



**HAL**  
open science

# Les filiations électives à l'épreuve du droit, vingt ans après

Mélina Douchy-Oudot

► **To cite this version:**

Mélina Douchy-Oudot. Les filiations électives à l'épreuve du droit, vingt ans après. Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck, 2015. hal-04015345

**HAL Id: hal-04015345**

**<https://hal.science/hal-04015345>**

Submitted on 6 Mar 2023

**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.

## Les filiations électives à l'épreuve du droit, vingt ans après

Par Méлина Douchy-Oudot,  
Professeur à l'Université de Toulon,  
Centre de droit et de politique comparés Jean-Claude Escarras (UMR DICE, 7318)

Dans une étude publiée en 1997, Madame le professeur Claire Neirinck s'attachait à montrer l'existence de filiations électives consacrées et organisées par le droit distinctes de la filiation charnelle. Reposant tout à la fois sur la volonté de la (ou des) personne (s) désireuse (s) de constituer le lien et sur le contrôle opéré par le droit avant qu'il n'accède à la demande et autorise la constitution du lien, la filiation aura pour effet de soumettre ces personnes aux conséquences de la parenté. Ce lien électif est, sous cet aspect, distinct des liens constitués au cœur des familles recomposées. Reconnue, la filiation élective établie conduit le droit à organiser la disparition du lien de filiation d'origine, et à effacer, dans certains cas, l'origine elle-même. La solidité de la filiation résulte dans la filiation charnelle de l'engendrement. Dans la filiation élective, elle est garantie par le droit qui, seul, en assure la pérennité. Voici très sommairement rapporté les lignes essentielles, non exclusives, de l'étude réalisée, au lendemain de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 *relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, permettant, notamment, aux couples stériles de recourir, à certaines conditions, à l'assistance médicale à la procréation et de la loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 *réformant l'adoption*.

Presque vingt ans se sont écoulés. Le droit de la famille de la fin du XXème siècle s'est radicalement transformé. La famille n'a plus, juridiquement, pour axe le mariage, mais l'enfant. Cet enfant peut être issu de tout rapport charnel dans ou hors d'un couple, et s'il est issu d'un couple, il ne s'agira plus nécessairement d'un couple marié mais aussi d'un couple de partenaires ayant souscrit un pacte civil de solidarité, voire d'un couple de concubins conformément aux nouvelles conjugalités instituées par la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 *relative au pacte civil de solidarité*<sup>1</sup>. Il y a eu, progressivement, « dématrimonialisation » du lien de filiation, même si la présomption *pater is est quem nuptiae demonstrant* a été conservée<sup>2</sup>, encore qu'amoindrie par la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 *portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation*<sup>3</sup>. La distinction entre la filiation légitime, enfants nés en mariage, et la filiation naturelle, enfants nés hors mariage, a été supprimée par cette ordonnance<sup>4</sup>. Dans le même temps, et de façon paradoxale, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* leur permet, par l'institution du mariage, d'accéder à l'enfant au moyen de la filiation adoptive.

Si la transformation des conjugalités est actée en droit français, le droit de la filiation est encore en mutation. Deux rapports éclairants ont été rendus en 2014 l'un sous la présidence du professeur Irène Théry, l'autre sous la présidence du professeur Adeline Gouttenoire. Le cœur des réflexions pourrait conduire à faire de toute filiation une filiation

<sup>1</sup> Sur le contexte, pour rappel : Cass. 3e civ., 17 décembre 1997, n° 95-20779, Bull. civ., III, n° 225.

<sup>2</sup> F. Granet-Lambrechts, « La présomption de paternité », Dr. fam. 2006, étude 3.

<sup>3</sup> F. Dekeuwer-Defossez, « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification ! », RLDC 2009, n° 58, p. 37 ; F. Granet-Lambrechts, « Ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation : les modifications », AJ Famille 2009, 76.

<sup>4</sup> Y. Lequette, « Observations sur le " nominalisme législatif " en matière de filiation », Mél. G. Viney, 2008, p. 647.

élective par nature. Devrait être parent celui qui le veut que l'enfant soit né de procréation charnelle ou par assistance médicale à la procréation. Distance est prise entre la filiation, notion juridique de la parenté, et la procréation, notion biologique de la parenté. Oubliant la racine "par", que l'on retrouve dans parturition, rappelant que l'origine de la parenté se trouve dans le fait d'enfanter, la société demande au droit « de prendre en compte ces nouvelles filiations qui ne s'enracinent ni dans l'alliance, ni dans le sang et qui ne sont que l'expression d'un désir » observait déjà le professeur Neirinck à propos des familles adoptives, des familles dites recomposées et de l'assistance médicale à la procréation avec recours à un tiers donneur ou à un accueil d'embryon. L'auteur pouvait articuler sa démonstration sur deux points : une consécration du lien électif par le droit donnant lieu à une organisation adaptée du droit de la filiation.

Deux décennies plus tard, le mouvement s'accélère. L'élection pourrait devenir le fondement de tout lien de filiation (I) supposant nécessairement une organisation nouvelle de la filiation élective établie (II).

### **I – La généralisation du lien électif**

Le point de départ était déjà acquis et exposé sous la plume de Claire Neirinck : « Si le droit prend en compte la réalité biologique de l'engendrement pour désigner les parents, il la dépasse et la transcende. Le psychanalyste et historien du droit Pierre Legendre le rappelle : "le lien de sang - entendu comme rapport biologique de la reproduction - ne suffit pas à produire le sujet. Ce lien doit être juridiquement travaillé. Le sang comme tel ne veut rien dire". Ainsi la filiation est toujours le fruit d'un montage juridique. Dès lors, entre la réalité génétique et la vérité juridique de la filiation, il y a une place qui peut être laissée à la volonté. Mais celle-ci n'est jamais suffisante. Il faut une consécration juridique ». L'évolution du droit de la filiation pourrait aller au-delà en rendant accidentel ce qui est essentiel, reléguant la procréation charnelle à n'être qu'un mode parmi d'autres dans l'établissement du lien de filiation. L'élection serait, pour tout lien de filiation, l'élément fondateur du lien (A) ce qui donne à la parenté une nouvelle physionomie (B).

### **A – L'élection fondement de tout lien de filiation**

La place de la filiation par procréation charnelle dans le droit de la filiation est la pierre angulaire du système de parenté, tout comme l'était le mariage pour le droit de la famille.

Le rapport « Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle » pose clairement les questions et les enjeux d'une réforme. Faut-il conserver la filiation par procréation charnelle comme modèle d'autres modes de filiation que sont la filiation adoptive et la filiation dite « par don d'engendrement » ? La filiation par procréation charnelle n'est-elle pas elle-même une filiation par élection ? Ne faudrait-il pas, à côté de l'accouchement sous X, admettre une paternité sous X au motif qu'au fondement de l'engendrement il y aurait une « responsabilité sociale partagée » que « l'asymétrie des corps » de l'homme et de la femme ne devrait pas occulter ?

L'idée maîtresse repose sur la définition donnée de l'engendrement : « l'engendrement humain n'a pas seulement une dimension physique ou physiologique (celle de la procréation), il a aussi une dimension psychologique, mentale, affective, intellectuelle et même institutionnelle, qui va lui accorder sens et valeur au sein de notre monde humain ». De ce constat, il ressort que « l'homme stérile participe de toutes les dimensions de

l'engendrement sauf une : la dimension strictement procréative ». En suite logique, si l'on admet que l'homme stérile engendre sans procréer, on pourrait soutenir, à l'inverse, que le tiers donneur procréé sans engendrer. Tel est le postulat de base des réflexions actuelles sur la filiation. La volonté pourrait devenir pierre angulaire du système de parenté à la place de la procréation. Cette nouvelle appréhension du droit de la filiation ouvre tous les possibles. Avec cohérence, alors, l'assistance médicale à la procréation pourrait consécutivement être autorisée aux couples de femmes. Au vu de ce qui précède, il faut comprendre que toutes deux engendrent, même si une seule procréé. Ces perspectives conduiront nécessairement ensuite à la gestation pour autrui.

Le programme familial est en marche. Après avoir réduit le mariage à n'être que couple, et non plus acte fondateur de la famille, le processus suivant consiste à refuser la procréation charnelle comme fondement et modèle de la filiation, et donc in fine de la parenté. Les choses sont clairement énoncées dans le rapport précité : *« Avec le développement de l'assistance médicale à la procréation, on prend conscience que ce qui est en cause n'est pas seulement la poursuite d'un ordre ancien modernisé, mais bien une pratique sociale nouvelle, inventée par nos sociétés démocratiques avancées : l'engendrement avec tiers donneur »* (rapport, p. 157). Il suffit de considérer que l'assistance médicale à la procréation n'est qu'une solution thérapeutique palliative à la stérilité ! Il suffit de raisonner par rapport à la procréation charnelle ! L'assistance médicale à la procréation, l'adoption par des personnes de même sexe, sont annonciatrices d'une société nouvelle, toute construite par la volonté de l'homme, libérée des contraintes d'une nature à présent dominée par le génie humain. Nous assistons à une transformation sociale, un jeu de construction pour les grandes personnes, l'avènement d'une véritable « Légo-cité ».

Il y a cependant un vice de construction qui pourrait fragiliser, à plus ou moins long terme, l'édifice. La pierre d'angle est la définition de l'engendrement « qui n'a pas seulement une dimension physique ou physiologique (celle de procréation) », mais « a aussi une dimension psychologique, mentale, affective, intellectuelle et même institutionnelle ». L'engendrement suppose réalisée une double condition celle de la part de la nature, celle de la part de la volonté. Le concept même d'engendrement est dénaturé lorsque, de façon délibérée, sont dissociés les deux aspects liés de la notion. Pourtant, en dépit de cette dénaturation, le droit pourrait cependant construire les prochaines années le nouveau droit de la filiation opérant dans le même temps transformation de la parenté.

## B – Une transformation de la notion de parenté

Si la filiation est l'élection, la parenté est dans le désir d'être parent. En modifiant la conception du lien de filiation, support de la parenté, et en la dissociant de son aspect biologique, le droit va instituer une parenté juridique pour tous. Ce faisant, et dans le même temps, on sera conduit à s'interroger sur ce qui fait le parent et en quoi consiste le lien filial s'il y a refus de prise en compte du modèle naturel de la procréation charnelle réunissant tout à la fois le fait de donner la vie, d'éduquer et d'aimer.

Les juges ont été les premiers à être confrontés aux difficultés d'une dissociation des éléments de l'engendrement, dans le contentieux de la filiation avec les actions en contestation ou en recherche de filiation, dans le contentieux de l'autorité parentale avec la délégation lorsque l'enfant est élevé par d'autres que ceux qui lui ont donné la vie. La rétrospective ne sera pas ici retracée.

L'état des lieux permet, actuellement, de dresser le bilan suivant :

- le projet parental fait l'enfant ; ceci résulte, ni plus ni moins, du Code de la santé publique, plus spécifiquement de l'article L. 2151-5, II disposant à propos de la recherche sur l'embryon humain : « II. - Une recherche ne peut être menée qu'à partir d'embryons conçus in vitro dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation et qui ne font plus l'objet d'un projet parental. La recherche ne peut être effectuée qu'avec le consentement écrit préalable du couple dont les embryons sont issus, ou du membre survivant de ce couple, par ailleurs dûment informés des possibilités d'accueil des embryons par un autre couple ou d'arrêt de leur conservation [...] »<sup>5</sup> ;
- l'enfant peut avoir deux pères ou deux mères par filiation adoptive depuis la loi du 17 mai 2013, l'altérité sexuelle condition de la maternité et de la paternité n'est plus requise ;
- l'enfant peut n'avoir qu'un parent, soit qu'un seul lien de filiation n'ait été établi au moment de l'accouchement, soit que l'adoption soit le fait d'une personne seule.

Dans le domaine des probables, il s'ensuivra très certainement :

- l'assistance médicale à la procréation, incluant la gestation pour autrui, sera autorisée aux couples de même sexe ou de sexe différent, ou à une personne seule ;
- l'adoption sera autorisée pareillement, sans passer par l'étape du mariage.

Dans le domaine des possibles, il est envisageable que :

- la biparentalité ne soit plus une condition de la parenté. L'aspect biologique ayant été gommé de l'engendrement, il y aura possibilité de multiparentalité, non par distribution de parenté entre les différents acteurs à la procréation comme c'est déjà le cas dans certains Etats d'Amérique, mais parce que la procréation n'étant plus le fondement de la filiation ni du lien parental, il n'y aura aucune incongruité à aboutir à une parenté partagée.

Si, initialement, les constructions familiales ont donné naissance à des formes de parentalité détachées de la filiation, encore enfermée dans l'ordre ancien du lien procréatif, la

---

<sup>5</sup> V. notre étude comparative avec le droit italien : « Le recours à la procréation médicalement assistée et le sort des embryons humains, une partition à quatre mains de la Cour constitutionnelle italienne et de la Cour européenne des droits de l'homme », Lettre d'Italie 2015, n° 1, accessible en ligne : <http://cdpc.univ-tln.fr>.

dissociation de l'aspect biologique et des aspects sociologiques permettra l'avènement d'une parenté juridique intégrant celles qui n'étaient auparavant que des parentalités. Dans le contrôle de la volonté déclarée du souhait de devenir parent, le droit aura fondé un ordre nouveau supposant de sa part de nouveaux aménagements du lien électif institutionnalisé.

## **II – L'organisation nouvelle du lien électif**

La généralisation de la filiation élective devrait conduire à l'affirmation d'un droit à l'identité distinct de la filiation (A) et à une indissolubilité garante du lien établi (B).

### **A – L'existence d'un droit à l'identité distinct de la filiation**

Au moment de la consécration par le droit des premières filiations électives, la construction juridique de la parenté est passée, ainsi que le relevait l'étude de 1997 prise en référence pour hommage à son auteur, par la disparition du lien de filiation d'origine porteur de l'élément physiologique de la filiation, et par l'effacement de l'origine par l'anonymat imposé au donneur de gamètes ou d'embryons.

Partant du fait indiscutable que l'enfant est, cependant, issu de ceux qui lui auront transmis leur patrimoine génétique, le droit a très vite aménagé un accès aux origines personnelles. La loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 a répondu à cette attente en instituant un Conseil national d'accès aux origines personnelles (CNAOP) permettant aux enfants nés sous X d'accéder, à certaines conditions, à l'identité de leur mère, voire de leur père et mère. La distinction entre identité et filiation est alors posée par le droit à l'article 147-7 du Code de l'action sociale et des familles : « L'accès d'une personne à ses origines est sans effet sur l'état civil et la filiation. Il ne fait naître ni droit ni obligation au profit ou à la charge de qui que ce soit ». Lors du réexamen des lois dites de bioéthiques, en particulier dans le rapport du 26 janvier 2011 sous la présidence de J. Léonetti, partie du débat a porté sur la levée de l'anonymat pour les donneurs de gamète ou d'embryons, sans donner lieu à consensus. La loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique n'a pas changé l'état du droit.

Dans le contexte contemporain de dissociation de la filiation et de la procréation, toute l'argumentation développée dans une perspective de réforme de la filiation consiste à soutenir qu'il y a un droit à l'identité, utile à la construction de ce qu'est la personne, distinct de la filiation. Mais, dans cet ordre nouveau « des sociétés démocratiques avancées » (sic !), il n'y aurait aucune rivalité entre géniteurs stricto sensu et les parents nouveau modèle. Cette absence de rivalité devrait conduire à ne pas cacher aux enfants l'identité de ceux dont ils sont issus. Il en résulterait, notamment, un principe de non modification de l'acte de naissance des personnes en cas d'adoption, une simple mention serait portée aux registres de l'état-civil indiquant l'adoption et le nouveau nom de l'enfant. Consécutivement, la déclaration intégrale de l'acte de naissance ne serait communiquée que de façon restrictive aux personnes désignées par la loi afin de garantir le respect de la vie privée des intéressés. Le recours à l'assistance médicale à la procréation devrait également être repensé. Au triptyque dit-on « secret-anonymat-mensonge » ou celui de « consentement-anonymat-gratuité », devrait être substitué un principe encadré de levée de l'anonymat. Certes, le Conseil d'Etat n'a pas jugé contraire à la Convention européenne des droits de l'homme le droit français de l'AMP organisant l'anonymat des dons<sup>6</sup>. L'évolution de la filiation et de la parenté devrait, cependant, conduire à terme à modification législative. Il est, notamment, préconisé dans le

<sup>6</sup> CE, avis contentieux, 13 juin 2013, req. 362981, RFDA 2013, 1051, E. Creypey ; D. 2013, 1626, obs. R. Grand ; AJ fam. 2013, 405, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

rapport remis par le professeur Théry de « permettre à toute personne issue d'un engendrement avec tiers donneur (gamètes, embryons) réalisé dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, qui en fait la demande de se voir délivrer l'identité de son donneur à sa majorité ; pour cela, de modifier l'article 311-19, alinéa 3 : La personne majeure issue de la procréation peut se voir délivrer à sa demande l'identité de son ou ses donneurs. Le CNAOP est seul habilité à obtenir celle-ci auprès de l'organisme chargé de la préserver. - Une telle demande étant de plein droit, elle n'aura pas à être assortie de justifications » (rapport, p. 236). La rencontre proprement dite avec le donneur serait subordonnée à son accord de volonté.

Dira-t-on qu'il ne s'agit que de propositions doctrinales ? Il ne semble pas qu'elles soient éloignées de l'évolution à venir du droit de la filiation, ainsi que le laisse penser un tout dernier arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 23 novembre 2014<sup>7</sup> à propos de la recevabilité d'une action tendant à la reconnaissance d'une ascendance génétique par voie d'expertise alors que tout lien de filiation était exclu au vu des délais de prescription acquis. Le droit européen, pour sa part, retient que « les personnes essayant d'établir leur ascendance ont un intérêt vital, protégé par la convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle »<sup>8</sup>. Dans le sillage de cette décision, en 2011, un enfant n'ayant pu procéder à une expertise post-mortem, l'état du droit français supposant l'accord donné de son vivant par le défunt, la France a été condamnée<sup>9</sup>.

Ces perspectives pourraient laisser croire que l'indifférence affirmée de l'aspect physiologique ou physique dans l'établissement du lien de filiation et dans la parenté subséquente suffisent à juguler tout sentiment ultérieur d'affection à l'occasion des futures rencontres aménagées par le droit entre les géniteurs et l'enfant. En réalité, le droit serait conduit à distinguer l'affection ayant donné lieu à déclaration de la volonté de devenir parent de l'enfant de tout autre type d'affection envers l'enfant. L'institutionnalisation d'un lien de filiation électif passerait nécessairement par l'affirmation seconde de son indissolubilité.

### **B – L'indissolubilité garante du lien de filiation électif**

Cette indissolubilité serait d'abord un rempart contre toute velléité de remise en cause du lien de filiation lors de la connaissance par l'enfant de ceux qui lui auront donné la vie ou y auront pris une part active. Mais la solution est pour le moins discutable. Pour quelle raison, la volonté à l'origine du lien de filiation devrait être préférée à la volonté ultérieure de l'enfant ? Dans l'ordre ancien – et encore actuel – où la parenté est fondée sur une filiation pour partie constituée de son aspect biologique, il est tout à fait recevable de soutenir que l'on ne choisit pas sa famille, ceci tant du côté des parents, que du côté de l'enfant. Toujours dans ce contexte, et par voie d'imitation, la filiation adoptive pour conserver la force du lien propre à la filiation par procréation charnelle bénéficie de cette solidité du lien indissoluble et pérenne. Pareillement, dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, nul ne peut contester la filiation établie, ni les parents ni l'enfant.

<sup>7</sup> Civ.1<sup>re</sup>, 13 novembre 2014, n° 13-21.018, Droit de la famille, 2015, comm. 9, obs. C. Neirinck ; JCP éd. G. 2015, 49, nos commentaires.

<sup>8</sup> CEDH 13 juil. 2006, aff. Jäggi c/Suisse, req. N° 58757/00, Dr. fam. 2008, Étude 14; RTD civ. 2006, 727, obs. Marguénaud ; RTD civ. 2007, 99, obs. J. Hauser ; Defrénois 2008, 573, n° 5, obs. J. Massip.

<sup>9</sup> CEDH 16 juin 2011, Pascaud c/France, req. n° 19535/08.

Dans l'ordre nouveau si harmonieux qui est proposé, rien ne justifie qu'à la volonté des parents, ne puisse un jour être opposée la volonté de l'enfant et donc la possibilité d'une « élection inversée ».

De façon distincte, mais par certains points semblables, la situation des familles recomposées aboutit à la même interrogation. Pour distinguer filiation élective et lien d'affection tissé lors de la reconstitution familiale, il est avancé que la première a été voulu et conçu pérenne par le droit, obligeant les parents à assumer toutes les conséquences de la parenté. L'affection consécutive à la reconstitution familiale n'est pas institutionnalisée. Elle reste une situation de fait que le droit pourrait aménager, notamment par la prise en charge par le beau parent de l'éducation quotidienne (mandat d'éducation quotidienne, délégation renouvelée, etc), sans jamais pourtant la confondre avec le lien de filiation. Osons la question : pourquoi ? Pourquoi le lien électif de filiation qui n'a pour fondement que la volonté affective et l'acceptation de la « responsabilité sociale partagée » d'éduquer l'enfant serait plus forte que celle qui lui serait ultérieurement substituée en cas de reconstitution familiale ? D'autant plus, que dans beaucoup de famille recomposée, le beau-parent va assumer la responsabilité sociale de l'engendrement au quotidien.

A partir du moment où le lien filial est réduit à un simple lien électif, sa spécificité, tenant au fait que dans la parenté chacun est une part de l'autre, disparaît. En généralisant l'élection comme fondement de la filiation, le droit va dissoudre la nature même du lien qu'il prétend protéger et lui enlever toute légitimité.

La parenté devrait rester cette merveilleuse alchimie, réalisée et généralement assumée suite à la procréation de l'enfant. Qui ne souhaite pour ses enfants qu'ils fondent une famille où l'engendrement résulte tout à la fois du don de leurs corps et de leurs personnes et de la responsabilité partagée dans la croissance de ceux auxquels ils auront donné la vie ? Le fait que, par accident de la vie, il y ait eu une filiation juridique – la filiation adoptive – dissociant les éléments physiologiques et sociologiques ne justifie pas que cette dissociation soit généralisée. A ce titre, l'assistance médicale à la procréation conçue comme un don d'engendrement, généreux et altruiste, est une réponse viciée donnée à ceux qui désirent avoir des enfants. Le désir d'enfant ne légitime pas tout et il est des désirs qu'il faut savoir ne pas assouvir, surtout lorsque la personne de l'enfant est en cause<sup>10</sup>. Le droit à l'identité ne saurait suffire à rétablir ce que la dissociation organisée du don de la vie et de l'éducation aura brisé. Les réponses du droit ne seront que palliatives. L'amour des parents devra réparer le reste.

---

<sup>10</sup> M. Fabre-Magnan, Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant, à propos de la gestation pour autrui, D. 2015, 224 ; C. Neirinck, Filiation par convenance personnelle et droits de l'enfant, Dr. fam. 2013, repère 4.