

cahiers juridiques franco- allemands

2

une publication du
Centre d'Etudes Juridiques
Françaises
- 1983 -

Universität des Saarlandes
D 6600 Saarbrücken



BILAN DE 10 ANS
D'APPLICATION DE LA RÉFORME DE LA FILIATION

par

MADAME DANIELÈ HUET-WEILLER

*Professeur à la Faculté de Droit
et des Sciences politiques de Strasbourg*

*Conférence
prononcée à Sarrebruck le 15 mai 1983
dans le cadre du "Dialogue franco-allemand"*

1983 (C) Centre d'Etudes Juridiques Françaises
Universität des Saarlandes

Nicht im Buchhandel erhältlich

Abgabe gegen eine Schutzgebühr
von 10,- DM.

Un peu plus de dix ans se sont écoulés depuis l'entrée en vigueur de la réforme de la filiation réalisée par la loi du 3 janvier 1972. Aussi un bilan me paraît-il s'imposer d'autant plus que l'application de cette loi a donné lieu à un contentieux très abondant qui a révélé nombreuses obscurités et qu'elle a déjà été retouchée par la loi du 25 juin 1982.

Mais ce bilan rétrospectif de l'évolution qui s'est produite depuis 1972 n'est pas suffisant tant sont nombreux des problèmes entièrement nouveaux auxquels le droit français n'est pas du tout préparé à faire face. Le bilan de ce qui a déjà été fait devra donc être complété par un bilan "prospectif" de tout ce qui reste à faire.

I - LE BILAN "RÉTROSPECTIF"

La loi de 1972 a été bâtie sur deux piliers, deux grands principes : vérité, égalité. Mais ces principes étaient très nuancés :

- l'égalité a été réalisée seulement au niveau des effets de la filiation établie. Des discriminations subsistaient au niveau de la preuve, la filiation naturelle restant plus difficile à établir que la filiation légitime ; et même pour ce qui est des effets de la filiation, l'égalité était assortie d'exceptions, de limitations à l'encontre de l'enfant adultérin.

- la vérité était une vérité à double visage. La loi avait réalisé un savant dosage entre la vérité biologique et la vérité affective (la possession d'état) qui ne se recourent pas toujours.

S'agissant des effets de la filiation, on ne constate aucun changement, aucune tendance à renforcer l'égalité. On observe en revanche une évolution en ce qui concerne l'établissement (et la contestation) de la filiation. Evolution d'ailleurs assez contradictoire.

- d'un côté, la jurisprudence, face aux deux vérités que lui proposait la loi, a nettement opté pour la primauté de la vérité biologique,

- d'un autre côté, l'intervention du législateur par la loi du 25 juin 1982 marque une nouvelle promotion de la possession d'état et, par là-même, renforce l'égalité des filiations au niveau de leurs modes d'établissement.

A - La vérité biologique

La loi de 1972 lui avait assurément donné une plus grande place que le droit antérieur en la débarrassant de quantités d'obstacles qui l'obstruaient auparavant, par exemple en levant l'interdiction qui frappait jusque là l'établissement de la filiation adultérine et incestueuse, en facilitant le désaveu, en ouvrant à la mère dans certaines conditions une action en contestation de la paternité du premier mari et en réduisant la portée de certaines fins de non-recevoir qui rendaient impossible la preuve de la filiation par le sang.

Mais la loi restait timide : on y trouve peu de dispositions se référant à la filiation "véritable". Elle se contentait le plus souvent de vraisemblance et s'attachait plus à la filiation vécue - reflétée par la possession d'état - qu'à la filiation physiologique, sans doute parce que, comme au 19^e siècle, la filiation (surtout paternelle) conservait ses mystères : le recours à la vraisemblance et à la possession d'état était destiné à compenser ou à corriger les incertitudes de la vérité biologique.

Mais cette attitude sous-estimait les possibilités offertes par les progrès de la biologie et de la génétique - dont d'autres droits notamment le droit allemand avaient pourtant déjà tiré les conséquences -. Prenant enfin conscience de ces progrès, la jurisprudence française a dépassé la volonté du législateur, en élargissant tout à la fois l'accès à la vérité biologique et le rôle de cette vérité.

a) Le souci d'ouvrir plus largement l'accès à la vérité biologique s'est manifesté particulièrement à propos de la présomption de paternité légitime et des moyens de la combattre.

Certes, la loi ne permettait plus que cette présomption couvre des contre-vérités manifestes (dans certaines hypothèses, elle ne s'applique plus du tout tant la paternité du mari est invraisemblable), et elle supprimait le monopole marital du désaveu en ouvrant à la mère l'action en contestation de paternité déjà évoquée (art. 318). Mais les tribunaux ont jugé la brèche trop étroite.

- Leur effort pour l'élargir a porté en premier lieu sur les conditions de cette action qu'ils ont considérablement facilitée en décidant :

. que l'action est possible même si l'enfant a la possession d'état d'enfant légitime du premier mari et même s'il n'a pas la possession d'état d'enfant commun à l'égard du second ménage donc même si, lors du divorce, il a été confié à la garde du premier mari qui l'a élevé jusqu'à (deux arrêts de la Ie Ch. civ. du 16 février 1977) ;

. que le délai légal (six mois à compter du remariage) n'est pas d'ordre public : l'action est donc recevable si la mère et ses deux maris successifs sont d'accord pour ne pas soulever la question (TGI Fontainebleau 21.12.1977) ;

. que l'action peut être exercée par la mère après décès du deuxième mari (Paris 11.7.1978).

Autant de solutions qui sont sans doute conformes, en l'espèce, à la véritable filiation de l'enfant mais qui sont en contradiction avec les textes.

- Mais la jurisprudence n'en est pas restée là. Son souci de vérité l'a conduite à ouvrir d'autres actions, tendant à contester la paternité du mari.

. C'est d'abord l'arrêt de la Cour de Cassation du 9.6.1976 admettant la fameuse interprétation a contrario de l'article 334-9. Selon ce texte, un enfant ne peut pas être reconnu par un tiers s'il a la possession d'état d'enfant légitime ; a contrario, s'il ne l'a pas et même s'il a un acte de naissance d'enfant légitime, il peut être reconnu par un tiers et celui-ci peut demander au tribunal de trancher en sa faveur le conflit de filiations ainsi créé. Puis l'action a été ouverte progressivement à tout intéressé, notamment à la mère et à son second mari, quand ils ne remplissent pas les conditions de l'article 318. De sorte que l'action fondée sur 318 est absorbée, supplantée par celle - beaucoup plus facile - qui se fonde sur 334-9.

. Ce sont aussi plusieurs arrêts de la Cour de Paris qui, découvrant une nouvelle lecture de l'article 322, permettent également à tout intéressé et pendant trente ans, de contester la filiation de l'enfant dès qu'il n'a pas le titre et la possession d'état conformes, même s'il n'a pas été reconnu par un tiers : solution plus grave car elle tend à détruire une filiation fictive sans la remplacer par une filiation plus vraie et débouche sur un vide de filiation. Heureusement, elle n'a pas encore été consacrée par la Cour de Cassation.

La jurisprudence de la Cour de Paris illustre bien la tendance des magistrats à dépasser la loi en élargissant l'accès à la vérité biologique. Peut-être parce que dans le même temps, son rôle est en train de changer.

b) Le rôle dévolu par la loi à la vérité biologique était essentiellement négatif : il s'agissait d'exclure une filiation scientifiquement impossible. Or, à côté de cette fonction d'exclusion, les données biologiques remplissent de plus en plus une fonction positive de désignation.

Certes la fonction d'exclusion subsiste : les expertises sanguines sont ainsi utilisées pour contester les reconnaissances mensongères ou paralyser l'action en recherche de paternité, voire l'action à fins de subsides en démontrant que le défendeur n'est pas un père possible.

Mais les expertises tendent de plus en plus à désigner le véritable géniteur. C'est aussi la Cour de Paris qui s'est engagée la première dans cette voie : lorsqu'elle prescrit de telles expertises, elle ne se contente pas de demander à l'expert de dire si le défendeur peut ou non être le père de l'enfant, elle lui demande de préciser la probabilité de sa paternité et s'appuie souvent sur une probabilité de près de 100 % (Paris 16. 12.1976 ; 4.7.1978).

Cet engouement pour la vérité biologique a pour effet de diminuer la place de la possession d'état dont les tribunaux se méfient de plus en plus parce que c'est une notion fluide et incertaine. Or paradoxalement, la loi vient de lui insuffler une nouvelle vigueur.

B - La possession d'état

Malgré l'importance qu'elle lui attachait, la loi de 1972 n'avait pas supprimé les différences traditionnelles entre les modes de preuves de la filiation légitime et les modes de preuves de la filiation naturelle : en dehors de tout procès, la première était établie par l'acte de naissance ou par la possession d'état tandis que la seule preuve extra-judiciaire de la filiation naturelle était toujours la reconnaissance. A défaut, une action en recherche de maternité ou de paternité était nécessaire : la possession d'état ne permettait pas d'établir la filiation naturelle.

Quelques années après la réforme, un mouvement s'est cependant dessiné pour promouvoir la possession d'état d'enfant naturel, mais la Cour de Cassation l'a stoppé et c'est le législateur qui l'a repris à son compte.

a) La Cour de Cassation a pris fermement position dans un arrêt du 8.5.1979. En l'espèce, un enfant naturel non reconnu mais qui avait été traité depuis toujours par son père et par toute la famille comme enfant naturel avait réclamé sa part dans la succession du père décédé. Mais ses frères et soeurs légitimes avaient fait valoir que sa filiation n'était pas légalement établie. Or il était beaucoup trop tard pour exercer l'action en recherche de paternité. L'intéressé a alors saisi le tribunal

pour faire constater sa filiation qu'il prétendait établie par sa possession d'état. Il obtint gain de cause devant la Cour d'appel de Saint Denis de la Réunion. Mais cette décision fut censurée par la Cour de Cassation, celle-ci s'en tenant strictement aux modes de preuves expressément prévus par l'article 334-8 C. civ. pour la filiation naturelle (reconnaissance ou jugement rendu à la suite d'une recherche en justice) et refusant par conséquent de voir dans la possession d'état une preuve suffisante de cette filiation.

A mon avis, la solution était sage et conforme à la loi de 1972. Elle a cependant suscité de vives protestations qui ont provoqué l'intervention du législateur.

b) Selon le nouvel article 334 alinéa 2 du Code civil, modifié par la loi du 25.6.1982¹, la filiation naturelle peut se trouver légalement établie non seulement par reconnaissance mais par la possession d'état. Ainsi la possession d'état est-elle devenue un mode de preuve extrajudiciaire de la filiation naturelle comme elle l'était déjà de la filiation légitime. La solution est conforme à l'égalité des filiations. Mais la loi a été votée hâtivement sans qu'on en ait mesuré toutes les conséquences directes et indirectes.

- D'une part, aucune précision n'est donnée sur le point de départ et la durée de la possession d'état requise. Pour l'établir, il suffit d'un acte de notoriété dressé par le juge des tutelles sur la déclaration de trois témoins. Mais cet acte sera souvent contesté et le tribunal de grande instance aura à apprécier, d'où le risque d'appréciations divergentes et celui de voir des possessions d'état "fabriquées" pour les besoins de la cause, voire plusieurs possessions d'état successives lorsque la mère aura changé plusieurs fois de partenaires qui, à tour de rôle, auront traité l'enfant comme le leur.

1 V. notre commentaire de cette loi : D. 1982, Chr. p. 185.

- D'autre part, le législateur ne s'est pas rendu compte que certaines dispositions étaient devenues parfaitement inutiles, notamment deux articles relatifs à l'établissement de la filiation maternelle : l'article 337 et l'article 341 qui faisaient déjà place à la possession d'état ; puisque désormais, la possession d'état est à elle seule une preuve suffisante de la filiation naturelle (paternelle ou maternelle) et puisque c'est une preuve extrajudiciaire, non contentieuse, ces deux textes méritaient d'être purement et simplement supprimés.

Enfin, la nouvelle promotion de la possession d'état va à l'encontre de l'évolution jurisprudentielle (plutôt réticente, on l'a vu, à l'égard de cette notion et davantage portée vers la vérité biologique) et elle ne favorise même pas le rapprochement des législations européennes qui ignorent la possession d'état. Si un rapprochement devait se faire, il consisterait plutôt à augmenter le rôle de l'acte de naissance en en faisant une preuve de la maternité naturelle comme en droit allemand. Mais d'autres modifications plus profondes du droit de la filiation s'imposeront prochainement.

II - LE BILAN PROSPECTIF

Il s'agira ici d'une tentative pour recenser - et non pour résoudre - des problèmes dont la loi de 1972 n'a pas du tout eu conscience mais qui ne sont déjà plus des hypothèses d'école.

Je n'évoquerai pas ceux que soulève la maîtrise de la procréation (contraception, IVG, stérilisation), ni les problèmes à la fois éthiques et médicaux qui résultent de l'avènement d'une "médecine foetale" (possibilité de diagnostic prénatal, de traitement ou d'élimination des foetus lorsque le diagnostic révèle une anomalie et d'utilisation thérapeutique des foetus morts pour traiter des enfants atteints de graves déficits immunitaires, voire des adultes) : cela déborderait très largement le cadre d'un exposé consacré à la filiation. Pour m'en tenir à ce seul sujet, je

me limiterai aux questions d'ordre juridique que posent les nouvelles méthodes de traitement de la stérilité : l'insémination artificielle et la technique du "bébé éprouvette"².

A - L'insémination artificielle

En dépit de la stérilité d'un époux, des milliers de couples ont pu depuis quelques années avoir un enfant grâce aux techniques d'insémination artificielle (1.000 enfants environ par an). Cet essor est dû à la fois aux difficultés croissantes de l'adoption et à l'évolution des méthodes qui permettent la congélation et la conservation du sperme.

Pour l'instant, l'insémination artificielle est réservée exclusivement au traitement des couples mariés où la stérilité du mari est médicalement indiscutable et irrémédiable. En outre, l'opération se fait uniquement par l'intermédiaire d'organismes très sérieux, les Centres d'Etudes et de Conservation du sperme humain qui sélectionnent soigneusement les "donneurs", n'admettent que le don gratuit et veillent au respect de leur anonymat. Il n'y a donc pas de risque de voir, comme à Londres, en avril 1983, un couple blanc donner naissance à un bébé noir par suite de la distraction de l'employé chargé de manipuler les paillettes. Pourtant le vide juridique actuel est déjà l'origine de graves difficultés.

a) Lorsque le mari a expressément consenti à l'insémination artificielle de son épouse et que l'enfant est né, peut-il (notamment à l'approche d'un divorce) se raviser, et désavouer cet enfant qu'il avait accepté comme le sien ? Une seule décision (TGI Nice 30.6.1976) a été ren-

2 Les développements qui vont suivre sont largement inspirés d'une conférence sur "les aspects juridiques liés à la maîtrise de la reproduction" présentée le 16 février 1983 à la Sorbonne par Mme Mariel Revillard, juriste au C.R.I.D.O.N. de Lyon et dont elle a bien voulu nous communiquer le texte. Qu'il me soit permis de lui exprimer mes remerciements.

due sur cette question et elle a admis le désaveu. En effet, en l'état actuel des textes, le mari peut détruire la présomption de l'article 312 en établissant par tous moyens sa non-paternité (ce qui était facile en l'espèce) et il ne pourrait pas, même s'il le voulait, renoncer à l'avance au désaveu. Il y a là une lacune à combler.

b) Verra-t-on apparaître des enfants conçus post-mortem ? Les techniques de congélation rendent la chose parfaitement possible et tout récemment, à Rennes, une jeune femme a demandé à en bénéficier dans des circonstances dramatiques un an après la mort de son ami. Celui-ci, atteint d'un cancer et qui devait subir un traitement entraînant la stérilité, avait pris la précaution de faire conserver son sperme. Le malheur voulut qu'il guérit de son cancer mais fut tué dans un accident. Sa compagne s'est vu opposer un refus du C.E.C.O.S.. Pas seulement sans doute parce qu'elle n'était pas mariée. Même s'il s'était agi d'une veuve, on se serait heurté à l'article 315 qui écarte la présomption de paternité lorsque l'enfant naît plus de 300 jours après la dissolution du mariage. Aussi les médecins refusent-ils d'aider à la naissance de tels enfants d'"outré-tombe" qui seraient nécessairement des enfants sans père. Pour la même raison (entre autres), ils refusent l'insémination artificielle demandée par des femmes qui réclament le droit de procréer seules et qui obtiennent, paraît-il, satisfaction aux Pays-Bas, plus libéraux ou plus laxistes... .

c) Enfin, il faut citer une application particulière de l'insémination artificielle : celle de la mère "de remplacement", remède, cette fois, à la stérilité de la femme. Cette mère de remplacement accepte l'insémination artificielle du mari et mène la grossesse à son terme en s'engageant à rendre l'enfant au donneur et à son épouse. Cela vient de se produire en France entre deux soeurs jumelles, dont l'une était stérile. Même si tout s'est bien passé, la naissance de l'enfant crée déjà un bel imbroglio juridique (a priori c'est un enfant adultérin du mari et de sa belle-soeur ; la seule solution est que sa vraie mère accepte qu'il soit adopté par sa soeur) et l'aventure pourrait dans d'autres circonstances mal tourner (aux U.S.A. où il s'agit d'un véritable commerce rémunéré, on voit des mères de remplacement qui refusent de rendre l'enfant ou, pire encore, un nouveau né atteint d'une malformation que rejettent tant les parents qui en ont

passé commande que la femme qui l'a porté...).

Deux propositions récentes ont, il est vrai, été déposées, tendant à reconnaître et à réglementer l'insémination artificielle. Mais elles n'ont pas été votées et n'envisageaient pas tous les problèmes que je viens d'évoquer. Pas plus que n'a encore été envisagé celui des transferts et implantations d'embryon. Ce qu'on appelle plus ou moins exactement le "bébé-éprouvette".

B - Le "bébé-éprouvette"

L'expression recouvre des hypothèses très différentes.

a) La plus simple est illustrée par le cas "Louise Brown". La mère pouvait concevoir un enfant mais une malformation physiologique empêchait la fécondation : on a provoqué une ovulation artificielle, l'ovule prélevé a été fécondé "in vitro" par le mari et on l'a réimplanté dans l'utérus maternel où il a parfaitement prospéré. En réalité, ce n'est pas un véritable bébé-éprouvette et sa filiation ne pose aucun problème particulier car les parents génétiques et juridiques coïncident.

Mais des problèmes juridiques surgissent dans d'autres hypothèses.

b) Ainsi, quand on pratique la même méthode, mais à partir d'un ovule prélevé sur une "donneuse". La mère juridique est la mère "porteuse", celle qui va mener la grossesse à son terme et accoucher ; mais la mère biologique n'est-elle pas la mère "donneuse"... ?

c) Enfin, lorsque la grossesse présente des risques pour la femme ou lorsque sa physiologie ne permet pas le développement normal de l'embryon, une nouvelle technique consiste, après fécondation normale, à prélever l'oeuf fécondé et à l'introduire dans le corps d'une autre femme. C'est cette femme "nourrice" qui portera l'enfant pendant neuf mois et qui lui donnera naissance, mais cette fois c'est une autre femme qui l'aura engen-

dré. C'est là un véritable casse-tête juridique. On peut encore le corser en imaginant que les deux époux sont stériles et que l'on implante chez la femme un embryon conçu par un autre couple. Elle accouchera d'un enfant qui, génétiquement, est étranger, aussi bien à elle-même qu'à son mari...

On pourrait encore échafauder d'autres hypothèses... Mais les exemples donnés suffisent à révéler la tâche qui attend le législateur. Depuis le Code civil, les mystères de la paternité ont été progressivement élucidés. Mais les nouvelles techniques médicales remettent en cause les solutions que l'on croyait acquises et ébranlent la certitude que l'on attachait à la maternité. Bien que la loi de 1972 ait été présentée comme un texte expérimental, évolutif, ouvert aux adaptations, il n'est pas besoin d'être grand prophète pour prévoir sa prochaine remise en chantier...

à paraître prochainement/demnächst :

Jean PRADEL

Le médecin devant la loi pénale

déjà paru/bereits erschienen :

N^o 1 Claude WITZ

La coopération commerciale dans la
convention ACP - CEE du 31 octobre
1979 de Lomé I à Lomé II