

Frédérique Granet-Lambrechts, Professeur à l'Université Robert Schuman de Strasbourg,
Directeur du Centre de droit privé fondamental (EA 1351)

L'essentiel

Les derniers mois ont été marqués par des événements importants en droit de la filiation : après la mise en vigueur le 1er janvier 2005 des dispositions relatives au nom de famille de l'enfant, on songe en premier lieu à la publication au Journal Officiel du 6 juillet de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 réformant le titre 7 du livre 1er du code civil (V. F. Granet-Lambrechts, La réforme du droit de la filiation, AJ Famille 2005, p. 424-432 et J. Hauser, Dispositions transitoires, p. 432 s.- F. Granet-Lambrechts et J. Hauser, Le nouveau droit de la filiation, D. 2006, Chron. p. 17).

En second lieu, des arrêts novateurs ont été rendus par la Cour de cassation. Si, comme l'on pouvait s'y attendre, elle a poursuivi la construction de sa jurisprudence en matière d'expertises biologiques, la preuve étant la question centrale dans les actions relatives à la filiation, elle a en outre rendu d'autres décisions qui ont pu interpeller, voire surprendre pour les uns, être salués pour les autres, tant ils étaient espérés comme c'est le cas tout particulièrement de la reconnaissance de l'applicabilité directe de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant par la Cour de cassation, à demi mots et en se fondant encore sur les dispositions conformes du code civil, puis fermement au visa des seules dispositions conventionnelles (Cass. 1re civ., 18 mai 2005, D. 2005, Jur. p. 2125, note J.-J. Lemouland ; 18 mai 2005, D. 2005, Jur. p. 1909, note V. Egéa ; Dr. fam. 2005, comm. n° 156, note A. Gouttenoire ; JCP 2005, II, 10115, concl. C. Petit, note C. Chabert ; 14 juin 2005, Juris-Data, n° 028932 ; 8 nov. 2005 et 22 nov. 2005, Dr. fam. 2006, comm. n° 28, note A. Gouttenoire).

L'année 2005 et le début de l'année 2006 sont donc assez riches, en attendant l'entrée en vigueur du nouveau droit de la filiation le 1er juillet 2006 et la construction jurisprudentielle qui s'ensuivra.

Les derniers mois ont été marqués par des événements importants en droit de la filiation : après la mise en vigueur le 1er janvier 2005 des dispositions relatives au nom de famille de l'enfant, on songe en premier lieu à la publication au Journal Officiel du 6 juillet de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 réformant le titre 7 du livre 1er du code civil (V. F. Granet-Lambrechts, La réforme du droit de la filiation, AJ Famille 2005, p. 424-432 et J. Hauser, Dispositions transitoires, p. 437 s. - F. Granet-Lambrechts et J. Hauser, Le nouveau droit de la filiation, D. 2006, Chron. p. 17).

En second lieu, des arrêts novateurs ont été rendus par la Cour de cassation. Si, comme l'on pouvait s'y attendre, elle a poursuivi la construction de sa jurisprudence en matière d'expertises biologiques, la preuve étant la question centrale dans les actions relatives à la filiation, elle a en outre rendu d'autres décisions qui ont pu interpeller, voire surprendre pour les uns, être salués pour les autres, tant ils étaient espérés comme c'est le cas tout particulièrement de la reconnaissance de l'applicabilité directe de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant par la Cour de cassation, à demi mots et en se fondant encore sur les dispositions conformes du code civil, puis fermement au visa des seules dispositions conventionnelles (Cass. 1re civ., 18 mai 2005, D. 2005, Jur. p. 2125, note J.-J. Lemouland ; 18 mai 2005, D. 2005, Jur. p. 1909, note V. Egéa ; Dr. fam. 2005, comm. n° 156, note

A. Gouttenoire ; JCP 2005, II, 10115, concl. C. Petit, note C. Chabert ; 14 juin 2005, Juris-Data, n° 028932 ; 8 nov. 2005 et 22 nov. 2005, Dr. fam. 2006, comm. n° 28, note A. Gouttenoire).

L'année 2005 et le début de l'année 2006 sont donc assez riches, en attendant l'entrée en vigueur du nouveau droit de la filiation le 1er juillet 2006 et la construction jurisprudentielle qui s'ensuivra.

Première partie - La filiation par le sang

I - L'établissement non contentieux de la filiation

A - L'établissement de la filiation par la loi

1 - La filiation maternelle

L'article 319 du code civil fait traditionnellement de l'acte de naissance la preuve de la filiation maternelle pour l'enfant né d'une femme mariée, qu'il fût couvert par la présomption de paternité (art. 319) ou non (art. 313-2, al. 1er). Au mépris de l'arrêt *Marckx* (CEDH, 13 juin 1979, série A, n° 31), cette solution ne fut pas étendue à la filiation naturelle par la loi du 8 janvier 1993, qui a été certainement une occasion manquée, un amendement en ce sens ayant été alors repoussé (V. D. Cacheux, JOAN Q 29 avr. 1992, p. 721 ; N. Ameline, JOAN Q 16 mai 1992, p. 1287). L'article 311-25 du code civil vient y remédier.

Sous réserve des décisions passées en force de chose jugée, le nouveau droit de la filiation, qui entrera en vigueur le 1er juillet 2006, est applicable aux enfants nés avant cette date (art. 20, I) sous réserve de certains tempéraments : c'est ainsi que ces enfants ne pourront pas s'en prévaloir dans les successions déjà liquidées (art. 20, II, 1° ; V. J. Hauser, *Le nouveau droit de la filiation*, D. 2006, Chron. p. 17 ☞). On reconnaît là la formule inscrite dans l'article 2 de la loi du 25 juin 1982 qui a fait de la possession d'état un mode d'établissement de la filiation naturelle et qui a été déclarée applicable aux enfants nés avant son entrée en vigueur. Elle leur a permis d'alléguer l'établissement d'un lien de filiation par la possession d'état, mais non de s'en prévaloir dans une succession déjà liquidée avant son entrée en vigueur (V. Cass. 1re civ., 12 mai 1987, Gaz. Pal. 1988, 2, p. 856, note J. Massip ; 25 févr. 2003, Dr. fam. 2003, comm. n° 70, note P. Murat ; RJPF 5/2003, p. 23, note T. Garé). La Cour de cassation a décidé que cette disposition n'est pas contraire au Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (Cass. 1re civ., 25 mai 2004, Bull. civ. I, n° 144 ; D. 2005, Pan. p. 1748, spéc. p. 1750, obs. F. Granet-Lambrechts ☞ ; RTD civ. 2004, p. 494, obs. J. Hauser ☞ ; AJ Famille 2004, p. 410, obs. F. Bicheron ☞).

La solution serait *a priori* transposable pour la mise en oeuvre de l'article 311-25 combiné avec l'article 20, II, 1°, de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 (D. 2005, Lég. p. 1925). Un arrêt postérieur à sa publication au Journal Officiel vient néanmoins semer quelque désordre dans les prévisions. On savait que, conformément à sa jurisprudence classique, par un arrêt du 14 juin 2005 (n° 03-18.825, D. 2005, IR p. 883 ☞ ; AJ Famille 2005, p. 328, obs. F. C. ☞ ; Juris-Data, n° 028928), la première Chambre civile avait décidé qu'il ne pouvait être reproché à une cour d'appel de constater l'extranéité du demandeur qui alléguait sa prétendue filiation maternelle à l'égard d'une femme ayant conservé sa nationalité française lors de l'indépendance du Gabon, alors que l'acte de naissance de l'intéressé la désignait en qualité de mère, mais que celle-ci ne l'avait pas reconnu et qu'il ne démontrait pas avoir une filiation établie envers elle par la possession d'état. Un arrêt du 6 décembre 2005 (n° 04-20.625, Juris-Data, n° 031128) avait encore relevé le défaut d'établissement de la filiation maternelle en l'absence de reconnaissance par la mère et de mariage entre les parents lors de la naissance.

Or, revenant sur sa position, la Cour de cassation vient de décider au visa des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme qu'une femme étant « *désignée en tant que mère dans l'acte de naissance de M. X...*, il [en] résultait que la filiation maternelle de celui-ci était établie » (**Cass. 1re civ., 14 févr. 2006, n° 05-13.006**, avis contraire av. gén. J.-D. Sarcelet ; D. 2006, IR p. 603) dans une espèce où il n'y avait pas de reconnaissance maternelle ni d'équivalent tiré des articles 336 et 337 du code civil.

Par conséquent, si l'on admet sur le fondement de la Convention européenne, que la filiation maternelle d'un enfant né hors mariage s'est trouvée légalement établie par son acte de naissance, la restriction édictée par l'article 20, I, 1°, est neutralisée car elle vise les dispositions de l'ordonnance - c'est particulièrement vrai en ce qui concerne l'article 311-25 - pour interdire aux enfants nés avant le 1er juillet 2006 de s'en prévaloir dans les successions liquidées. En outre, si la législation française antérieure est ainsi jugée contraire aux articles 8 et 14 de la Convention et écartée de ce chef au profit de la norme internationale hiérarchiquement supérieure, on ne peut faire abstraction de la rétroactivité de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (CEDH, 1er févr. 2000, *Mazurek c/ France*, D. 2000, Jur. p. 332, note J. Thierry ☞ ; RTD civ. 2000, p. 311, obs. J. Hauser ☞, p. 429, obs. J.-P. Marguénaud ☞, et p. 601, obs. J. Patarin ☞ ; V. aussi, B. Vareille, *L'enfant de l'adultère et le juge des droits de l'homme*, D. 2000, Chron. p. 626 ☞ ; et CEDH, 22 déc. 2004, *Merger et Cros c/ France*, RTD civ. 2005, p. 335, obs. J.-P. Marguénaud ☞ ; JCP 2005, I, 103, n° 16, obs. F. Sudre).

La solution tirée de l'arrêt du 14 février 2006 fut longtemps espérée et a bien tardé (V. ainsi, TGI Brive, 30 juin 2000, D. 2001, Jur. p. 27, note I. Ardeeff, *Somm.* p. 972, obs. F. Granet-Lambrechts, et p. 2872, obs. F. Le Doujet-Thomas ☞ ; RTD civ. 2000, p. 930, obs. J.-P. Marguénaud ☞). Dans le contexte où elle intervient, elle permettra certainement à de nombreux parents de voir leur enfant légitimé avant le 1er juillet comme certains le souhaitent, semble-t-il. Mais elle pourrait malheureusement susciter des difficultés pratiques en droit des successions, jointes à celles que l'on rencontrera en matière de nationalité.

2 - La présomption *Pater is est*

V. *infra* II-C-1 - Contestation de paternité légitime et II-D - Les conflits de filiations.

B - L'établissement de la filiation par la possession d'état constatée dans un acte de notoriété
L'acte de notoriété prouve la possession d'état qui est un mode d'établissement de la filiation. Dans la pratique habituelle, la délivrance d'un acte de notoriété est demandée au juge des tutelles pour prouver la possession d'état d'un enfant naturel et, partant, la filiation établie ainsi. L'acte de notoriété génère une présomption simple de filiation et renverse la charge de la preuve sur celui ou ceux qui la contesteraient. Même si l'hypothèse est marginale, cette règle vaut évidemment aussi pour un acte de notoriété constatant la possession d'état d'un enfant légitime comme la Cour de cassation l'a rappelé (**Cass. 1re civ., 19 avr. 2005, n° 02-14.953**, AJ Famille 2005, p. 328, obs. F. C. ☞ ; Juris-Data, n° 028144 ; Dr. fam. 2005, comm. n° 181, note P. Murat). En l'espèce, dans le contexte du phénomène polymorphe de la fraude en matière d'état des personnes, les circonstances pouvaient par certains aspects paraître suspectes quant à la situation des père et mère mariés à l'étranger et qui avaient obtenu d'un juge des tutelles un acte de notoriété constatant la possession d'état d'enfant légitime de leur fille. Ils produisaient en outre un acte de mariage dressé en Algérie avant la naissance. Ils avaient formé une demande de rectification judiciaire de l'acte de naissance de l'enfant afin qu'elle ne soit pas inscrite comme leur enfant naturelle, mais comme leur fille légitime. La Cour de Riom les avait déboutés motif pris d'un doute sérieux sur leur mariage et sur leur communauté de vie. Au visa des articles 311-3 et 1315 du code civil, la première Chambre civile casse pour violation de la loi et inversion de la charge de la preuve.

II - Les actions relatives à la filiation

A - Le régime des actions

Action en contestation de reconnaissance. Le Parquet n'est recevable à contester une reconnaissance que si des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblable la filiation déclarée ou que la reconnaissance a été faite en fraude des règles de l'adoption. Un pourvoi avait été formé par le ministère public contre un arrêt confirmatif qui avait prononcé la légitimation *post nuptias* d'un enfant né en 1997 et reconnu alors par sa mère, puis en 2003 par l'homme qu'elle avait épousé en 2000. Il critiquait l'arrêt en arguant du caractère mensonger de la reconnaissance paternelle, mais est rejeté, la reconnaissance devant être présumée sincère et exacte jusqu'à la preuve contraire qui, lorsqu'elle incombe au Parquet, ne

peut être rapportée que dans les limites de l'article 339, alinéa 2. On notera que la première Chambre civile prend soin de relever l'absence de conflit de filiations au soutien de l'approbation de l'arrêt critiqué (**Cass. 1re civ., 31 janv. 2006, n° 05-12.402**, Juris-Data, n° 031959).

B - La preuve du lien de filiation réclamé ou contesté

1 - L'expertise biologique est de droit en demande et en défense, sauf motif légitime de ne pas y procéder : domaine et portée de cette solution

On sait que, dans les actions relatives à la filiation, l'expertise biologique est de droit, sauf motif légitime de ne pas y procéder (V. F. Granet-Lambrechts, D. 2005, Pan. p. 1748, spéc. p. 1751, et réf. citées ☞. - V. aussi, F. Terré et D. Fenouillet, *Les personnes, la famille, les incapacités*, 7e éd., Dalloz, 2005, n° 765). A l'exception de l'action en constatation de la possession d'état (V. *infra*), la Cour de cassation fait une application généralisée de cette solution, comme l'ont montré de nombreux arrêts. En demande ou en défense, chacune des parties peut réclamer une expertise biologique et par anticipation sur le droit nouveau qui pose le principe de la liberté de la preuve dans toutes les actions à condition qu'elles soient recevables (art. 310-3, al. 2 nouv., c. civ.), la première Chambre civile a même admis qu'une telle mesure d'instruction peut être ordonnée malgré l'absence d'adminicule dans une action en recherche de paternité (Cass. 1re civ., 12 mai 2004, D. 2005, Jur. p. 1766, note S. Mirabail ☞, et cité in Pan. spéc. p. 1751, obs. F. Granet-Lambrechts ☞ ; **Cass. 1re civ., 14 juin 2005, n° 04-15.445**, D. 2005, IR p. 1732 ; RTD civ. 2005, p. 584, obs. J. Hauser ☞ ; Dr. fam. 2005, comm. n° 182, note P. Murat ; RJPJF 11/2005, p. 20, note T. Garé. - Comp., auparavant, Cass. 1re civ., 8 janv. 2002, D. 2002, Somm. p. 2023, obs. F. Granet-Lambrechts ☞ ; 30 juin 2004, Defrénois 2005, art. 38212, p. 438, obs. J. Massip).

Au visa de l'article 342, elle a étendu la solution à une demande de subsides formée par la mère, par un attendu de principe très proche : « *Attendu que l'expertise biologique est de droit en matière d'action à fins de subsides, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* » (**Cass. 1re civ., 14 juin 2005 [2 arrêts], n° 04-13.901 et n° 03-12.641**, D. 2005, IR p. 1804 ; RTD civ. 2005, p. 584, obs. J. Hauser ☞ ; Juris-Data, n° 028922 et n° 028930 ; Dr. fam. 2005, comm. n° 182, note P. Murat). La même solution est reprise au visa de l'article 342-4 en faveur de l'homme assigné qui entend être mis hors de cause par la preuve de son impossibilité d'avoir engendré l'enfant (**Cass. 1re civ., 6 déc. 2005, n° 05-11.150**, D. 2006, IR p. 14 ; Juris-Data, n° 031132. - En ce sens encore, et au même visa, **Cass. 1re civ., 31 janv. 2006, n° 05-11.652**, Juris-Data, n° 031960), ce que laissait présager le double visa de l'article 340 et de l'article 342-4 dans l'arrêt du 8 janvier 2002 (préc.).

Le domaine de prédilection de cette jurisprudence est sans doute celui des actions en contestation, y compris l'action en contestation de la possession d'état (V. F. Granet-Lambrechts, *loc. cit.* ; A. Pascal et M. Trapero, *Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation, Rapport annuel de la Cour de cassation pour 2004*, La Doc. fr., 2005, et www.courdecassation.fr), ce pourquoi la Cour vise alors entre autres dispositions l'article 311-12, laissant ainsi entendre que toute demande en contestation sous-tend un conflit de filiations latent et que sauf fin de non-recevoir, une fausse filiation, si la preuve en est faite, doit être annulée, ce qui peut laisser à l'enfant l'opportunité de rechercher la vraie.

En revanche, comme cela était pressenti (V. Cass. 1re civ., 6 janv. 2004, D. 2004, Somm. p. 1423, obs. F. Granet-Lambrechts ☞ ; V. aussi, A. Pascal et M. Trapero, préc.), l'expertise biologique n'est pas de droit dans une action en constatation de la possession d'état. En effet, la Cour a décidé « *qu'en matière de constatation de possession d'état, la preuve s'établit par tous moyens, de sorte que l'expertise biologique n'est pas de droit* » (**Cass. 1re civ., 6 déc. 2005, n° 03-15.588**, D. 2006, IR p. 99 ; Juris-Data, n° 031133 ; Dr. fam. 2006, comm. n° 26, note P. Murat). La motivation peut surprendre car la preuve est également libre dans d'autres actions où la Cour admet que l'expertise est au contraire de droit (sur toutes les décisions citées ci-après, V. F. Granet-Lambrechts, D. 2005, Pan. p. 1751 ☞) comme le désaveu (Cass. 1re civ., 9 déc. 2003), la contestation de paternité légitime fondée sur l'article

322 *a contrario* (Cass. 1re civ., 30 mars 2004), la contestation d'une reconnaissance (où la solution fut posée initialement, Cass. 1re civ., 28 mars 2000 ; 30 mai 2000 ; 17 sept. 2003 ; 3 nov. 2004, RJPf 3/2005, p. 23, note T. Garé ; 14 juin 2005, n° 04-13.913, D. 2005, IR p. 1961  ; RTD civ. 2005, p. 768, obs. J. Hauser  ; Juris-Data, n° 029157), ou encore l'action en rétablissement des effets de la présomption *Pater is est* (Cass. 1re civ., 29 mai 2001). A vrai dire, la filiation établie par la possession d'état est fondée sur la réalité sociologique et affective qu'une analyse sanguine est impropre à démontrer.

On observera que, quand bien même elle serait contraire à la vérité biologique, la possession d'état se trouve valorisée par l'ordonnance du 4 juillet 2005 puisque l'action en contestation de la filiation établie par la possession d'état constatée dans un acte de notoriété sera prescrite au terme d'un délai de cinq années à compter de la délivrance de l'acte (nouv. art. 335 c. civ.). Ainsi, plus encore que dans la loi du 3 janvier 1972 et alors que l'expertise biologique a investi tout le reste du droit de la filiation, l'autre fondement du lien de filiation, tiré de la réalité sociologique, reçoit une protection très forte. La filiation n'est donc pas réduite au « *tout biologique* ».

Dans une action en constatation de la possession d'état, la preuve des faits constitutifs de celle-ci et de son caractère non vicié est faite par tous moyens et les juges du fond apprécient souverainement les éléments produits. Par exemple, la preuve n'est pas jugée rapportée par des attestations jointes à des photographies et à des cartes signées « papa », mais contredites par d'autres attestations corroborées par le fait que l'enfant n'a jamais porté le nom de son père prétendu ; à noter qu'en l'espèce, la demande subsidiaire d'expertise biologique fut écartée au motif qu'une telle mesure d'instruction aurait conduit indirectement à contourner les règles strictes de l'action en recherche de paternité naturelle, argument qui a néanmoins perdu une part de sa pertinence depuis que la Cour de cassation a écarté l'exigence préalable d'indices graves, par anticipation sur la réforme mais qui conservait sa valeur au regard du délai pour agir (CA Paris, 23 juin 2005, Juris-Data, n° 278837). La possession d'état est au contraire considérée comme établie par des photographies, des visites régulières du père à l'enfant, par le comportement des grands-parents paternels et par la condamnation du père prétendu à verser des subsides pour l'enfant (CA Paris, 7 avr. 2005, Juris-Data, n° 273901). Tout est affaire d'appréciation des circonstances par les juges du fond.

Toutefois, la Cour de cassation procède à un contrôle de droit qui peut pourtant être en étroite intimité avec les faits eux-mêmes ainsi que l'arrêt *Fesch* en fournit un excellent exemple (**Cass. 1re civ., 25 oct. 2005, n° 03-19.274**, Juris-Data, n° 030465 ; et auparavant dans cette affaire, TGI Créteil, 21 févr. 2002, D. 2002, Jur. p. 1710, note F. Granet-Lambrechts  ; RTD civ. 2002, p. 495, n° 19, obs. J. Hauser  ; infirmation de ce jugement par CA Paris, 4 avr. 2003, Dr. fam. 2003, comm. n° 141, note P. Murat), d'où l'importance de la motivation de leurs décisions par les juges du fond. En l'espèce, sous le visa des articles 311-1 et 334-8 du code civil, elle casse pour manque de base légale l'arrêt de la Cour de Paris qui avait écarté la demande formée par l'enfant majeur en constatation de sa possession d'état à l'égard de son prétendu père naturel, condamné à mort et exécuté alors que le demandeur était âgé de trois ans. Les éléments constitutifs de la possession d'état alléguée étaient concentrés sur une période fort limitée et manquaient certainement de densité, mais cela résultait des circonstances très particulières de l'espèce. La cour d'appel en avait pourtant déduit que, par leur brièveté, ces éléments méritaient d'être considérés comme un fait unique, ne valant pas ainsi possession d'état au sens de l'article 311-1 qui exige une réunion suffisante de faits indiquant le rapport de parenté. L'arrêt est cassé au motif « *qu'en considérant isolément chacun de ces faits sans rechercher si, précisément et compte tenu qu'un temps très bref s'était écoulé entre la naissance de l'enfant, alors que Jacques Fesch était déjà emprisonné, et l'exécution de celui-ci, ces écrits, confortés par l'ensemble des faits invoqués par M. G. D..., ne constituaient pas une réunion suffisante de faits établissant sa possession d'état, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

2 - Motifs légitimes de ne pas ordonner une expertise biologique

C'est en définitive la question centrale puisque, sous réserve du cas particulier de l'action en

constatation de la possession d'état (V. *supra*), il suffit que l'une des parties réclame une expertise biologique pour que les juges du fond soient tenus de répondre au moyen en ordonnant une telle mesure d'instruction sauf à justifier leur refus par un motif légitime (V. A. Pascal et M. Trapero, préc.). La Cour de cassation opère sur ce point un contrôle de droit (V. O. Matocq, Le rapport d'expertise biologique dans le droit de la filiation deviendra-t-il le passage obligé ?, Dr. fam. 2006, étude n° 7 ; P. Murat, Dr. fam. 2005, comm. n° 182 ; F. Granet-Lambrechts, D. 2005, Pan. p. 1751, préc.), comme cela ressort de plusieurs de ses décisions rendues en 2005 et au début de l'année 2006.

L'irrecevabilité de l'action. Comme on pouvait raisonnablement l'envisager (V. F. Granet-Lambrechts, *loc. cit.* - Comp. le nouvel art. 310-3, al. 2, c. civ., applicable à compter du 1er juill. 2006), l'irrecevabilité de l'action, par exemple parce qu'elle est prescrite ou qu'elle se heurte à une fin de non-recevoir tirée dans la législation actuelle d'un titre et d'une possession d'état conforme, constitue un motif légitime de ne pas ordonner une analyse biologique parce qu'il n'y a pas lieu de débattre sur la preuve (V., en ce sens, sur le fondement de l'art. 322, **Cass. 1re civ., 14 juin 2005, n° 02-18.654**, D. 2005, IR p. 1961 ; RTD civ. 2005, p. 582, obs. J. Hauser ☞ ; Juris-Data, n° 028914 ; Dr. fam. 2005, comm. n° 182, note P. Murat ; RJPF 11/2005, p. 20, note T. Garé ; sur le fondement de l'article 334-9, **Cass. 1re civ., 14 févr. 2006, n° 03-19.533**, D. 2006, IR p. 603 ; Juris-Data, n° 032181 ; sur le fondement de l'art. 339, al. 3, CA Aix-en-Provence, 4 janv. 2005, Juris-Data, n° 267108).

L'impossibilité d'exécuter la mesure d'instruction. Selon une conception classique, il y a un motif légitime de ne pas ordonner une mesure d'instruction lorsque sa réalisation serait matériellement impossible. Tel est le cas d'une expertise biologique par exemple lorsque le père prétendu ne peut être localisé en l'absence de toute indication par la mère demanderesse dans une action en contestation de la reconnaissance paternelle (**Cass. 1re civ., 14 juin 2005, n° 03-19.582**, D. 2005, IR p. 1805 ; RTD civ. 2005, p. 584, obs. J. Hauser ☞ ; Juris-Data, n° 028926 ; Dr. fam. 2005, comm. n° 182, note P. Murat ; RJPF 11/2005, p. 20, note T. Garé. - Rappr. Cass. 1re civ., 3 janv. 2006, n° 04-14.904, Juris-Data, n° 031500, où l'auteur de la reconnaissance contestée par la mère avait fait l'objet d'un procès-verbal de recherches infructueuses).

Il est encore impossible de pratiquer une expertise lorsque le père prétendu est décédé et n'a pas de son vivant consenti à une analyse de l'ADN. En effet, le souci de respecter le corps du défunt et d'empêcher que des circonstances analogues à celles de l'affaire *Montand* puissent se reproduire a conduit le législateur à compléter l'alinéa 3 de l'article 16-11 par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 (D. 2004, Lég. p. 2089) en exigeant que de son vivant, la personne ait donné son consentement exprès (sur l'affaire *Montand*, TGI Paris, 6 sept. 1993 ; puis CA Paris, 4 juill. 1996, D. 1997, Somm. p. 158, obs. F. Granet-Lambrechts ☞). En définitive, la fille prétendue du défunt fut déboutée de sa demande en recherche, l'expertise ayant conclu à l'exclusion certaine de la paternité du défunt, CA Paris, 17 déc. 1998, D. 1999, Jur. p. 476, note B. Beignier ☞ ; V. aussi, P. Catala, La jeune fille et le mort, Dr. fam. 1997, chron. n° 12).

Par un arrêt rendu le 6 décembre 2005 (Juris-Data, n° 030428), dans une espèce où le prétendu père était décédé quelques mois après l'engagement de la procédure, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par un enfant majeur contre l'arrêt infirmatif qui l'avait débouté de sa demande en recherche pour n'avoir pas produit de présomptions ou indices graves. Le pourvoi reprochait notamment à la Cour de Douai d'avoir refusé, en violation de l'article 340 du code civil et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, d'ordonner une expertise génétique sans caractériser un motif légitime alors que celle-ci aurait pu lui permettre de faire la preuve nécessaire. Il est vrai que la Croatie avait été condamnée par la Cour de Strasbourg dans l'arrêt *Mikulic* pour violation de l'article 8 de la Convention, le défendeur à une action en recherche de paternité ayant refusé de se soumettre à une expertise par l'ADN et la législation croate n'ayant à l'époque prévu aucune solution alternative pour permettre à l'enfant de prouver sa filiation (CEDH, 7 févr. 2002, RTD civ. 2002, p. 795, obs. J. Hauser ☞, et p. 866, obs. J.-P. Marguénaud ☞ ; JCP 2002, I, 157, n° 13, obs. F. Sudre). La première Chambre civile décide que « *les juges du fond ont estimé*

d'abord, alors qu'une relation de 22 ans était alléguée par Mme L... [la mère], qu'aucune des pièces produites ne permettait de ramener avec précision et certitude la preuve de relations intimes, tant durant la période légale de conception qu'au-delà de celle-ci ; ensuite, que le refus exprimé, avant son décès, par M. V... de se soumettre à une expertise biologique ne saurait préjuger de son attitude si le tribunal avait ordonné, de son vivant, une telle mesure ; enfin, que l'expertise génétique devait être exclue en l'état du refus des héritiers ; que la cour d'appel a ainsi caractérisé un motif légitime de ne pas procéder à l'expertise biologique sollicitée [...] ».

La carence du demandeur dans la production de présomptions et indices ne constitue certes plus en soi un motif légitime de ne pas ordonner une expertise biologique (V. *supra*) et elle ne légitimerait pas tout refus par le défendeur de s'y soumettre, tout dépendant de l'ensemble des circonstances (V. *infra*). En outre, l'article 16-11 du code civil, qui est une disposition d'ordre public, fait du décès du défendeur un obstacle à la réalisation d'une analyse de l'ADN chaque fois qu'il n'y avait pas expressément consenti de son vivant.

La Cour de cassation a aussi été saisie d'un pourvoi qui soulevait la question de l'interprétation à donner au refus par le père de présenter l'enfant mineur au médecin expert chargé de pratiquer un prélèvement sanguin, ce qui en empêche la réalisation (**Cass. 1re civ., 14 févr. 2006, n° 05-11.669**, Juris-Data, n° 032333). En l'espèce, la mère avait eu un enfant issu d'une précédente relation de concubinage avec M. M..., qu'elle avait rompue pour vivre avec un nouveau compagnon, M. P..., dont elle avait eu deux autres enfants. La paternité de l'aîné était litigieuse. Il avait été reconnu par M. P... deux jours après la naissance et avait toujours été élevé par lui ; la possession d'état, conforme à la reconnaissance, était ainsi continue depuis la naissance, paisible et publique. M. P... était seul investi de l'exercice de l'autorité parentale, la mère ayant cessé de voir ses enfants depuis deux années.

M. M... avait à son tour reconnu l'enfant une dizaine de mois plus tard, d'où la survenance d'un conflit de filiations, et il contestait la reconnaissance faite par M. P... La cour d'appel avait ordonné une expertise à laquelle M. P... avait refusé de soumettre sa fille. Dans ses conclusions d'appel délaissées, le pourvoi rappelant ces faits invoquait une violation de l'article 455 du nouveau code de procédure civile et prétendait en tirer un aveu implicite de sa non-paternité par M. P... La première Chambre civile le rejette au motif que « *la cour d'appel s'est, sans modifier l'objet du litige, fondée pour régler ce conflit de filiation, sur l'article 311-12 du code civil qui impose au juge de déterminer par tous les moyens de preuve la filiation la plus vraisemblable et d'avoir égard à la possession d'état à défaut d'éléments suffisants de conviction ; qu'en application de cette règle, la cour d'appel a, par une décision motivée, souverainement déduit des éléments de fait versés au débat, prenant en considération l'impossibilité de procéder à l'expertise biologique ordonnée, la vraisemblance de la paternité de M. P...* ». Le recours à l'article 311-12 peut surprendre car, en cas de reconnaissances contraires, ce sont les dispositions spéciales de l'article 338 qui sont applicables. Mais cela n'affectait pas la possibilité de recourir à une analyse biologique. On reconnaît là néanmoins la volonté de la Cour de cassation de se tourner vers une telle mesure dans toutes les actions en contestation, tant il est vrai qu'un conflit de filiations peut alors être latent. En l'espèce, il n'est pas exclu qu'outre la présomption de véracité attachée à toute reconnaissance, l'intérêt de l'enfant, suite à la « *découverte* » de l'article 3-1 de la Convention de New York par la Cour de cassation, ait pesé pour aboutir en définitive à assimiler le refus du défendeur de soumettre sa fille au prélèvement sanguin à une impossibilité de réaliser la mesure d'expertise. En effet, née en octobre 1997, elle était élevée auprès de son jeune frère par M. P... et des expertises psychiatriques et psychologiques, effectuées dans le cadre d'une procédure pénale ouverte du chef de viols répétés de la petite fille par son oncle maternel, avaient conclu qu'il était de son intérêt de demeurer auprès de M. P...

Inutilité de la mesure pour la solution du litige. N'est pas considérée comme utile à la solution des débats une expertise biologique sollicitée par des héritiers aux fins de trancher un conflit de paternités résultant d'une reconnaissance et d'un acte de notoriété constatant une possession d'état contraire. La Cour de cassation décide ainsi « *qu'après avoir souverainement analysé les éléments produits et déduit de leurs constatations que la filiation la plus*

vraisemblable était celle résultant de la reconnaissance du 24 décembre 1940 et qu'il convenait, en conséquence, d'annuler l'acte de notoriété du 23 juillet 1997, les juges du fond ont dit que, compte tenu de l'ensemble des éléments produits, l'expertise sollicitée n'était pas utile à la solution des débats ; que la possession d'état étant établie par la réunion de faits, la cour d'appel a ainsi caractérisé un motif légitime de ne pas ordonner l'expertise biologique alors surtout que E. P... et B. Le B... sont décédés depuis plus de vingt ans » (Cass. 1re civ., 31 mai 2005, n° 02-11.784, Juris-Data, n° 028713).

Intention abusive. Demande d'expertise de curiosité (V. par ex., CA Bordeaux, 15 sept. 2004, Dr. fam. 2005, comm. n° 51, note P. Murat, où le père entendait être rassuré sur sa paternité), ou de rancune, ou faite par le défendeur à des fins dilatoires et selon une jurisprudence fermement établie (V. encore, par ex., Cass. 1re civ., 25 oct. 2005, n° 04-10.667, Juris-Data, n° 030460), il n'est pas fait droit à sa demande de nouvelle expertise lorsqu'une première expertise réalisée grâce à une méthode médicale certaine a fourni des résultats probants (V. A. Pascal et M. Trapero, préc. ; F. Terré et D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 765).

3 - Portée du refus par l'une des parties de se soumettre à la mesure d'instruction
Sur ce point, où la jurisprudence est abondante, il faut se garder de toute conclusion abrupte (V. A. Pascal et M. Trapero, préc.) et tout est affaire de circonstances.

L'appréciation de l'ensemble des circonstances de fait peut conduire les juges du fond à tirer du refus sans motif légitime par l'une des parties de se prêter à la mesure d'instruction un aveu implicite. Tel est le cas par exemple d'une situation de conflit de paternités où le refus par l'un des deux intéressés peut constituer un élément pris en considération pour le résoudre au détriment de son auteur (V. **Cass. 1re civ., 31 janv. 2006, n° 05-12.876**, D. 2006, IR p. 469 ; Juris-Data, n° 031905). Ou encore selon une jurisprudence classique, joint à des présomptions et indices concordants, il peut emporter la preuve de la filiation paternelle recherchée en justice sur le fondement de l'article 340 (CA Paris, 14 avr. 2005, n° 273904, Juris-Data, n° 273904, où la présomption de paternité du mari de la mère étant écartée en vertu de l'art. 313-1 et celui-ci attestant les relations adultères de son épouse avec le défendeur, divers indices, attestations et photographies étaient corroborés par le refus sans motif légitime par ce dernier de se soumettre à l'expertise biologique ; Cass. 1re civ., 31 janv. 2006, n° 03-13.642, Juris-Data, n° 031963, où est rejeté le pourvoi formé contre un arrêt ayant déclaré établie la paternité naturelle recherchée par une appréciation souveraine des éléments de fait produits, en l'occurrence des photographies et des témoignages corroborés par le refus illégitime du défendeur de se soumettre à l'examen comparé des sangs).

Inversement, un refus par le défendeur de se soumettre à un examen comparé des sangs peut, par confrontation aux autres éléments de l'affaire, ne pas emporter de conséquences contre l'intéressé, comme cela ressort d'une affaire très conflictuelle, confinant à l'acharnement procédural, qui a déjà été ainsi signalée dans cette Revue et qui trouve ici enfin son épilogue. Mariés le 31 août 1972, les époux divorçaient le 10 mai 1973, après la naissance d'un enfant survenue le 13 février 1973. L'enfant avait été déclaré sans l'indication du mari en qualité de père et élevé par sa mère. La mère et l'enfant agissaient en rétablissement des effets de la présomption de paternité vingt années plus tard. L'enfant était débouté pour avoir engagé l'action plus de deux ans après sa majorité. La cour d'appel jugeait également irrecevable la demande de la mère au motif, erroné, qu'une fois l'enfant devenu majeur, l'action lui aurait été réservée, d'où la cassation (Cass. 1re civ., 3 juin 1998, D. 1998, Somm. p. 354, obs. F. Granet-Lambrechts  ; RTD civ. 1998, p. 890, obs. J. Hauser ). Sur renvoi, la Cour de Toulouse déboutait la mère au motif que l'enfant ayant été conçu avant le mariage, il ne pouvait y avoir eu une réunion de fait entre « les époux » durant la période légale de conception. Cet arrêt fut à son tour cassé au visa des articles 313-1, 313-2 et 314 (Cass. 1re civ., 29 mai 2001, D. 2002, Jur. p. 1588, note I. Cocteau-Senn, et Somm. p. 2018, obs. F. Granet-Lambrechts  ; AJ Famille 2001, p. 26  ; RTD civ. 2001, p. 572, obs. J. Hauser  ; JCP 2001, II, 10605, concl. J. Sainte-Rose, note C. Arnaudin), la première Chambre civile interprétant ces deux premiers textes comme applicables à l'enfant né pendant le mariage, même si la période de conception précède la célébration. L'arrêt est encore cassé

pour n'avoir pas répondu au moyen par lequel la mère réclamait une expertise sanguine, jugée de droit par la Cour sauf motif légitime de ne pas y procéder (V. *supra*). Sur renvoi, la Cour de Bordeaux (9 sept. 2003, Dr. fam. 2004, comm. n° 33, note P. Murat) déboutait la mère, qui forma un pourvoi. La Cour de cassation décide que cet arrêt avait, par une appréciation souveraine des circonstances de fait, jugé à bon droit que la mère ayant choisi délibérément et avec réflexion de déclarer l'enfant sous son nom de jeune fille et d'écarter ainsi la présomption de paternité, l'aveu par le mari d'un rapport sexuel unique pendant la période légale de conception, le « *refus [par ce dernier] de se prêter, plus de trente années après les faits, à l'expertise biologique ordonnée qui est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder, ne suffisent pas à prouver, contre tous les éléments du dossier, l'existence d'une réunion de fait rendant vraisemblable sa paternité* ». D'où le rejet de ce pourvoi.

L'ex-mari avait lui aussi formé un pourvoi contre un arrêt avant dire droit rendu le 2 juillet 2002 (suite à la cassation prononcée le 29 mai 2001) par la Cour de Bordeaux auquel il reprochait d'avoir constaté l'intérêt de la mère à l'action et de l'avoir déclarée recevable. Ce second pourvoi était fondé sur un moyen tiré de l'éventualité d'une cassation de l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 9 septembre 2003, mais il est rejeté comme sans objet du fait du rejet du pourvoi de la mère auquel il avait été joint. L'affaire est enfin terminée (Cass. 1re civ., 3 janv. 2006, n° 03-19.737, Juris-Data, n° 031496) !

C - Les fins de non-recevoir

1 - Tenant à la conformité du titre et de la possession d'état

Contestation de maternité légitime. L'allégation d'une substitution d'enfants est tout à fait exceptionnelle. Au visa de l'article 322-1 du code civil, qui admet la recevabilité d'une demande en contestation d'état même dans le cas où la filiation est établie par un acte de naissance et la possession d'état conforme s'il est allégué une substitution d'enfants, la première Chambre civile casse un arrêt pour avoir jugé irrecevable l'action formée par un enfant en lui opposant la fin de non-recevoir de l'article 322. La cassation pour défaut de base légale était inévitable. En effet, il suffit d'alléguer la substitution pour être admis à démontrer que l'enfant désigné dans le titre ne correspond pas à celui dont est accouchée la femme mariée qui y est indiquée pour la mère, mais qu'il est né d'une autre femme, les enfants de chacune d'elles ayant été substitués l'un à l'autre, volontairement ou fortuitement. En l'espèce, la réalité de l'allégation n'était guère crédible, mais la loi imposait d'autoriser la preuve de la prétendue fausse filiation maternelle et la motivation de l'arrêt d'appel était assurément *contra legem* (**Cass. 1re civ., 18 mai 2005, n° 02-18.943**, D. 2005, IR p. 1449 ; RTD civ. 2005, p. 5852, obs. J. Hauser  ; Juris-Data, n° 028429 ; Lamy Droit civil 2006, n° 23, p. 39, note J.-G. Mahinga ; Dr. fam. 2005, comm. n° 180, note P. Murat ; RJPF 9/2005, p. 23, note T. Garé).

Contestation de paternité légitime. La Cour de cassation a été conduite à répéter fermement que l'un des époux ne saurait invoquer à son profit la cessation de la possession d'état s'il l'a provoquée de façon délibérée, grâce à des manoeuvres frauduleuses, en vue d'alléguer ensuite un défaut de conformité au titre et prétendre échapper à l'irrecevabilité de l'action en contestation de paternité légitime (Cass. 1re civ., 30 juin 1992, D. 1993, Somm. p. 161, obs. F. Granet-Lambrechts  , manoeuvres de la mère pour tenter de mettre fin à la possession de l'état d'enfant légitime ; 15 juill. 1993, D. 1994, Somm. p. 115, obs. F. Granet-Lambrechts  ; RTD civ. 1993, p. 806, obs. J. Hauser  ; 14 juin 2000, D. 2001, Somm. p. 969, obs. F. Granet-Lambrechts, et p. 2758, obs. F. Dekeuwer-Défossez  , attitude du mari ayant cessé de traiter l'enfant comme le sien en vue d'écarter la fin de non-recevoir de l'art. 322 c. civ.). La Cour vient de reproduire une telle solution, en décidant que les manoeuvres de la mère et de son compagnon pour tenter de rendre discontinu la possession d'état des deux enfants nés durant le mariage et élevés par les époux jusqu'à ce que la mère quitte son mari n'avaient pas pu vicier la possession d'état d'enfant légitime (Cass. 1re civ., 14 févr. 2006, Juris-Data, n° 032177). Cette jurisprudence conservera certainement toute sa valeur pour la mise en oeuvre du nouvel article 333 selon lequel la

filiation d'un enfant né dans le mariage, établie par un acte de naissance et la possession d'état conforme, pourra être contestée mais seulement à la demande de la mère, du mari, de l'enfant et du prétendu parent véritable et dans les cinq ans de la naissance. Seront ainsi vraisemblablement jugées inopérantes des manoeuvres de l'un des époux tendant à rompre ou à vicier une possession d'état pour prétendre tenir hors jeu les restrictions imposées par ces dispositions à la recevabilité d'une action en contestation dans le cas où le titre est corroboré par la possession d'état.

A côté de telles situations, les prétendues « dégradations » des relations entre l'un des époux ou ex-époux et l'enfant et corrélativement celles de la possession d'état elle-même sont pareillement inopérantes. La Cour de cassation rejette ainsi un pourvoi formé par l'ex-mari de la mère contre un arrêt qui avait jugé irrecevable sa demande en contestation de paternité au motif que l'enfant avait depuis plus de trente ans la possession d'état d'enfant légitime conforme à son acte de naissance. En effet, l'enfant couvert par la présomption *Pater is est* avait acquis le nom de son père et le portait depuis trente-trois années. Malgré le divorce, le père avait toujours manifesté sa volonté de conserver des relations normales avec sa fille et l'avait toujours traitée comme son enfant. Il avait même exercé son droit de visite et d'hébergement avec l'aide d'un huissier lorsque des difficultés étaient survenues, puis avait sollicité la garde de la mineure. Dans ces circonstances, l'arrêt critiqué avait pu retenir l'existence d'une possession d'état solidement constituée et continue pendant trente-trois ans et qui « n'a pas été affectée par la dégradation, depuis quelques années, de leurs relations » (**Cass. 1re civ., 31 janv. 2006, n° 03-10.149**, Juris-Data, n° 031964).

Contestation de reconnaissance. V. *infra* D - Les conflits de filiations.

2 - Tenant aux délais

Action en recherche de paternité. - Le délai préfix imparti à la mère, à peine de déchéance, pour engager durant la minorité de l'enfant au nom de celui-ci une demande en recherche de paternité a une durée de deux ans, en principe à compter de la naissance, sauf dans le cas de concubinage ou de participation à l'entretien et à l'éducation du mineur en qualité de père car le point de départ du délai est alors reporté à la cessation du concubinage ou des actes de participation. Il incombe à la mère de prouver par tous moyens qu'elle peut se prévaloir d'un déclenchement différé du délai, à défaut de quoi sa demande est jugée irrecevable comme l'a rappelé la Cour de cassation dans une espèce où la mère alléguait des relations durables de concubinage sans toutefois les démontrer de façon convaincante (**Cass. 1re civ., 14 févr. 2006, n° 05-11.401**, Juris-Data, n° 032334).

- Impossibilité d'agir de nature à retarder le déclenchement du délai : il a été jugé que l'impossibilité pour l'enfant d'engager une demande en recherche de paternité due à l'absence de désignation d'un représentant légal, après le décès des père et mère, et à la nécessité de recueillir l'autorisation du conseil de famille justifiait de différer le point de départ du délai à la réalisation de ces conditions (CA Pau, 22 nov. 1999, Dr. fam. 2000, comm. n° 20, note P. Murat). En revanche, il ne saurait sans doute être tiré un cas de force majeure, propre à suspendre le délai contrairement aux allégations d'un pourvoi, de la nécessité de contester préalablement un lien de paternité légitime établi par un acte de naissance non corroboré par la possession d'état et d'en obtenir l'annulation conformément à l'article 334-9 *a contrario* avant de pouvoir engager une demande en recherche contre un tiers (V. **Cass. 1re civ., 21 sept. 2005, n° 04-11.885**, Juris-Data, n° 029958, où le moyen était invoqué sans succès), les deux demandes pouvant être jointes. La solution inverse aboutirait à ruiner la rigueur voulue par le législateur dans l'article 340-4.

L'ordonnance du 4 juillet 2005 remédie à l'excessive sévérité du texte en ouvrant à l'enfant l'action en recherche jusqu'à l'âge de 28 ans.

3 - Tenant à l'interdit légal de l'inceste absolu
V. *infra* Deuxième partie-I - L'adoption.

4 - Tenant à la force de chose jugée

Lorsqu'une décision, devenue définitive du fait de l'expiration du délai des voies de recours ou de leur épuisement, a tranché une question, celle-ci ne peut plus en principe être à nouveau débattue en justice. Dans une action en recherche de paternité naturelle, la Cour de cassation a pourtant rendu un arrêt divergent, qui a été accueilli avec réserve, voire avec réticence tant il est vrai qu'il est de nature à ruiner la notion de force de chose jugée, dont la clarté et la fermeté sont pourtant nécessaires à la sécurité et à la stabilité de la vie juridique, même s'il trouve peut-être un antécédent dans l'article 13 de la loi du 3 janvier 1972 et s'il anticipe sur le droit en vigueur à partir du 1er juillet 2006 (**Cass. 1re civ., 21 sept. 2005, n° 02-15.586**, D. 2006, Jur. p. 207, note M. Lamarche ; J. Hauser, La réforme du droit de la filiation. Dispositions transitoires, AJ Famille 2005, p. 433, et notes 14 et 15, préc. ; et RTD civ. 2005, p. 769  ; Juris-Data, n° 029757 ; Dr. fam. 2005, comm. n° 239, note P. Murat).

En effet, l'alinéa 1er de l'article 13 indiquait que « *la chose jugée sous l'empire de la loi ancienne ne pourra être remise en cause par application de la loi nouvelle* » ; mais son alinéa 3 limitait la portée de l'alinéa 1er en ajoutant : « *sans qu'il soit préjudicié aux droits qu'auront les parties d'accomplir des actes ou d'exercer des actions en conformité de la loi nouvelle si elles sont dans les conditions prévues par celle-ci* ». La Cour de cassation s'était livrée à une interprétation extensive de l'alinéa 3, allant ainsi jusqu'à admettre la recevabilité d'une action en contestation de paternité légitime faite par un tiers qui avait reconnu l'enfant, bien qu'une décision passée en force de chose jugée eût débouté le mari de sa demande en désaveu, ce qui aurait dû empêcher toute remise en cause de sa paternité (Cass. 1re civ., 9 juin 1976, D. 1976, Jur. p. 593, note P. Raynaud ; RTD civ. 1977, p. 177, obs. J. Normand ; JCP 1976, II, 18494, note G. Cornu ; Gaz. Pal. 1976, 2, Doctr. p. 659, G. Champenois).

En l'absence de disposition comparable à l'alinéa 3 de l'article 13 dans la loi du 8 janvier 1993, dans une espèce où la mère avait été déboutée d'une demande en recherche de paternité naturelle formée au nom de son enfant mineur en application de la loi de 1972 faute d'avoir réussi à prouver l'un des cas d'ouverture prévus par l'ancien article 340 alors en vigueur mais où elle avait obtenu des subsides en vertu de l'ancien article 340-7 (les résultats d'une analyse des sangs ayant établi les relations intimes et la probabilité de la paternité, ce qui n'a sans doute pas été sans influence sur le présent arrêt) et où, à sa majorité, l'enfant avait à son tour engagé une action en recherche, la loi de 1993 ayant depuis lors supprimé les cas d'ouverture pour leur substituer un système de preuve adminiculaire, la première Chambre civile a retenu qu'une cour d'appel avait à bon droit jugé recevable la demande de l'enfant (V. sur la jurisprudence antérieure, J.-Cl. Civil, Art. 327 et 328 ; et Droit de l'enfant, Fasc. 310, n° 52, à paraître). Elle a décidé : « *qu'en relevant que les relations pendant la période légale de conception et le résultat de l'expertise sanguine constituaient des présomptions et indices graves rendant l'action recevable au regard de l'article 340 dans sa nouvelle rédaction [issue de la loi du 8 janv. 1993], la cour d'appel a exactement décidé que l'action nouvelle étant fondée sur une autre cause ne se heurtait pas à la chose précédemment jugée sur le fondement des textes anciens* ».

Cette solution sera-t-elle transposée pour la mise en oeuvre des actions prévues par l'ordonnance du 4 juillet 2005 ? Elle serait *a priori* transposable (V. F. Granet-Lambrechts, J.-Cl. Civil, Art. 310 à 342-8, Dispositions transitoires, n° 7).

D - Les conflits de filiations

1 - Rétablissement de la présomption *Pater is est* et conflit de paternités

Un conflit de paternités peut surgir en cas de rétablissement de plein droit de la présomption *Pater is est* en vertu de l'article 313, alinéa 2, car la réalité sociologique ne concorde pas nécessairement avec la vérité biologique. Dans une hypothèse où la mère étant déjà réconciliée avec son mari au moment de l'accouchement et où les époux ayant repris la vie commune, ils élevaient l'enfant depuis sa naissance et prétendaient que la présomption *Pater is est* avait retrouvé ses effets conformément à l'article 313, alinéa 2, tandis que l'ancien amant de la mère avait fait une reconnaissance prénatale, une cour d'appel (CA Nîmes, 3 mars 1992, Juris-Data, n° 030109) avait jugé que le titre d'enfant légitime ne pouvait pas

être vicié par la reconnaissance prénatale et avait annulé celle-ci. Mais cet arrêt avait été cassé en application de l'article 334-9 *a contrario*, la reconnaissance prénatale devant être réputée valable au motif qu'elle avait été souscrite avant que la possession d'état d'enfant légitime fût constituée (Cass. 1re civ., 4 mai 1994, Bull. civ. I, n° 157 ; D. 1995, Somm. p. 115, obs. F. Granet-Lambrechts, et p. 129, obs. V. Morgand, et Jur. p. 601, note S. Mirabail  ; RTD civ. 1994, p. 576, n° 17, obs. J. Hauser ). On peut signaler que la Cour de cassation vient en revanche de rejeter le pourvoi formé contre un arrêt qui avait jugé irrecevable sur le fondement de l'article 334-9 une demande en contestation de la paternité légitime formée par l'ancien amant de la mère, auteur d'une reconnaissance prénatale, et qui avait annulé celle-ci au motif qu'elle visait un enfant dont la filiation légitime était légalement établie envers les deux époux par son acte de naissance et par sa possession d'état anténatale et postnatale paisible et non ambiguë (Cass. 1re civ., 14 févr. 2006, Juris-Data, n° 032181).

2 - Conflits de paternités naturelles

Conflit entre une reconnaissance paternelle et une possession d'état contraire non constatée par acte de notoriété. L'enfant, né en 1991 et reconnu par sa mère, avait pris le nom de celle-ci avant d'être reconnu en 1996 par son compagnon, puis légitimé par leur mariage en 1997, ce qui avait emporté l'acquisition du nom du père. Or, le prétendu père véritable contestait cette reconnaissance et avait entretenu des relations régulières avec l'enfant jusqu'en 1996, se comportant comme son père et passant pour tel dans son entourage, bien qu'il n'eût pas souscrit de reconnaissance. Ces éléments, joints au refus réitéré et sans motif légitime par les époux de se soumettre à un examen comparé des sangs, ont pu permettre aux juges du fond d'en déduire souverainement que la reconnaissance était mensongère, d'où son annulation et celle de la légitimation subséquente. L'enfant perd ainsi le nom du mari de sa mère et change donc, une nouvelle fois, de nom (Cass. 1re civ., 31 janv. 2006, Juris-Data, n° 031905, *supra* II-B-3).

Conflit entre une reconnaissance paternelle et un acte de notoriété constatant une possession d'état contraire. Une cour d'appel, saisie d'un tel conflit, l'a tranché en faveur de la filiation la plus vraisemblable (en l'occurrence, la reconnaissance paternelle), ce qui se réfère à l'article 311-12 du code civil ; il n'est pas fait application par analogie de l'article 338 qui, issu de la loi du 3 janvier 1972 et donc antérieur à l'admission de la possession d'état comme mode d'établissement de la filiation naturelle par la loi du 25 juin 1982, vise le conflit entre deux reconnaissances contradictoires et met en oeuvre le principe chronologique. Le pourvoi est rejeté (Cass. 1re civ., 31 mai 2005, Juris-Data, n° 028713, *supra* II-B-2).

E - Les effets de la décision rendue

1 - Caractère déclaratif des jugements établissant un lien de filiation

Le jugement rendu à l'issue d'une action en recherche de paternité naturelle est déclaratif. La filiation produit ses effets rétroactivement depuis la naissance, notamment au regard de l'obligation d'entretien dont le père naturel est débiteur à l'égard de l'enfant.

La jurisprudence a admis que tout en étant prévue par l'article 203 du code civil au titre « *des obligations qui naissent du mariage* » où elle vise les père et mère de l'enfant légitime, l'obligation d'entretien est étendue aux père et mère naturels. C'est en ce sens que se prononce la Cour de cassation par le visa de l'article 203 et de l'article 310-1, cette seconde disposition énonçant le principe d'égalité des droits et des devoirs entre tous les enfants, qu'ils soient nés en mariage ou hors mariage. Sur ce double fondement, la Cour casse inévitablement un arrêt qui n'avait pas fait remonter le devoir d'entretien du père à la date de l'assignation par la mère dans une action en recherche de paternité naturelle au motif qu'elle n'avait fourni aucun élément propre à justifier une telle rétroactivité. C'était en effet méconnaître le caractère déclaratif d'une décision établissant la paternité naturelle sur le fondement de l'article 340 et cette jurisprudence conservera sa valeur à compter du 1er juillet 2006 (**Cass. 1re civ., 14 févr. 2006, n° 05-13.738**, D. 2006, IR p. 600 ; Juris-Data, n° 032176).

2 - Allocation de subsides et établissement judiciaire de la paternité d'un tiers ultérieurement
Aux termes de l'article 342-8, alinéa 1er, du code civil, le jugement condamnant un homme à verser des subsides pour l'entretien d'un enfant dont il est un « *père possible* » n'élève aucune fin de non-recevoir à l'établissement ultérieur de la filiation paternelle à l'égard du débiteur ou d'un tiers. L'hypothèse semble être demeurée assez rare en jurisprudence, mais elle n'est pas exclue comme le montre un arrêt de la Cour d'Aix et si la paternité d'un tiers vient à être déclarée en justice, le deuxième alinéa de l'article 342-8 prévoit l'extinction de la dette de subsides pour l'avenir, sans que le débiteur ainsi libéré ne puisse demander répétition au père légal (CA Aix-en-Provence, 5 juill. 2005, Dr. fam. 2005, comm. n° 240, obs. P. Murat ; V. auparavant, par ex., TGI Rouen, 23 oct. 1978, D. 1979, IR p. 245, obs. D. Huet-Weiller ; TGI Fontainebleau, 24 mai 1978, Juris-Data, n° 000279). La solution n'est guère logique tant elle est difficilement conciliable avec le caractère déclaratif du jugement rendu à l'issue d'une action en recherche de paternité. L'ordonnance du 4 juillet 2005 n'a pas pu la modifier, l'action à fins de subsides se trouvant en dehors du domaine de l'habilitation parlementaire (V. F. Granet-Lambrechts et J. Hauser, *Le nouveau droit de la filiation*, préc.). Il est permis de le regretter.

Deuxième partie - Les filiations électives

I - L'adoption

A - Inceste absolu et prohibition d'une adoption simple

En cas d'inceste absolu, la filiation ne peut être légalement établie qu'à l'égard de l'un des père et mère, de sorte que l'autre ne peut pas reconnaître valablement l'enfant (V. CA Rennes, 24 janv. 2000, D. 2002, Somm. p. 2020, obs. F. Granet-Lambrechts  ; RTD civ. 2000, p. 819, obs. J. Hauser ) et la Cour de cassation veille à ce que les dispositions d'ordre public de l'article 334-10 ne puissent pas être contournées par la voie d'une adoption simple. C'est ainsi que la première Chambre civile (6 janv. 2004, Bull. civ. I, n° 2 ; D. 2004, Jur. p. 362, concl. J. Sainte-Rose, note D. Vigneau, et Somm. p. 1419, obs. F. Granet-Lambrechts  ; AJ Famille 2004, p. 66, obs. F. Bicheron  ; RTD civ. 2004, p. 75, obs. J. Hauser  ; Dr. fam. 2004, comm. n° 16, note D. Fenouillet) a cassé un arrêt de la Cour de Rennes (22 janv. 2001, Dr. fam. 2003, chron. n° 29, D. Fenouillet) qui avait prononcé l'adoption au motif qu'elle équivaldrait à un détournement de la prohibition de l'article 334-10. Saisie sur renvoi, la Cour de Paris décide que « *la loi sur l'adoption a pour but de créer une filiation ; [...] que selon l'article 334-10 du code civil, s'il existe entre les père et mère de l'enfant naturel un des empêchements à mariage pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit de l'établir à l'égard de l'autre ; [...] que par suite, l'adoption de Marie étant sollicitée par le frère consanguin de la mère se heurte à l'interdiction posée par la loi de l'établissement d'une double filiation de l'enfant issue de l'article 334-10 du code civil* » (CA Paris, 5 avr. 2005, Dr. fam. 2005, comm. n° 242, note P. Murat).

Le nouvel article 310-2 maintiendra cette solution (V. obs. crit. J.-J. Lemouland, D. 2005, Jur. p. 2125 )

B - Adoption simple et nom de l'adopté

L'article 363 du code civil, relatif aux effets de l'adoption simple sur le nom de l'adopté, pose la règle générale de l'adjonction à son propre nom de celui de l'adoptant (al. 1er), à moins que le tribunal décide que l'adopté ne portera que le nom de l'adoptant à la demande de ce dernier (al. 4). Une cour d'appel avait jugé que « *si la loi ne prévoit pas expressément la possibilité pour l'adopté de conserver son seul nom d'origine, elle ne la prohibe pas davantage et que l'appelant n'avait donné son consentement à son adoption par le mari de sa mère que dans la mesure où il conserverait son nom patronymique* ». L'arrêt est cassé sans renvoi pour violation de l'article 363. L'interprétation retenue par l'arrêt critiqué était certainement erronée, la loi ne permettant pas à l'adopté de conserver son seul nom (**Cass. 1re civ., 22 févr. 2005, n° 03-14.332**, D. 2005, IR p. 664 ; RTD civ. 2005, p. 361, obs. J. Hauser  ; AJ Famille 2005, p. 153, obs. F. C.  ; Juris-Data, n° 027074 ; Dr. fam. 2005, comm. n° 72, note P. Murat).

C - Adoption simple en présence d'un descendant adoptif

Le mari, né en 1908, demandait l'adoption simple de la fille de sa nouvelle épouse. Il avait déjà une fille adoptive qui reprochait à la cour d'appel d'avoir fait droit à la requête. Selon l'article 353, alinéa 2, qui est applicable à l'adoption simple en vertu de l'article 361, lorsque l'adoptant a des descendants, les juges du fond doivent, outre le contrôle du respect de la loi et de la conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant, vérifier si elle n'est pas de nature à compromettre la vie familiale, cette dernière condition étant laissée à leur appréciation souveraine selon une jurisprudence établie.

La Cour de cassation (**Cass. 1re civ., 22 nov. 2005, n° 03-20.313**, Juris-Data, n° 030903) trouve en l'espèce l'opportunité d'approuver implicitement l'interprétation large du terme « *descendants* » qu'avait retenue la Cour de Paris (8 janv. 1981, Gaz. Pal. 1981, 2, p. 572, note J. Viatte) en l'analysant comme n'excluant pas *a priori* les enfants adoptifs du requérant, bien que cela dépassât vraisemblablement les perspectives du législateur qui, dans la loi du 22 décembre 1976, avait songé aux descendants par le sang.

II - Les procréations médicalement assistées. Les maternités pour autrui

A - Transsexualisme et fondation d'une famille grâce à une IAD - Application de la loi du 29 juillet 1994 aux enfants conçus après son entrée en vigueur

La Cour de cassation (**Cass. 1re civ., 18 mai 2005, n° 02-16.336**, D. 2005, Jur. p. 2125, note J.-J. Lemouland ; RTD civ. 2005, p. 583, obs. J. Hauser  ; AJ Famille 2005, p. 321, obs. F. Chénédié ) a eu l'occasion de se prononcer sur l'application dans le temps de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 (D. 1994, Lég. p. 406) qui a introduit dans le titre 7 du livre 1er du code civil des dispositions spécifiques relatives à la filiation de l'enfant conçu par assistance médicale à la procréation avec don de gamètes. C'est ainsi que l'article 311-20 exige que le consentement des époux ou des concubins soit préalablement recueilli par un juge ou un notaire chargé de les informer sur les conséquences en résultant sur la filiation de l'enfant en cas de survenance d'une naissance. Le consentement donné interdit toute action en contestation de la filiation, sauf s'il est soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation assistée ou que le consentement se trouve privé d'effet du fait du décès du mari ou du compagnon de la mère ou d'une rupture du couple, ou encore suite à sa révocation écrite par l'un des deux membres du couple avant réalisation de la procréation assistée.

Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, un enfant né en 1991 avait été reconnu par sa mère. Celle-ci partageait depuis des années la vie d'un transsexuel, de sexe biologique féminin, qui avait obtenu en 1993 un jugement ordonnant la modification de la mention du sexe dans son acte de naissance et qui avait souscrit en mai 1994 une reconnaissance paternelle. La mère contesta cette reconnaissance, une fois venue la rupture du couple. Les premiers juges avaient annulé la filiation paternelle dont la contrariété à la vérité biologique était établie. L'arrêt confirmatif avait relevé qu'aucun consentement n'avait été donné à l'IAD et que même s'il y en avait eu un, il n'aurait pas fait obstacle à une demande en contestation au motif que la naissance de l'enfant précédait l'entrée en vigueur de l'article 311-20 (CA Aix-en-Provence, 12 mars 2002, D. 2003, Jur. p. 1528, note E. Cadou, et Somm. p. 2121, obs. F. Granet-Lambrechts  ; RTD civ. 2003, p. 72, obs. J. Hauser ). La Cour de cassation rejette le pourvoi.

L'exigence du consentement préalable des deux concubins vaut engagement de paternité pour l'auteur de la reconnaissance, ce qui enveloppe cette situation légale qu'est la filiation en quelque sorte d'une coloration contractuelle. Au fond, la volonté exprimée en connaissance de cause, c'est-à-dire après avoir été informé de ses effets juridiques particuliers et dérogoires au droit commun de l'article 339, lie dans les termes de l'article 311-20. Lorsque les conditions prévues par ce texte n'ont pas pu être mises en oeuvre parce qu'il n'était pas encore en vigueur, on en reste au droit commun.

En l'espèce, la cour d'appel accorde un droit de visite dans l'intérêt supérieur de l'enfant, tel qu'il est envisagé par l'article 3-1 de la Convention de New York, et en aménage les modalités, la reconnaissance n'ayant pas été annulée à la demande de son auteur mais à celle de la

mère.

B - Insémination artificielle réalisée à l'étranger en violation des dispositions d'ordre public des articles 16-7 et 16-8 du code civil

Ce que les lois de bioéthique interdisent en France depuis 1994 est parfois réalisé à l'étranger, là où la législation n'est pas prohibitive, mais ne peut être utilement allégué devant les juridictions nationales. Le Tribunal de grande instance de Paris (**TGI Paris, 28 juin 2005, n° 03/10641**) a été saisi d'un litige opposant une femme vivant en couple lesbien stable et désireux de fonder une famille, et un homme vivant en couple homosexuel, au sujet d'un enfant prétendument conçu par insémination artificielle pratiquée grâce à ce donneur non anonyme. L'une des deux femmes s'était rendue en Belgique en compagnie d'un des deux hommes qui était un ami commun et qui avait accepté d'être le donneur ; leur accord était limité à cela. Une enfant était née en janvier 2003, reconnue par sa mère avant l'accouchement. Un mois après, le « donneur » reconnaissait à son tour l'enfant à l'insu de la mère, qui en fut informée dans les conditions de l'article 57-1 du code civil. La filiation naturelle étant établie à l'égard des parents dans l'année de la naissance, l'exercice de l'autorité parentale était de plein droit conjoint (art. 372, al. 1er, c. civ.), ce dont le père entendit se prévaloir, désirant lui aussi participer à l'éducation et aux soins du nouveau-né en l'accueillant au sein de son propre couple.

La situation aurait sans doute généré la saisine du juge aux affaires familiales pour cause de différends répétés dans l'exercice conjoint de l'autorité parentale si la reconnaissance paternelle avait été conforme à la vérité biologique. Or, tel ne fut pas le cas, la mère ayant entretenu à l'insu de sa compagne un rapport sexuel avec un homme dont l'enfant était issu. Elle contesta la reconnaissance paternelle avec succès, une expertise biologique ayant abouti en effet à exclure la paternité du donneur, d'où son annulation. Il réclama à la mère réparation de son préjudice. Sur ce point, le tribunal décide classiquement *« qu'on ne peut demander réparation que d'intérêts légitimes juridiquement protégés ; que s'il est, en l'espèce, manifeste que Mme B... a commis une déloyauté en faisant croire à M. N... qu'il était le géniteur de l'enfant, il n'en reste pas moins qu'en se prêtant à une opération dont le but était de détourner les règles de la procréation médicalement assistée, en particulier, en violation des dispositions des articles 16-7 et 16-8 du code civil lesquelles sont d'ordre public, qui sont précisément d'empêcher d'y recourir avec un donneur autre qu'anonyme, M. N... doit être déclaré mal fondé en sa demande de dommages-intérêts »*. On relèvera encore que, s'agissant d'une enfant en très bas âge, le tribunal ne fait pas application des dispositions de l'article 311-13 qui lui auraient permis d'accorder à M. N... un droit de visite s'il avait jugé que tel était l'intérêt de l'enfant.

Troisième partie - L'autorité parentale

Délégation partielle de l'exercice de l'autorité parentale à la compagne de la mère.

La question a déjà été soumise à la jurisprudence dans des circonstances particulières : le Tribunal de grande instance de Paris (27 juin 2001, Dr. fam. 2001, comm. n° 116) avait en effet prononcé l'adoption simple des trois enfants mineurs d'une femme par sa compagne, les deux femmes partageant une vie commune depuis des années et ayant contracté un pacte civil de solidarité. Les trois enfants, conçus par insémination artificielle avant les lois de bioéthique de 1994, avaient toujours été élevés à leur foyer. Le prononcé de l'adoption ayant emporté l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale exclusivement à l'adoptante, cette dernière avait saisi le tribunal aux fins de délégation de son autorité parentale à la mère par le sang sur le fondement de l'article 377 du code civil tel que modifié par la loi du 4 mars 2002. Le tribunal (TGI Paris, 2 juill. 2004, Dr. fam. 2005, comm. n° 4, note P. Murat) fit droit à la demande.

Depuis l'entrée en vigueur des lois de 1994, il faut bien constater que permettre l'adoption simple par un partenaire de l'enfant de l'autre lorsque le couple est homosexuel est de nature à poser le délicat problème de faire abstraction des circonstances de la conception de l'enfant. Lorsque l'enfant n'a une filiation légalement établie qu'à l'égard du parent homosexuel qui l'élève avec l'aide et le soutien de son compagnon ou de sa compagne, la délégation de

l'autorité parentale peut offrir une solution utile, comme cela ressort d'une décision de la Cour de cassation, saisie par le ministère public d'un pourvoi, qu'elle a rejeté, contre un arrêt qui avait prononcé une délégation partielle de l'exercice de l'autorité parentale dont la mère était exclusivement titulaire au profit de sa compagne, les deux femmes partageant une vie commune depuis de très nombreuses années et s'étant engagées dans un pacte civil de solidarité dès l'entrée en vigueur de la loi du 15 novembre 1999. A noter qu'en l'espèce, avait été relevé d'office un moyen concernant la question de savoir si l'exercice de l'autorité parentale dont un parent est seul titulaire peut être délégué en tout ou partie, à sa demande, à une personne de même sexe avec laquelle elle vit en union stable et continue. La première Chambre civile y répond par cet attendu de principe « *que l'article 377, alinéa 1er, du code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant* », cette dernière condition ayant été considérée comme satisfaite en l'espèce du fait notamment de l'épanouissement des deux enfants et de la crainte, en l'absence de filiation paternelle établie, qu'en cas d'accident survenant à la mère astreinte à de longs déplacements quotidiens et d'incapacité de celle-ci à exprimer sa volonté, sa compagne ne se heurte à une impossibilité juridique de tenir le rôle éducatif qu'elle assumait auparavant auprès des mineures (**Cass. 1re civ., 24 févr. 2006, n° 04-17.090**, D. 2006, Jur. p. 897, note D. Vigneau ; et H. Fulchiron, Parenté, parentalité, homoparentalité, D. 2006, Point de vue p. 876  ; Juris-Data, n° 032294).

Mots clés :

FILIATION * Panorama 2005 - février 2006