



HAL
open science

“ La révolution des familles ”, in *Un universitaire entre droit et économie*, Mélanges S. Schweitzer, PUAM, p. 401.

Caroline Siffrein-Blanc

► **To cite this version:**

Caroline Siffrein-Blanc. “ La révolution des familles ”, in *Un universitaire entre droit et économie*, Mélanges S. Schweitzer, PUAM, p. 401.. 2019. hal-03800259

HAL Id: hal-03800259

<https://hal.science/hal-03800259>

Submitted on 14 Jun 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« La révolution des familles »

Caroline SIFFREIN-BLANC
MCF AMU
LDPSC EA 42-90

*Faute de famille, l'homme, dans l'immense univers, tremble de froid*¹.

Qu'est-ce que « la famille » aujourd'hui² ? Les profondes évolutions sociétales et les réformes successives du droit de la famille conduisent à l'avènement d'une révolution, un changement total de paradigme : renier le principe d'un modèle familial unique dicté par le droit. Le schéma classique de la famille, selon lequel l'alliance était l'acte fondateur de la famille et la filiation sa conséquence, consacré jusqu'alors par le Code civil³, « vole actuellement en éclat sous la pression de l'évolution de la société »⁴, à tel point que l'on en vient à parler, de pluralité des types⁵ ou des modèles familiaux⁶, de famille éclatée⁷, incertaine⁸, en désordre⁹, en déclin¹⁰ dans tous ses états¹¹...

Dans son essence même, la parenté relevait d'une conception holiste où l'individu n'était qu'un des éléments d'un ensemble constituant un tout, assigné à une place dans l'ensemble social¹². Dans cette conception, l'individu n'existait pas en tant que tel mais en tant qu'il était membre d'une famille, c'est-à-dire qu'il appartenait à une instance, elle-même investie de fonctions au service de

¹ Citation de André Maurois, *Sentiments et coutumes* (1934)

² Marie Pierre, « Qu'est-ce que la famille ? », *La famille que je veux, quand je veux ? Evolution du droit de la famille*, (dir.) Claire Neirinck, éd. Erès, 2003, p. 21. Françoise Dekeuwer-Defossez, Albert Donval, Philippe Jeammet et Norbert Rouland, *Inventons la famille !*, préf. de Dominique Quinio, éd. Bayard, Paris, 2001, p. 7.

³ Marie-Thérèse Meulders-Klein, « Quelle justice pour les familles ? Origines, objectifs et spécificités du congrès », *In Familles et justice, justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, Actes du Congrès international organisé par le Centre de Droit de la famille de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles 5-8 juillet 1994, (dir.) Marie-Thérèse Meulders-Klein, Bruylant Bruxelles, LGDJ Paris, 1997, p. 3.

⁴ Catherine Philippe, « Un droit de la famille résolument tourné vers la diversité », *Dr. famille*, janvier 2007, étude n°3 ; Daniel Degenais, *La fin de la famille moderne, La signification des transformations contemporaines de la famille*, PUR, coll. Le sens social, 2000, 249 pages ; Jacques Commaille, « L'autorité parentale en question », *In L'autorité parentale en question*, Françoise Dekeuwer-Defossez et Christine Choain (Eds), LERADP, Université du Droit et de la Santé, Lille 2, PU Septentrion, Droit des personnes et de la famille, 2003, p. 221 ; Didier Le Gall et Claude Martin, « Mutation de la famille, mutation du lien familial », *In Familles et politiques sociales. Dix questions sur le lien familial contemporain*, (dir.) Didier Le Gall et Claude Martin, éd. L'Harmattan, coll. Logiques sociales, Paris, 1996, p. 13.

⁵ Sébastien De Benalcazar, *PACS, mariage et filiation : étude de la politique familiale*, préf. de Bernard Beignier, éd. Deffrénois, coll. Doctorat et notariat, Tome 27, 2007, p. 2.

⁶ Jean-Jacques Lemouland, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.*, 1997, chr., p. 133 ; Claude Martin, « Le lien familial à l'épreuve de la désunion et de la recomposition : bilan des travaux français », *Quels repères pour les familles recomposées ? Actes du colloque international Ministère de la recherche, Paris 2-3 décembre 1993*, (dir.) Marie-Thérèse Meulders-Klein et Irène Théry, LGDJ, coll. Droit et société, 1995, p. 95 ; Baudouin Boniface, Sylvie Julien Sant Amand-Hassani et RENAUD Benoît, « Demain la famille, quel concept ? », *In Demain la famille, 95^{ème} congrès des notaires de France*, Marseille du 9 au 12 mai 1999, 1999, p. 9.

⁷ Simone Duret-Cosyns, « Les familles éclatées, et après ? », *In Les nouvelles familles*, La pensée et les hommes, Dossier édité par Jacques Lemaire, Madeleine Moulin et Marthe Van de Meulebroeke, 1996, p. 73.

⁸ Louis Roussel, *La famille incertaine*, éd. Odile Jacob, 1989, 283 pages.

⁹ Elisabeth Rudinesco, *La famille en désordre*, Fayard, 2002, 250 pages, cité par Catherine Philippe, « Un droit de la famille résolument tourné vers la diversité », *Dr. famille*, janvier 2007, étude n°3.

¹⁰ Jean-Jacques Lemouland, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.*, 1997, chr., p. 133.

¹¹ Caroline Eliacheff, *La famille dans tous ses états*, Albin Michel, 2004, 244 pages.

¹² Jacques Commaille, « Une sociologie politique du droit de la famille. Des référentiels en tensions : émancipation, institution, protection », www.reds.msb-paris.fr/communication/textes/comail1.htm.

la société toute entière¹³. L'individu s'effaçait derrière l'*institution*. De ces fonctions stratégiques - de reproduction biologique, de socialisation et de transmission - que la parenté assumait par rapport à la société, découlait logiquement la volonté d'instaurer un contrôle étroit des modes de constitution et de fonctionnement de l'univers privé des individus. Dans le même esprit, la fécondité, la filiation, les relations entre générations, l'établissement des statuts au sein de la famille et l'accompagnement des rôles familiaux, devaient être étroitement contrôlés par des règles parce que tout ce qui concernait la famille participait finalement de l'ordre social. Au fil du temps, l'institution et les pratiques ont changé. La famille est moins perçue comme une unité que comme une « constellation de duos dans un espace privé »¹⁴ qui a vu s'affirmer de plus en plus l'individualité. Le modèle institutionnel marqué par un ordre public de direction connaît une crise sans précédent.

La famille se pense désormais à travers les consciences et les volontés individuelles, lesquelles s'appuient sur les droits fondamentaux pour accéder à leurs revendications. L'affirmation toujours plus poussée de l'individualisme, et des droits fondamentaux conduit le droit de la famille à se réformer. Face aux structures préétablies, s'opposent les nouvelles revendications qui, au nom des désirs individuels, tentent d'en briser les limites.

L'évolution du droit des couples se traduit par la diversification des modèles conjugaux. A ce sujet, le législateur a opté pour le pluralisme¹⁵ et le libre choix entre mariage, pacte civil de solidarité et concubinage. Ainsi, l'idée d'un modèle conjugal est remise en question par le souhait de chacun de choisir ses propres relations familiales. Qui dit liberté et choix dit possibilité de pluralité de liaisons, de "déliasons", de "reliasons". Ces choix sont devenus des questions de conscience personnelle¹⁶ dans un contexte où rien n'est imposé mais où tout est proposé¹⁷.

Parallèlement, les avancées spectaculaires de la science et de la technique ont, en matière de biologie et de génétique, bouleversé les données élémentaires de la procréation et questionnent les structures de la parenté. En maîtrisant le processus de la reproduction humaine, la science offre à la volonté un champ inattendu et inespéré d'emprise, qui jusqu'alors lui échappait¹⁸. Aussi, face à un sujet aussi passionnant et passionnel que le désir d'enfant et le mal d'enfant, la volonté se veut souveraine, sans obstacle. La science offrant les moyens de contourner celui de l'incapacité de procréer, chacun peut accéder, même seul, aux voies d'épanouissement que sont celles d'avoir un enfant. Il en ressort très clairement que l'enfant « à tout prix »¹⁹ n'est plus un simple mythe, ni un pur fantasme dans l'esprit de ceux ou de celles qui s'en prévalent, mais tend à devenir une réalité et un droit de plus en plus revendiqué.

De nombreuses réformes d'ampleur en droit de la famille portées par les principes de liberté et d'égalité ont bouleversé les fondements même de la matière, en contribuant à redéfinir ses

¹³ Caroline Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français - Etude critique*, Thèse de doctorat sous la direction d'Emmanuel Putman, PU Aix-Marseille, n°1.

¹⁴ Gérard Neyrand, « L'évolution du regard sur la relation parentale : l'exemple de la France », *In colloque international Parentalités d'aujourd'hui, regards nouveaux ...*, Marseille le 17-18 mai 2001, www.erudit.org/revue/nps/2003/v16/n1/009625ar.pdf.

¹⁵ Françoise Dekeuwer-Defossez, « A propos du pluralisme des couples et des familles », *Petites Aff.*, 28 avril 1999, n°84, p. 29 ; Dominique Grillet-Ponton, « Quasi-conjugalité, pluri et post-conjugalité », *JCP éd. G.*, 2002, I, doct., 108, p. 229 ; Jean-Jacques Lemouland, « Le couple en droit civil », *Dr. famille*, juillet-août 2003, chr. n°22, p. 11 ; Catherine Philippe, « Un droit de la famille résolument tourné vers la diversité », *Dr. famille*, janvier 2007, étude n°3.

¹⁶ Irène Thery, « L'individu comme valeur et l'institution des liens de parenté : éléments pour une sociologie des débats éthiques sur la famille », *Ethiques d'aujourd'hui*, (dir.) Monique Canto-Sperber, éd. PUF, coll. Les rencontres de Normale Sup, 2004, p. 187.

¹⁷ Philippe Pedrot, « Lier, délier, relier », *In Identités, filiations et appartenances*, (dir.) Philippe Pedrot et Michel Delage, PU de Grenoble, coll. Psychopathologie clinique, 2005, p. 71.

¹⁸ V. Maria-Claudia Crespo-Brauner, Brigitte Feuillet-Liger (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté - Approche internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 476 p, cité par Gaële Gidrol-Mistral Anne Saris, *RTD civ*, 2015, p. 961.

¹⁹ Anne Lamboley, « L'enfant à tout prix. Le permis et l'interdit », *In Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 313 ; Jacques Robert, « La biologie et la génétique. Face aux incertitudes du droit », *In Génétique, procréation et droit, Actes du Colloque du 18 et 19 janvier 1985*, éd. Hubet-Nyssen, coll. Actes Sud, 1985, p. 363.

principales institutions que sont l'alliance et la parenté²⁰. Devant le principe de l'autonomie de la volonté, l'interventionnisme de l'Etat est de plus en plus contesté. Si la famille connaît une crise institutionnelle sans précédent, elle a cette extraordinaire capacité à s'adapter aux diverses évolutions sociales et scientifiques, laissant de côté le modèle unique, hiérarchique et vertical pour laisser place à libéralisation des liens familiaux. On constate ainsi un recul progressif de l'ordre public familial, la sphère conjugale devenant, avant toute autre considération, un choix privé (I) et l'enfant une quête recherchée (II).

I. Les couples libérés

Nul ne peut contester que les droits de l'Homme ont eu, et ont encore une influence non négligeable sur l'évolution du droit français de la famille²¹. La CEDH, par son dynamisme, son appréciation casuistique et évolutive, consacre l'existence de nouveaux droits à la lumière de l'appréciation de ses droits fondamentaux²², tel que par exemple le droit à l'épanouissement personnel déduit de l'article 8 de la CEDH. Respectueuse des identités nationales, elle tente toutefois de trouver un juste équilibre entre ordre public et droits fondamentaux des personnes privées. Fréquemment, la Cour estime, sur des questions dites de sociétés, être en présence de « droits évolutifs ne faisant pas l'objet d'un consensus », dans ce cas « les États doivent donc jouir d'une marge d'appréciation quant au moment où seront introduites des évolutions législatives »²³. Même ainsi contenue, l'influence des droits fondamentaux est considérable. Cette confrontation entre intérêts privés et ordre public, entre "l'être individuel" et "l'être social" ²⁴ met en tension le rapport que l'individu et la société peuvent avoir sur le contrôle et la détermination des éléments familiaux. La famille s'émancipant de ses fonctions traditionnelles, répond à une nouvelle une fonction tournée vers l'épanouissement personnel des individus. Ce n'est plus le devoir social qui fonde le lien mais les sentiments, la volonté de partager avec qui l'on choisit, quand on le souhaite. Lorsqu'ils sont saisis dans leur fonction d'épanouissement personnel, les piliers de la famille s'émancipent de la mainmise de l'Etat : l'individu tend à acquérir, au moins pour certains des éléments, une maîtrise accrue de ses propres liens familiaux ; allant jusqu'à revendiquer les modifications des liens statutaires à la puissance publique.

Du modèle imposé à la pluralité de choix. Alors qu'historiquement le droit de la famille était fondé principalement, si ce n'est exclusivement, sur le mariage, le modèle conjugal unique cède le pas au libéralisme conjugal et la pluralité des situations conjugales²⁵. Si la liberté de choix conjugal est acquise comme une liberté fondamentale, existe-t-il en revanche un droit fondamental au pluralisme conjugal ? Formulé différemment, les Etats ont-ils l'obligation au nom des droits

²⁰ Hugues Fulchiron, Le « lien familial », *Dr. famille* n° 12, Décembre 2016, dossier 50.

²¹ Bosse-Platière Hubert, « Droit français de la famille et droits de l'Homme : défauts et certificats de conformité », *Informations sociales*, 2013/1 (n° 175), p. 74-83. URL : <https://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2013-1-page-74.htm>

²² Adeline Gouttenoire, « Droit à l'identité dans la jurisprudence de la CEDH », *Droit et patrimoine*, 2013, 229.
Le droit à l'identité : CEDH 26 juin 2014, n° 65192/11, et *Labassée c. France* CEDH 26 juin 2014, n° 65941/11, *JurisData* n° 2014-015214 ; *Dr. famille* 2014, *comm.* 128, C. Neirinck ; *AJDA* 2014. 1763, *chron.* L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2014. 1797, F. Chénéde ; *ibid.* 1773, *chron.* H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *ibid.* 1787, *obs.* P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2014. 499, *obs.* B. Haftel ; *ibid.* 396, *obs.* A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2014. 616, *obs.* J. Hauser ; Nicolas Hervieu, « La Cour européenne des droits de l'homme, stratège juridictionnel face aux enjeux brûlants de société », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 08 septembre 2014, URL : <http://revdh.revues.org/870>

²³ CEDH 24 juin 2010, *Schalk et Kopf. c. Autriche*, req. n° 30141/04, *Dalloz actualité*, 17 déc. 2010, *obs.* C. Fleuriot ; *AJ fam.* 2010. 333, *obs.* V. Avena-Robardet.

²⁴ V. le vocabulaire usité par Emile Durkeim, *Education et sociologie*, PUF, 1977.

²⁵ Françoise Dekeuwer-Defossez, « A propos du pluralisme des couples et des familles », *Petites Aff.*, 28 avril 1999, n°84, p. 29.

fondamentaux de reconnaître à leurs ressortissants un choix et donc une pluralité de statuts ? Sont-ils contraints de renoncer au modèle unique ? La Cour européenne s'est prononcée indirectement sur cette question. Si elle ne reconnaît pas un droit au mariage pour tous²⁶, qu'elle n'affirme pas non plus un droit au partenariat pour tous²⁷, elle a consacré en revanche un droit à ce que chacun puisse bénéficier d'une union civile²⁸. En d'autres termes, face aux revendications des couples de même sexe, les États ont le choix de conserver un modèle unique reposant sur le mariage s'ils l'ouvrent aux couples de même sexe. A défaut, ils doivent reconnaître un certain pluralisme conjugal pour permettre à toutes les formes d'unions d'être juridiquement reconnues.

En France, le droit de la famille est plus que conventionnel depuis l'adoption du mariage homosexuel en 2013, puisqu'il offre à l'ensemble des couples homosexuels et hétérosexuels une pluralité de choix entre le concubinage, le PACS²⁹ et le mariage. L'alliance n'est donc plus « le » modèle mais « un mode » de conjugalité proposé aux individus souhaitant partager une vie commune.

L'épanouissement personnel, la liberté de composer. En 1792, cherchant à s'éloigner radicalement des conditions du mariage de l'Ancien régime soumis à l'autorité du *pater familias*, la liberté de choix de son conjoint fut au cœur de la définition du mariage civil. Il. La question du choix de son conjoint s'est ensuite posée en d'autres termes, notamment avec la question du mariage homosexuel. Libre de toute contrainte, sans sanction des juridictions Constitutionnelle³⁰ et européenne³¹, le législateur français a acté l'ouverture en France du mariage au couple de personnes de même sexe par une loi du 17 mai 2013³² dans un climat particulièrement conflictuel. « En instituant le mariage de même sexe, il ne s'agit pas de faire accéder au mariage une minorité³³ qui en était exclue mais bien de redéfinir toute l'institution même du mariage »³⁴, notamment en dissociant l'alliance de la parenté. Avec la reconnaissance du mariage homosexuel, et avant en optant pour l'unification des filiations, en supprimant peu à peu les inégalités³⁵ au point

²⁶ La Cour énonce que les États bénéficient d'une « marge d'appréciation étendue quant au choix de permettre ou non l'enregistrement des mariages homosexuels », « dès lors qu'ils reconnaissent une forme d'union civile ». CEDH 21 juill. 2015, req. n° 18766/01, *Dalloz actualité*, 30 juill. 2015, obs. T. Coustet ; v., déjà l'arrêt CEDH 24 juin 2010, Schalk et Kopf c. Autriche, req. n° 30141/04, *Dalloz actualité*, 17 déc. 2010, obs. C. Fleuriot ; *AJ fam.* 2010. 333, obs. V. Avena-Robardet.

²⁷ CEDH 26 oct. 2017, *Ratzénböck and Seydl. c. Autriche*, req. n° 28475/12 : « Les conjoints hétérosexuels bénéficient du mariage et les homosexuels jouissent d'une reconnaissance juridique similaire avec le partenariat de vie commune (pt 34).

²⁸ CEDH 14 déc. 2017, *Orlandi et a. c. Italie*, req. n° 26431/12 ; v., déjà l'arrêt CEDH 24 juin 2010, Schalk et Kopf c. Autriche, req. n° 30141/04, *Dalloz actualité*, 17 déc. 2010, obs. C. Fleuriot ; *AJ fam.* 2010. 333, obs. V. Avena-Robardet ; CEDH 21 juill. 2015, *Oliari c. Italie* req. n° 18766/01, *Dalloz actualité*, 30 juill. 2015, obs. T. Coustet. L'Italie a fait voter une loi en 2016 qui valide les « unions civiles homosexuelles et permet également l'enregistrement comme tels des mariages contractés à l'étranger ».

²⁹ En France, le pacte civil de solidarité ne concernait en 2015 que 7 000 couples de même sexe sur les 189 000 célébrations au total.

³⁰ Cons. const. , 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC: *Dalloz actualité*, 7 févr. 2011, obs. C. Siffrein-Blanc; *AJ fam.* 2011. 157, obs. F. Chénéde ; *Gaz. Pal.* 2011. 870, note Chemla; *RLDC 2011/80*, n° 4175, obs. Gallois.

³¹ CEDH, 24 juin 2010, n° 30141/04, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, *op.cit.*

³² LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe *JORF* n°0114 du 18 mai 2013 page 8253, texte n° 3.

³³ « Des sociologues ont même comparé l'impossibilité du mariage de même sexe à l'interdit du mariage entre Noirs et Blancs aux États-Unis. C'est une idée extrêmement naïve, car lever l'interdit racial ne supposait pas de redéfinir le mariage ! » Philippe Portier et Irène Théry, « Du mariage civil au « mariage pour tous ». Sécularisation du droit et mobilisations catholiques », *Sociologie* [En ligne], N°1, vol. 6 | 2015, URL : <http://journals.openedition.org/sociologie/2528>.

³⁴ Philippe Portier et Irène Théry, « Du mariage civil au « mariage pour tous ». Sécularisation du droit et mobilisations catholiques », *Sociologie* [En ligne], N°1, vol. 6 | 2015, URL : <http://journals.openedition.org/sociologie/2528>.

³⁵ Le mouvement d'égalité en droit de la filiation prend date avec la loi du 3 janvier 1972. A partir de cette date, la promotion de l'égalité n'a eu de cesse d'être renforcée, notamment avec les lois relatives à l'autorité parentale, du 22 juillet 1987 et celle du 8 janvier 1993. Les réformes les plus récentes du droit des successions, avec la loi du 3 décembre

d'abandonner les termes même de "légitime" et de "naturelle"³⁶, le législateur a modifié en profondeur la fonction sociale de l'alliance. Le mariage n'est plus le passage obligé pour établir et reconnaître la parenté, comme la reproduction n'est plus une fin en soi du mariage. C'est alors le couple partageant une vie commune qui devient la fin recherchée.

Détaché de la parenté, et reconnu comme une liberté fondamentale, le mariage peut-il se délier des conditions requises pour y accéder ? La volonté peut-elle suffire à faire l'union ? *Quid* demain de l'interdit de l'inceste et de la bigamie : les ultimes interdits vont-ils tomber ?

La Cour de cassation³⁷ estime que « si l'exercice du droit de se marier est soumis aux lois nationales des États contractants, les limitations en résultant ne doivent pas le restreindre ou le réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même ; qu'il en résulte que les conditions requises pour se marier dans les différentes législations nationales ne relèvent pas entièrement de la marge d'appréciation des États contractants car, si tel était le cas, ceux-ci pourraient interdire complètement, en pratique, l'exercice du droit au mariage »³⁸. Si les États conserve donc « une marge d'autonomie » visant à concilier sauvegarde de leur ordre public et intérêts privés, les limitations, légalement prévues et leur mise en œuvre ne doivent pas porter une atteinte disproportionnée au droit à une vie privée et familiale³⁹. Ainsi, dans une décision « révolutionnaire », en date du 4 décembre 2013⁴⁰, la Cour de cassation, en relevant d'office l'application de l'article 8 de la CEDH, a maintenu valable un mariage incestueux entre une femme et son beau-père, retenant que l'application des articles 161 et 184 du code civil au cas d'espèce revêtait le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice du droit à sa vie privée et familiale. Voilà donc que le mariage incestueux n'est pas condamné du sceau de la nullité. Certes, la Cour n'a pas considéré comme inconstitutionnelle⁴¹ la règle, elle-même, de l'interdit mais seulement son application au cas d'espèce. Pour autant, la Cour EDH avait condamné la Grande-Bretagne en raison de l'existence d'un empêchement absolu à mariage existant entre un beau-père et sa belle-fille⁴².

La flexibilisation accrue des conditions d'accès au mariage (différence de sexe, inceste) interroge sur la résistance des derniers interdit⁴³. Après le mariage pour tous, doit-on s'interroger sur l'éventuel « poly-mariage » ? A l'étranger, après avoir reconnu le mariage homosexuel en 2016, la

2001, et de l'autorité parentale, avec la loi du 4 mars 2002, ont fait disparaître les derniers privilèges des enfants légitimes.

³⁶ Thierry Garé, « La réforme de la filiation. A propos de l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *JCP éd. G.*, 2005, act. n°444, p. 1491.

³⁷ Cass. 1^{re} civ., 8 déc. 2016, n° 15-27.201, P+B+R+I, JurisData n° 2016-025730

³⁸ Cass. 1^{re} civ. 8 décembre 2016, n° de pourvoi 15-27201.

³⁹ Vincent Vigneau et Caroline Siffrein-Blanc, « Le contrôle de proportionnalité », *in le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, coll. Droits pouvoirs et sociétés, 2018, p. 81. Il s'agit du contrôle de proportionnalité, entendu comme le principe pouvant venir limiter les effets « *in casus* » de l'application d'une règle qui en l'espèce porterait une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée et familiale.

⁴⁰ Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *Bull. civ.* I, n° 234 ; *D.* 2014. 179, note F. Chénéde, 153, point de vue H. Fulchiron, et 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ fam.* 2014. 124, obs. S. Thouret, et 2013. 663, point de vue F. Chénéde ; *RTD civ.* 2014. 88, obs. J. Hauser, et 307, obs. J.-P. Marguénaud

⁴¹ Or, le droit français, pose un interdit absolu à l'encontre d'un mariage entre alliés en ligne directe, lorsque l'alliance a été dissoute par divorce. Aussi, la question de la conventionalité de la règle elle-même se pose et pas seulement celle de son application. Vincent Vigneau et Caroline Siffrein-Blanc, « Le contrôle de proportionnalité », *op. cit.*

⁴² Les limitations imposées au droit d'un homme et d'une femme de se marier et de fonder une famille ne doivent pas être d'une sévérité telle que ce droit s'en trouverait atteint dans sa substance même. CEDH, sect. IV, 13 sept. 2005, B. et L. c/ Royaume-Uni, *D.* 2006. Pan. 1418, obs. J.-J. Lemouland et V. Vigneau ; *JCP* 2006. I. 109, n° 11, obs. Sudre ; *Dr. fam.* 2005, n° 234, note A. Gouttenoire et Lamarche ; *RTD civ.* 2005. 735, obs. J.-P. Marguénaud, et 758, obs. J. Hauser ; *JDI* 2006. 1155, obs. S. M. En s'appuyant sur ce raisonnement, la Cour d'appel de Paris n'a pas, jugé inconstitutionnel l'empêchement à mariage à raison des liens de sang entre l'oncle et la nièce au motif que la prohibition pouvait être levée pour des causes graves. *CA Paris*, 3 avr. 2008, *D.* 2010. Pan. 728, obs. J.-J. Lemouland et Vigneau ; *AJ fam.* 2008. 256, obs. F. Chénéde ; *Gaz. Pal.* 2008. 999 ; *RJPF* 2008-7-8/17, obs. A. Leborgne.

⁴³ <https://ripostelaique.com/inceste-pedophilie-polygamie-les-ultimes-interdits-vont-ils-tomber.html>

justice colombienne a officialisé, le 3 juin 2017, le mariage à trois⁴⁴ sous le nom de «trieja». En juin 2016, l'Institut canadien de recherche sur le droit et la famille a commencé à s'intéresser aux diverses perceptions concernant la notion de polyamour au Canada. Le projet n'en est encore qu'à mi-parcours, mais les données colligées jusqu'ici pourraient avoir une incidence importante sur la législation et les politiques au cours des prochaines décennies⁴⁵.

L'épanouissement personnel, la liberté de rompre. De nos jours ce qui fonde un couple, « n'est plus le lien d'autorité ou de dépendance, la contrainte sociale, mais l'intensité des sentiments. Que les sentiments disparaissent, et la famille se désagrège, quitte à se recomposer avec d'autres⁴⁶ ». C'est la reconnaissance du « démariage »⁴⁷. Si l'institution du divorce, contrariant le principe historique d'indissolubilité du mariage, est désormais ancienne, elle reposait toujours sur l'idée d'exception, d'encadrement, de limitations par des causes et par le contrôle de l'institution judiciaire⁴⁸. Au nom de la liberté, cette institution connaît régulièrement des réformes sans cesse plus favorable à la libéralisation de liens matrimoniaux⁴⁹, les dernières réformes législatives, positions jurisprudentielles Constitutionnelles et doctrinales tendent à révolutionner le sujet. Il ne s'agit désormais plus de voir dans le divorce une exception judiciairement autorisée à la dissolution du lien d'alliance, mais de voir en cette institution une liberté fondamentale garantie au plus haut sommet de la hiérarchie des normes.

Une véritable révolution idéologique se dessine. En effet, récemment, dans une décision du 29 juillet 2016, le Conseil constitutionnel a consacré la « liberté de mettre fin aux liens du mariage » comme composante de la liberté personnelle découlant des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁵⁰. Si certains commentateurs ont recommandé une certaine prudence dans l'analyse de la solution⁵¹, il semble possible, eu égard aux termes généraux et non équivoques employés par le Conseil, de considérer que le droit de divorcer bénéficie aujourd'hui en France d'une protection constitutionnelle dont l'étendue reste à déterminer⁵². En revanche, la

⁴⁴<http://www.leparisien.fr/international/un-mariage-a-trois-reconnu-officiellement-en-colombie-13-06-2017-7046031.php>

⁴⁵ John-Paul Boyd, « Le polyamour au Canada : étude d'une structure familiale émergente » <https://institutvanier.ca/le-polyamour-au-canada-etude-dune-structure-familiale-emergente/>

⁴⁶ Philippe Malaurie et Laurent Aynès, *Droit de la famille*, 6^{ème} éd. LGDJ, Defrénois, 2018, n°7.

⁴⁷ Irène Thery, *Le démariage, Justice et vie privée*, éd. Odile Jacob, 2001, 469 pages ; THERY Irène, « Filiation et parenté : la distinction des sexes dans une société égalitaire », *In Identités, filiations et appartenances*, (dir.) Philippe Pedrot et Michel Delage, PU de Grenoble, coll. Psychopathologie clinique, 2005, p. 25.

⁴⁸ Philippe Portier et Irène Théry, « Du mariage civil au « mariage pour tous ». Sécularisation du droit et mobilisations catholiques », *Sociologie* [En ligne], N°1, vol. 6 | 2015, URL : <http://journals.openedition.org/sociologie/2528>; « À l'instigation de Bonald, la Restauration abroge le droit au divorce. Il ne réapparaît qu'en 1884, à l'initiative d'Alfred Naquet, sénateur du Vaucluse, partisan de la séparation des Églises et de l'État, qui fut un temps proche de Bakounine, dont il partageait les idées sur la nécessaire égalisation (sociale, économique, politique) des sexes. Cette interdiction du divorce est, tout au long du XIX^e siècle, le produit de l'influence catholique (qui entend maintenir la règle sacrale de l'indissolubilité) et d'une influence bourgeoise (qui entend stabiliser le lien social en renforçant le socle familial). La République, conformément à son programme, fait donc retour à l'inspiration de 1789. Bien timidement cependant : le divorce est soumis à des conditions très restrictives, fondées essentiellement sur la faute d'un des deux conjoints »

⁴⁹ Antoine Gouëzel, Réflexions sur la « liberté de mettre fin aux liens du mariage », *Dr. famille* n° 11, nov. 2017, étude 19. Avec la création du divorce pour altération définitive du lien conjugal en 2004 qui suppose uniquement une séparation de fait de deux ans des époux – au lieu de six auparavant dans le divorce pour rupture de la vie commune –, ne comporte plus de clause de dureté, et est en principe neutre quant à ses effets. Le Parlement a ainsi consacré un véritable « droit au divorce » L'expression est adoptée par de nombreux commentateurs de la loi de 2004, V. par ex. Hugues Fulchiron, « Les métamorphoses des cas de divorce (à propos de la réforme du 26 mai 2004) », *Defrénois*, 2004, 1103. – Contra M. Pichard, *Le droit à*, Étude de législation française, Economica, 2006, n° 101 s.

⁵⁰ Cons. const., 29 juill. 2016, n° 2016-557 QPC, *JurisData* n° 2016-014798 ; *RTD civ.*, 2016, p. 826, obs. Jean Hauser; Antoine Gouëzel, Réflexions sur la « liberté de mettre fin aux liens du mariage », *Dr. famille* n° 11, nov. 2017, étude 19 ; Patrice Hilt, « L'incontournable droit au divorce » *Petites affiches*, 29/12/2017, n° 260, p. 9.

⁵¹ Jean Hauser, note sous Cons. const., 29 juill. 2016, n° 2016-557 QPC, *RTD civ.* 2016, p. 826 et s.

⁵² Patrice Hilt, « L'incontournable droit au divorce » *Petites affiches*, 29/12/2017, n° 260, p. 9.

Cour européenne des droits de l'homme⁵³ a, pour sa part, écarté l'existence d'une liberté du divorce qui serait garantie par l'article 12 de la CEDH garantissant seulement le droit de se marier et non le droit de la dissoudre. La Cour s'est interdite de dégager de la convention un droit qui, délibérément, n'y a pas été inséré au départ⁵⁴. Cette résistance de la Cour peut surprendre lorsque l'on sait qu'elle a coutume d'interpréter ses textes à la lumière des conditions de vie actuelle, en tenant compte de la dynamique politique, sociale, juridique voire culturelle dans laquelle elle se trouve insérée et recourt très généralement au consensus européen pour faire évoluer ses droits. Ce n'est qu'une question de temps pour que le droit de divorcer, désormais constitutionalisé, se double des signes de noblesse d'une conventionnalisation.

C'est donc sans contrainte européenne que le législateur français semble vouloir inscrire au fil de ses réformes un véritable droit au divorce dans le paysage du droit de la famille. Très récemment, la loi de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle (J21) du 18 novembre 2016, a profondément bouleversé la procédure de divorce par consentement mutuel, en évinçant le juge dans la réalisation de ce cas de divorce. La liberté contractuelle, la liberté des époux consentants de choisir les modalités de leur rupture priment et évincent le contrôle institutionnel judiciaire⁵⁵. « Un divorce sans juge, cela semble novateur voire révolutionnaire. En effet, la déjudiciarisation affecte en profondeur la nature du divorce et donc, la nature même du mariage. En effet, en privant le divorce de tout contrôle judiciaire, le législateur a une nouvelle fois porté atteinte à la nature institutionnelle du mariage en faisant un choix politique, celui d'une rupture conventionnelle du mariage. Désormais, l'accord de volonté suffit à la réalisation du divorce, il n'y a plus qu'à constater l'accord et à l'enregistrer⁵⁶. Vive la liberté !

Quant au projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, le gouvernement projette de reconnaître un droit de divorcer aux personnes vulnérables⁵⁷ et une nouvelle libéralisation en réduisant à 1 an le délai de séparation pour admettre le divorce pour altération définitive du lien conjugal voir en supprimant indirectement cette exigence de durée en cas de demandes concurrentes en divorce⁵⁸. La révolution d'un « droit à la désunion » est en marche forcée !

⁵³ CEDH, 18 déc. 1986, n° 9697/82, Johnston et a. c/ Irlande, série A, n° 112, § 54, p. 25. Ce faisant, la Cour reprit la position adoptée auparavant par l'ancienne Commission européenne des droits de l'Homme. En effet, par le passé, cette dernière avait déjà eu l'occasion de refuser au droit au divorce toute protection conventionnelle (en ce sens : Comm. EDH, 5 oct. 1981, n° 9057/80, X c/ Suisse : Décisions et rapports, n° 26, p. 207 et s.).

⁵⁴ CEDH, 18 déc. 1986, Johnston et a. c/ Irlande, préc., § 53.

⁵⁵ Dossier, *AJ fam.* 2017. Dossier, *JCP N* 2017, n°s 1274 s. – Dossier, *AJ fam.* 2018. 143 (divorce par consentement mutuel: le bilan). – Dossier, *Dr. fam.* 2018, n°s 21 s. (le divorce sans juge).

⁵⁶ Laure de Saint-Pern, « Le divorce sans juge en droit comparé » *Droit de la famille* n° 9, Septembre 2018, dossier 22.

⁵⁷ Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, n° 463, déposé(e) le 20 avril 2018 ; V. également Rapport de mission interministérielle « L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables », Anne Caron Déglise, 21 septembre 2018.

⁵⁸ Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, n° 463, déposé(e) le 20 avril 2018, art. 12. Proposition : 2° L'article 238 est ainsi modifié (...)

b) Le deuxième alinéa est ainsi rédigé :

« Toutefois, sans préjudice des dispositions de l'article 246, dès lors qu'une demande sur ce fondement et une autre demande en divorce sont concurrentement présentées, le divorce est prononcé pour altération définitive du lien conjugal sans que le délai de deux ans ne soit exigé »

A quand le mariage à durée déterminée ? Cette question commence à émerger en doctrine⁵⁹, auprès des politiques⁶⁰, des écrivains⁶¹, comme des économistes⁶². Si d'un point de vue symbolique, religieux, certains objecteront que la nature même du mariage commande un engagement à vie. D'autres évoquent, l'allongement de la durée de vie, la quête perpétuelle de l'épanouissement personnel, l'autonomisation des femmes, la dissociation du mariage et de la procréation, la recherche de la pacification des conflits, le coût financier des ruptures, comme évolutions conduisant à nous interroger sur la possible mise en place d'un mariage à durée déterminée.

Le lien de couple s'est redéfini comme plus contractuel, comme relevant d'une sphère de plus en plus privée et de moins en moins institutionnelle déplaçant l'idéal d'inconditionnalité et d'indissolubilité vers la filiation⁶³, faisant ainsi de l'enfant un sujet recherché. Si l'idée « d'un droit à l'enfant » est systématiquement évoqué pour être dénié⁶⁴, en ce que cela reviendrait à faire de lui un objet de droit⁶⁵, la montée en puissance de l'individualisme, des droits fondamentaux et notamment du « droit de devenir parent »⁶⁶, questionnent une fois de plus les équilibres recherchés entre les intérêts privés et l'intérêt public porté par l'État de définir ses liens institutionnels que sont les liens de filiation.

II. L'enfant recherché

Définir sa propre loi. L'individualisme est cet état par lequel « l'homme se définit en fonction de lui-même », il est « sa propre référence » et s'octroie le pouvoir de se donner à, lui-même, sa loi. « L'individualisation est un concept qui décrit une transformation structurelle, sociologique des institutions sociales et de la relation de l'individu à la société... Elle libère les gens des rôles traditionnels et des contraintes de multiples manières »⁶⁷. Le droit de la filiation, au même titre que la conjugalité, est happé par cette quête perpétuelle d'aspirations individuelles parce que le « Moi

⁵⁹ Marie Lamarche, « Mariage à temps déterminé en droit chiite de la famille », *Dr. Famille*, mai 2008, alerte n°34. Le droit musulman chiite de la famille prévoit deux types de mariage : le mariage permanent et le mariage temporaire (connu sous le nom de *mut'a*, ou *sigbeh*, fondé sur le Coran, 4.24, maintenu par les chiïtes et abrogé par les sunnites).

⁶⁰ V. proposition de la députée allemande, Gabriele Pauli, qui prônait un MDD – mariage à durée déterminée – de sept ans reconductible, *Libération* 3 décembre 2007 ; Renaud Michiels, « Le mariage à durée déterminée », <https://blogavocat.fr/space/apelbaum/tag/consentement%20mutuel,01/10/2007>

⁶¹ Certains écrivains romantiques y font parfois référence (Johann Wolfgang Von Goethe, *Affinités électives*, éd. Gallimard, coll.Folio, 1980).

⁶² Stefania Marcassa et Grégory Ponthière, *Population Review*, vol. 53, numéro 1, 2014, cité par Jean-Pascal Gayant, « Le mariage en CDD », *Libération*, 20 octobre 2014, https://www.liberation.fr/societe/2014/10/20/le-mariage-en-cdd_1125830.

⁶³ Irène Thery, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui : Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, éd. Odile Jacob, La Documentation française, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des sceaux, ministre de la justice, 1998.

⁶⁴ Clotilde Brunetti-Pons (dir.), *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde*, LexisNexis, 2018, p.600. v. contra Selon Robert Badinter, alors Garde des Sceaux (1985), « *Le droit de tout être humain de donner la vie* » implique « *sa liberté de choisir les moyens par lesquels il pourra donner la vie* » cité et critiqué, par P. Verspieren, « Un droit à l'enfant ? », *Etudes*, 1985, 683.

⁶⁵ Hugues Fulchiron, « Le droit à l'enfant : faux droit, vrai danger ? », *In L'intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?*, sous la direction Caroline Siffrein-Blanc et Anne-Claire Réglér, éd. Fondation Varenne, coll. Essais, octobre 2018, p. 217.

⁶⁶ cf. not. Frédéric SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne de droits de l'homme*, Nemesis-Bruylant, 2002. Cour EDH, Gr. ch., Dickson c. Royaume-Uni, 4 décembre 2007, req. n°44362/04.

Mais la Cour estime en effet qu'il faut laisser en cette matière une large marge d'appréciation aux Etats, étant donné que la fécondation *in vitro* avec donneur « *continue à susciter de délicates interrogations d'ordre moral, éthique et sociétales dans lesquelles il faut faire entrer la dignité humaine, le bien-être des enfants ainsi que la prévention des abus possibles* ». Cour EDH, grande chambre, 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, req. n°57813/00.

⁶⁷ Claude Martin, « La famille dans la société. Les fonctions de la famille », *Cahiers français*, novembre 2004, n°322, p. 29.

est devenu principal objet de culte et de culture »⁶⁸. Certes à l'heure actuelle, il n'existe pas de « droit à l'enfant »⁶⁹. Mais, transposé à la question de la parenté, l'avènement de l'individualisme signifie parfois que celle-ci n'existe plus comme institution mais à partir des individus qui la composent et des lois qu'ils se donnent chacun à eux-mêmes pour la constituer, la faire vivre et, éventuellement, la dissoudre.

Quelles structures pour la parenté de demain ? Selon les anthropologues⁷⁰, « un système de parenté est d'abord un système social qui repose sur des structures et des valeurs à évolution lente et qui, pour fonctionner et rendre aux individus la vie viable, doit être cohérent et ne peut être laissé en totalité au libre jeu des libertés individuelles autorisant toutes les transgressions du désir »⁷¹. Construits sur les fondements de la représentation « dont procède la vie pour l'animal parlant »⁷², le système de parenté a été institutionnalisé sur un modèle généalogique, conceptualisé par l'anthropologue québécoise Mme Ouellette⁷³. « Il s'agit d'un modèle selon lequel chaque individu est issu de deux autres individus d'une génération ascendante et de sexes différents qui l'auraient en principe conjointement engendré, ses père et mère ». Ce modèle véhiculait l'idée que la filiation étant un fait de nature, elle s'accompagnait de normes impératives structurant le système de parenté reposant sur quatre principes : le principe d'exclusivité, le principe sexué, le principe généalogique et le principe de pérennité⁷⁴.

Face aux structures préétablies, s'opposent les nouvelles revendications qui, au nom des désirs individuels, tentent d'en briser les limites. Les révolutions scientifiques contemporaines, et, en

⁶⁸ Catherine Philippe, « Un droit de la famille résolument tourné vers la diversité », *Dr. famille*, janvier 2007, étude n°3.

⁶⁹ Pierre Raynaud, « L'enfant peut-il être objet de droit ? », *D.*, 1988, chr., p. 109 ; Vincent Coussirat-Coustere, « La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'Homme », *In Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Avant-propos de Françoise Dekeuwer-Défossez, Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, Université de Lille II, LGDJ, 1996, p. 45 ; Marie-Thérèse Meulders-Klein, *La personne, la famille et le droit, 1968-1998, Trois décennies de mutations en occident*, préf. Gérard Cornu, Bruylant Bruxelles, LGDJ, Paris, 1999, p. 305 ; Brigitte Feuillet-le Mintier, « Le droit des couples stériles à l'obtention d'un enfant : droits de l'homme, réalités médicales et pratiques administratives », *Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée, Colloque du laboratoire d'études et de recherche appliquées au droit privé*, Université de Lille II, avant-propos de Françoise Dekeuwer-Défossez, LGDJ, 1997, p. 71. « Le "droit à l'enfant", c'est-à-dire le droit d'avoir un enfant, quand on veut, comme on veut et dans n'importe quelle circonstance, est un droit actuellement revendiqué comme un droit fondamental », non seulement pour certains mouvements féministes ou homosexuels mais par certains médecins ou juristes. Il est une caractéristique de l'individualisme exacerbé de notre époque. Mais ce droit individuel fonder sur le désir existe-t-il vraiment ? S'agit-il d'un droit-liberté ou d'un droit créance ? On entend par droit-liberté un pouvoir d'autodétermination que l'homme peut exercer sur lui-même et qui implique de la part de l'Etat et des autres particuliers un devoir de non ingérence. A ce titre, le droit de procréer par des méthodes naturelles peut être considéré comme un droit-liberté [...]. Toutefois, lorsqu'il s'agit de procréations médicalement assistées ce droit-liberté change d'aspect parce qu'il n'implique plus seulement l'exercice d'une liberté individuelle, dans la sphère intime de la vie privée, mais l'intervention active d'un ou plusieurs tiers. Il est impossible, pour des raisons de fait et de droit tout à la fois, d'empêcher une femme qui veut un enfant sans père, de parvenir à ses fins par des moyens naturels. Mais lorsque l'intervention d'un médecin est requise, il s'agirait alors de revendiquer un droit créance, dont une personne humaine - l'enfant - serait l'objet au profit d'une autre ». V. également sur les "droit à", Marc Pichard, *Le droit à. Etudes de législation française*, Thèse, préf. Michelle Gobert, éd. Economica, coll. Recherches juridiques, 2006, 566 pages.

⁷⁰ Françoise Héritier-Auge, « Don et utilisation de sperme et d'ovocytes, mères de substitution. Un point de vue fondé sur l'anthropologie sociale », *In Génétique, procréation et droit, Actes du Colloque du 18 et 19 janvier 1985*, éd. Hubet-Nyssen, coll. Actes Sud, 1985, p. 237.

⁷¹ Catherine Labrusse-Riou, « La vérité dans le droit des personnes », *In L'homme la nature et le droit*, (dir.) Bernard Edelman et Marie-Angèle Hermitte, éd. Christian Bourgeois, 1988, p. 159.

⁷² Pierre Legendre, *Filiation. Fondement généalogique de la psychanalyse, Leçon IV, suite 2*, par Alexandra Papageorgiou-Legendre, Paris, Fayard, 1990, p. 193.

⁷³ Françoise-Romaine Ouellette, « Les usages contemporains de l'adoption », *In Adoptions : ethnologie des parentés choisies*, (dir.) Agnès Fine, Paris, éd. Maison des sciences de l'homme, coll. Ethnologie de la France, 1998, p. 153 ; Françoise-Romaine Ouellette, « Parenté et adoption », *Sociétés contemporaines*, 2000, n°38, p. 49.

⁷⁴ Caroline Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français - Etude critique*, Thèse de doctorat sous la direction d'Emmanuel Putman, PU Aix-Marseille, n°10.

particulier, la maîtrise que l'homme a acquis sur la vie, et, en un sens, sur sa propre humanité, offre à la volonté un champ possible inespéré, et illimité. La volonté de devenir parent s'affirme face aux obstacles institutionnels, s'appuyant sur les principes d'égalité⁷⁵, du droit de devenir parent et du droit de tous de donner la vie. Face aux délicates questions d'ordre éthique⁷⁶, les sociétés conservent leurs marges d'appréciation pour faire leurs choix, en vertu des principes et des valeurs qu'elles souhaitent promouvoir⁷⁷. Ainsi, le maintien de la diversité des législations, a fait naître, un *law shopping*. En fraude à la loi française⁷⁸, certains individus n'hésitent pas à franchir les frontières pour aller « procréer » à l'étranger, à la recherche de législations toujours plus libérales, déplaçant la question sur le terrain du droit international privé et de la reconnaissance des situations⁷⁹. Ce « tourisme » procréatif a conduit indubitablement, à s'interroger certes sur la réception des situations étrangères, mais plus largement sur l'évolution même de la législation.

Dans ce contexte, le cadre institutionnel de la filiation peine à conserver ses structures, des contradictions et incohérences se dessinent dues notamment à la fragilité des fondements sur lesquels reposent les nouvelles dispositions. L'ouverture de la filiation aux couples de personnes de même sexe, par le biais de l'adoption, la reconnaissance des situations créées à l'étranger suite à une PMA ou une GPA⁸⁰, interroge le maintien des interdits. La remise en question d'un des piliers structurants questionne l'existence des autres. Jusqu'où peut-on aller ?

L'influence toujours plus prégnante des droits fondamentaux et les progrès exponentiels de la science tendent à remettre en cause les principes structurants de la parenté. L'interdit de l'inceste, structurant l'ordre généalogique, trouva grâce aux yeux des juges français⁸¹, sous les auspices du contrôle de proportionnalité fondé sur l'intérêt de l'enfant et le droit à la vie privée et familiale de ce dernier⁸². Si l'éviction de l'article 310-2 du code civil n'est qu'en l'état *in casus*, sa conventionalité générale n'est peut-être plus qu'une question de temps⁸³. Le silence sur l'inceste était initialement un choix social, une protection pour l'enfant et la famille, désormais, c'est le

⁷⁵ V. L'éviction du raisonnement sur le principe d'égalité. CE, 1re et 4e ch. réunies, 28 sept. 2018, no 421899.

⁷⁶ L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a ainsi refusé le 11 octobre 2016, d'adopter un rapport visant à réglementer la GPA, *Dr. famille* 2016, Al. 98. Mêmes résistances de l'Union européenne : le *Rapport 2014 sur les droits de l'Homme et la démocratie dans le monde et sur la politique de l'UE en la matière*, adopté par le Parlement européen le 17 décembre 2015, « condamne la pratique de la gestation pour autrui qui va à l'encontre de la dignité humaine de la femme, dont le corps et les fonctions reproductives sont utilisés comme des marchandises » (par. 114) ; selon le Parlement, cette pratique « doit être interdite » et « doit être examinée en priorité dans le cadre des instruments de défense des droits de l'Homme ».

⁷⁷ cf. Irène Théry et Anne-Marie Leroyer, *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, éd. Odile Jacob, 2014.

⁷⁸ Centre de recherche et d'études juridiques, « Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde », *Revue Juridique Personnes et Famille*, n° 7, 1er juillet 2017.

⁷⁹ Emmanuelle Bonifay, « Les conflits en droit international privé », In *L'intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?*, sous la direction Caroline Siffrein-Blanc et Anne-Claire Réglér, éd. Fondation Varenne, coll. Essais, octobre 2018, p. 205.

La position du droit français a évolué sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme. Désormais, l'intérêt de l'enfant justifie la reconnaissance du lien de filiation biologique ; et peut justifier de prononcer son adoption par l'époux de son parent.

⁸⁰ Cass. Avis, 22 septembre 2014, *AJ fam.* 2014. 555, obs. F. Chénéde ; *ibid.* 523, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2014. 872, obs. J. Hauser ; *RDSS* 2014. 1145, obs. L. Brunet ; *RLDC* 2014/121, n° 5652, obs. Le Boursicot M.-Ch) ; Cass. Ass. Plénière, du 3 juillet 2015 n° 14-21.323 et 15-50.002, *JurisData* n°2015-015881 ; *Dr. famille* 2015, repère 8, J.-R. Binet ; *ibid.*, comm. 166, Cl. Neirinck ; *JCP G* 2015, 965, A. Gouttenoire ; *AJ Famille* 2015 p.496, obs. F. Chénéde ; CEDH 26 juin 2014, n° 65192/11, et *Labassée c. France* CEDH 26 juin 2014, n° 65941/11, *JurisData* n° 2014-015214 ; *Dr. famille* 2014, comm. 128, C. Neirinck ; *AJDA* 2014. 1763, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2014. 1797, et les obs., note F. Chénéde ; *ibid.* 1773, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *ibid.* 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *ibid.* 1806, note L. d'Avout ; *ibid.* 2015. 702, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 755, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *ibid.* 1007.

Centre de recherche et d'études juridiques, « Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde », *RJPF*, n° 7, 1er juillet 2017.

⁸¹ CA Caen, 8 juin 2017, n° 16/01314, *AJ Famille* 2017 p.545.

⁸² Sur le fondement, des art. 8 et 14 de la Conv. EDH, ensemble et de l'article 7 de la Conv. de New York,

⁸³ Séverine Perrin, « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Dr. fam.* n° 6, juin 2010. Étude 16.

silence et la non reconnaissance du lien qui sont considérés comme potentiellement préjudiciable à l'enfant. Le droit au changement de sexe d'une personne à l'état civil sans exiger la perte de ses facultés reproductrices d'origine⁸⁴ interroge sur la maternité de la femme transsexuelle ou de la paternité de l'homme transsexuel. La Cour d'appel de Montpellier a tenté de résoudre l'inextricable et a admis ainsi à côté du père et de la mère, la mention : « parent biologique »⁸⁵, pour l'homme devenu femme ayant engendré un enfant.

En quête perpétuelle de nouvelles prouesses techniques, la science dépasse, quant à elle chaque fois un peu plus les limites institutionnelles de la parenté⁸⁶. Tout dernièrement, une nouvelle technique scientifique admise dans certains pays, permettant de modifier l'ADN pour éviter les maladies mitochondriales en concevant un « embryon à trois parents »⁸⁷, balaye d'un revers le sacrosaint principe de biparenté et ouvre pleinement la question de la pluriparenté⁸⁸. Enfin, au regard des tests réussis en Chine sur la reproduction de souris, la procréation des enfants de demain ne nécessitera peut-être que deux mères ou de deux pères⁸⁹.

Un dogme, des contradictions. Si traditionnellement, les règles de filiation établissaient une conception abstraite de la parenté éloignées des contraintes biologiques en multipliant fictions et présomptions⁹⁰, nos propres règles connaissent depuis quelques temps le mouvement inverse : la

⁸⁴ L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016 ; circ. 17 févr. 2017 ; décr. n° 2017-450, 29 mars 2017. Art. 61-7 du code civil.

⁸⁵ CA Montpellier, 4 novembre 2018, n° 16/06059, *JurisData* n° 2018-019949. La cour d'appel de Montpellier a officialisé la spécificité de la filiation biologique du parent transsexuel – homme marié devenu femme – ayant conservé et utilisé ses capacités reproductives masculines pour concevoir un enfant avec son épouse. Saisie de la question de la transcription et donc de la qualification – masculine ou féminine – d'une telle filiation, la cour crée une « troisième voie » en inventant, aux côtés des filiations biologiques maternelle/paternelle, une filiation « neutre » *via* la mention du parent biologique.

⁸⁶ « Depuis le début des recherches de Robert Edwards dans les années 60 sur la fécondation humaine, les applications en ce domaine n'ont cessé d'évoluer et de bouleverser les conceptions de la parenté : première naissance des suites d'une fécondation *in vitro* (Angleterre, 1978), congélation d'ovules (1980), puis d'embryons (1984), fécondation d'un ovule par un seul sperme permettant de faire face à la stérilité masculine (1992), premier diagnostic génétique préimplantatoire (Angleterre, 1994). À partir des années 2000, les avancées biotechnologiques bousculent un peu plus les frontières de la parenté : prélèvement, conservation et greffe de fragments d'ovaires contenant des follicules (Danemark, 2000) ou encore d'utérus (Suède, 2014), modification de l'ADN pour éviter les maladies mitochondriales (Angleterre 2015) » Maria-Claudia Crespo-Brauner, Brigitte Feuillet-Liger (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté - Approche internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 476 p, cité par Gaële Gidrol-Mistral Anne Saris, *RTD civ*, 2015, p. 961.

⁸⁷ <https://www.newscientist.com/article/2107219-exclusive-worlds-first-baby-born-with-new-3-parent-technique/> Modification de l'ADN pour éviter les maladies mitochondriales en concevant un « embryon à trois parents » grâce à un remplacement mitochondrial, qui peut avoir lieu avant la fécondation par un transfert de mitochondries sur l'ovocyte, ou après la fécondation par un transfert de mitochondries sur l'œuf fécondé (Angleterre, 2015). Le 24 févr. 2015, le Royaume-Uni est devenu le premier État au monde à autoriser le transfert mitochondrial qui permet de remplacer une partie défectueuse de l'ADN transmis par la mère par celui d'une autre femme afin d'éviter la transmission d'une maladie génétique. L'utilisation de cette technique conduit à la transmission à l'enfant du patrimoine génétique de trois personnes : un homme et deux femmes. *AJF* 2015, p. 125.

La prudence est aussi liée à un précédent : à la fin des années 1990, aux États-Unis, des injections de mitochondries de donneuses (on parle de « transfert cytoplasmique ») dans des ovocytes avaient déjà conduit à la naissance de plusieurs dizaines d'enfants. Les enfants ainsi conçus étaient « à quatre ADN ». Si certains sont aujourd'hui en parfaite santé, d'autres ont présenté des anomalies de développement, si bien que les autorités sanitaires américaines ont demandé aux cliniques d'arrêter en 2002. V. https://www.lemonde.fr/sciences/article/2016/09/28/premiere-naissance-d-un-bebe-a-trois-parents_5004492_1650684.html

⁸⁸ A l'étranger, un juge de Santa Maria, à Rio Grande do Sul au sud du Brésil, a reconnu un bébé et ses trois parents le 13 septembre 2018.

⁸⁹ Aujourd'hui, des chercheurs de l'Académie des sciences chinoise annoncent avoir produit des souris saines - et elles-mêmes capables de se reproduire - à partir de deux mères. Ils précisent qu'ils ont également donné naissance à des souris issues seulement de deux pères. Mais celles-ci n'ont pas survécu plus de 48 heures. <https://www.futura-sciences.com/sante/actualites/vie-chine-naissance-souris-ayant-parents-meme-sexe-3576/>

⁹⁰ Irène Thery, « Les trois composantes de la filiation », *In Problèmes politiques et sociaux, Filiations : nouveaux enjeux*, (dir.) Isabelle Corpart, La documentation française, juillet 2005, n°914, p. 13 ; Marie-Thérèse Meulders-klein, *La personne, la*

filiation tend à s'identifier à l'engendrement⁹¹. Paradoxalement, lorsque le lien biologique est remplacé et recouvert par un lien juridique, on assiste à un phénomène de crispation du droit, marqué par une occultation de plus en plus sévère des origines biologiques⁹², dont le Conseil d'État vient de reconnaître la conventionnalité⁹³. Alors que la Cour européenne, par une interprétation extensive de l'article 8 de la Conv ED, reconnaît, avec force et constante, à l'enfant, le droit à la reconnaissance de son identité génétique⁹⁴, le droit peine à la reconnaissance ces affiliations biologiques⁹⁵. Peut-être l'on confond trop souvent, établissement d'un lien de droit et connaissance psychologique d'un lien de fait⁹⁶.

A côté de la place cruciale reconnue aux liens biologiques, la Cour EDH par son interprétation cette fois de la « vie familiale » reconnaît le droit à la protection des relations affectives nouées en dehors⁹⁷ des liens traditionnels. Cette interprétation extensive de la notion de « vie familiale » invite à prendre en compte la diversité et la pluralité des modèles familiaux⁹⁸, par une analyse casuistique des situations : la constante d'une relation, l'effectivité des liens, l'intention pour créer des liens étroits, une cohabitation, des sentiments réciproques entre l'enfant et le tiers.

famille et le droit, 1968-1998, Trois décennies de mutations en occident, préf. Gérard Cornu, Bruylant Bruxelles, LGDJ, Paris, 1999, p. 167 ; Anne Lefebvre-Teillard, « *Pater is est quem nuptiae demonstrant*. Jalons pour une histoire de la présomption de paternité », *In le droit de la famille en Europe son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours, Actes des journées internationales d'histoire du droit*, (dir.) Roland Ganghofer, PU de Strasbourg, coll. Publications de la Maison des Sciences de l'Homme de Strasbourg, 1992, p. 393. L'ordre familial se faisait par l'articulation du mariage et de la filiation, c'est-à-dire d'une institution légitime de la transmission de la vie, laquelle commandait à son tour la transmission des noms et des patrimoines. Dans cette conception, le fondement de la filiation n'est pas la communauté de sang, mais bien l'investiture sociale passant par le mariage. Ainsi, la force du modèle matrimoniale était de fusionner, sur une personne et une seule, pour chaque sexe, les trois composantes de la filiation et de le faire à partir de la force d'une fiction juridique.

⁹¹ Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1990, p. 73.

⁹² Valérie Depadt-Sebag, « L'opacité des origines dans les procréations médicalement assistées avec tiers donneur », *In L'identité génétique de la personne, entre transparence et opacité, Actes du colloque du 30 novembre 2006*, (dir.) Pascal Bloch et Valérie Depadt-Sebag, éd. Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 11. Dans les procréations médicalement assistées, l'effacement du lien d'origine constitue le principe auquel on ne peut déroger. L'adoption plénière, quant à elle, se construit, à partir de la rupture avec la famille d'origine, allant jusqu'à la négation radicale du lien. Dans les filiations naturelles, c'est l'écoulement du temps qui tout en sécurisant le lien de filiation, emporte avec lui définitivement le secret des origines.

⁹³ CE, 12 nov. 2015, no 372121, *JCP G.*, n° 3, 18 Janvier 2016, 62, Aude Mirkovic.

⁹⁴ CourEDH, gr. ch., 4 déc. 2008, n° 30562/04, S. et Marper c/ Royaume-Uni ; CEDH 16 juin 2011, Pascaud c. France, n° 19535/08, *Dalloz actualité*, C. Siffrein-Blanc. CourEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11 : *JurisData* n° 2014-015212 ; *JCP G* 2014, 877, A. Gouttenoire ; *JCP G* 2014, act. 827, obs. B. Pastre-Belda ; *D.* 2014, p. 1797, note F. Chénéde ; *D.* 2014, p. 1773, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *RTD civ.* 2014, p. 616, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2014, p. 835, obs. J.-P. Marguénaud. CourEDH, 5^e sect., 14 janv. 2016, Mandet c. France, req. n° 30955/12 *JurisData* n° 2008-010437 ; *Dalloz actualité*, Valérie Lefebvre, 8 février 2016, *JCP G.*, n° 11, 14 Mars 2016, 305, note Th. Garé. L'arrêt affirmant que son intérêt était avant tout de connaître la vérité sur ses origines.

⁹⁵ Caroline Siffrein-Blanc, « De la filiation à l'affiliation : quelle place pour la supériorité de l'intérêt de l'enfant ? » *In L'intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?*, sous la direction Caroline Siffrein-Blanc et Anne-Claire Réglie, éd. Fondation Varenne, coll. Essais, octobre 2018, p. 193.

⁹⁶ Philippe Jestaz, « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », *In Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du Droit*, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 417 ; Isabelle Laurent-Merle, « La connaissance de ses origines familiales depuis la loi du 5 juillet 1996 », *D.*, 1998, p. 373 ; Rapport du Sénat, Les nouvelles formes de parentalités et le droit, 14 juin 2006, n°392, intervention de Martine Gross, www.senat.fr/rap/05-392/r.05-3921.pdf, p. 34.

⁹⁷ La Cour a considéré que les liens tissés avec un enfant par des tiers, sans lien de parenté, pouvaient s'analyser en une vie familiale de fait, protégée au titre de l'article 8 de la Convention. Voir notamment l'arrêt CEDH, X, Y et Z c. Royaume-Uni du 22 avril 1997. Par une analyse casuistique des situations (une relation constante et effective pour créer des liens étroits, une cohabitation, des sentiments réciproques entre l'enfant et le tiers), la cour recommande aux Etats de protéger les relations familiales sans que la protection ne soit réservée à la famille traditionnelle. V. Rapport annuel du défenseur des droits, « L'enfant au cœur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui », 2006, p. 51.

⁹⁸ Rapport annuel du défenseur des droits, « L'enfant au cœur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui », 2006, p. 51.

Peut-être assistons-nous à l'émergence d'une nouvelle conception de la famille, construite non plus sur des principes structurants mais sur les droits fondamentaux des individus. Ainsi, l'évolution sera peut-être demain une parenté plurale⁹⁹ inscrivant l'enfant dans un réseau de relations infinies permettant de donner une place à chacun qui le souhaiterait et qui aurait participé à la réalisation de l'enfant, par l'intention, la biologie, ou encore l'éducation.

Conclusion : « Voilà quelques années, plusieurs sociologues¹⁰⁰ et juristes¹⁰¹ avaient déjà annoncé que nous passerions prochainement d'une conception holiste de la famille dans laquelle le groupe est supérieur à la somme de ses composantes à une conception individualiste de l'entité familiale au sein de laquelle les individus se contentent de coexister. L'individualisme et le libéralisme de l'époque récente leur ont donné raison ! La valeur fondamentale de la société actuelle est la personne et non plus le groupe »¹⁰². La révolution des familles passe par ce phénomène souvent évoqué qu'est « l'individualisation de la famille ». Il ne s'agit plus pour l'individu de s'inscrire dans un modèle unique, institutionnel et statutaire, c'est l'individu, en tissant ses liens interindividuels, en revendiquant la protection de ses droits fondamentaux qui incite les sociétés à imaginer les instruments juridiques qui permettront demain de reconnaître et gérer ces relations complexes et diverses.

*« La science est incapable de donner une logique,
une morale, une législation, elle ne peut que faire part,
de sa solitude et dire voilà les faits... »*¹⁰³

⁹⁹ Hugues Fulchiron, « Penser la famille au pluriel ? », *Dr. famille* 2017, repère 9.

¹⁰⁰ V. Irène Théry, *Le démariage*, 1993, O. Jacob, p. 98 et s. ; Jean Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9e éd., 1998, LGDJ, p. 179 et s. et *Droit et passion sous la Ve République*, 1re éd., 2006, Champs Flammarion, p.121 et s.

¹⁰¹ Déjà en ce sens : Georges Michaélides-Nouaros, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD civ.* 1966, p.216. V. également : Françoise Dekeuwer-Défossez, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.* 1995, p. 249 et s. ; Jacqueline Rubellin-Devichi, « Les perspectives d'évolution de la famille et le droit », séminaire des 6 et 7 févr. 1990, haut conseil de la population et de la famille (groupe « Avenir de la famille »), *Annales Vaucresson* n° 29, 1990/1, p. 91 et s.

¹⁰² Patrice Hilt, « L'incontournable droit au divorce » *Petites affiches*, 29/12/2017, n° 260, page 9.

¹⁰³ Jean Hamburger, *In Actes du Colloque, Génétique, procréation et droit*, 18-19 janvier 1985, éd. Actes Sud, 1985, p. 71.