Martial travaille sur les questions de genre et de parenté à travers l'étude des nouvelles trajectoires familiales et de leurs incidences : recompositions familiales et redéfinitions des relations parentales (paternité, maternité beau-parenté, …). Elle a conduit différentes recherches sur les familles recomposées et dirigé récemment l'ANR PATERNITES (Pères en solitaires : les redéfinitions de la paternité dans les nouvelles trajectoires conjugales, 2008-2012).

Publications :

- *S'apparenter. Ethnologie des liens de familles recomposée*s, Maison des Sciences de l'Homme, 2003, Paris.
- Choisir ses héritiers. Recompositions familiales et successions patrimoniales en France et au Québec , *Anthropologie et Sociétés,* « Enfances en péril », 33-1, 2009, pp. 193-209.
- Paternités contemporaines et nouvelles trajectoires familiales, Ethnologie française 1/2012 (Vol. 42), p. 105-116.

Email : agnes.martial@univ-amu.fr

DEMOGRAPHE

Laurent TOULEMON, directeur de recherche à l'INED, Paris

Fonctions

Laurent Toulemon est directeur de recherche à l'Institut national d'études démographiques (Ined), responsable de l'unité de recherche « Fécondité, famille, sexualité ». Il a participé à ou dirigé de nombreuses enquêtes sociodémographiques en France, sur les situations conjugales, les comportements de fécondité et de recours à la contraception et à l'interruption volontaire de grossesse. Il coordonne pour l'Ined la participation au projet « Families and societies » financé par la commission européenne consacré aux enjeux sociaux des changements familiaux en Europe.

Publications

- les pères dans les statistiques, *Informations sociales*, n° 176, p. 8-13, 2013
- Individus, familles, ménages et logements : les compter, les décrire, *Travail, genre et sociétés*, n° 26, p. 47-66, 2011.
- « Enfants et beaux-enfants des hommes et des femmes », chapitre 3 in Lefevre Cécile et Filhon Alexandra (dir.), *Histoires de familles, histoires familiales. Les résultats de l'enquête Famille de 1999*, Les Cahiers de l'INED, N° 156. PARIS : Ined, p. 59-77, 2005.

Email : toulemon@ined.fr

Geneviève DELAISI de PARSEVAL, psychanalyste, spécialiste de bioéthique, Paris

Fonctions :

Après une formation de psychologie, sociologie, ethnologie, linguistique, archéologie préhistorique, de droit et d'économie politique (Paris, Sorbonne, Musée de l'Homme, Faculté de Droit Paris I) et d'anthropologie culturelle et sociale (USA, Berkeley, boursière Fulbright), Geneviève Delaisi de Parseval est devenue psychanalyste. Attachée à la Maternité de l'Hôpital St Antoine. Membre de nombreux Comités d'éthique en France et dans le monde. "Grand témoin" aux Etats généraux de la bioéthique en mai 2009.

Publications :

- *L'Art d'accommoder les bébé*s (avec S. Lallemand) , Paris Seuil, 1979
- *L'Enfant à tout prix*, Paris, Seuil, 1983.
- *Enfant de personne* (avec P. Verdier), Paris, Ed. O. Jacob, 1994.
- *La part du père*, Paris, Ed. du Seuil, 1981, nouvelle édition augmentée, 1998.
- *La part de la mère*, (Préface du Pr J. Milliez), Paris, Ed. O. Jacob, 1997.
- La construction de la parentalité dans les couples de même sexe in *Au-delà du PACS*. dir. par E. Fassin, D. Borillo, M. Iacub, P.U.F., 1999.
- *Famille à tout prix*, Paris, Ed. du Seuil, 2008.

Et une centaine d'articles.

Email : genevieve.delaisi@orange.fr

Caroline ELIACHEFF, pédopsychiatre et psychanalyste, Paris

Fonctions :

Praticien hospitalier, Médecin responsable du CMP d'Issy-les-Moulineaux de 1975 à 2002. Membre de la Commission Interministérielle sur la famille présidée par Pierre-Louis Rémy (1999-2001). Membre du Haut Conseil à la Population et à la famille (juin 2001-2003). Membre du conseil d'orientation de l'Agence de Biomédecine (2005-2011)

Publications:

- *À corps et à cris, être psychanalyste avec les tout-petits*,Odile Jacob, 1993
- *La Famille dans tous ses états*, Albin Michel, 2003.
- *Mères-filles, une relation à trois* (avec Nathalie Heinich), Albin Michel 2003
- *Le Temps des victimes* (avec Daniel Soulez Larivière), Albin Michel, 2007.
- *Comment le voile est tombé sur la crèche*, Albin Michel 2013

Email : caroline.eliacheff@gmail.com

Israël NISAND, Professeur de gynécologie obstétrique, Strasbourg

Fonctions

Professeur de gynécologie obstétrique à Paris Descartes (1991-1998) puis à l'Unistra de Strasbourg depuis 1998. Chef du pôle de Gynécologie obstétrique du CHU de Strasbourg. Fondateur du Forum Européen de Bioéthique (www.forumeuropeendebioethique.eu). Impliqué au plan académique dans le diagnostic prénatal et l'aide médicale à la procréation. Nombreuses publications internationales dans ces domaines.

Rapport sur l'IVG remis à Martine Aubry préalablement à la révision de la loi en 2001, Mars 1999.

Rapport sur la prévention des grossesses non prévues chez les mineures remis à Jeanette Bougrab, Février 2012.

Membre du CNU de Gynécologie obstétrique depuis 2013

Publications

Coauteur des ouvrages suivants:

- *Neuf mois etc*, Fayard, 2007
- *Elles accouchent sans être enceintes*. LLL, 2011
- *Et si on parlait de sexe à nos ados ?* Odile Jacob, 2012
- *L'IVG*, collection Que Sais-je?, PUF, 2012
- *Où va l'humanité ?* LLL, 2013.

Email : Israel.NISAND@chru-strasbourg.fr

Juliette GUIBERT, gynécologue-obstétricienne, Institut mutualiste Montsouris, Paris

Fonctions :

Gynécologue-obstétricienne, spécialisée en assistance médicale à la procréation, elle a exercé dans l'unité d'AMP de l'hôpital Cochin (Paris), où elle s'est occupée en particulier des couples atteints par le VIH et qui souhaitaient une aide médicale pour devenir parents en toute sécurité pour le conjoint et l'enfant. Elle s'est ensuite occupée du secteur de don d'ovocytes dans l'unité d'AMP de Poissy et depuis 2008, exerce dans le centre d'AMP de l'institut mutualiste Montsouris à Paris. Depuis 2006, elle s'est intéressée à la problématique de l'anonymat du don de gamètes et de ses rapports avec les droits de l'homme, par un travail mené au sein de l'espace éthique de l'APHP.

Publications

Anonymat du don de gamète : protection d'un modèle social ou atteinte aux droits de l'homme ? , *Journal de gynécologie obstétrique*, 2007.

Email : juliette.guibert@gmail.com

Alfred SPIRA, professeur à la faculté de médecine, Université Paris Sud

Fonctions :

Alfred Spira (MD, PhD) est professeur honoraire de Santé Publique et d'Épidémiologie à l'Université Paris Sud. Chef de service à l'hôpital de Bicêtre, il a dirigé une unité de recherche de l'Inserm et l'Institut de Recherche en Santé Publique (IReSP). Il est membre correspondant de l'Académie Nationale de Médecin et, depuis janvier 2014, médecin du Secours populaire français.
Il défend une position pluridisciplinaire et politique de la santé publique, où chaque discipline apporte son regard critique et dialogue avec les autres, tout en gardant ses spécificités théoriques et méthodologiques.

Publications

- Avec Bajos N, ACSF *Les Comportements sexuels en France*. La Documentation française, Paris, 1993.
- Avec_Leridon H. Gray R. *Biomedical and Demographic Determinants of Reproduction*. Clarendon Press, 1993.
-ACSF (Spira A, Bajos N et al.) *AIDS and sexual behaviour in France,* Nature, 1992, 360 : 407-9
- Avec Jegou B et Jouannet P, Spira A. *La fertilité est-elle en danger* ? La Découverte, Paris, 2009

Email : Alfred.spira@gmail.com

Fabienne BRUGERE, professeure à l'université Michel de Montaigne, Bordeaux III

Fonctions :

Fabienne Brugère est Professeure de philosophie à l'Université Michel de Montaigne Bordeaux3. Elle a été Présidente du Conseil de Développement Durable auprès de la Communauté urbaine de Bordeaux de juin 2008 à juin 2013. Elle est directrice des collections « Lignes d'art » et « care studies » aux Presses Universitaires de France, directrice de la collection « Diagnostics » aux éditions du Bord de l'eau (en collaboration avec Guillaume le Blanc), membre du comité de rédaction de la *Nouvelle Revue d'Esthétique* et de la revue *Esprit*. Elle dispense également des cours dans les Université de Hambourg, Munich et Laval à Québec, comme professeure invitée. Elle travaille sur la philosophie de l'art, sur la philosophie morale et politique.

Publications :

- *Le sexe de la sollicitude*, Seuil, 2008 ; *Philosophie de l'art*, PUF, 2010.
- *L'éthique du care*, PUF, 2011
- *Faut-il se révolter ?*, Bayard, 2012.
- (avec Guillaume le Blanc) *Dictionnaire politique à l'usage des gouvernés*, Bayard, 2012
- *La politique de l'individu*, Seuil, 2013

Elle a dirigé ou co-dirigé de nombreux livres sur Spinoza, Foucault, Judith Butler, le libéralisme, l'œuvre d'art.

Email : fa.brugere@orange.fr

Marie GAILLE, directrice de recherche au CNRS, Paris

Fonctions :

Marie GAILLE est philosophe, directrice de recherche à à SPHERE (UMR 7219, CNRS-Université Paris Diderot. Titulaire d'un Master in Political Sciences de l'Université d'Etat de New-York, elle est agrégée et docteur en philosophie, ancienne élève de l'école normale supérieure de la rue d'Ulm. Elle travaille sur l'articulation entre philosophie politique et philosophie de la médecine, recherche biomédicale sur la santé humaine et écologie, et enfin sur l'épistémologie de l'éthique médicale. Elle collabore avec le Centre d'éthique clinique de l'hôpital Cochin depuis 2004 et enseigne à l'IEP Paris.

Publications :

- *Cabanis, Anthropologie médicale et pensée politique,* Paris, éditions du CNRS, 2014
- *Le désir d'enfant - histoire intime et enjeu politique,* Paris, PUF, 2011
- *Philosophie de la médecine - frontière, savoir, clinique,* Paris, Vrin, 2011
- *La valeur de la vie,* Paris, Les Belles Lettres, 2010

Adresse postale : Université Paris Diderot – CNRS, Laboratoire SPHERE, UMR 7219, Bâtiment Condorcet, case 7093, 5 rue Thomas Mann, 75205 Paris cedex 13

HISTORIENNE

Sylvie STEINBERG, maitresse de conférence à l'université de Rouen

Fonctions :

Sylvie Steinberg est agrégée d'Histoire et docteur en Histoire moderne. Elle est spécialiste de l'histoire de la famille, du genre et de la sexualité. Elle est membre du comité de rédaction de la revue *Clio, Femmes, Genre et Histoire*. Elle est l'auteur de nombreux articles d'histoire et d'épistémologie du genre. Elle mène des travaux sur l'histoire de la filiation à travers la question de la bâtardise sur la très longue durée. Collaboratrice de nombreuses revues scientifiques, elle a récemment dirigé un numéro des *Annales de démographie historique* sur *Les Normes de parentalité* (2013). Elle est aussi co-directrice du Groupement d'Intérêt Scientifique (GIS) - Institut du Genre qui coordonne les recherches sur le genre entre le CNRS et une trentaine d'Universités et d'établissements d'enseignement supérieur.

Publications :

- *La confusion des sexes. Le travestissement de la Renaissance à la Révolution*, Paris, Fayard, 2001
- *Bâtards. Filiation et descendance à l'époque moderne* (à paraître en 2014)

Email :sylvie.steinberg@univ-rouen.fr

POLITISTE

Jennifer MERCHANT, professeure à l'université Panthéon-Assas, Paris II

Fonctions :

Jennifer MERCHANT, Bachelor of Arts, double major Political Science/French Literature, University of California, docteur en sciences politiques (I.E.P. Paris), Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II, membre de l'Institut universitaire de France, spécialiste des politiques publiques comparées et enjeux bioéthiques, genre et assistance médicale à la procréation. Co-responsable, avec I. Théry, M. Gross et L. Brunet, du séminaire "Genre, personne et parenté dans l'assistance médicale à la procréation", EHESS, Paris.

Publications :

- *Procréation et politique aux Etats-Unis* (1965-2005), Paris, Belin, 2006.
- Nouvelles configurations familiales, France/Etats-Unis, dans Nicole Gallus, dir., *Droit des familles, genre et sexualité*, Bruxelles, L.G.D.J. Anthemis, April 2012.
- Une GPA éthique est possible, *Travail, Genre, Société* http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=TGS_028_0183
- *De la Constitution aux droits: les fondements juridiques des droits des femmes aux Etats-Unis* (co-author, Vincent Michelot), Lyon, ENS Editions, à paraître en juin 2014.

Email : Jennifer.Merchant@u-paris2.fr