



Institut d'anthropologie clinique

29 chemin des Côtes de Pech David 31400 Toulouse

Tél-Fax 05 62 17 20 86 – iac@i-ac.fr – www.i-ac.fr

FAMILLES CONTEMPORAINES

PIERRETTE AUFIERE
AVOCAT HONORAIRE

LA LOI DE LA FILIATION

Les observations qui vont être développées ci-après, se placent dans la perspective de résumer les règles bases de certains pans du Droit de la filiation.

C'est le lien de droit qui unit l'enfant à son père (filiation paternelle ou paternité) et à sa mère (filiation maternelle ou maternité).

L'enfant rattaché à la famille de son auteur s'inscrit dans un ordre généalogique.

Les effets que le droit produit à la filiation sont nombreux, tant d'un point de vue patrimonial (obligation alimentaire, droits successoraux, allocations familiales et droit fiscal) qu'extra-patrimonial (nom, autorité parentale).

La loi de la conception

Juridiquement l'article 311 du Code civil détermine l'existence légale de la conception d'un enfant entre le 180^{ème} et le 300^{ème} jour précédant la naissance inclusivement.

La conception est donc censée avoir lieu à un moment quelconque durant les 121 jours qui délimitent cette période, selon l'intérêt de l'enfant.

Bien évidemment c'est une présomption simple, ce qui signifie qu'il peut toujours être rapporté la preuve contraire.

Cette conception légalement encadrée, va avoir un impact, comme nous le verrons ci-après, pour l'établissement de la filiation de cet enfant en cas de mariage des parents.

La loi de l'accouchement

Rappelons tout d'abord qu'il n'y a aucune obligation légale à accoucher ni dans un établissement public, ni dans un établissement privé, et que l'accouchement peut avoir lieu en tout lieu (pourrait-on dire)...

Au moment de l'accouchement, et si évidemment la mère ne souhaite pas « rester mère », va intervenir la notion de l'accouchement sous X.

Cet accouchement sous X. relève de deux textes : article 57 du Code civil, article L 222-6 du Code de l'action sociale et des familles.

Dès lors, si la femme qui accouche dans un établissement de santé demande la préservation du secret de son admission et de son identité, après avoir reçu toute information utile, on peut parler de « déni de parenté », en tout cas de parenté maternelle.

La place du père dans cette situation est réduite et risque de ne pas exister.

En effet, même si la Cour de Cassation (arrêt du 7 avril 2006) a établi la jurisprudence – maintenant classiquement reconnue – de l'affaire Benjamin (accouchement sous X. alors que le père, en union libre, avait reconnu l'enfant avant la naissance de ce dernier) cette filiation paternelle qui primera alors va être difficilement applicable dans cette situation.

Ceci suppose que le père sache non seulement que la mère était enceinte, mais surtout où et quand elle a accouché : dans le cas contraire par exemple, la reconnaissance du père antérieure à la naissance ne saurait donc être transcrite sur l'acte de naissance de l'enfant.

Mêmes dispositions envisageables par exemple lorsque l'épouse mariée, demande le secret de l'accouchement. Nous verrons ci-après que la présomption légale de paternité de l'homme marié est alors écartée et la filiation ne peut être établie par l'effet de la loi (le mari peut cependant reconnaître l'enfant à condition d'en connaître l'existence !).

En effet le géniteur de l'enfant connaissant la grossesse, ne peut absolument pas savoir la date de l'accouchement de la mère si cette dernière le cache.

Donc si la mère accouchait dans le secret le plus total, et en dehors la présence du père, ou empêchant toute information de ladite naissance pour le père, il y aurait là une grande difficulté à ce que celui-ci puisse faire établir sa filiation.

Dans toutes ces hypothèses l'article 62-1 du Code civil permet au père, lorsque le secret de l'identité de la mère rend impossible la transcription de la reconnaissance en marge de l'acte de naissance de l'enfant, d'informer le Procureur de la République afin qu'une recherche soit effectuée sur les date et lieu de naissance de l'enfant et qu'il puisse éventuellement être procédé à son identification avant son placement en vue de l'adoption.

La loi de la naissance

Il est nécessaire d'évoquer quelques éléments quant à l'établissement juridique de la filiation, dont certains paramètres viennent d'être déjà énoncés.

Aujourd'hui, l'Ordonnance (n° 759-2005 du 4 juillet 2005) portant réforme de la filiation, et le Décret correspondant, (n° 2006-640 du 1^{er} juin 2006), sont applicables depuis le 1^{er} juillet 2006, avec certains effets rétroactifs. La loi du 16 janvier 2009 (n° 2009-61) a ratifié l'ordonnance en y apportant de légers aménagements.

L'Ordonnance obéit aux règles suivantes rappelées le plus brièvement possible pour la compréhension du sujet abordé.

1°) Suppression de la notion d'enfant légitime et d'enfant naturel

Ces dénominations n'existent plus dans le Code civil ; on parlera d'enfant issu d'un couple marié ou enfant issu d'un couple en union libre (que ce couple d'ailleurs soit un couple vivant ensemble – concubins –, ou pacsés – le pacs n'ayant aucun effet sur les règles de la filiation, ou séparé).

2°) Établissement de la filiation de trois manières : par l'effet de la loi, par la reconnaissance, par la possession d'état.

Nous ne traiterons pas volontairement ici des demandes d'établissement de la filiation ou de contestation de la filiation devant les instances judiciaires.

Nous nous placerons au moment de l'accouchement de la mère et de l'établissement de l'acte de naissance de l'enfant.

À cet égard rappelons l'importance d'un tel document, savoir l'acte de naissance intégral qui donc est en quelque sorte le reflet de notre vie, de la naissance à la mort, dans les aspects juridiques qui doivent y apparaître.

Que se passe-t-il en cas d'accouchement vis-à-vis de l'état civil ?

Concrètement, au moment où la femme accouche, il devra être procédé à la déclaration de naissance de l'enfant. À ce moment-là un certain nombre de documents sont donnés justement pour effectuer la déclaration de naissance : c'est lors de cette dernière que la filiation juridique va être établie vis-à-vis des parents.

A ce stade, l'Ordonnance susvisée a posé un principe fondamental :

Article 311-25 du Code civil édicte : « *La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant.* »

Cette modalité présente même un effet rétroactif prévu à l'article 20 de ladite Ordonnance.

Cependant cette disposition (mention du nom de la mère) n'est pas obligatoire.

L'article 57 du Code civil prévoit expressément que les père et mère peuvent ne pas être désignés dans l'acte de naissance.

Mais surtout l'article 326 précise : « *lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservée* ».

La circulaire du 30 juin 2006 insiste sur le caractère non obligatoire de la désignation de la femme accouché dans l'acte de naissance de sorte que « *la mère, mariée ou non, peut demander à ce que son nom ne figure pas dans l'acte de naissance de l'enfant, même si elle n'a pas demandé le secret de son identité lors de l'accouchement.... En cas d'accouchement sous X, le nom ne doit en aucun cas figurer dans l'acte* ».

Cependant si ces mères poursuivaient dans cette attitude, en appliquant même dans la foulée les dispositions de l'accouchement sous X. afin que l'enfant soit « adoptable » à leur égard, cela ne les empêcherait pas de procéder postérieurement par voie de reconnaissance de l'enfant.

Et ce justement si elles voulaient reprendre l'enfant dans les délais prévus (article L 226-6 et L 224-6 du Code d'action sociale et familiale « *L'enfant est déclaré pupille de l'Etat à titre provisoire à la date à laquelle est établi le procès-verbal prévu à l'article L. 224-5. La tutelle est organisée à compter de la date de cette déclaration. Toutefois, dans un délai de deux mois suivant la date à laquelle il a été déclaré pupille de l'Etat à titre provisoire, l'enfant peut être repris immédiatement et sans aucune formalité par celui de ses père ou mère qui l'avait confié au service. Ce délai est porté à six mois, dans le cas prévu au 3° de l'article L. 224-4 pour celui des père ou mère qui n'a pas confié l'enfant au service.*»).

L'enfant lui est remis sans formalités dès lors qu'elle va démontrer qu'elle a créé le lien de filiation par la reconnaissance de son enfant.

Enfin il n'est pas non plus interdit à la mère de reconnaître l'enfant avant la naissance et ce pour s'assurer de la dévolution du nom, comme nous le verrons ci-après.



Les conditions d'établissement de la filiation d'un enfant découlent de l'article 310-1 du Code civil lequel instaure une chronologie dans l'établissement de la filiation : « *la filiation est légalement établie dans les conditions prévues au chapitre II du présent titre, par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constaté par un acte de notoriété. Elle peut aussi l'être par jugement dans les conditions prévues au chapitre III du présent titre* ».

La filiation établie par l'effet de la loi

Nous venons d'examiner « la mère », examinons « le père » : nous sommes dans l'hypothèse du père marié avec la mère.

L'article 312 du Code civil dispose toujours que l'enfant, conçu ou né pendant le mariage, a pour père le mari : dès lors, si la mère déclare qu'elle est mariée au moment de son accouchement, et que dans l'acte de naissance de l'enfant soit mentionné avec le nom de la mère, sa qualité d'épouse et le nom de son mari, l'enfant est de plein droit issu de ses père et mère mariés.

Par contre, si la mère mariée ne déclare pas qu'elle l'est, et n'indique dans l'acte de naissance de l'enfant que son nom patronymique, cet enfant ne verra sa filiation établie qu'à l'égard de la mère (art. 313 du Code civil : « *La présomption de paternité est écarté lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père.* »).

Cette paternité légale sera rétablie si l'enfant a la possession d'état à l'égard des deux époux et si aucun lien de filiation n'a existé préalablement à l'égard d'un tiers ; en cas d'absence de la possession d'état susvisée, il existe aussi une action judiciaire en rétablissement des effets de la présomption de paternité légale.

Nous ne traiterons pas ici volontairement des conflits liés à la contestation de cette paternité, aux difficultés liées à la séparation du couple marié, tous ces points pouvant instaurer des situations multiples et complexes dont tant les personnes que les tribunaux connaissent les hypothèses parfois apparemment les plus étonnantes et invraisemblables...

Cette présomption de paternité ne joue pas lorsqu'il s'agit d'un mariage de couples de même sexe : le législateur a spécifiquement prévu que seule l'adoption permettait à ces couples mariés d'instaurer un lien de filiation pour le conjoint ou conjointe.

L'article 6-1 du Code civil indique que : « *le mariage et la filiation adoptive emporte les mêmes effets, droits et obligations reconnues par les lois, à l'exclusion prévue dessus au titre VII livre 1er du présent code, que les époux les parents soient de sexe différent ou de même sexe* »

Le titre VII du livre 1er du Code concerne tous les effets inhérents à la filiation.

Dès lors la filiation de l'enfant à l'égard d'un couple de personnes de même sexe ne pourra résulter que d'un jugement d'adoption.

La filiation établie par l'effet de la reconnaissance

Cette disposition (article 316 du Code civil) concerne un mode d'établissement de la maternité ou de la paternité lorsque la filiation n'est pas établie par l'effet de la loi.

Les dispositions de l'article 6-1 du Code civil ci-dessus interdisent également la reconnaissance par la compagne (ou la femme) de la mère qui accouche, ou une seconde reconnaissance par le compagnon du père (ou le mari)

Et ce indépendamment de l'hypothèse d'une seconde reconnaissance ceci est d'ailleurs déjà impossible de par la loi, un enfant ne pouvant avoir une double filiation paternelle ainsi établie.

La reconnaissance est un acte volontaire qui n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur. Elle est faite, soit dans l'acte de naissance, soit par un acte authentique indépendant, antérieur ou postérieur à la naissance (tels que acte notarié, testament, etc.).

La reconnaissance peut également être effectuée conjointement par les père et mère avant la naissance et les incidences en sont examinées ci-après.

En principe la reconnaissance doit faire l'objet d'une mention sur l'acte de naissance de l'enfant.

À condition bien évidemment que les deux actes s'ils ne sont pas concomitants, (reconnaissance et naissance) puissent être connus des officiers d'état civil respectifs.

Pour l'exprimer dans d'autres termes, si un acte de reconnaissance prénatale est effectué par le père et que ce dernier, séparé de la mère, ignore le lieu et le moment de l'accouchement, la transcription de sa reconnaissance sur l'acte de naissance de l'enfant s'avèrera quasiment impossible.

Rappelons que, pour la mère, au moment de l'accouchement, le fait de mentionner le nom du père, si elle n'est pas mariée avec lui, ne créera pas de lien de filiation avec ce dernier tant que ce géniteur n'aura pas effectué lui-même la reconnaissance de l'enfant.

S'il n'y procède pas, il existe pour la mère la possibilité de faire établir judiciairement cette filiation paternelle par des actions devant les tribunaux, comme il existe aussi la possibilité de contester une reconnaissance paternelle devant les mêmes tribunaux s'il s'avère que le père n'est pas le père de l'enfant.

Il s'agit des actions de contestation ou d'établissement de filiation avec à l'appui les demandes d'expertise génétique, lesquelles sont considérées par la Cour de Cassation quasiment de droit pour l'intérêt de l'enfant (Arrêt du 28 mars 2000 « *l'expertise biologique est de droit en matière de filiation sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* ».)

Précisons immédiatement que ces expertises génétiques ne peuvent être effectuées que sur décisions des tribunaux saisis de ces demandes de contestation ou d'établissement de filiation, et qu'en application de l'article 16-11 du Code civil, elles ne sauraient être ordonnées dans un quelconque autre contexte.

Le tout bien évidemment sous réserve de la même manière que la procédure engagée soit recevable devant le tribunal au vu des règles de procédure et de fond en la matière.

La filiation par l'effet de la possession d'état

Ce mode d'établissement va consister à entériner et à faire constater, selon les règles de l'article 311-1 et 317 du Code civil et par un acte de notoriété établi en bonne et due forme, que l'enfant est bien l'enfant des parents.

Article 311-1 du Code civil: « *La possession d'état s'établit par une réunion au suffisantes de faits qui révèle le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir. Les principaux de ces faits sont :*

- 1. que cette personne a été traité par celui ou ceux dont on l'a dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les a traités comme son ou ses parents ;*
- 2. que ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation ;*
- 3. que cette personne est reconnue comme leur enfant dans la société et par la famille ;*
- 4. qu'elle est considérée comme tel par l'autorité publique ;*
- 5. qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on l'a dit issue. »*

La loi de l'adoption

La filiation par adoption plénière

L'adoption plénière (article 343 et suivants du Code civil) assimile totalement l'enfant adopté à un enfant biologique. Elle entraîne la rupture de l'enfant avec sa famille d'origine, donc ses liens biologiques, pour uniquement le rattacher à sa famille adoptive.

Seule exception à l'adoption: empêchements à mariage tenant aux anciens liens de parenté ou d'alliance existant dans la famille d'origine (art. 356 du Code civil).

Les enfants adoptables sont d'abord ceux (article 347 du Code civil) « *pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption ; les pupilles de l'État ; les enfants déclarés abandonnés dans les conditions prévues par l'article 350* ». L'abandon peut résulter du consentement des parents, ou d'une décision de l'autorité.

Le père et la mère doivent consentir à l'adoption de leur enfant par un acte authentique.

Il faut en outre que les deux parents se soient manifestement désintéressés de l'enfant.

Ils ont la faculté de se rétracter pendant un délai de deux mois. La restitution de l'enfant est alors de droit. Le délai est très court afin de faciliter l'adoption de très jeunes enfants. Après expiration du délai, la rétractation n'est pas dépourvue de tout effet. Le tribunal peut ordonner la restitution si l'enfant n'a pas été placé et s'il la juge conforme à l'intérêt de l'enfant.

L'adoption plénière peut être faite soit par deux époux, le cas le plus courant, soit plus rarement par une personne célibataire ou mariée mais agissant individuellement.

Entre outre un conjoint peut établir un rapport de filiation avec les enfants du premier lit de son époux/se.

Ceci dans les seules hypothèses de l'art. 345-1 du Code civil :

« *L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise:*

1. *Lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint.*
1. bis. *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.*
2. *Lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale.*
3. *Lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendant au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant. »*

Dans ce cas d'adoption du conjoint les conditions d'âge de l'adoptant sont réduites, voire peuvent être supprimées, également inutile la remise de l'enfant de moins de deux ans à l'aide sociale à l'enfance ou à une organisation d'adoption.

Enfin et surtout l'adoption de l'enfant du conjoint ne fait pas perdre à l'adopté son lien avec le parent biologique et sa famille d'origine (art. 356 al. 2 du Code civil).

L'adoption ne peut être faite par des concubins, ni par des partenaires (art. 346 du Code civil).

Lorsque l'adoption est effectuée par un couple marié, soit le mariage doit avoir duré plus de deux ans (art. 343 du Code civil), soit les époux ont plus de 28 ans.

Lorsqu'elle est individuelle, il suffit que l'adoptant ait plus de 28 ans. S'il est marié, le consentement de son conjoint est nécessaire.

L'adoption pour être prononcée doit être (article 353 du Code civil) « *conforme à l'intérêt de l'enfant* » condition appréciée par les magistrats.

Il est exigé une différence d'âge de quinze ans entre adoptant et adopté, réduite à dix ans si l'adopté est l'enfant du conjoint : une dispense judiciaire peut cependant être accordée pour « *de justes motifs* » (art. 344 du Code civil).

L'adopté doit être âgé de moins de quinze ans et s'il a plus de treize ans, doit donner son consentement. Il faut qu'il ait été accueilli dans le foyer de l'adoptant depuis plus de six mois.

Les enfants adoptables (article 347 du Code civil), sont d'abord ceux « *pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption ; les pupilles de l'Etat ; les enfants déclarés abandonnés dans les conditions prévues par l'article 350* », abandon qui découle du consentement des parents, ou d'une décision de l'autorité.

Le père et la mère doivent consentir à l'adoption de leur enfant par un acte authentique et doivent s'être manifestement désintéressés de l'enfant.

Ils peuvent se rétracter pendant un délai de deux mois. La restitution de l'enfant est alors de droit. Après expiration du délai, la rétractation peut être demandée devant le tribunal qui jugera si la restitution est conforme à l'intérêt de l'enfant, si l'enfant n'a pas déjà été placé

L'abandon doit avoir été constaté par un acte public :

- Soit un acte administratif s'il s'agit d'enfants abandonnés à l'aide sociale à l'enfance, généralement à la naissance, dont la filiation est inconnue : l'enfant est immatriculé comme pupille de l'Etat s'il a été accueilli par le service pendant plus de deux mois.
- Soit une déclaration judiciaire d'abandon (art. 350 du Code civil) lorsque les parents se sont manifestement désintéressés de l'enfant depuis plus d'un an.

L'article 352 du Code civil précise « *le placement en vue de l'adoption met obstacle à toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine* » et « *fait obstacle à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance* ».

Le placement consiste à ce que l'enfant soit remis par l'aide sociale à l'enfance ou par un organisme autorisé pour l'adoption aux personnes qui ont formé le projet de l'adopter.

Au bout de six mois de placement le Tribunal vérifiera la légalité de l'adoption et son opportunité au cas par cas et prononcera un Jugement d'Adoption plénière, irrévocable, dès que le jugement sera définitif.

Un nouvel acte d'état civil de l'enfant sera créé en conséquence.

La filiation par adoption simple

L'adoption simple n'emporte pas rupture avec la famille d'origine

Les conditions de l'adoption simple sont à priori les mêmes que celles de l'adoption plénière, mais cependant plus souples sur les points suivants:

- Elle est possible quel que soit l'âge de l'adopté même s'il est majeur.
- Elle est permise pour l'enfant du conjoint même si l'enfant a déjà une filiation établie à l'égard d'une personne de même sexe que l'adoptant (loi du 17 mai 2013).
- Le placement de l'adopté depuis six mois au foyer de l'adoptant est inutile.

L'adoption simple n'a pas d'effet rétroactif comme l'adoption plénière. L'adopté garde le nom de sa famille d'origine et ne perd pas ses droits successoraux

L'adoption simple peut être révoquée à la demande de l'adoptant ou de l'adopté pour motifs graves appréciés par le Tribunal.

La filiation adoptive au vu de la loi du 17 mai 2013

Il s'agit de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe

Toutes les dispositions du mariage sont applicables à l'ensemble des époux en application de l'article 143 du Code civil résultant de la loi du 17 mai 2013 : « *le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* ».

Certains aménagements ont toutefois été prévus : adjonction à l'article 345-1 du Code civil de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint: « *lorsque l'enfant l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard* ».

Précision : pour être adopté par le conjoint l'enfant doit n'avoir été préalable adopté que par un seul adoptant et n'avoir une filiation établie qu'à son égard.

La circulaire du 29 mai 2013 explicite cette notion : un enfant adopté en la forme plénière conjointement par un couple, à la suite du divorce des adoptants et du remariage de l'un d'eux, ne pourra donc pas faire l'objet d'une adoption par le nouveau conjoint de l'un des adoptants.

De même si un enfant adopté par une personne seule est ensuite adopté par le conjoint de cette dernière, il ne pourra plus être adopté par le conjoint ultérieur de l'un des adoptants.

Exception faite de l'article 346 du Code civil : une nouvelle adoption de l'enfant peut être prononcée après décès de l'adoptant ou des deux adoptants, soit encore après le décès de l'adoptant ou des deux adoptants, si la demande est présentée par le nouveau conjoint du survivant d'entre eux.

Par contre il est impossible d'adopter en forme plénière l'enfant précédemment adopté en la forme simple : l'article 345-1 du Code civil prévoit que l'adoption plénière de l'enfant du conjoint n'est permise que lorsque l'enfant n'a de filiation établie qu'à l'égard de ce conjoint. Or un enfant adopté à la forme simple dispose en plus de sa filiation adoptive, de sa filiation d'origine.

Il n'est donc pas possible qu'il soit adopté en la forme plénière par le conjoint de son parent adoptif.

Quant à l'adoption simple de l'enfant du conjoint, l'article 360 du Code civil permet déjà l'adoption simple d'un enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière s'il était justifié « *de motifs graves* »: la jurisprudence a pu admettre ainsi l'adoption simple par l'époux de l'enfant adopté en la forme plénière par son conjoint.

Pour éviter des pratiques « divergentes » et ne plus exiger cette notion de « motifs graves » le législateur a modifié l'article 360 du Code civil en précisant que: « *l'enfant précédemment adopté par une seule personne en la forme simple plénière peut l'être une seconde fois par le ce conjoint de cette dernière en la forme simple* ».

Que ce soit adoption simple ou plénière de l'enfant du conjoint, les adoptions successives par les différents conjoints du parent de l'enfant sont prohibées.

L'enfant précédemment adopté par une seule personne en la forme simple ou plénière ne peut être qu'une seule nouvelle fois.

La loi du nom

Les réformes successives sur la modification du nom de famille ont créé des complexifications d'analyse des situations, à tel point que même et surtout les praticiens du droit en la matière (notaires, officiers d'état civil, avocats, généalogistes, etc.) sont amenés à vérifier de manière la plus précise possible toutes les situations envisageables.

À ce jour ce sont celles applicables au vu de l'article 311-21 du Code civil découlant de l'établissement du lien de filiation.

L'enfant voit son lien de filiation établi vis-à-vis d'un seul des parents

L'enfant prend le nom du parent auprès duquel la filiation est établie en premier :

Reconnaissance anticipée d'un parent, seul nom de la mère dans l'acte de naissance, seule reconnaissance du père dans les hypothèses du secret de la naissance ou d'accouchement sous X.

L'enfant voit son lien de filiation établi vis-à-vis de ses deux parents simultanément.

Reconnaissance conjointe avant la naissance, ou déclaration de naissance

Si la filiation maternelle et paternelle est concomitamment établie, les parents choisissent le nom de famille dans l'ordre choisi par eux, mais dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux :

- soit le nom du père,
- soit le nom de la mère,
- soit les deux noms accolés (avec ou pas deux tirets).

Cette déclaration conjointe est présentée aux parents au moment de la naissance, elle doit être écrite et produite à l'officier d'état civil, et seul cet officier d'état civil est compétent pour recevoir cette déclaration.

En cas de désaccord ou de décès d'un parent ni le Juge des Affaires Familiales ni le Juge des Tutelles ne peuvent suppléer la carence d'un des parents.

La loi du 17 mai 2013 a prévu une disposition supplémentaire en cas de désaccord des parents sur le nom : un des parents peut le signaler à l'officier de l'État civil de son choix au plus tard le jour de la déclaration de naissance ou postérieurement au jour de l'établissement simultané de la filiation, en présentant un écrit qui est visé par l'officier d'État civil puis remis aux parents.

Dans cette hypothèse si ce document attestant de ce désaccord est produit à l'officier d'État civil au jour de la déclaration de naissance, celui-ci établira l'acte de naissance de l'enfant lui attribuant le nom des deux parents accolés selon l'alphabétique.

Si l'un ou les deux parents ont déjà un double nom de famille, seule la première partie de chacun de leur nom sera retenue pour constituer le double nom de l'enfant accolé dans l'ordre alphabétique

L'enfant voit son second lien de filiation établi vis-à-vis postérieurement vis à vis de ses parents

Reconnaissance du père postérieure au nom de la mère mentionné dans l'acte de naissance.

Les parents peuvent, toujours par déclaration conjointe, choisir :

- de substituer le nom de famille du parent à l'égard duquel le lien de filiation est établi en second lieu (le père dans cette hypothèse) ;
- d'accoler leurs deux noms mais toujours dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux et en respectant le nom de famille déjà choisi s'il en existait un antérieur.

Ces aménagements (article 311-23 du Code civil) nécessitent l'accord de l'enfant s'il a plus de 13 ans.

L'unité du changement de nom est également prônée : un enfant issu des mêmes parents dans les mêmes conditions devra recevoir le même nom de famille que son aîné.

Des dispositions transitoires ont organisé cette unité de nom pour les puînées.

L'enfant est adopté

Adoption plénière

- Par une personne seule d'un enfant qui n'est pas l'enfant du conjoint : l'enfant prend le nom de l'adoptant.

La loi du 17 mai 2013 ne permet plus en cas d'adoption par une personne seule de l'enfant qui n'est pas l'enfant du conjoint ou ex conjoint de conférer à l'adopté le nom de ce conjoint ou ex conjoint.

- Par une adoption conjointe et adoption de l'enfant du conjoint.

La loi du 17 mai 2013 maintient la possibilité de choix du nom de l'enfant :

- Par une déclaration conjointe au profit de l'adopté dans les hypothèses suivantes :

lorsqu'ils n'ont pas d'autres enfants communs ;

lorsqu'ils ont d'autres enfants communs (nés avant le 1er janvier 2005 où nés avant leur mariage et n'ayant pas bénéficié de changement de nom).

- Ils peuvent choisir :

soit le nom de l'un des deux (si le nom est un double nom de famille celui-ci divisible aux générations futures) ;

soit une partie du nom de l'un des deux (si ce nom est un double nom de famille divisible) ;

soit leurs deux noms accolés dans l'ordre qu'il souhaite (si l'un d'eux ou les deux portent un double nom de famille ils ne peuvent transmettre qu'une partie du nom aux fins de constituer le double nom de famille de l'adopté lequel est divisible aux générations futures).

À défaut de déclaration de choix de nom l'adopté prend en seconde position le premier nom des adoptants ou de l'adoptant et de son conjoint accolé selon l'alphabétique.

Adoption simple

Le principe de l'adjonction du nom de l'adoptant au nom de l'adopté est maintenu : cet ensemble constitue un nom composé insécable à la génération suivante.

Par exception et à sa demande, le nom de l'adoptant peut être substitué à celui de l'adopté soit au moment de la requête en adoption soit postérieurement au prononcé de l'adoption : le consentement de l'adopté de plus de 13 ans est requis.

Enfin l'article 363 du Code civil précise que l'adjonction du nom de l'adoptant au nom de l'adopté majeur n'est possible qu'avec le consentement de ce dernier.

La loi de la parentalité

L'autorité parentale sur l'enfant mineur découle aussi du statut des parents et de l'établissement du lien de filiation.

Enfant né de parents mariés, dont la filiation est établie en conséquence

L'autorité parentale est de plein droit exercée par les deux parents, elle ne sera pas modifiée en cas de séparation des deux parents (divorce ou séparation de corps), sauf dans l'hypothèse extrême où le Juge des Affaires Familiales accorderait une autorité parentale exclusive à un des deux parents.

Enfant issu d'un couple en union libre

Pour que l'autorité parentale soit de plein droit établie au profit des deux parents, il faut que le lien de filiation soit constitué avant que l'enfant ait atteint l'âge d'un an.

Pour la mère nous avons vu que cela découlera de la simple mention de son nom dans l'acte de naissance.

Pour le père il faut qu'il effectue une reconnaissance avant que l'enfant ait atteint l'âge d'un an.

A défaut les parents peuvent toujours demander que l'autorité parentale conjointe soit constatée par une déclaration également conjointe adressée au Greffier du Tribunal de Grande Instance, ou elle peut être ordonnée par le Juge des Affaires Familiales dans une décision qui constatera que le père peut remplir cette condition, demande qui peut alors être accueillie même en cas de désaccord de la mère.

Même hypothèse extrême que ci-dessus : le Juge des Affaires Familiales pourrait accorder une autorité parentale exclusive à un des deux parents.

Les dispositions de la loi du 4 mars 2002 permettent dans les organisations de vies telles que les familles homo parentale ce qui est nommé la délégation partage de l'autorité parentale.

Cette modalité découle de l'article 377 du Code civil: « Les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance. En cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant peut également saisir le juge aux fins de se faire déléguer totalement ou partiellement l'exercice de l'autorité parentale. Dans tous les cas visés au présent article, les deux parents doivent être appelés à l'instance.

Lorsque l'enfant concerné fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative, la délégation ne peut intervenir qu'après avis du juge des enfants. »

La Cour de Cassation a admis ces délégations partage et le Tribunal de Grande Instance de PARIS, dans une décision du 18 septembre 2009, a considéré même de surcroît que la délégation de l'autorité parentale était plus que compatible avec l'intérêt de l'enfant, sans prendre en considération la nécessité pour la mère biologique et juridique d'être dans une indisponibilité qui justifierait la place de l'autre compagne

Le Juge des Affaires Familiales a indiqué de manière claire que « *les circonstances et l'intérêt de l'enfant exigent que* » ... « *ce dernier qui n'a pas de filiation paternelle établie puisse bénéficier de la conjonction de deux parents également investis de l'autorité parentale afin que soit poursuivi un rôle éducatif et affectif continu auprès de lui, notamment en cas d'absence ou d'empêchement de la mère biologique* ».

« *en effet, si l'enfant dont la filiation n'a été établie qu'à l'égard de sa mère, qui exerce l'autorité parentale, sa compagne apparaît comme le second parent de fait de l'enfant, s'occupant au quotidien de l'enfant avec la mère, prenant les décisions avec elle, et pourvoyant à tous ses besoins d'ordre extra patrimonial (éducation, santé, surveillance) ou d'ordre patrimonial (contribution financière à son éducation)* »

Analyse infirmée par la cour de cassation : elle a conditionné à nouveau que les circonstances de la délégation de l'autorité parentale l'exigent (indisponibilité de la mère etc. et que la mesure soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant (Cassation 1ere civil 8 Juillet 2010).

Enfin, la délégation partage de l'exercice de l'autorité parentale sollicitée par les deux parents ensemble, chacun des pères et mères vivants eux même en couple homosexuel, a été l'objet d'une évolution tout d'abord négative puis ensuite positive.

Le Tribunal de grande instance de Toulouse (TGI Toulouse 29 juillet 2011) a refusé une telle prétention au motif de l'intérêt de l'enfant décision confirmée par arrêt de la Cour d'appel de Toulouse (CA Toulouse 18 septembre 2012).

Par contre le Tribunal de grande instance de Paris quelques mois après, a accepté une telle délégation partage. (TGI Paris 22 février 2013)

Enfant adopté

Adoption plénière

Les parents institués par le jugement d'adoption bénéficient de l'autorité parentale conjointe.

Si l'adoption est effectuée par une personne seule, l'autorité parentale lui est dévolue.

Si l'adoption concerne l'enfant du conjoint : elle est exercée de manière conjointe par les deux époux.

Adoption simple

L'adoption simple effectue un transfert de l'autorité parentale profit de l'adoptant.

Si l'adoption concerne l'enfant du conjoint : elle est exercée de manière conjointe par les deux époux s'ils en font la demande.

La loi des tiers

La Procréation Médicalement Assistée (PMA)

Les lois bioéthiques du 29 juillet 1994 organisent l'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation.

Article L. 2141 du Code de la santé publique, « *l'assistance médicale s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryon et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel* ».

La PMA répond à la « *demande parentale d'un couple* » Article. L. 2141-2 Code de la santé publique et « *a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité* ».

Le législateur a nettement affirmé que « *l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple* » refusant ainsi le bénéfice de ces techniques aux femmes célibataires.

Toutefois ces dernières, peuvent se rendre dans des pays limitrophes où cette restriction n'existe plus, et accoucher en France de leur enfant dont la filiation sera établie à leur égard.

Rien ne les empêche postérieurement de se marier avec une compagne, lorsqu'elles vivent en couple homosexuel, et de procéder par voie d'adoption par rapport à cet enfant.

Trois hypothèses envisageables pour une femme homosexuelle afin de devenir mère biologique :

- soit après avoir eu une relation avec un homme, lequel ne créera pas de lien de filiation avec son enfant ;
- soit après avoir une relation avec un homme (d'un autre couple homosexuel) lequel créera un lien de filiation avec l'enfant ;
- soit en bénéficiant d'une procréation médicalement assistée avec donneur (PMA).

Dans ce dernier cas les lois bioéthiques du 29 juillet 1994 organisent l'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation.

Article L. 2141 du Code de la santé publique, « *l'assistance médicale s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryon et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel* ».

La PMA répond à la « *demande parentale d'un couple* » art. L. 2141-2 Code de la santé publique et « *a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité* ».

Le législateur a nettement affirmé que « *l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple* » refusant ainsi le bénéfice de ces techniques aux femmes célibataires.

Toutefois ces dernières peuvent se rendre dans des pays européens limitrophes où cette restriction n'existe plus, et accoucher en France de leur enfant dont la filiation sera alors établie à leur égard.

Quelles sont les possibilités de création d'un lien juridique avec la compagne de la mère ?

a) L'adoption simple

Le lien de filiation pour la mère découlera donc de la simple mention de son nom dans l'acte de naissance.

Toutefois pour établir un lien de filiation avec la compagne de la mère cela ne pouvait résulter que d'une éventuelle mise en place d'une adoption simple.

Cette disposition a été cependant refusée à des couples de femmes homosexuelles pendant la minorité des enfants, compte tenu des problèmes inhérents à l'autorité parentale.

Pour que l'autorité parentale soit de plein droit établie au profit d'un parent, il faut que le lien de filiation soit constitué avant que l'enfant ait atteint l'âge d'un an.

Compte tenu de ce que l'adoption simple effectue un transfert de l'autorité parentale au profit de l'adoptant, en application de l'article 365 du Code civil: « *l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale...* » les magistrats ont refusé en conséquence les adoptions simples présentées par la compagne de la mère homosexuelle. (Cassation 1ere civil 19 décembre 2007)

Un tel refus concernant les adoptions simples a même été considéré par la Cour européenne des droits de l'homme comme non discriminatoire (CEDH 15 mars 2012)

Certains couples ont tenté de contourner la difficulté en faisant coïncider un accord de la mère biologique et juridique pour l'adoption simple, et concomitamment la présentation par la compagne de la mère d'une demande de transfert de l'autorité parentale de l'adoptante, c'est-à-dire elle-même, entre les mains de la mère. Ceci a été également refusé de manière absolue est considéré comme à « *l'égard d'une adoption antinomique et contradictoire* » (Cassation 1ere civil 20 février 2007)

Par contre une fois les enfants devenus majeurs l'adoption simple est tout à fait possible l'obstacle de l'autorité parentale étant levé. (TGI Toulouse 2011)

b) L'adoption plénière

Les premières décisions essentiellement présentées par des femmes en couple homosexuel est mariée intervenues en la matière ont évolués de manière fluctuante et discordante jusqu'à la position de la Cour de Cassation.

Le Tribunal de grande instance de Lille (TGI 14 octobre 2013) a considéré qu'il n'y avait pas fraude à la loi et que cette demande était compatible intérêt de l'enfant

Ainsi que le Tribunal de grande instance de Toulouse (TGI 16 décembre 2013) dans une de ses premières décisions.

Les critiques de la doctrine (Droit de la famille janvier 2014) insistent cependant sur cette notion de fraude à la loi, et sur l'inégalité de traitement en la matière entre les couples homosexuels masculins et féminins

On peut craindre que certains procureur de la république s'opposent donc à une telle demande tant sur ce motif que sur d'autres, tels que développé par le Procureur de la république à Toulouse :

« Attendu que fait partie intégrante de l'intérêt présent et futur de l'adopté de pouvoir un jour avoir accès d'une manière ou d'une autre à ses origines;

Que cette dimension essentielle de la personnalité a été reconnue par le législateur dès 2002 et a été créé à cette fin le Conseil National d'accès aux origines personnelles qui peut être mis en mouvement en cas d'accouchement sous x;

Que le respect de l'histoire de l'enfant ne peut pas faire abstraction pure et simple d'une intervention paternelle dans sa conception;

Que le désir manifeste aujourd'hui et compréhensible de la mère biologique et de son épouse pourrait parfaitement aller contre la volonté future de l'adopté et constitue d'ores et déjà une forme de manque de respect pour l'histoire de l'enfant adopté dont l'intérêt commande qu'elle soit préservée et non transformé en fable;

Qu'il n'y a donc pas lieu à faire droit à la requête d'adoption plénière présentée et emportant rupture irrévocable avec les parents biologiques mais uniquement de prononcer l'adoption simple de A Y par Madame X et donner à l'adopté les prénoms et noms suivants, comme souhaités par sa mère et l'adoptante: Arsène Y X.

En outre, en cas de FIV réalisée à l'étranger donnant lieu à une adoption plénière, cette situation reviendrait à créer une application différente de la loi en fonction du sexe du

couple adoptant au profit des couples de femmes et au détriment des couples d'hommes ou hétérosexuels qui ne se justifie absolument pas. »

Dans certains tribunaux, pour tenter de faire relativement échec à la seule possibilité existant aujourd'hui d'adoption de l'enfant de la conjointe, entre deux femmes d'un couple homosexuel, ayant utilisé une procréation médicalement assistée, la jurisprudence aurait-elle tendance à ce jour à leur opposer la notion de fraude à la loi, largement invoquée en matière de gestation pour autrui?

À aucun moment dans l'ensemble des jurisprudences sur la délégation partage de l'autorité parentale, dans les mêmes circonstances, n'a été évoqué la notion de fraude à la loi alors que l'enfant résulte d'une procréation médicalement assistée interdite en France, mais pratiquée en Europe en application de législation étrangère plus permissive.

Cette information a pourtant été indiquée dans une totale transparence à l'appui les demandes de délégation partage de l'autorité parentale, voire d'adoption simple, lorsque les enfants sont majeurs.

Et pourtant la décision du Tribunal de Versailles (TGI Versailles 29 avril 2014) s'appuyant sur ce motif de "fraude" a refusé toute adoption de quelque ordre qu'elle soit.

Ce dans l'esprit de ramener une certaine égalité des sexes entre femme et homme, ces derniers confrontés à l'impossibilité d'avoir une filiation biologique et légalement établie avec une mère dans le cadre d'une gestation pour autrui, pour les enfants issus de ces couples.

Ces éléments constituent des analyses ne respectant même pas les observations du Conseil constitutionnel dans le cadre de cette notion de différenciation retenue dans la décision numéro 2010-92 Question Préable de constitutionnalité du 28 janvier 2011 laquelle a pourtant posé que: « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que dans l'un et l'autre cas la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »

La Cour de Cassation a alors été saisie d'une demande d'avis sur l'interrogation de deux Tribunaux de grande instance (Avignon et Poitiers) et a rendu les deux avis suivants en date du 22 septembre 2014, numéro 14-70.007 et 14-70.006 où elle affirme clairement que: *"Le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant."*

Ne restait en litige devant la Cour d'Appel de Toulouse que la critique formalisée en première instance par le Procureur de la république lequel ne souhaitait la mise en place d'une adoption simple et non d'une adoption plénière tel qu'il en avait développé les motifs ci-dessus.

Par plusieurs arrêts en date du 2 février 2015 la Cour d'Appel de Toulouse a confirmé les décisions du Tribunal de grande Instance qui avait accepté le principe de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, entre deux femmes mariées homosexuelles.

L'intérêt d'un de ces arrêts d'ailleurs vient du fait que l'enfant avait été conçu sans le bénéfice d'une procréation médicalement assistée à l'extérieur du territoire français, ce qui pouvait laisser supposer potentiellement que le père biologique puisse reconnaître l'enfant.

On peut donc maintenant considérer que le principe de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint dans un couple homosexuel est acquis par la jurisprudence, tout d'abord lorsqu'il s'agit d'un couple composé de deux femmes.

c) Les conditions d'accès à la PMA

Pour ce qui est des conditions d'ouverture au couple hétérosexuel ce dernier doit être mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune de deux ans, être en âge de procréer et vivants article L. 2141-2 al. 3 : « *font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce, ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie* »

La loi interdit les PMA *post mortem*. La Cour de cassation avait rendu un arrêt de principe : Après la mort de son mari décédé il a été refusé à sa veuve de se faire implanter des embryons congelés. (Civ. 1^{ère}, 9 janvier 1996, dame Pires).

Le consentement à la PMA est essentiel, peut être révoqué avant la réalisation de la PMA, il est évidemment sans plus de valeur en cas de décès d'un membre du couple.

S'il s'agit d'un don de gamètes (don de sperme ou don d'ovules), le consentement du couple préalablement informés des conséquences sur la filiation doit être formalisé devant un juge ou notaire et rester anonyme.

L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur n'est effectuée que si la PMA entre les membres du couple ne donne aucun résultat.

Lorsque l'enfant né de la PMA est issu du couple biologique de ses parents les règles de la filiation classique s'appliquent.

L'enfant a juridiquement pour père et mère l'homme et la femme du couple: cette filiation est inattaquable.

L'article 311-20 précise que le consentement donné à la PMA interdit toute action en contestation de filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la PMA et ajoute que « *celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu, engage sa responsabilité envers la mère et l'enfant* ». Bien plus, « *sa paternité est judiciairement déclarée* »

Lorsque l'enfant né de la PMA est issu d'un tiers donneur l'article 311-19 du Code civil prévoit: « *en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation médicalement assistée* »... « *aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur* ».

En conséquence le donneur ne pourrait faire établir sa filiation de quelque manière: toute action lui en est interdite.

Ceci découle de l'article 16-8 du Code civil « *aucune information permettant à la fois d'identifier 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* ».

L'ouverture de la PMA sera peut-être l'objet d'un nouveau projet de loi aux couples de femmes et aux femmes seules, ou vivant en couple homosexuel.

Le Comité s'était déjà prononcé sur la question 2005 et avait prononcé un avis négatif. : "L'ouverture de la PMA à l'homoparentalité ou aux personnes seules ouvrirait de fait ce recours à toute personne qui en exprimerait le désir et constituerait peut-être alors un excès de l'intérêt individuel sur l'intérêt collectif. La médecine serait simplement convoquée pour satisfaire un droit individuel à l'enfant".

Sans parler d'une réforme de l'adoption, dont les idées forces sont contenues dans le récent Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité déposé par Irène THERY et Anne-Marie LEROYER déposé en 2014.

La gestation pour autrui

La GPA est toujours interdite en France à ce jour en application de l'article 16 -7 du Code civil : « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ».

En 2010, le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) avait rendu un avis sur la gestation pour autrui. Il affirmait la nécessité de maintenir son interdiction à cause du risque d'instrumentalisation des personnes et de remise en cause du principe de la dignité humaine.

La Cour de Cassation avait tout d'abord rendu deux arrêts affirmant sa fermeté face à la convention de gestation pour autrui (Cass. 1^{re} civ., 13 septembre 2013) :

« *En l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil.* »

La seconde décision confirme une décision rendue par la cour d'appel de Rennes, qui a caractérisé l'existence d'un tel processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui

La Cour de Cassation indique que la cour d'appel de Rennes : « *en a déduit à bon droit que l'acte de naissance de l'enfant établi par les autorités indiennes ne peut être transcrit sur les registres de l'état civil français et, en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués. Il en va de même de la reconnaissance en paternité qui doit être annulée, comme participant du processus frauduleux, sans que puissent être invoquées les conventions précitées* ».

Confirmation par un arrêt du 19 mars 2014, sans toutefois que la reconnaissance du père soit annulée dans cette dernière décision

Toutefois une circulaire du 25 janvier 2013 du ministère de la justice permet la délivrance de certificat de nationalité française à des enfants nés à l'étranger d'un parent français ayant eu vraisemblablement recours à une procréation ou gestation pour le compte d'autrui (GPA).

Cette circulaire, d'application immédiate, invite les procureurs et greffiers en chef à délivrer un certificat de nationalité française à ces enfants dès lors que le lien de filiation avec un français résulte d'un acte d'état civil étranger remplissant les conditions de l'article 47 du code civil: « *tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité.* »

La circulaire est claire: le seul soupçon de recours à une convention de GPA à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus de délivrance.

À l'inverse, face à un acte d'état civil étranger non probant, le greffier en chef du tribunal d'instance reste fondé à refuser la délivrance d'un certificat de nationalité française.

Le Conseil d'État dans sa décision du 12 décembre 2014 a rejeté les recours qui avaient été intentés à l'encontre de cette circulaire et a considéré:



La seule circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat qui est entaché de nullité au regard de l'ordre public français ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée à ce qu'implique, en termes de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, conduire à priver cet enfant de la nationalité française à laquelle il a droit, en vertu de l'article 18 du code civil et sous le contrôle de l'autorité judiciaire, lorsque sa filiation avec un Français est établie.

Dès lors au vu des arrêts précités, si l'enfant n'est pas déjà entré sur le territoire Français grâce à l'application de la circulaire il ne pourra donc le faire puisqu'il n'aura plus de filiation paternelle permettant d'établir sa nationalité française.

S'il est déjà entré en France l'annulation de la reconnaissance aura pour effet de le placer dans le statut d'un mineur sans filiation étranger entré sur le territoire français, et donc soumis aux textes en la matière. (Protection de l'enfance application extensive de l'article 375 du code civil)

Depuis est intervenu un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme qui s'impose à la France:

Menesson et autres / France requête déposée le 12 février 2012, arrêt du 26 juin 2014.

« Cette requête introduite depuis le 6 octobre 2011 par un couple hétérosexuel compte tenu d'une gestation pour autrui au bénéfice d'une mère totalement infertile, était pendante devant la Cour européenne des droits de l'homme et s'appuie sur l'article 8 et l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme

La Cour a rendu sa décision par un arrêt du 26 juin 2014 : elle a considéré qu'il n'y avait pas de violation de l'article 8 pour les époux pour ce qui est du respect de la vie familiale.

Mais par contre la Cour a retenu l'argument présenté par les requérants sur la violation de l'article 8 compte tenu "de l'impossibilité d'obtenir en France la reconnaissance" du lien de filiation des enfants ce qui crée "une situation juridique discriminatoire par rapport d'une part, aux autres enfants issus d'une assistance médicale à la procréation impliquant un don d'ovocyte dont le père biologique est connu , et, d'autre part aux enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui dont l'acte de naissance a été transcrit par l'officier d'État civil".

La Cour a considéré qu'il y avait eu "violation de l'article 8 de la convention s'agissant du droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée".

Les troisième et quatrième requérantes sont les enfant mineures Valentina et Fiorella Menesson. »

Donc la décision a été rendue sur la base de l'intérêt supérieur des enfants, primant devant tout autre argument, à voir leur acte de naissance transcrit en France sur les registres de l'État civil.

La Cour de Cassation, confrontée à l'injonction des arrêts déjà rendus par la Cour Européenne des droits de l'homme, a considéré dans deux arrêts du 3 juillet 2015, que malgré la convention de gestation pour autrui existante, il convenait de transcrire l'acte de naissance de l'enfant.

La Cour de Cassation a particulièrement précisé : " *Mais attendu qu'ayant constaté que l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la convention de gestation pour autrui conclue entre M. Y... et Mme A... ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance ; que le moyen n'est pas fondé "*

Donc dans tous les cas ces enfants nés de PMA ou de GPA verront leur filiation établie, un acte de naissance transcrit sur les registres de l'État civil français. Si leurs parents se marient, la possibilité de l'adoption par l'enfant du conjoint, homosexuel ou hétérosexuel, sera donc envisageable et entérinée par les tribunaux et leur donnera une filiation en conséquence.

L'accès aux origines

La loi du 22 janvier 2002 (n° 2002-93) peut permettre à l'adopté, objet d'une adoption plénière, de connaître l'identité de ses parents biologiques ou à défaut celle des ascendants, descendants, et collatéraux privilégiés des pères et mère de naissance.

La condition pour que l'enfant adopté ait accès à ses origines réside dans le fait que les auteurs biologiques et génétiques de ne s'y soient pas expressément opposés de leur vivant.

Il convient également qu'ils aient laissé des indications « utilisables ».

L'article L 147-7 du Code de l'action sociale précise de surcroît que : « *l'accès d'une personne à ses origines et 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.*

Acte de naissance et « enfants sans vie »

C'est le texte de l'Article 79-1 du Code civil

Deux hypothèses :

Premièrement

- L'enfant est né vivant et viable mais il meurt avant que sa naissance n'ait été déclarée à l'État civil.

Sur production d'un certificat médical, indiquant que l'enfant est né vivant et viable et précisant les jours et heures de sa naissance de son décès, l'officier de l'état civil établit alors concomitamment un acte de naissance et de décès.

L'enfant est inscrit sur le livret de famille Les droits sociaux liés à toute naissance sont octroyés aux parents.

Deuxièmement

- L'enfant est mort-né,
- L'enfant est né vivant mais non viable et décédé avant la déclaration de naissance.

Sur production d'un certificat médical mentionnant l'heure, le jour et le lieu de l'accouchement, l'acte d'enfant sans vie, est dressé par l'officier de l'état civil à la demande des familles.

L'acte d'enfant sans vie permet aux parents d'inscrire cet enfant sur les registres de l'état civil et sur le livret de famille.

Les parents non mariés, dont l'enfant sans vie est leur premier enfant, peuvent demander un livret de famille. Il est établi par l'officier de l'état civil qui a établi l'acte d'enfant sans vie et comporte : un extrait d'acte de naissance du ou des parents, l'indication d'enfant sans vie, la date et le lieu de l'accouchement.

La famille peut faire procéder, à sa charge, à l'inhumation ou crémation du corps.

Aucune filiation ne peut être établie à l'égard d'un enfant sans vie L'enfant, qui n'acquiert pas la personnalité juridique et n'a pas de nom de famille, il peut seulement recevoir un prénom.

La circulaire n° 2001-576 du 30 novembre 2001 relative à l'enregistrement à l'état civil et à la prise en charge des corps des enfants décédés avant la déclaration de naissance précise que les parents disposent de dix jours pour réclamer le corps et organiser des obsèques. Sinon l'établissement hospitalier fait le nécessaire.

Le statut de l'embryon

Il est réglementé par la loi de bioéthique de 2004.

Cette loi a créé l'article L2141-4 du code de la santé publique (modifié par la loi du 7 juillet 2011) :

« I.- Les deux membres du couple dont des embryons sont conservés sont consultés chaque année par écrit sur le point de savoir s'ils maintiennent leur projet parental.

II.- S'ils n'ont plus de projet parental ou en cas de décès de l'un d'entre eux, les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, peuvent consentir à ce que :

1° Leurs embryons soient accueillis par un autre couple dans les conditions fixées aux articles L. 2141-5 et L. 2141-6 ;

2° Leurs embryons fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5 ou, dans les conditions fixées par cet article et l'article L. 1125-1, à ce que les cellules dérivées à partir de ceux-ci entrent dans une préparation de thérapie cellulaire à des fins exclusivement thérapeutiques ;

3° Il soit mis fin à la conservation de leurs embryons.

Dans tous les cas, le consentement ou la demande est exprimé par écrit et fait l'objet d'une confirmation par écrit après un délai de réflexion de trois mois. En cas de décès de l'un des membres du couple, le membre survivant ne peut être consulté avant l'expiration d'un délai d'un an à compter du décès, sauf initiative anticipée de sa part.

III.- Dans le cas où l'un des deux membres du couple consultés à plusieurs reprises ne répond pas sur le point de savoir s'il maintient ou non son projet parental, il est mis fin à la conservation des embryons si la durée de celle-ci est au moins égale à cinq ans. Il en est de même en cas de désaccord des membres du couple sur le maintien du projet parental ou sur le devenir des embryons.

IV.- Lorsque les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, ont consenti, dans les conditions prévues aux articles L. 2141-5 et L. 2141-6, à l'accueil de leurs embryons et que ceux-ci n'ont pas été accueillis dans un délai de cinq ans à compter du jour où ce consentement a été exprimé par écrit, il est mis fin à la conservation de ces embryons. »

La question de la personnalité juridique de l'embryon résulte de l'article 16 du code civil qui dispose "La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie". »

Dès lors la personnalité juridique des personnes physiques n'existe qu'au moment de la naissance, à condition que l'enfant soit né vivant et viable.

À contrario, en principe, l'enfant né mort n'a pas la personnalité juridique.

Le fait que la personnalité juridique commence seulement à la naissance pose le problème du statut d'un embryon et d'un fœtus : ils ne sont pas des personnes juridiques, cependant ils constituent potentiel un être humain et ne sont pas choses dans un patrimoine.

Toulouse, 21 septembre 2015