

MINISTÈRE DE LA JUSTICE

ÉCOLE NATIONALE
DE LA MAGISTRATURE

PARTIE RÉSERVÉE AU JURY

N° de dossier du candidat :

0972

NOTE

16 /20

Le candidat ne doit rien écrire dans la partie réservée au jury. IL NE DOIT PAS SIGNER SA COMPOSITION

NOMBRE DE FEUILLES INTERCALAIRES :

8

COMPOSITION DE

Droit civil - Dissertation

Certifié exact.

LE MAGISTRAT OU FONCTIONNAIRE
CHARGÉ DE LA SURVEILLANCE

(signature)

A travers son ouvrage
Qu'est-ce que la famille ?
Une approche sociologique,
Béne. Théry s'intéresse aux
évolutions qui ont marqué la
famille depuis 1845. Si elle
constate un recul du mariage
et une hausse des unions
libres, elle note également la
place centrale qu'occupe

désormais l'enfant, mouvement qui est notamment à l'origine
des mutations contemporaines du droit de la filiation.

Cette branche du droit de la famille est issue du latin
filia, et concerne l'établissement des liens de parenté entre
un parent et son enfant, qu'il s'agisse d'une filiation par
le sang ou élective. Or, le droit de la filiation a subi
une profonde "métamorphose" selon les termes du Professeur
Catala. En effet, les règles établies par les rédacteurs du
Code civil en 1804 ont été profondément modifiées depuis
une trentaine d'années. Il ne s'agit pas d'une évolution
seule, mais de plusieurs mutations de la matière, aussi
bien directes qu'indirectes. Ainsi, la transformation de la
vie de couple avec l'essor du concubinage et, depuis 1933, du
Pacs, a rendu nécessaire la proclamation d'une égalité entre
filiation naturelle et légitime en 1972, cette distinction ayant
même disparu depuis 2005. De même, la promotion de la
place de la femme a conduit par la loi du 23 décembre 1985
à une égalité des époux et des parents, qui se ressent également
dans l'autorité parentale. L'ordonnance du 4 juillet 2005,

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque

ratifiée par la loi du 16 janvier 2008, est venue consacrer ces évolutions. Les progrès scientifiques ont également contribué à la transformation du droit de la filiation. Ainsi, l'expertise biologique est désormais de droit lors des actions en contestation ou en établissement de paternité ou de maternité. La science a permis aussi aux couples stériles de devenir parents par le biais de la procréation médicalement assistée, posant de nouveaux problèmes d'éthique résolus par les lois des 28 juillet 1984 et 6 août 2004. Le droit de la filiation actuel est donc bien loin de celui établi en 1804, et ses mutations ont accompagné celles touchant l'ensemble de la société.

Toutefois, s'il est certain que la science rend aujourd'hui possible un grand nombre d'avancées, il n'est pas souhaitable que toutes soient consacrées par le législateur. Ce dernier a en effet fait le choix de limiter les mutations du droit de la filiation afin de sauvegarder la paix des familles et l'ordre public. L'intérêt de l'enfant, au cœur des réformes actuelles, nécessite ainsi le maintien d'un environnement stable et solide afin de permettre son épanouissement. Par conséquent, l'établissement de la filiation est strictement encadré, aussi bien dans le délai d'action que dans son domaine. L'accouchement sous X et l'inceste font ainsi obstacle à une telle recherche. De même, l'expertise biologique post-mortem nécessite l'accord préalable du défunt, afin d'éviter les dérives de l'affaire Monbard. Finalement, se pose désormais la question du "droit à l'enfant" revendiqué

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque

par certains couples stériles ou homosexuels. Le législateur a fait le choix d'interdire le recours à des conventions de mère porteuse, et de refuser aux couples homosexuels le droit d'être parents. De telles positions, si elles sont moralement justifiées, laissent sans réponse le statut des enfants nés par de tels procédés à l'étranger et qui vivent actuellement en France.

Aussi bien convient-il de mettre en relation les mutations avérées du droit de la filiation (I) avec les mutations limitées de la matière (II).

I Les mutations avérées du droit de la filiation

Les transformations du droit de la filiation sont intervenues soit directement par le biais de lois spécifiques comme la loi du 3 janvier 1972 et l'ordonnance du 4 juillet 2005, ou par l'intermédiaire de lois générales, comme les lois bioéthiques. Ces évolutions se manifestent par la proclamation de l'égalité des filiations (A) et par l'adaptation du droit de la filiation aux progrès scientifiques (B).

A/ La proclamation de l'égalité des filiations

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque

Le nouveau principe directeur du droit de la filiation se manifeste tout d'abord par l'égalité consacrée entre la paternité et la maternité, mais également par l'égalité entre les filiations naturelle et légitime.

Le droit romain, à l'origine, prévoyait la domination du pater familias sur l'ensemble de la domus, qu'il s'agisse des personnes, des bêtes ou des choses. Le Code civil de 1804 reprend le même principe, assurant la supériorité du mari sur son épouse, notamment s'agissant de l'autorité parentale sur les enfants. Il faut attendre la seconde moitié du XIX^e siècle pour entrevoir une évolution à cette situation, qui aboutit par la loi du 23 décembre 1985 proclamant l'égalité des époux en matière de régime matrimonial mais aussi dans la gestion des biens des enfants mineurs. Cette égalité se transpose dans la filiation où, désormais, paternité et maternité sont placés sur le même plan. Ainsi, l'établissement de la filiation s'accomplit selon les mêmes règles - soit la filiation est établie par déclaration dans les trois jours de la naissance devant l'officier d'état civil selon l'article 316 du Code civil, soit elle l'est suite à une action en recherche ou en contestation. Le lien de filiation envers le père ou la mère peut aussi être reconnu par la possession d'état. L'enfant doit alors

demande la délivrance d'un acte de notoriété attestant de la réunion de trois éléments : le nomen, c'est à dire le nom, la fama, c'est à dire la réputation du lien de filiation dans l'entourage, et le tractatus qui est le comportement faisant légitimement croire à l'existence d'une filiation. L'identité de ces actions entre le père et la mère démontre l'égalité qui domine désormais.

Le phénomène ne connaît toutefois que certaines exceptions qui ne remettent pas en cause l'égalité. Ainsi, le père peut voir le lien de filiation établi envers l'envers par la présomption de paternité de l'article 312 du Code civil. Selon ce dernier, le mari de la mère est réputé être le père de l'enfant né ou conçu pendant le mariage. Le reliquat de la filiation légitime a été maintenu en raison de la sécurité apportée à l'enfant non reconnu explicitement, mais la force de cette présomption est bien moindre depuis 2005. La filiation à l'égard de la mère est établie également envers l'enfant par l'effet de la loi, procédé dont ne bénéficie pas le père, dès lors qu'elle est désignée dans l'acte, selon l'article 311-25 du Code civil. Le moyen vise davantage à simplifier l'établissement de la filiation plutôt qu'à remettre en cause l'égalité.

Le principe d'égalité se manifeste aussi lors de la vie de l'enfant, avec l'autorité parentale dont sont titulaires chacun des deux parents, y compris à l'issue d'une séparation.

L'autorité parentale, renforcée par la loi du 4 Mars 2002, prévoit à l'article 371-1 du Code civil que les parents sont tenus à un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Ils doivent notamment participer à sa santé, sa sécurité, sa moralité et son éducation, sans qu'une distinction quelconque ne soit prévue entre le père et la mère.

L'octroi à l'enfant d'un nom participe également à promouvoir l'égalité entre le père et la mère.

Traditionnellement, l'enfant portait le nom du père, sans qu'une autre possibilité ne soit proposée. Or, depuis la loi du 4 mars 2002, modifiée par la loi du 18 juin 2003, les parents disposent d'une triple option. Ils peuvent désormais choisir soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit les deux noms accolés dans l'ordre voulu et dans la limite d'un nom pour chacun d'eux. Toutefois, si ces dispositions entraînent une application pratique de l'égalité elles risquent d'être source de complication pour les enfants. L'égalité a également été proclamée entre les filiations naturelle et légitime.

Pendant longtemps, l'enfant issu du mariage était largement privilégié par rapport à l'enfant issu de parents non mariés, qu'il s'agisse de la succession, de la reconnaissance dans la

la famille ou au sein de la société. Face aux évolutions de la famille, et à l'essor du concubinage, le doyen Carbonnier a préconisé une égalité des filiations, qui est proclamée par la loi du 3 janvier 1972. Cependant, le législateur garde la distinction initiale entre la filiation naturelle et légitime. Il faut attendre l'ordonnance du 4 juillet 2005, ratifiée par la loi du 16 janvier 2008 pour que la distinction terminologique disparaisse complètement. Une telle séparation était en effet devenue desuète, près d'un enfant sur deux naissant aujourd'hui hors mariage. Le Code civil consacre donc à présent un chapitre unique intitulé "De la filiation", et les dispositions relatives à l'établissement et la contestation de la filiation sont désormais identiques.

Cependant, d'autres distinctions sont venues s'effacer récemment dans le droit de la filiation. Le Code civil prévoyait en matière de successions un régime défavorable pour les enfants adultérins, par rapport aux enfants légitimes. Suite à la condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme de ce procédé dans l'arrêt *Mazurek* du 1^{er} février 2000, la loi du 3 décembre 2001 a proclamé l'égalité concernant les successions.

Finalement, seule est conservée la séparation entre filiations électives et filiations par le sang. L'adoption et la procréation médicalement

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque

assistée ont en effet trop spécifiques dans leur établissement pour justifier des règles spéciales.

L'égalité représente donc désormais un principe directeur du droit de la filiation, qui s'est également vu touché par les progrès scientifiques.

B) L'adaptation du droit de la filiation aux progrès scientifiques

Les avancées de la science ont permis de modifier en profondeur le droit de la filiation, qu'il s'agisse de l'établissement de la filiation, ou de la procréation médicalement assistée.

L'expertise biologique occupe désormais une place prépondérante dans les modes d'établissement de la preuve. Auparavant, le juge se heurtait à des difficultés probatoires, et était contraint de se prononcer sans certitude sur l'établissement du lien de filiation. Si l'expertise, qui consiste à comparer le patrimoine génétique du parent prétendu et de l'enfant, a fait l'objet tout d'abord de méfiance, elle a été rapidement adoptée par le monde judiciaire. La Cour de cassation a d'ailleurs proclamé dans un arrêt de principe du 18 Mai 2005 qu'un tel

examen était de droit. Par conséquent, dès lors qu'une action en recherche de filiation est intentée, le juge peut y avoir recours systématiquement, sauf s'il existe un motif légitime justifiant le refus. Or, la jurisprudence approuvée de manière très restrictive la notion de motif légitime, ne l'admettant par exemple que lorsqu'il existe une possession d'état (Qv1-6 décembre 2005). Par conséquent, l'expertise constitue une preuve royale "désormais en matière de filiation, le juge ayant la faculté de tirer les conséquences qui s'imposent en cas de refus de l'intéressé.

Une telle mutation pose aujourd'hui la question : la faveur accordée à la vérité biologique au détriment de la vérité vécue ou officielle présente le risque d'ébranler un enfant face à un inconnu qui, bien qu'il soit son géniteur, ne souhaite pas ce statut de parent. De même, la simple relation, même dans le cadre d'un travail, suffit à constituer des indices suffisants pour le prononcé de l'expertise. Or, un demandeur mal intentionné peut ainsi nuire à la réputation d'autrui dans l'attente du résultat de l'expertise. Un tel procédé ne doit en conséquence être utilisé qu'en présence d'indices sérieux et suffisants, même s'il est certain qu'il constitue un changement majeur, comme cela est le cas de la procréation médicalement assistée (PMA).

Si autrefois les couples stériles devaient se résigner à ne pas être parents, il en est autrement aujourd'hui. La PMA, légalisée par la loi du 28 juillet 1984 dite "loi bioéthique" et prévue à l'article 311-13 du Code civil et aux articles L2141-1 et suivants du Code de la santé publique. Les couples hétérosexuels, qu'ils soient mariés ou vivant en concubinage stable, peuvent recourir à cette procréation artificielle afin de devenir parents. Plusieurs procédés leur sont offerts, qu'il s'agisse de l'insémination artificielle ou de la fécondation in vitro, ou encore des gamètes des partenaires ou d'un tiers donneur anonyme. Les conditions sont particulièrement rigoureuses s'agissant du recours à un tiers = le couple doit donner son consentement au juge ou au notaire, et s'engage à reconnaître l'enfant né à l'issue de la procédure. Une telle méthode, si elle est longue et contraignante, présente par certains aspects l'émergence d'un "droit à l'enfant" particulièrement dangereux.

La PMA, désormais bien ancrée dans les pratiques, entraîne un certain nombre de difficultés éthiques. Ainsi, le devenir des embryons surnuméraires, et les études rendues possibles sur ces derniers nécessitent l'intervention

du législateur sur ces questions. Le Comité national d'éthique, composé de membres d'origine diverse, a ainsi été créé pour éclairer le Parlement sur ces problématiques. A ce jour, les embryons surnuméraires sont détruits, mais ils peuvent faire l'objet d'études dans un délai limité avec le consentement des parents. Le projet de loi bioéthique de 2010 tend à réfléchir sur ces embryons, et à mieux réglementer de telles études. La discordance au sein du couple fait également naître des controverses. La CEDH, dans l'arrêt Evans contre Royaume-Uni rendu le 10 mars 2007 en grande chambre a ainsi validé l'arrêt prononçant la destruction des embryons conçus avant le traitement du cancer de la mère, rendant celle-ci stérile. Or, la rétractation du consentement du père fait obstacle à l'implantation de ces embryons, et entraîne donc leur destruction. Si cette décision est juridiquement exacte, elle l'est moins d'un point de vue humain, et illustre parfaitement les difficultés rencontrées par l'éthique.

Par conséquent, la filiation s'est adaptée aux changements de la société, qu'il s'agisse des évolutions sociales ou scientifiques réalisées. Toutefois, ces mutations doivent rester limitées afin de ne pas ébranler les fondations de l'ensemble de la société.

II - Les mutations limitées du droit de la filiation

Malgré les possibilités offertes désormais par la science, il est indispensable de fixer des limites claires, justifiées tout d'abord par la paix des familles dans l'établissement de la filiation (A) mais également par l'intérêt général lors des revendications du "droit à l'enfant" (B).

A/ Des limitations à l'établissement de la filiation justifiées par la paix des familles.

Le droit reconnu à l'enfant d'établir sa filiation est strictement encadré s'agissant de l'exercice de l'action, et peut même être refusé lorsqu'il rentre en conflit avec le droit de la mère, lors d'accouchements sous X.

Carbonnier a affirmé que l'un des piliers du droit civil résidait dans la famille. Elle-ci se doit d'être stable, durable, et ne peut être remise en cause systématiquement. Par conséquent, l'action tendant à la recherche ou à l'établissement de la filiation est encadrée dans ses délais. Ainsi, l'article 321 du Code civil pose que les actions relatives à la filiation se

prescrivent par dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté. S'agissant de l'enfant, ce délai est suspendu pendant sa minorité. Ainsi, l'enfant ne peut agir que jusqu'à ses 28 ans, alors que le parent prétendu est limité à 10 ans. Un tel délai d'action permet un juste équilibre entre l'intérêt de l'enfant à établir sa filiation, et la sécurité effective nécessaire à l'épanouissement de la famille. Une telle restriction peut toutefois entraîner des divergences : la CEDH dans un arrêt rendu contre la Lituanie a refusé de donner droit à la demande du requérant en 2005, qui désirait en accord avec la fille qu'il avait reconnue quarante-cinq ans avant, rompre ce lien de filiation qui ne constituait pas la vérité biologique. Or, en dehors des délais, il est impossible de remettre en cause le lien de filiation malgré l'accord des protagonistes.

Outre les délais, la restriction de l'action en justice tient également à son domaine. Il existe ainsi un certain nombre de fins de non-recevoir tenant aux circonstances de la naissance. L'enfant issu d'une PMA avec tiers donneur ne peut pas établir la filiation avec ce dernier, même si elle

est biologiquement exact. De même, l'enfant né d'une relation incestueuse, c'est à dire d'un rapport entre personnes pour lesquelles il existe un empêchement à mariage, ne peut établir sa filiation qu'envers un seul de ses géniteurs. L'adoption est également prohibée à l'égard du frère de la mère (Cul- 6 janvier 2004). Concernant les expertises biologiques, celles-ci ne peuvent s'effectuer post-mortem qu'à la condition que le défunt ait au préalable donné son consentement. Cette limitation issue de la loi bioéthique du 6 août 2004 empêche de faire droit à des demandes tardives, comme s'agissant de l'affaire Montard (Paris 6 novembre 1987). Finalement, le lien de filiation ne peut être établi à l'égard de l'enfant mort-né, c'est à dire né ni vivant ni viable. Toutefois, ce dernier peut se voir attribuer un prénom, à défaut de patronyme. Une fin de non-recevoir est opposée à l'enfant lorsque son droit fait obstacle à celui de la mère.

D'après l'article 326 du Code civil, la mère dispose du droit d'accoucher sous X, c'est à dire de garder le secret sur

son admission à l'hôpital et sur son identité. Une telle règle empêche l'enfant de connaître ses parents biologiques, et a donc été invoquée à l'échelle européenne. Le CEDH, dans l'arrêt Odièvre contre France du 13 février 2003, reconnaît que la loi du 22 janvier 2002 s'efforce de concilier la protection de la mère et le droit de l'enfant à connaître ses origines, et ne viole donc pas la Convention. Ainsi, la loi de 2002 créant le Comité national d'accès aux origines personnelles permet aux 383 femmes accouchant sous X en 2008 de laisser une enveloppe avec leur identité si l'enfant en fait la demande par la suite. Les droits à l'égard du père sont plus controversés, celui-ci se heurtant à l'impossibilité d'établir la filiation. L'arrêt Benjamin du 7 avril 2006 a cependant reconnu le droit du père en raison de la reconnaissance prénatale.

Le droit de la filiation demeure ainsi encadré, et limite les établissements de la filiation afin de préserver l'équilibre de l'enfant et la paix des familles. De telles limitations sont également prévues dans l'intérêt général.

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque

B/ Des limitations au "droit à l'enfant" justifiées par l'ordre public

Malgré de nombreuses revendications, le législateur français refuse à la fois de reconnaître la légalité des conventions de mère porteuse, mais aussi de reconnaître aux couples homosexuels le droit à l'adoption ou à la PMA.

Les personnes homosexuelles ont vu leurs droits protégés particulièrement ces dernières années, notamment avec la création du PACS en 1999. Toutefois, les droits des couples homosexuels restent restreints avec le refus du législateur de leur accorder le droit d'être parents. La PMA n'est ainsi ouverte qu'aux couples hétérosexuels, qu'ils soient mariés ou en union libre. L'adoption, de son côté, n'est autorisée qu'au bénéfice des couples hétérosexuels ou des personnes célibataires, malgré de nombreuses revendications. La CEDH a ainsi condamné la France dans un arrêt du 22 janvier 2008 alors qu'un agissement destiné à l'adoption avait été refusé à une personne homosexuelle en raison de son orientation sexuelle. Toutefois l'arrêt CEDH Felté contre France du 26

Janvier 2002 avait reconnu que les Etats bénéficiaient en la matière d'une large marge d'appréciation leur octroyant le droit de refuser l'accordement sur le motif de l'intérêt supérieur de l'enfant. Une telle position de la CEDH montre l'ambiguïté de la question, la Cour devant trouver un équilibre entre les pays autorisant de tels droits, et ceux qui, comme la France, les refusent. Pour le moment, le législateur n'envisage pas de changer sa position, créant une zone de non-droit pour les enfants élevés par des couples homosexuels.

En effet, si la France refuse aux couples homosexuels d'être parents, ce n'est pas le cas de ses voisins. Nombreux sont donc les couples qui deviennent parents à l'étranger avant de revenir en France avec leur enfant, ces derniers n'étant pas pris en compte dans le droit de la filiation. La Cour de cassation a ainsi refusé de prononcer l'adoption simple en faveur du partenaire du parent, un tel procédé entraînant le transfert de l'autorité parentale (Civ I - 20 janvier 2007). Toutefois, la Cour a validé la délégation de l'autorité parentale par une mère seule au profit de sa compagne en raison des circonstances et

de l'intérêt de l'enfant (Civ. 24 février 2006).
Le statut de l'enfant issu d'un couple
homosexuel reste donc relativement ambigu.

Les mères porteuses ont, quant à elles,
fait l'objet d'une interdiction préventive
par la Cour de cassation (Ass. plén 31 mai
1989). Il s'agit pour des femmes d'accepter
par convention, à titre gratuit ou non, de
concevoir et porter l'enfant de parents dans
l'incapacité de le faire eux-mêmes, avant
de l'abandonner pour que ces derniers
l'adoptent. Suite au refus de la Cour de
cassation, le législateur a prévu à l'article
16-7 du Code civil, issu de la loi bioéthique
du 29 juillet 1994, l'interdiction de
telles conventions, ces dernières s'opposant
au principe d'indisponibilité des personnes.
Par conséquent, les juges refusent de
valider l'adoption de l'enfant issu de
mère porteuse, créant une zone de flou
juridique au détriment de l'enfant.

Le droit de la filiation a donc connu
des mutations avérées, s'adaptant aux

modifications de la société. Toutefois, la limitation de ces mutations, si elles sont moralement justifiées, contredisent l'intérêt de l'enfant, principe consacré par la CIDE sous le terme "best interests of child", alors que cette convention fête ses vingt ans.