

SOUS-TITRE II

Filiation, procréation et autorité parentale (ou la dimension parentale du couple)

CHAPITRE I

LA FILIATION

1240. On déclare volontiers que l'ordonnancement juridique de la famille repose aujourd'hui principalement sur l'enfant. Il existe deux façons de créer une famille : l'alliance (le mariage) et la filiation. Longtemps, la filiation a découlé exclusivement du mariage.

Puis après avoir été décrochée du mariage, la filiation semble se détacher du couple conjugal lui-même. Mais nous montrerons que derrière l'unification des règles de filiation – et l'on peut en dire autant pour l'autorité parentale – les trois modes de conjugalité sont toutefois présents dans leur spécificité. Ainsi, même s'il n'existe plus de catégories d'enfants classées selon le mode de conjugalité des parents, l'enfant né de parents mariés bénéficie d'une protection supérieure à l'enfant né de parents non mariés, malgré l'affaiblissement de la présomption de paternité.

Comme l'écrit Claire Neirinck, « *la filiation est toujours intrinsèque au mariage auquel elle donne sens. Celui-ci répond à la double nécessité juridique d'encadrer la sexualité humaine et ses conséquences (...) Le mariage donne ainsi à l'accouplement sexuel une dimension temporelle et sociale qui rejaillit sur les enfants. Depuis l'antiquité, on a donc opposé la filiation légitime, celle des enfants qui ont pour père "quem nuptiae demonstrant", à la filiation naturelle, de second ordre car de portée nécessairement plus limitée, qui est celle des enfants nés de parents non mariés. La consécration législative contemporaine du Pacs n'a pas modifié ce schéma binaire (...) Les enfants des partenaires (hétérosexuels) sont des enfants nés hors mariage* » (564).

Cela démontre l'impossible uniformisation de la conjugalité et de la parentalité, et la nécessité de clarifier les contours des trois modes de conjugalité.

(564) C. Neirinck, *Couples et établissement volontaire de la filiation*, in *Les Etats généraux du mariage*, op. cit., p. 128.

Section I – La filiation par procréation naturelle (vers une unification des règles de la filiation)

Sous-section I – *La filiation détachée du couple*

§ I – LA LOI N° 72-3 DU 3 JANVIER 1972 SUR LA FILIATION A DECROCHE LA FILIATION DU MARIAGE

1241. Cette loi a été en son temps tout à fait novatrice.

C'est à partir de l'affirmation de l'égalité des enfants naturels nés hors mariage et des enfants légitimes que cette loi proclamait que se trouve établie aujourd'hui l'assimilation entre famille naturelle et famille légitime. En reconnaissant une égale valeur à la filiation dans le mariage ou hors mariage, le législateur ne rendait plus le mariage nécessaire.

En consacrant pour le bien de l'enfant l'égalité de l'enfant naturel et de l'enfant légitime, la loi du 3 janvier 1972 a eu pour conséquence de renoncer à protéger le mariage comme modèle familial exclusif. Le droit a ainsi cessé d'être le garant et le gardien d'un modèle unique de la famille.

Comme il a été dit dans les débats préparatoires à cette loi, on peut libéraliser le mariage, le mariage semblant se porter fort bien (565). En proclamant dans l'article 334 du Code civil : « *L'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime (...) il entre dans la famille de son auteur* », la loi de 1972 a permis la reconnaissance d'une autre famille en dehors du mariage, la famille naturelle, renonçant ainsi à protéger le mariage comme l'unique mode de vie familiale.

Si le législateur a longtemps été hostile au concubinage, c'est parce qu'il voulait protéger le mariage. Le droit civil a depuis toujours consacré le principe d'infériorité du statut juridique de l'enfant naturel, pour défendre le mariage en décourageant la procréation hors mariage.

Avant la loi de 1972, il était interdit aux parents de reconnaître leurs enfants naturels adultérins. Seuls pouvaient être reconnus les enfants naturels simples, c'est-à-dire ceux dont les parents pourraient se marier ensemble, par opposition à l'enfant naturel adultérin dont les parents ne pouvaient pas se marier ensemble parce que l'un d'eux ou même les deux étaient déjà engagés dans les liens du mariage avec une autre personne. Il s'agissait encore de protéger le mariage en dissuadant les époux de tout adultère. C'est ce que l'on appelle l'aspect prophylactique du droit. L'éventualité d'un avantage attaché à un acte souhaitable incite à le faire ; par contre, la perspective d'une sanction attachée à une faute dissuade

(565) En 1972, seuls 3,6 % des couples n'étaient pas mariés. Le nombre d'enfants naturels ne dépassait pas 6 % et l'enfant naturel de l'époque était, dans la plupart des cas, un enfant non désiré. Aujourd'hui, 50 % des enfants naissent hors mariage.

de la commettre. Ce rôle du droit est bien évidemment en recul dans le droit de la famille (566).

1242. Pourtant, en 1972, c'est la discrimination civile dont l'enfant naturel était victime du fait des circonstances de sa naissance qui a paru tout à fait injuste. A cette époque c'est l'égalité des enfants qui est visée et non pas la nécessité de mettre le droit en accord avec de nouvelles mœurs familiales. Avait-on réalisé en 1972 qu'une famille naturelle, hors mariage, allait volontairement se constituer et concurrencer ainsi la famille légitime ?

1243. Aujourd'hui plus de 50 % des enfants naissent hors mariage (567).

Avec le recul de près de quatre décennies, on peut désormais conclure que la loi de 1972 a ainsi été interprétée par les parents comme la liberté de ne pas se marier (568). A quoi bon se marier si le statut des enfants nés hors mariage est le même que celui des enfants légitimes ? Le mariage va cesser d'être ressenti comme une obligation sociale. Le mariage devient un choix qui prend une signification sociale nouvelle pour ceux qui le choisissent. Du mariage imposé à tout prix au mariage choisi par conviction personnelle, il y a sans doute une perte de quantité mais aussi un gain de substance (569).

Comme l'a fait remarquer Catherine Labrusse Riou : « *La juste promotion de l'égalité des droits des enfants quelles que soient les circonstances de leur conception est allée de pair avec une désinstitutionnalisation du lien conjugal* » (570).

On a observé de ce fait une augmentation du nombre d'unions libres et du nombre d'enfants naturels.

De plus, la reconnaissance du principe d'égalité des filiations a été pour beaucoup dans l'admission du concubinage auquel il n'était plus possible d'être hostile dans la mesure où l'on s'est mis à prendre en considération l'intérêt de l'enfant qui en est issu (571). On a beaucoup débattu dans les années soixante-dix et quatre-vingts des effets des changements de la loi sur les mœurs avant de conclure que le droit ne saurait être considéré comme la cause du bouleversement des mœurs : « *les principales réformes ont eu lieu tout juste avant que l'explosion du divorce, de l'union libre, des naissances hors mariage, des secondes unions apparaissent comme une véritable mutation de la famille, soulevant des enjeux inédits* » (572).

(566) P. Malaurie et M. Aynes, cours de droit civil, *La famille*, 3^e éd., 1993.

(567) *Supra* nos 1011 et s.

(568) Comme l'a fait remarquer C. Labrusse Riou : « *La juste promotion de l'égalité des droits des enfants quelles que soient les circonstances de leur conception est allée de pair avec une désinstitutionnalisation du lien conjugal* ». C. Labrusse Riou, *La filiation en mal d'institution*, Revue Esprit, *Malaise dans la filiation*, n° 227, 1996, p. 94.

(569) I. Théry, Revue panoramique, *La famille malgré tout*, op. cité : « *La plupart de nos concitoyens voient dans la possibilité de se marier ou non l'expression même d'une refondation du sens de l'engagement conjugal impliquant une certaine forme de risque et de liberté comme garant du sens de la relation entre les hommes et les femmes* ».

(570) C. Labrusse Riou, *La filiation en mal d'institution*, Revue Esprit, *Malaise dans la filiation*, n° 227, 1996, p. 94.

(571) Cf. J. Rubbelin-Devichi, *L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait*, RTD civ. 1984, p. 392.

(572) *La famille à l'orée du xx^e siècle*. Bilan des réflexions menées dans le cadre de l'Année internationale de la famille, Tome 2, p. 79.

Cependant, dissocier la filiation du mariage, c'était faire perdre à celui-ci une partie de son sens qui est de désigner par avance le mari de la mère comme étant le père des enfants à naître (573). Comme l'a rappelé le doyen Carbonnier : « *Le cœur du mariage, ce n'est pas le couple, c'est la présomption de paternité* » (574).

§ II – LA LOI N° 2001-1135 DU 3 DECEMBRE 2001 RELATIVE AUX DROITS DU CONJOINT SURVIVANT ET DES ENFANTS ADULTÉRINS

1244. La loi du 3 décembre 2001 est venue parachever l'égalité des enfants. Elle met fin aux discriminations successorales frappant les enfants adultérins (575). On ne peut que se réjouir de cette égalité, juste en son principe, même si, comme l'ont fait remarquer certains commentateurs de la loi, la fin de la discrimination successorale des enfants adultérins souligne l'affaiblissement du mariage et du devoir de fidélité (576).

§ III – LA LOI N° 2002-305 DU 4 MARS 2002 RELATIVE A L'AUTORITE PARENTALE DETACHE LA FILIATION DU COUPLE

1245. La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale supprime la distinction entre « enfant légitime » et « enfant naturel ».

Depuis cette loi, l'article 372 du Code civil nouveau pose le principe selon lequel « *les père et mère exercent en commun l'autorité parentale* » quelle que soit leur situation juridique, c'est-à-dire qu'ils soient mariés ou non, divorcés ou séparés.

Désormais l'autorité parentale n'est plus subordonnée au statut liant les parents ni aux conditions de la naissance des enfants. **La loi rattache l'exercice de l'autorité parentale à l'établissement du lien de filiation.** Ainsi, la communauté de vie lors de la reconnaissance de l'enfant comme condition à l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle a-t-elle été supprimée.

Sous-section II – L'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 ratifiée par la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009, portant réforme du droit de la filiation : émergence d'un principe d'unicité du lien de filiation (577)

1246. Pour parachever l'assimilation de l'enfant naturel à l'enfant légitime, l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation a fait disparaître

(573) I. Théry, *Différences des sexes et différences des générations, l'institution familiale en déshérence*, Revue Esprit, *Malaise dans la filiation*, déc. 1996.

(574) J. Carbonnier, conférence sur le mariage, Ecole nationale de la magistrature, 1^{er} avr. 1994, cité par Irène Théry dans l'ouvrage précité, p. 79, Revue Esprit.

(575) Sur les conséquences successorales de cette loi, renvoi à la 4^e commission.

(576) S. Piedelièvre, *Réflexions sur le réforme des successions*, Gazette du Palais, 5-6 avr. 2002.

(577) Dossier spécial Filiation, *Dr. fam.*, janv. 2006, études J. Hauser, C. Neirinck, F. Granet-Lambrechts, P. Salvage-Gerest, P. Murat, A. Gouttenoire, O. Matocq, G. Launoy, T. Fossier et M.-L. Cicile-Delfosse ; F. Dekeuwer-Defossez, *Le nouveau droit de la filiation : pas si simple*, RLD C 2005, p. 35.

purement et simplement « l'archaïque » dualité entre filiation naturelle et filiation légitime. L'égalité du statut juridique des enfants légitime et naturel amorcée par la loi du 3 janvier 1972 est donc achevée.

Cette ordonnance restructure le Titre VII du livre « Des personnes » du Code civil. Auparavant, celui-ci était fondé sur la hiérarchie des filiations. Il était articulé autour de trois chapitres : les dispositions communes à la filiation légitime et à la filiation naturelle, la filiation légitime et la filiation naturelle.

Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005, la filiation produit pour tous les enfants les mêmes effets. Selon l'article 310-1 du Code civil, premier article, donc le plus symbolique, du nouveau Titre VII « De la filiation » : « *Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux* ».

Désormais, le Titre VII : « De la filiation » comprend quatre chapitres :

Le chapitre I est consacré aux « dispositions générales » (art. 310-1 à 311-24). Le deuxième chapitre traite de « l'établissement de la filiation » (art. 311-25 à 317). Le troisième chapitre concerne « les actions relatives à la filiation (art. 318 à 337). Enfin, le chapitre IV concerne « l'action aux fins de subsides » (art. 342 à 342-8).

Selon J. Vassaux (578), « *l'ensemble se révèle clair, concis, cohérent, débarrassé des dispositions désuètes, telles celles relatives à la légitimation des enfants. Le résultat est éloquent : mise à part l'action à fins de subsides, le nombre des articles consacrés à la filiation diminue de moitié* ».

D'autre part, outre l'important travail de clarification susvisé, il faut noter un important travail d'articulation avec les réformes de l'autorité parentale et du nom de famille (*infra* nos 1285 et s.).

L'article 310-1 fixe les quatre modes d'établissement de la filiation. « *La filiation est légalement établie (...) par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété. Elle peut aussi l'être par jugement...* ».

L'article 310-2 rappelle que la filiation incestueuse ne peut pas être établie.

L'article 310-3 est relatif aux preuves de la filiation. « *La filiation se prouve par l'acte de naissance de l'enfant, par l'acte de reconnaissance ou par l'acte de notoriété constatant la possession d'état* », elle se « *prouve par tous moyens* » dans le cadre judiciaire.

L'article 311-1 définit la possession d'état. C'est une nouvelle définition très proche de l'ancienne (même numéro). L'article 311-2 précise qu'elle doit être « *paisible, publique et non équivoque* ».

L'article 311-15 remplace les mots « *l'enfant légitime et ses père et mère* », « *l'enfant naturel et l'un de ses père et mère* » par « *l'enfant et ses père et mère ou l'un d'eux* ».

(578) J. Vassaux, *Premières vues sur la réforme du droit de la filiation* ; JCP N. n° 47, nov. 2005, p. 1459.

La présomption de la durée légale de la grossesse n'a pas changé. L'article 311 est inchangé. La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du 300^e au 180^e jour inclusivement avant la naissance.

Les articles 311-21 à 311-23 sont relatifs au nom. La loi du 4 mars 2004 avait déjà introduit l'idée que la transmission du nom n'est plus liée au statut matrimonial des parents mais liée au fait que la filiation est établie simultanément (parents mariés ou enfants reconnus en même temps) ou successivement.

Sous-section III – *La suppression des catégories d'enfants mais pas des particularismes des filiations liés aux spécificités des trois modes légaux de conjugalité*

1247. Si la réforme conduit à une certaine simplification et à une certaine unification des règles tendant à l'établissement ou à la contestation de la filiation, il ne faut pas se cacher derrière les mots. Les différences entre l'enfant né du couple marié et les autres enfants existent encore et elles sont fondamentales.

Certes l'établissement automatique de la filiation par le seul effet de la loi traduit effectivement le souci d'établir la filiation maternelle, quel que soit le statut conjugal de la mère (579), mais il révèle aussi le maintien de la faveur traditionnellement accordée à l'enfant né du mariage.

§ I – *LE MAINTIEN DE LA PRESOMPTION DE PATERNITE*

A/ *La présomption de paternité reste le cœur du mariage*

1248. Comme le fait remarquer J. Vassaux (580) : « *Il s'avère très paradoxal qu'un texte qui se donne pour objectif majeur de parachever l'égalité des enfants, en faisant abstraction de la situation matrimoniale de leurs parents, maintienne l'élément le plus régnant de la légitimité : la paternité du mari de la mère !* ».

C'est ainsi que l'article 312 nouveau du Code civil dispose désormais : « *L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* » (581).

Cet article présume encore et toujours que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. N'est-ce pas le signe d'une volonté de soutenir l'institution du mariage en accordant toujours un avantage aux enfants qui en sont issus ? Le mariage conserve donc une utilité sociale pour l'enfant. **Grâce à l'automatisme de la présomption de paternité, le mariage reste le lieu d'une désignation indivisible de la filiation, alors que pour les couples non mariés la filiation**

(579) C. civ., art. 311-25 : « *La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant* ». Il faut souligner également que la désignation de la mère demeure facultative. Celle-ci peut demander « *que le secret de son admission et de son identité soit préservé* » (article 326 nouveau du Code civil).

(580) J. Vassaux, *Premières vues sur la réforme du droit de la filiation* ; JCP N n° 47, nov. 2005, p. 1459.

(581) A été supprimée l'action en désaveu de paternité qui figurait à l'alinéa 2 de l'article 312 ancien et qui disposait : « *Néanmoins, celui-ci pourra désavouer l'enfant en justice, s'il justifie de faits propres à démontrer qu'il ne peut pas en être le père* ».

doit continuer à s'établir ligne par ligne et grâce à une démarche volontaire (582).

La suppression des notions de filiation légitime et de filiation naturelle est donc principalement symbolique. Elle montre la volonté de remodeler l'ordonnement juridique de la famille sur la filiation conformément à l'idée que c'est l'enfant qui fait la famille. L'enfant devenant premier, le mariage s'effacerait comme ciment de la famille ! Toutefois, la notion de couple dégagée par le Code civil montre le retour du couple comme fondement de la famille (583).

B/ L'exclusion de la présomption de paternité

Comme la loi du 3 janvier 1972 précitée l'avait déjà fait, l'ordonnance de 2005 écarte la présomption de paternité lorsque les circonstances qui ont entouré la naissance de l'enfant permettent de supposer que le mari n'est pas le père.

L'enfant conçu pendant une période de séparation légale

1249. Selon l'article 313 du Code civil, la présomption de paternité est écartée *« en cas de demande en divorce ou en séparation de corps, lorsque l'enfant est né plus de 300 jours après la date soit de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce ou des mesures provisoires prises en application de l'article 250-2, soit de l'ordonnance de non-conciliation, et moins de 180 jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation »*.

L'enfant inscrit à l'état civil sans l'indication du nom du mari : hypothèse de la séparation de fait

1250. Selon l'article 314 du Code civil, la présomption de paternité est évincée *« lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père et que l'enfant n'a pas de possession d'état à son égard »*.

1251. Que l'enfant ait été conçu pendant une période de séparation judiciairement autorisée (584) ou pendant une période de séparation de fait des époux (585), la présomption de paternité du mari est écartée de plein droit, sans qu'une action judiciaire ne doive être exercée.

C/ Les cas de rétablissement de la présomption de paternité

L'ordonnance maintient la possibilité, comme la loi de 1972 le permettait, de rétablir la présomption de paternité.

L'existence d'une possession d'état d'enfant des époux

1252. Selon l'article 313, alinéa 2, *« néanmoins la présomption de paternité se trouve rétablie de plein droit si l'enfant a la possession d'état à l'égard de chacun des époux et s'il n'a pas une filiation paternelle déjà établie à l'égard d'un tiers »*.

(582) *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des Sceaux, sept. 1999, présidée par F. Dekeuwer-Défossez. La Commission proposait *« de conserver la présomption de paternité du mari qui donne un sens au mariage »*, p. 18.

(583) X. Labbée, *Reconstruire la famille : le droit commun du couple*, LPA, 20 déc. 2007, n° 254, p. 4 : *« Il est indispensable de reconstruire la famille. C'est sinon un ordre au moins une nécessité. Mais cette reconstruction ne peut se faire sans fondation : et l'on arrive au sous-titre du colloque. L'élément fondateur de la famille serait le couple sans autre précision ni qualificatif. Pas de famille sans couple »*.

(584) C. civ., art. 313.

(585) C. civ., art. 314.

L'enfant est finalement élevé par sa mère et son mari, que ce dernier soit ou non le vrai père biologique, la vérité sociologique l'emporte.

Le rétablissement judiciaire de la présomption de paternité

1253. D'autre part, selon l'article 329, « *lorsque la présomption de paternité a été écartée en application des articles 313 ou 314, chacun des époux peut demander, durant la minorité de l'enfant, que ses effets soient rétablis en prouvant que le mari est le père. L'action est ouverte à l'enfant pendant les dix années qui suivent sa majorité* ».

§ II – MAINTIEN DES SPECIFICITES DES MODES D'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION ET DE LA DIVISIBILITE DE LA FILIATION HORS MARIAGE

1254. **Les modes d'établissement de la filiation hors mariage gardent leur spécificité.**

Le père non marié doit reconnaître son enfant. **Si la présomption de paternité du mari de la mère est conservée, la divisibilité de la filiation hors mariage est réaffirmée** (586).

L'assimilation des enfants tend à faire croire que leur situation est la même dans le mariage que dans le concubinage pacsé ou simple. Or la protection de l'enfant né du mariage est fondamentalement supérieure à celle de l'enfant né hors mariage, **car seul l'enfant né du mariage bénéficie de la présomption de paternité**. Seul il aura nécessairement un père et une mère, la filiation découlant du mariage.

Au contraire, la filiation de l'enfant né hors mariage dépend d'un acte de volonté de chacun de ses parents. Ainsi, le père est toujours obligé de reconnaître l'enfant. « *La reconnaissance n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur. Elle est faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique* » (587).

1255. D'autre part, une mère qui n'engage pas une action en recherche de paternité contre le père qui ne veut pas assumer ses responsabilités ne donnera pas de père à l'enfant, d'autant plus que la mère peut cacher à son enfant l'identité de son père et le priver ainsi de la possibilité d'engager cette action dans les dix ans qui suivent sa majorité.

§ III – MAINTIEN DES FILIATIONS INTERDITES : L'INCESTE

1256. L'égalité entre les enfants n'est toutefois pas absolue dans la mesure où l'ordonnance du 4 juillet 2005 continue à interdire l'établissement de la filiation incestueuse, « *par quelque moyen que ce soit* » (588).

(586) C. civ., art. 316 : « *Lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance* ».

(587) C. civ., art. 316, al. 2 et 3.

(588) C. civ., art. 310-2 : « *S'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit* ». Le double lien incestueux ne doit pas être établi même par la voie de l'adoption simple (Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 2004).

§ IV – L'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION PAR LA POSSESSION D'ETAT

1257. Elle est définie par l'article 311-1 du Code civil. Elle joue un rôle subsidiaire, la plupart des enfants bénéficiant d'un titre légal.

La possession d'état est prouvée par un acte de notoriété délivré par le juge aux affaires familiales.

De façon quasi inchangée, la possession d'état s'établit par « *une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir* ».

Selon l'article 317 du Code civil, « *chacun des parents ou l'enfant peut demander au juge que lui soit délivré, dans les conditions prévues aux articles 71 et 72, un acte de notoriété qui fera foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire* ». « *Quand le parent prétendu est décédé avant la déclaration de naissance de l'enfant, l'acte de notoriété peut être délivré en prouvant une réunion suffisante de faits au sens de l'article 311-1* ».

La filiation ne sera légalement établie que par la possession d'état « *constatée* » par un acte de notoriété ou par un jugement.

L'article 317, alinéa 3 du Code civil précise que « *la délivrance de l'acte de notoriété ne peut être demandée que dans un délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état alléguée* », soit cinq ans après le décès.

La filiation établie par la possession d'état constatée dans l'acte de notoriété est mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant (589).

Enfin, selon l'article 330 du Code civil, « *la possession d'état peut être constatée à la demande de toute personne qui y a intérêt dans le délai mentionné à l'article 321* ».

Sous-section IV – *Sécurité et stabilité de la filiation*

1258. Toutes les fois qu'elles ne seront pas enfermées par la loi dans un autre délai, les actions relatives à la filiation ne se prescrivent non plus par trente ans mais par dix ans, à compter du jour où la personne aura été privée de l'état qu'elle réclame, ou aura commencé à jouir de l'état qui lui est contesté (590). A l'égard de l'enfant le délai est suspendu pendant sa minorité.

§ I – L'ETABLISSEMENT JUDICIAIRE DE LA FILIATION

A/ L'établissement judiciaire de la maternité

1259. Que la mère soit célibataire ou mariée, son lien de filiation avec l'enfant peut être établi,

– soit par l'exercice d'une action en constatation d'état de la possession d'état. Dans le cas très théorique où le juge des tutelles aurait refusé de délivrer l'acte de

(589) C. civ., art. 317, al. 4.

(590) C. civ., art. 321.

notoriété dans le délai de 5 ans ou si le délai de 5 ans est écoulé, il ne reste plus qu'à saisir le tribunal de grande instance pour faire constater judiciairement la possession d'état dans le délai de 10 ans ;

– soit par celui d'une action en recherche de maternité. Dans ce cas l'enfant ne dispose ni d'un titre, ni d'une possession d'état. Il doit agir dans un délai de 10 ans (et non plus 30 ans) et il est tenu de prouver qu'il est bien né de celle qu'il prétend être sa mère (591). Preuve impossible quand sa mère a accouché sous « x » jusqu'à la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 (ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation : Journal officiel, 18 janvier 2009) qui modifie l'article 325 du Code civil. Cet article érigeait en fin de non-recevoir de l'action en recherche de maternité la demande de secret de la mère sur son identité lors de son accouchement prévu par l'article 326 du même code.

B/ L'établissement judiciaire de la paternité

1260. A l'égard du père, l'enfant peut faire établir sa filiation :

– soit par l'action en constatation de la possession d'état : toute personne intéressée a qualité pour agir dans le délai de 10 ans,

– soit par l'action en recherche de paternité qui est nécessairement dirigée contre un père célibataire. L'action est réservée à l'enfant (592). Pendant la minorité de l'enfant, c'est la mère qui exerce l'action, si elle ne le fait pas, l'enfant a 10 ans à partir de sa majorité pour engager l'action (593) au lieu de 2 ans dans la loi du 3 janvier 1972.

§ II – LA CONTESTATION JUDICIAIRE DE LA FILIATION

A/ La réduction des délais d'action

1261. Il convient de distinguer selon que le titre et la possession d'état concordent ou pas.

Comme le fait souligner un auteur, « *aujourd'hui la distinction entre la filiation naturelle et légitime ayant disparu, les actions en contestation ont été unifiées. Cette unification a fait disparaître l'obligation qui existait à la charge du père marié de supporter le lien de filiation (...) La distinction entre filiation légitime et filiation naturelle a laissé place à celle entre la filiation vécue et non vécue. L'obligation de supporter le lien de filiation n'est plus établie au regard du statut du père mais de son attitude à l'égard de l'enfant* » (594).

1/ En cas de concordance du titre et de la possession d'état

– Selon l'article 333 du Code civil, « *lorsque la possession d'état est conforme au titre, seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le*

(591) C. civ., art. 325.

(592) C. civ., art. 327.

(593) C. civ., art. 321.

(594) S. Paricard, *Le contentieux de la filiation ou « la mort du père marié »*, in *Les Etats généraux du mariage*, op. cit., p. 153.

parent véritable. L'action se prescrit par cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé. Nul ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré moins de cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement ».

– En présence d'une possession d'état de moins de cinq ans, la filiation pourra être attaquée, mais l'action sera réservée à l'enfant, aux parents ou à la personne qui se prétend père ou mère.

2/ En cas de discordance du titre et de la possession d'état

– Selon l'article 334 du Code civil, « *A défaut de possession d'état conforme au titre, l'action en contestation peut être engagée par toute personne qui y a intérêt dans le délai prévu à l'article 321 »* (10 ans).

B/ L'harmonisation des preuves

1262. La preuve de la non-maternité comme celle de la non-paternité pourra s'établir par tous moyens.

Section II – La filiation de l'enfant né par assistance médicale à la procréation

Les couples qui ne peuvent pas procréer souhaitent devenir parents en ayant recours aux filiations par fiction, par l'assistance médicale à la procréation ou par l'adoption. Celles-ci, organisées sur le modèle des filiations biologiques, sont légalement réservées aux couples hétérosexuels et sont favorisées par le mariage.

Sous-section I – Conditions de mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation

§ I – DEFINITION DE LA « PMA »

La possibilité de recourir aux procréations médicalement assistées représente une autre forme de dissociation entre conjugalité et parentalité.

1263. Définie par l'article L. 2141 du Code de la santé publique, 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 ».*

Compte tenu de ses implications éthiques et juridiques, l'assistance médicale à la procréation a été réglementée par les lois de bioéthique n° 94-653 et

n° 94-654 du 29 juillet 1994, révisées et complétées par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 (595). Comme l'écrit Claire Neirinck, « *celles-ci ont organisé l'assistance médicale à la procréation en deux temps : l'accès à l'intervention médicale organisée par le Code de la santé publique et l'établissement du lien de filiation figurant dans le Code civil. L'ordonnance du 4 juillet 2005 n'a pas modifié le dispositif originare, pour la simple raison que l'indifférenciation des filiations était déjà réalisée en matière de procréation médicalement assistée : les époux et les concubins y sont traités à égalité parce que la présomption de paternité et la reconnaissance paternelle ne servent à rien, simples paravents de la fiction* » (596).

Le recours aux techniques de PMA est réservé à des professionnels agréés et leurs modalités d'exercice sont strictement encadrées par le Code de santé publique.

La mise en œuvre de telles techniques médicales est strictement encadrée quant à ses finalités et limitée quant à ses bénéficiaires ainsi que dans les conditions dans lesquelles doit s'exprimer le consentement des membres du couple.

Il convient de distinguer deux hypothèses de PMA :

1264. – **La PMA dite « endogène »**, intérieure au couple (dite IAC, insémination artificielle entre conjoints), technique privilégiée par le législateur de 1994 : c'est l'insémination artificielle de la femme avec le sperme du mari ou du concubin, fécondation *in vitro* avec les gamètes du couple. Il ne s'agit, au sens strict, que d'une « assistance » à la procréation,

– **La PMA dite « exogène »** : le recours à des gamètes étrangers au couple (insémination artificielle avec sperme d'un tiers donneur dite IAD, don d'ovocyte et fécondation *in vitro* et transfert d'embryon, FIVETE) n'était envisagé par le législateur de 1994 que si la PMA endogène ne pouvait aboutir, et dans des cas très précis. La loi du 6 août 2004 a supprimé le caractère subsidiaire du recours à un tiers donneur, et a ouvert plus largement le recours aux PMA en permettant au couple de renoncer à la procréation endogène.

1265. Ainsi qu'il résulte désormais de l'article L. 2141-1 du Code de la santé publique, l'assistance médicale à la procréation tend « à répondre à la demande parentale d'un couple. Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué. Elle peut avoir aussi pour objet d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité ».

La finalité de la PMA ne peut ainsi être que thérapeutique. L'assistance médicale à la procréation ne doit avoir que des causes médicales.

(595) Sur l'ensemble, P. Malaurie et H. Fulchiron, op. cité, n°s 1023 et s.

(596) C. Neirinck, *Couples et établissement volontaire de la filiation*, in *Les Etats généraux du mariage*, op. cit., p. 135.

§ II – LES BENEFICIAIRES DE LA « PMA » : LES PMA RESERVEES AUX COUPLES HETEROSEXUELS. LES EPOUX ET LES CONCUBINS HETEROSEXUELS SONT TRAITES A EGALITE

1266. Selon l'article L. 2141-2, alinéa 1 du Code de la santé publique, « l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale (597) d'un couple ».

Seul un couple a le droit de recourir à la PMA, cette technique n'étant pas au service de toutes les revendications individuelles (598). Le droit à la maternité est souvent revendiqué.

1267. De plus, le couple doit présenter un certain nombre de qualités, présumées conformes à l'intérêt de l'enfant à naître : selon l'article L. 2141-2, alinéa 3 du Code de la santé publique, « l'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination » (599).

1/ **Le couple doit être formé d'un homme et d'une femme** : la procréation médicalement assistée ne peut déboucher que sur une famille composée d'un père et d'une mère, et non de deux parents de même sexe, ce qui exclut, de droit, la demande d'un couple de concubins homosexuels, ou d'une femme seule célibataire.

2/ **Les membres du couple doivent être vivants (ce qui exclut l'insémination post-mortem (600)).**

3/ **Les membres du couple doivent être en âge de procréer (601).**

4/ **Les membres du couple doivent être mariés ou justifier d'une communauté de vie d'au moins deux ans.**

1268. Cette assimilation du concubinage (et du Pacs) au mariage est fondamentale dans la mesure où le mariage n'apparaît plus désormais comme le seul mode de conjugalité tourné vers la procréation et donc vers l'enfant. La dimen-

(597) La notion de projet parental en droit français est différente dans certaines législations européennes. Par exemple : la loi belge du 6 juill. 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes qui se réfère aussi au projet parental d'un couple mais retient en outre celui de « toute personne ayant pris la décision de devenir parent par le biais d'une PMA, qu'elle soit effectuée ou non au départ de ses propres gamètes ou embryons ». La loi belge vise expressément un couple ou une femme seule, ce qui permet à un couple homosexuel composé de deux femmes d'avoir un enfant conçu grâce à un don de spermes ou d'embryons et mis au monde par l'une d'elles. La mise en œuvre du projet parental grâce à une insémination *post-mortem* est aussi envisagée. Cf. étude Frédérique Granet Lambrecht précitée.

(598) *Problématique du « droit à l'enfant »*. P. Courbe, op. cité, n° 915 renvoie à P. Raynaud, « L'enfant peut-il être l'objet de droit ? », D. 1988, Chron. 109 ; M.-T. Meulders-Klein, *Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées*, RTD civ. 1988, 645.

(599) Pour la première fois, la notion de couple apparaît en droit.

(600) CA Toulouse, 18 avr. 1994 ; JCP G 1994, II, 22472 : la cour d'appel de Toulouse a ainsi refusé de faire droit à la demande d'une veuve en rejetant l'argument lié à « un droit à la maternité » qu'il lui serait impossible de réaliser suite au décès de son mari.

(601) Les améliorations techniques ont conduit certains médecins à jouer les apprentis sorciers en inséminant des femmes âgées de plus de 60 ans. Une française de 62 ans a accouché en France après avoir bénéficié d'un don d'ovule aux Etats-Unis et avoir été inséminée par son frère.

sion familiale du couple (hétérosexuel), quel que soit le mode de conjugalité retenu par ses membres, est confortée par cette indifférenciation de statut entre les couples mariés et non mariés pour accéder à la PMA.

La PMA constitue donc bien une autre forme de dissociation entre la parentalité et la conjugalité et conteste à ce titre au mariage sa qualité de seul « *berceau qui accueille les enfants* » (602).

1269. La principale différence, mais d'importance, entre le mariage et le concubinage (et par analogie le Pacs) repose sur la nécessaire justification par les concubins et par les partenaires pacsés d'une stabilité de la communauté de vie existant entre eux (603).

Ainsi que le souligne Hugues Fulchiron, « *En soi, le mariage fait présumer la stabilité du couple et la conscience d'un engagement envers le conjoint et envers les enfants à naître ; certes, il ne s'agit que d'une présomption que la réalité de la vie fragilise (...) mais elle donne tout sens au mariage* ».

Pour ce dernier (mais également pour d'autres auteurs (604), « *L'ouverture des PMA aux concubins est une source inépuisable de fraudes* ». La vie commune pour un couple de concubins est un fait juridique dont la preuve se fait par tous moyens (témoignages, quittances, déclarations fiscales). La loi n'a pas organisé de mode de preuve institutionnel, ni prévu de sanction si une assistance médicale à la procréation est apportée à un couple ne présentant pas les conditions exigées par la loi (sauf le retrait d'autorisation s'il y a violation constatée des dispositions prévues par la loi) : l'exigence légale peut donc être contournable.

Ainsi que le souligne le doyen Cornu (605), « *En vérité, c'est aussi, à la racine, la preuve de l'existence même d'un concubinage véritable, de son caractère réel et non fictif que la loi attend, afin de déjouer, si possible, la fraude consistant, de la part de la femme désireuse de réaliser un projet monoparental, à se faire accompagner par un tiers complaisant* ».

Au-delà de l'étude spécifique des conditions d'accès à la PMA, se pose la question primordiale et essentielle de la preuve de la communauté de vie existante entre les concubins, devant permettre à ces derniers d'accéder à des droits civils, fiscaux ou sociaux (*infra* nos 1324 et s.).

5/ Le couple doit être uni, les membres du couple devant être tous deux consentants jusqu'à la réalisation de l'assistance médicale à la procréation.

1270. L'exigence de stabilité du couple vaut pour tout le processus de procréation médicalement assistée : depuis le consentement initial jusqu'à la réalisation de la PMA. Le consentement ne survit pas à la rupture du couple. Selon l'article L. 2141-2, alinéa 3 du Code de la santé publique, « *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*

(602) Ph. Malaurie et H. Fulchiron, op. cit., n° 1040.

(603) *Supra* n° 1206, l'étude de la notion de communauté de vie.

(604) P. Courbe, op. cit., n° 918.

(605) G. Cornu, op. cit., p. 476.

communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation ».

L'assistance médicale à la procréation est mise en œuvre dans le cadre d'un projet parental, qui ne peut être pleinement réalisé dans l'intérêt de l'enfant que si un couple stable est décidé à l'accueillir (606).

Par ailleurs, l'assistance médicale à la procréation vise à répondre à la demande parentale d'un couple. Il est donc nécessaire que les futurs parents expriment leur plein consentement antérieurement à l'intervention, et que ce consentement soit maintenu jusqu'au moment de l'assistance médicale à la procréation.

De plus, en cas de PMA exogène, les époux ou les concubins qui y ont recours doivent préalablement donner leur consentement, dans des conditions garantissant le secret, au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation (607).

Sous-section II – *Les conséquences de la PMA au regard de la filiation*

§ I – *LA FILIATION DE L'ENFANT NE D'UNE PROCREATION ENDOGENE (IAC)*

1271. Si le couple est marié, l'acte de naissance prouve la filiation maternelle et la présomption de paternité s'applique. Le mari est le père biologique de l'enfant.

– Si le couple n'est pas marié, la reconnaissance par le père ne pourra être contestée puisqu'elle est conforme à la vérité biologique. S'il n'y a pas de reconnaissance la loi prévoit dans l'article 311-20, alinéa 2 que : « *Celui qui après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant* ». En outre, il résulte de l'article 311-20, alinéa 4 du Code civil que « *...sa paternité est judiciairement déclarée* ».

§ II – *LA FILIATION DE L'ENFANT NE D'UNE PROCREATION MEDICALEMENT ASSISTEE EXOGENE (IAD)*

Lorsque l'enfant naît d'une PMA avec tiers donneur, la loi impose l'établissement de la filiation à l'égard du couple receveur mais exclut tout lien entre l'enfant et le tiers donneur (« filiation interdite » (608). En effet, l'article 311-19, alinéa 1 du Code civil dispose « *qu'aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation* » et « *qu'aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur* » (609).

(606) JO Sénat, 29 janv. 2003, p. 459 et s.

(607) Article 311-20, alinéa 1 du Code civil.

(608) Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit civil, la famille*, Defrénois n° 1048.

(609) C. civ., art. 311-19, al. 2.

A/ La filiation de l'enfant né d'un couple marié

1272. Le législateur n'a pas envisagé l'établissement de la filiation de l'enfant né par procréation assistée avec tiers donneur dans un couple marié. Il convient, par analogie, d'appliquer le droit commun : pour l'enfant né en mariage, la filiation est établie automatiquement à l'égard de la mère (c'est-à-dire de la femme qui accouche et dont le nom figure dans l'acte de naissance), et au mari de celle-ci par le jeu de la présomption de paternité.

Ainsi que le précise Hugues Fulchiron, « *Les règles légales jouent de plein droit, comme pour tout enfant né dans le mariage, sans que l'on s'intéresse à la réalité biologique des filiations établies* ».

B/ La filiation de l'enfant d'un couple né de concubins

1273. Il est également fait ici usage des mécanismes ordinaires du droit de la filiation : à l'égard de la mère, l'enfant né hors mariage est rattaché à cette dernière (610), la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance suffisant à établir la filiation. A l'égard du père, l'établissement du lien de filiation suppose une reconnaissance volontaire, une action en justice ou la preuve de la possession d'état (611).

Mais, contrairement au droit commun, la loi confère une force exceptionnelle à la reconnaissance faite par le concubin ou par la concubine, dans la mesure où cette reconnaissance devient irrévocable (612).

En outre, le concubin qui, après avoir consenti à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu, engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant (613). L'inexécution de cet engagement est générateur d'un préjudice moral et matériel pour la mère et pour l'enfant et engage la responsabilité civile du concubin.

Outre l'action en responsabilité, la loi du 29 juillet 1994 permet d'exercer contre le concubin défaillant une action en recherche de paternité qui aboutit obligatoirement à une paternité (614).

1274. Le 25 juin 2008 a été rendu au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois du Sénat le rapport n° 421 sur la maternité pour autrui (proposition de légalisation de la maternité de substitution nécessitant un encadrement juridique inspiré des lois de bioéthique) – duquel il résulte que seuls les couples hétérosexuels mariés ou justifiant d'une vie commune d'au moins deux ans pourraient en bénéficier « sous des conditions strictes ». Ce qui tendrait à démontrer une nouvelle forme de dissociation entre conjugalité, parenté et parentalité.

Toutefois, il semble que l'étude du Conseil d'Etat sur la révision des lois de bioéthique recommande de ne pas légaliser la gestation pour autrui et propose diverses solutions pour « assurer une certaine sécurité de la filiation » de l'enfant né par gestation pour autrui : « statut du quasi-parent ».

(610) *Supra* n° 1254.

(611) *Supra* nos 1254, 1257 et 1259.

(612) C. civ., art. 311-20, al. 2.

(613) C. civ., art. 311-20, al. 4.

(614) C. civ., art. 311-20, al. 4.

Section III – La filiation sans procréation : l'adoption

1275. C'est une filiation « artificielle » volontairement créée entre des personnes qui ne sont généralement unies par aucun lien biologique. Comme la procréation médicalement assistée, elle est une **filiation de substitution**.

Selon la formule du doyen Cornu : « *Ensemble ces deux filiations de substitution s'opposent à la filiation par nature parce que l'enfant n'est pas l'œuvre de chair des parents ; il n'est pas né de leurs rapports intimes* » (615).

Ces deux filiations sont marquées, l'une et l'autre, par leur fonction subsidiaire relativement à la filiation charnelle. **Elles permettent aux couples d'avoir un enfant autrement.**

1276. Cependant, la finalité de l'institution est de donner une famille à un enfant et non un enfant à un couple. L'intérêt de l'enfant est la finalité supérieure de l'adoption. Comme le souligne le doyen Cornu : « *L'adoption est finalisée. Dans sa perspective la plus élevée, la recherche de l'intérêt de l'enfant est l'âme de l'adoption, la finalité unique et supérieure qui justifie et transcende toutes ses règles* ».

Mais il ajoute : « *La réalité est-elle à la hauteur de cette vocation idéale ? Il semble que l'adoption soit le lieu d'infléchissements, de dérives et de francs (!) détournements* » (616).

L'adoption est une institution. Elle n'existe que par la loi en réponse à un désir d'adoption (617).

Comme le mariage, l'adoption est une institution, mais alors qu'il n'y a qu'un mariage, il y a deux modèles d'adoption : l'adoption plénière et l'adoption simple qui répondent à des besoins différents. **Comme le mariage, l'adoption est un acte fondateur, un engagement solennel.** Alors que l'engagement par mariage est seulement reçu par l'officier de l'état civil, l'engagement d'adoption est soumis à un double contrôle administratif (l'agrément) et juridictionnel. L'adoption est établie par décision judiciaire.

La loi du 11 juillet 1966 (618) a organisé deux types d'adoption : l'adoption plénière et l'adoption simple. Les conditions sont pratiquement les mêmes pour les deux types d'adoption à l'exception de celles qui concernent l'âge de l'adopté. L'adoption simple est permise quel que soit l'âge de l'adopté (619). Par contre, pour l'adoption plénière, l'enfant doit avoir moins de quinze ans (620). Les deux formes d'adoption se différencient surtout par leurs effets.

(615) G. Cornu, op. cité, p. 425.

(616) G. Cornu, op. cit., p. 429.

(617) G. Cornu, op. cit., « *La loi consacre un lien de droit sur une attente du cœur* ».

(618) Loi n° 66-500 du 11 juill. 1966 portant réforme de l'adoption.

(619) C. civ., art. 360, al. 1.

(620) C. civ., art. 345, al. 2.

Sous-section I – *L'adoption plénière* (621)

§ I – *LES CONDITIONS DE L'ADOPTION PLENIERE*

A/ *L'enfant peut être adopté par un couple ou par une personne seule*

Simple ou plénière, l'adoption n'est pas réservée aux couples. Elle peut être accordée à un adoptant célibataire. Cependant, le législateur favorise les époux, l'adoption restant le dernier rempart du mariage en matière de filiation.

I/ *L'adoption par un couple*

1277. *L'adoption en couple est réservée au couple marié* (622). Le Code civil impose le mariage au couple qui voudrait adopter ensemble, en posant la règle dans l'article 346 que « *nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux* ».

L'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps à la condition qu'ils soient ou bien âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans, ou bien mariés depuis plus de deux ans (623).

Comme le fait remarquer le doyen Cornu, « *Dans le principe, l'adoption par deux personnes est donc l'apanage des gens mariés et unis... L'adoption épouse le modèle d'un mariage uni... C'est leur mariage et leur union qui accueillent l'enfant* ».

— La problématique du refus de l'adoption conjointe par un couple de concubins

1278. Les concubins, de même sexe ou de sexe différent, qui veulent adopter le même enfant se heurtent à un obstacle légal.

Comme l'écrit Claire Neirinck (624) : « *On peut soutenir que la préférence pour les époux a une justification juridique : l'absence de liens de droit entre les concubins. Sur quels critères peut-on asseoir une adoption commune et désigner pour parents, en dehors de l'engendrement, deux personnes étrangères et sans lien entre elles ? Pourquoi le fait de désigner Mademoiselle X comme mère adoptive d'un enfant qui lui est étranger devrait-il conduire à désigner Monsieur Z comme père adoptif de ce dernier qui lui est également étranger puisque Mademoiselle X et Monsieur Z sont eux-mêmes étrangers l'un par rapport à l'autre ? Les faits – coucher ensemble et vivre ensemble de manière plus ou moins éphémère – ne peuvent suffire pour fonder la création d'un lien de parenté en dehors de la génération. Ainsi la préférence pour le mariage s'explique : il donne statut. Surtout le lien d'alliance lie le couple et la désignation d'un de ses membres comme parent justifie la désignation de l'autre avec la même qualité. Le couple marié renvoie au couple parental* ».

Cependant, comme le remarque également le doyen Cornu, depuis que la loi reconnaît aux couples de concubins hétérosexuels l'accès à la procréation médica-

(621) C. civ., art. 343 à 359.

(622) C. civ., art. 343.

(623) C. civ., art. 343.

(624) *Une famille homosexuelle* in *Mariage-conjugalité...*, p. 143.

lement assistée, « *De lege feranda, la permission donnée à deux concubins de sexe différent d'adopter un enfant a la faveur d'une opinion répandue* ».

Mais celui-ci s'inscrit en faux : « *Il existe une antinomie radicale entre adoption et union libre. L'adoption est... une institution. Il est paradoxal de vouloir institutionnaliser sa famille sans institutionnaliser son ménage. Actes fondateurs sur la foi d'un engagement, mariage et adoption sont assortis. Dans une adoption à deux, fondation conjointe, l'engagement parental est insolite sans engagement conjugal. Il ne serait pas pertinent de faire ici une place à la distinction du couple conjugal et du couple parental... distinction utile quand le couple se défait. Quand la famille se fonde c'est un non-sens* ».

Le droit civil témoigne donc d'une volonté de donner au statut d'époux une dimension familiale refusée aux autres rapports de couple (625).

II/ L'adoption par une personne seule (626)

L'adoption peut être demandée par une seule personne, femme ou homme. Deux situations différentes se présentent :

— 1^{re} hypothèse : l'adoptant unique est marié.

1279. La personne seule qui adopte doit avoir plus de 28 ans. Si cette personne est mariée, elle doit obtenir le consentement de son conjoint. Ce consentement n'associe pas le conjoint à l'adoption. L'adoption demeure individuelle.

Assez souvent en pratique, l'unique adoptant adopte les enfants de son conjoint.

Non seulement l'adoption par un couple est réservée au couple marié mais encore l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est favorisée. Le législateur accorde à l'adoption du conjoint un régime dérogatoire particulièrement avantageux.

En effet, la condition d'âge prévue pour adopter l'enfant du conjoint n'est pas exigée (627) et la différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté est aménagée (628).

Par contre l'adoption plénière de l'enfant du conjoint n'est permise qu'à certaines conditions pour ne pas couper l'enfant de sa famille d'origine et que d'éventuels grands-parents ne soient pas pénalisés (629). Elle n'est permise que dans trois cas édictés par l'article 345-1 du Code civil :

– lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint,
– lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale,

– lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant.

— 2^e hypothèse : l'adoption par une personne seule célibataire.

(625) Claire Neirinck, op. cité, p. 148.

(626) C. civ., art. 343-1.

(627) C. civ., art. 343-2.

(628) C. civ., art. 344.

(629) C. civ., art. 345-1 modifié par la loi du 5 juill. 1996 relative à l'adoption.

1280. La France a été condamnée pour un refus d'agrément, par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), opposé à une demande d'adoption formulée par une personne célibataire homosexuelle (630).

Consécutivement, le tribunal de grande instance de Besançon, le 10 novembre 2009, dans la même espèce, a annulé la décision du Conseil général du Jura qui refusait l'agrément à cette candidate à l'adoption au prétexte de son orientation sexuelle déclarée. Il convient d'indiquer que cette décision n'implique pas pour autant la réalisation effective d'une adoption individuelle et encore moins d'une adoption conjointe, ce qui a été rappelé par Luc Chatel, porte-parole du Gouvernement.

§ II – EFFETS DE L'ADOPTION PLENIERE

1281. L'enfant adopté entre dans la famille de l'adoptant où il est assimilé à un enfant légitime.

Selon l'article 356 du Code civil, « *L'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine : l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang, sous réserve des prohibitions au mariage visées aux articles 161 à 164. Toutefois l'adoption de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de son conjoint et de sa famille. Elle produit pour le surplus les effets d'une adoption par les deux époux* ».

L'adoption plénière est irrévocable (631).

Sous-section II – *L'adoption simple*

1282. Contrairement à l'adoption plénière, elle ne rompt pas les liens de l'adopté avec sa famille d'origine. Elle maintient un lien de famille et en crée un nouveau.

Selon l'article 360 du Code civil, l'adoption simple est permise quel que soit l'âge de l'adopté. La plupart des conditions de l'adoption plénière sont applicables à l'adoption simple.

L'adoption simple soulève les problématiques suivantes :

§ I – **ATTRIBUTION EXCLUSIVE DE L'AUTORITE PARENTALE A L'ADOPTANT QUI PRIVE LE PARENT D'ORIGINE DE TOUS DROITS D'EXERCICE DE CELLE-CI**

1283. **Le partenaire ou le concubin qui consent à l'adoption de ses enfants par l'autre perd l'exercice de l'autorité parentale.** L'adoption simple de l'enfant du concubin est rarement demandée car l'établissement du lien adoptif se fait toujours au détriment de la parenté par le sang. En effet, le parent d'origine, en consentant à l'adoption de son enfant, renonce à ses propres droits.

(630) CEDH, 22 janv. 2008, requête n° 43546/02, EB c/ France ; JCP 2008, II.10071, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; RDS S 2008, 380, obs. C. Neirinck.

(631) C. civ., art. 359.

Pour pallier cet inconvénient, l'adoption simple est parfois complétée par une délégation-partage de l'autorité parentale rendue possible par la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. Cependant, la Cour de cassation a condamné très fermement cette pratique. Par deux arrêts du 20 février 2007 (632), elle a refusé d'accorder l'adoption simple à la compagne homosexuelle au motif que l'adoption réalise un transfert des droits de l'autorité parentale et que la mère biologique entendait continuer à élever son enfant.

Pour la Haute Juridiction, la volonté maternelle d'élever son enfant interdit de voir dans celui-ci un enfant adoptable. Elle refuse d'assimiler l'enfant de la concubine à l'enfant du conjoint. Pourtant le décès du parent biologique ou la séparation du couple fait que le « parent de fait » peut se trouver privé de tout droit sur l'enfant, sans égard à la durée de la situation créée par le temps.

D'une manière générale, la Cour de cassation refuse de favoriser la formation de la famille homosexuelle par l'adoption simple de l'enfant de la concubine, ou le partage de l'autorité parentale avec la partenaire de même sexe que le parent de l'enfant.

§ II – L'ADOPTION DE L'ENFANT DU CONJOINT EST PAR CONTRE FAVORISEE

1284. Le législateur favorise l'adoption de l'enfant du conjoint au motif que cette adoption favorise son intégration familiale. Comme l'a fait remarquer Claire Neirinck, « *il l'a dotée d'un régime totalement dérogoatoire au droit commun* ».

En effet, le consentement à l'adoption donné par le parent d'origine n'implique pas qu'il renonce à ses droits d'autorité parentale une fois l'adoption prononcée.

Selon l'article 365 du Code civil : « *L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant devant le greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité* ».

§ III – L'ADOPTION SIMPLE NE PEUT PAS CONTOURNER LA PROHIBITION DE LA FILIATION INCESTUEUSE

L'enfant n'en reste pas moins élevé par son père et sa mère.

§ IV – QUE FAIRE QUAND L'ADOPTION A ETE PRONONCEE A L'ETRANGER ET QU'ELLE EST CONTRAIRE A L'ORDRE PUBLIC FRANÇAIS ?

Selon un certain nombre d'auteurs, « *l'intérêt de l'enfant à rester dans sa famille prescrit de reconnaître un effet atténué à l'application de l'ordre public en*

(632) Cass. civ. 1^{re}, 20 févr. 2007 (2 arrêts), Bull. civ., n° 70 et 71, *Dr. fam.* 2007, n° 80, note P. Murat ; JCP G 2007, II, 10068, note C. Neirinck ; RTD C 2007, p. 325, obs. J. Hauser.

la matière ». Ils sont ainsi favorables à la création d'un statut de quasi-parent (633). Le débat ne fait que commencer à l'heure où ce rapport est terminé d'être écrit.

Section IV – La législation sur le nom

1285. La loi n° 2002-304 du 4 mars 2002, entrée en application le 1^{er} janvier 2005, a profondément modifié l'attribution du nom de famille en mettant fin à son origine patriarcale. Désormais, les parents peuvent choisir, dans certaines limites, le nom de leur enfant. Cette loi a consacré, dans le cadre d'une parité homme femme, l'égalité des patronymes et matronymes (634), ainsi que l'égalité des filiations, tout en maintenant le caractère familial du nom. Il convient désormais de parler de « **nom de famille** ».

Sous-section I – *L'origine patriarcale du nom*

1286. Dès le XI^e siècle, il est d'usage que les enfants portent le nom de famille de leur père. En 1474, Louis XI interdit de changer de nom sans autorisation royale. Le 10 août 1539, en promulguant l'Ordonnance de Villers-Cotterêts, François I^{er} rend obligatoire la tenue de registres d'état civil et confie cette tâche au clergé. Avec la Révolution française, la tenue de l'état civil est confiée à la mairie de chaque commune.

La loi du 6 fructidor de l'an II (635) précise qu'« *aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance : ceux qui les auraient quittés seront tenus de les reprendre* ». Dans sa rédaction d'origine, l'article 57 du Code civil énonçait simplement que l'acte de naissance doit préciser les noms des père et mère. Le fait que l'enfant légitime doive porter le nom du père ne résultait pas des textes mais de la coutume et de la jurisprudence (636). Le choix du nom du père ne se déduisait en fait, dans les textes, que de la présomption de paternité (637). Ce n'est qu'à une époque récente que le nom du père avait été consacré par les textes (638).

Cette prééminence du nom du père était contestée et les arguments étaient divers. En premier lieu, le fait d'imposer le patronyme était en contradiction avec

(633) G. Kessler, *Dr. fam.* n° 7, juill. 2005, étude 16 : *La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant*. Celui-ci est favorable à la création d'un statut de quasi-parent.

(634) Etymologiquement « nom du père » et « nom de la mère ».

(635) 23 août 1794.

(636) Cass. 1^{re} civ., 10 nov. 1902, précise que l'enfant ne peut porter que le nom de son père à l'exclusion du nom de sa mère, CA Paris, 21 janv. 1903 – et ce même si la famille est connue sous le nom réuni des deux époux.

(637) C. civ., art. 312.

(638) C. civ., art. 333-5, dans sa rédaction issue de la loi n° 72-3 du 3 janv. 1972 : « *Si la légitimation par autorité de justice a été prononcée à l'égard des deux parents, l'enfant prend le nom du père* ». Dans l'hypothèse d'une légitimation par mariage, anciens articles 331 et 331-2 du Code civil. En cas de reconnaissance simultanée, ancien article 334-1 du Code civil...

le principe de non-discrimination entre les hommes et les femmes (639). La jurisprudence (640) européenne et diverses recommandations du Conseil de l'Europe (641) ont exigé le respect de ce principe dans la transmission du nom.

Ensuite, le fait de ne retenir que le nom du père contribuait à appauvrir le patrimoine anthroponymique français. Dans une communication faite à la société française d'onomastique (642), M. Tesnière relevait qu'avec le seul mode de transmission patronymique du nom, 210 000 des 250 000 patronymes allaient disparaître en deux siècles !

Fruit de l'évolution de la société, la loi du 4 mars 2002 (643) a consacré la possibilité pour les parents de choisir le nom de leurs enfants dans le respect du principe d'égalité des sexes, d'égalité des filiations et en conservant le caractère familial du nom, les enfants d'une même fratrie ne pouvant avoir des noms de famille différents.

Sous-section II – *Egalité des filiations et maintien du caractère familial du nom*

1287. La loi de 2002 modifiée est intégrée dans la Section IV (644) du Titre septième du Code civil qui traite « de la filiation ». Il n'est plus opéré de distinction en fonction de la filiation, légitime ou naturelle, et le nom constitue désormais le rattachement au couple dont l'enfant est issu. Mais comme le souligne le doyen Massip (645), « *cette présentation a un caractère idéologique car la dévolution du nom dépendant en général des règles d'établissement de la filiation et ces règles étant différentes selon qu'il s'agit de la filiation légitime (...) ou de la filiation naturelle (...), il va en découler un résultat différent dans les deux catégories de filiation par le sang* ».

(639) A ce sujet : Rapport d'information n° 2901 au nom de la Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur la proposition de loi relative au nom patronymique du 31 janv. 2001.

(640) Arrêt de la CEDH du 22 févr. 1994, *Burghartz c/ Suisse*, qui a jugé, se fondant sur les articles 8-1 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que la volonté du législateur suisse de préserver l'unité de la famille par l'attribution du nom du père n'était pas une motivation suffisante pour contrer le principe de non-discrimination entre les hommes et les femmes.

(641) Recommandation 1271 relative aux discriminations entre les hommes et les femmes pour le choix du nom de famille et la transmission du nom des parents aux enfants.

(642) Communication du 29 nov. 1979. En 1991, dans une étude du laboratoire d'anthropologie physique du Collège de France, le docteur Ruffié, professeur au Collège de France souligne que : « *Ce capital culturel s'effrite tous les jours, lentement, mais de façon inexorable. La loi peut encore le préserver, en acceptant que les nouveau-nés puissent porter le nom du père ou celui de la mère...* ».

(643) Précitée n° 1530, modifiée par une nouvelle loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 ; Décret d'application de ces deux lois n° 2004-1159 du 29 oct. 2004 et circulaire d'application du 6 déc. 2004 publiée au Bulletin officiel du ministère de la Justice.

(644) C. civ., articles 311-21 à 311-24, « *Des règles de dévolution du nom de famille* », Ord. n° 2005-759 du 4 juill. 2005.

(645) J. Massip, *Le nom de famille, commentaire de la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002, de la loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 et de leurs textes d'application*, Répertoire du notariat, Defrénois 28 févr. 2005, n° 4, p. 272.

§ I – ENFANT DONT LA FILIATION EST ÉTABLIE SIMULTANÉMENT À L'ÉGARD DE SES DEUX PARENTS

1288. Depuis le 1^{er} janvier 2005, date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 modifiée, les parents, lorsque la filiation est établie à l'égard de chacun d'eux au plus tard le jour de la déclaration de naissance ou par la suite mais simultanément (646), peuvent choisir le nom que portera leur enfant entre : le nom du père, le nom de la mère, les deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux et dans la limite d'un seul nom de famille pour chacun d'eux s'ils portent un double nom. Lorsque les parents choisissent d'accoler leurs deux noms, ils seront séparés par le sigle X-Y afin de ne pas les confondre avec les noms composés préexistants qui ne sont pas considérés comme des noms doubles. L'enfant commun de Monsieur Martin et Madame Durand pourra avoir comme nom de famille : Martin, Durand, Martin-Durand ou Durand-Martin. Si cet enfant, appelé Durand-Martin a un enfant avec Madame Jacob-Delafon, cet enfant pourra s'appeler Jacob-Delafon, Martin, Durand, Durand-Martin, Jacob-Delafon-Martin, Jacob-Delafon-Durand, Martin-Jacob-Delafon, Durand-Jacob-Delafon (647). En revanche, si cet enfant Durand-Martin a un enfant avec Madame Dupont-Dubois, cet enfant pourra s'appeler soit Durand-Martin, nom de son père, soit Dupont-Dubois, nom de sa mère, soit d'un nom composé à partir de ces deux noms composés dans la limite d'un seul vocable transmis : Durand-Dupont, Durand-Dubois, Dupont-Durand, Dubois-Durand, Martin-Dupont, Martin-Dubois, Dupont-Martin, Dubois-Martin. On ne peut que relever la complexité du texte à l'heure où le maître mot du législateur est pourtant celui de la « simplification » du droit...

1289. Le choix du nom s'opère par une déclaration conjointe de nom (648), faite par écrit, qui est remise à l'officier d'état civil du lieu de naissance, soit par le père, soit par la mère, soit par une personne habilitée à déclarer la naissance (649). Le choix d'un nom pour l'aîné des enfants s'impose aux puînés, la fratrie portera donc le même nom, c'est le maintien du caractère familial du nom (650). Cependant le nom de famille pourra-t-il être considéré comme un élément de rattachement au couple de l'enfant dont il est issu alors même que le nom de famille des père et mère ne sera qu'une des composantes du nom de

(646) La filiation maternelle étant désormais établie par l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance, cette hypothèse sera marginale car il faudra que le nom de la mère ne figure pas dans l'acte de naissance, que le père n'ait pas reconnu l'enfant et que postérieurement à la naissance les deux parents reconnaissent l'enfant.

(647) Le séparateur « - - » est destiné à séparer les noms d'origine paternelle et maternelle et éviter toute confusion avec les noms composés où généralement seul un tiret est utilisé. Dans notre exemple, il ne serait pas possible de nommer un enfant Jacob-Martin ou Durand-Delafon puisque Jacob-Delafon n'est pas considéré comme un nom double.

(648) Cette déclaration peut-être soit notariée, soit sous seing privé. Elle peut être établie sur un même document où sur deux documents séparés qui seront simultanément produits à l'officier d'état civil qui en assurera la conservation comme une pièce annexe à l'acte de naissance.

(649) C. civ., art. 56.

(650) Il est à noter que l'entrée en vigueur de la loi n'est pas sans poser problème à cet égard. En effet, la déclaration de choix de nom est recevable pour les enfants nés à compter du 1^{er} janv. 2005, si cet enfant est l'aîné, ses cadets porteront le même nom. En revanche, en présence d'un ou plusieurs enfants nés avant cette date, la déclaration de choix de nom est possible à l'égard de son cadet à la condition que celui-ci soit né après le 1^{er} juill. 2006 et qu'il n'y ait pas d'enfant commun né entre le 1^{er} janv. 2005 et le 30 juin 2006. Dans cette hypothèse, une fratrie pourra porter des noms de famille différents.

famille de leurs enfants ? En outre, en présence de noms composés, à la génération suivante, le nom du grand-père ou le nom de la grand-mère pourra disparaître à l'occasion de la nouvelle composition d'un nom.

En l'absence de choix exprimé par les parents, l'enfant portera le nom de famille de son père ; il en ira de même dans l'hypothèse d'un désaccord des parents sur le choix du nom de l'enfant.

§ II – *ENFANT DONT LA FILIATION N'EST ÉTABLIE QU'À L'ÉGARD D'UN PARENT*

1290. Lorsque la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un seul parent (651) lors de la déclaration de naissance, l'enfant prend le nom de ce parent. Afin d'assurer l'égalité des filiations (652), lorsque l'enfant est reconnu par l'autre parent de manière différée, sous certaines conditions, un changement du nom de famille de l'enfant est possible (653). La déclaration de changement de nom est faite conjointement par les deux parents, durant la minorité de l'enfant (654), devant l'officier d'état civil du lieu où demeure l'enfant (655). En l'absence d'autres enfants, le choix du nom de famille s'opère dans les mêmes conditions que pour les enfants dont la filiation est établie à l'égard de ses deux parents et il est possible : soit de maintenir le nom que portait l'enfant, soit de lui substituer le nom de famille du parent à l'égard duquel la filiation a été établie en second lieu, soit d'accoler les deux noms, dans l'ordre choisi par les parents et dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux s'ils ont des noms de famille doubles (656). Si les parents ont déjà d'autres enfants, la déclaration de changement de nom aura pour effet de conférer à l'enfant le nom de famille de son aîné lorsque la filiation de ce dernier est établie à l'égard des deux parents ou lorsqu'une déclaration de changement de nom a déjà été effectuée à compter du 1^{er} juillet 2006.

Sous-section III – *Le nom de famille et le couple*

1291. Le nom de famille peut être un élément de rattachement et d'appartenance à l'« entité » que constitue le couple. Ce point est pour certains particulièrement sensible dès lors qu'existent des enfants communs, une activité professionnelle exercée en commun ou plus simplement la volonté d'afficher son union au plus grand nombre.

L'article 1^{er} de la loi du 6 fructidor an II précise qu'« aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de nais-

(651) Ce sera en général la mère. Depuis le 1^{er} juill. 2006, la filiation d'un enfant est établie à l'égard de la mère par la simple mention de son nom dans l'acte de naissance. Elle n'a donc plus à le reconnaître.

(652) En matière d'adoption plénière par deux époux, les dispositions de droit commun s'appliquent et la déclaration devra figurer dans la requête en adoption. En matière d'adoption simple, le nom de l'adoptant est en principe ajouté au nom de l'adopté. Dans l'hypothèse où adopté et/ou adoptant portent des noms de famille doubles, un seul nom de chacun est conservé, aux choix de l'adoptant. Dans l'hypothèse d'un désaccord, les premiers noms de l'adopté et/ou de l'adoptant sont retenus.

(653) C. civ., art. 311-23.

(654) Soit à l'occasion du second lien de filiation, soit plus tard mais avant les 18 ans de l'enfant.

(655) Si l'enfant est âgé de plus de 13 ans son consentement personnel est requis et sera recueilli par l'officier d'état civil.

(656) *Supra* n° 1288.

sance... ». La même loi, dans son article 4, précise que la femme mariée n'a pas d'autre nom que son nom patronymique (657) mais qu'elle a un droit d'usage sur le nom de son mari (658). En application du dernier alinéa de l'article 76 du Code civil, le nom du conjoint est porté en marge de l'acte de naissance de chaque époux (659). Le mari peut donc adopter à titre de nom d'usage le nom de famille de son épouse et réciproquement. La seule réserve à cette règle est que l'identification des époux, notamment dans les actes administratifs (660), ne peut résulter que du nom de famille, et non du nom d'usage. Pour ce qui concerne la vie courante, les époux pourront choisir de se faire reconnaître sous le même nom d'usage, qui généralement sera le nom de famille du mari, mais pas obligatoirement.

1292. Les partenaires et concubins disposent-ils de la même faculté d'adopter le nom de l'autre membre du couple à titre de nom d'usage ? La réponse est négative. En effet l'utilisation du nom d'usage est réservée aux époux ou aux enfants (661).

Cette règle peut-elle être contournée par l'utilisation d'un pseudonyme que constituerait le nom de son partenaire ou concubin ? Le pseudonyme est « *un nom choisi librement par une personne pour dissimuler au public son identité réelle dans l'exercice d'une activité particulière, notamment dans le domaine littéraire ou artistique* » (662). Même si les conditions d'utilisation d'un pseudonyme ne font l'objet d'aucune réglementation particulière, la volonté du concubin ou du partenaire n'est pas de dissimuler son véritable nom de famille, mais de s'identifier en tant que partenaire ou concubin appartenant au même couple. Et en tout état de cause, tant dans les actes simples de la vie courante que dans les actes administratifs, ce pseudonyme ne pourrait être utilisé.

La solution pourrait-elle consister pour le partenaire ou le concubin à demander à changer de nom en application de l'article 61 du Code civil ? Par exemple, pour adjoindre ou substituer le nom de famille de son partenaire ou concubin à son propre nom ? Là encore la réponse est négative car le changement de nom est subordonné à un intérêt légitime (663) et des raisons affectives ou sentimentales ne peuvent motiver cet intérêt légitime.

(657) Au sens nom de famille, *supra* n° 1285.

(658) Plus récemment des textes ont consacré cet usage : C. civ., article 300 : « *Chacun des époux séparés conserve l'usage du nom de l'autre...* » ; C. civ., article 264 : « *A la suite du divorce, chacun des époux perd l'usage du nom de son conjoint. L'un des époux peut néanmoins conserver l'usage du nom de l'autre, soit avec l'accord de celui-ci, soit avec l'autorisation du juge, s'il justifie d'un intérêt particulier pour lui ou pour les enfants* ».

(659) La mention du Pacs en marge de l'acte de naissance conduit également à identifier le partenaire.

(660) *Dr. fam.* n° 6, juin 2008, alerte 50 : *Clarification des règles relatives au nom des femmes mariées*, par Maryline Bruggeman au sujet de Rép. min. n° 00989 : JO Sénat Q, 24 avr. 2008, p. 836.

(661) Loi n° 85-1372 du 23 déc. 1985 – article 43 : « *Toute personne majeure peut ajouter à son nom, à titre d'usage, le nom de celui de ses parents qui ne lui a pas transmis le sien. A l'égard des mineurs, cette faculté est mise en œuvre par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale* ». A ne pas confondre avec la réforme du nom de famille résultant de la loi du 4 mars 2002, *supra* n° 1285.

(662) Doc. fr., 1^{er} nov. 2007 – Réf. : F355.

(663) Pour des illustrations de cet intérêt légitime, notes sous l'article 61, Code civil, Dalloz 2009, 108^e édition : nom de famille présentant un caractère ridicule, une consonance étrangère, une homonymie injurieuse...

1293. La réforme du nom de famille s'inscrivait dans le cadre d'une parité homme femme, d'égalité des patronymes et matronymes et d'égalité des filiations, tout en **maintenant le caractère familial du nom** (664). Ces objectifs sont partiellement atteints. Il est cependant regrettable que la loi soit si complexe et que l'utilisation du nom de famille double puisse conduire, au fur et à mesure des générations, à des noms de famille différents au sein de lignées différentes mais ayant des aïeux communs. Le caractère familial du nom de famille n'est en fait maintenu qu'à la première génération. Le travail des généalogistes et des notaires n'en sera sûrement que plus complexe à l'avenir (665).

CHAPITRE II

L'AUTORITE PARENTALE

Section I – La loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale

Sous-section I – *Un principe de coresponsabilité parentale dans le mariage*

1294. La loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale a mis fin à la puissance paternelle qui était le fondement de la famille depuis l'antiquité. Le père n'est plus désigné par le droit comme le chef de la famille. L'autorité du père est devenue une autorité exercée conjointement par le père et la mère pendant le mariage (666). La famille a deux chefs qui ont chacun les mêmes pouvoirs et les mêmes devoirs. « *La famille est soumise à un gouvernement à deux têtes. C'est une société à direction bicéphale* » (667).

Cependant, la loi du 4 juin 1970 n'a tout de même pas été votée sans peine. Tout au long des débats parlementaires a été agité le spectre de l'anarchie introduite dans la famille : la famille doit avoir un chef, au navire il faut un « capitaine » !

(664) *Supra* n° 1285.

(665) Sur une illustration de risques professionnels : JCP N n° 1, 4 janv. 2008, 1002, *Vers une inscription des enfants en marge de l'acte de naissance de leurs parents ?* par Laurent Abadie.

(666) Avec la promotion du couple parental, nous sommes bien loin de l'époque où Napoléon, qui a eu une grande influence auprès des rédacteurs du Code civil de 1804, déclarait : « *La femme est donnée à l'homme pour qu'elle fasse des enfants. Elle est donc sa propriété, comme l'arbre à fruit est celle du jardinier* ». Cette citation est empruntée aux mémoires du conseiller d'Etat Thivaudeau, *Mémoires sur le consulat*, 1827, p. 426. Dans le Code civil de 1804, on retrouve le vieux mythe de l'*imbecillitas sexus* qui considère que la femme mariée doit être protégée à cause de sa faiblesse.

(667) G. Cornu, *Droit civil, La Famille*, précis Domat, Ed. Montchrestien, 1984, p. 53. *Supra* n° 1035.