



HAL
open science

L'application de l'adage "Mater semper certa est" dans et hors du mariage

Mélina Douchy-Oudot

► **To cite this version:**

Mélina Douchy-Oudot. L'application de l'adage "Mater semper certa est" dans et hors du mariage. Mater semper certa est, passé, présent, avenir d'un adage, Mar 2016, Dijon, France. hal-04016798

HAL Id: hal-04016798

<https://hal.science/hal-04016798v1>

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.

L'application de l'adage *Mater semper certa est* dans et hors du mariage

par Méлина Douchy-Oudot, Professeur à l'université de Toulon, Avocat au Barreau de Toulon

1. – Au moment de circonscrire le domaine de l'intervention confiée par les organisateurs de ce colloque, je fus un temps dans l'expectative. « L'application de l'adage »...n'était-ce pas étudier la jurisprudence, mais Aurélia Fautré n'était-elle pas chargée de présenter la jurisprudence interne et européenne ?... L'application de l'adage devait avoir un lien avec l'actualité, la maternité dans le cadre des procréations médicalement assistées ou gestation pour autrui, mais Aude Mirkovic était missionnée sur cet aspect. Poursuivant ces pensées méditatives, je continuais à observer l'objet confié, une application « dans et hors du mariage », ce doux euphémisme pour désigner la filiation légitime et la filiation naturelle, autrement dit cette partie de la filiation, encore distincte dans notre Code civil, de la filiation adoptive, dite filiation charnelle ou plus récemment filiation par procréation...mais alors l'adoption, est-on moins mère et l'est-on de façon moins certaine juridiquement...heureusement la question était dévolue à Annick Batteur ! Car il m'apparaissait bien que s'interroger sur la mère, c'était pour mon sujet réfléchir sur la question de l'engendrement. Je me souvins alors avoir lu dans un rapport sur la filiation que l'engendrement n'est pas la procréation, un homme stérile pouvant engendrer, alors qu'un tiers donneur ne ferait que procréer...Face à la feuille blanche, l'expectative se transformait en perplexité, transposé à la mère qui accouche, procrée-t-elle en même temps qu'elle engendre, où ne ferait-elle que procréer ? Les femmes étant multitâches, j'optais pour les deux à la fois !

2. – Plus sérieusement, il m'apparut que l'adage *Mater semper certa est* objet de nos journées s'appuyait sur ce phénomène naturel de la conception et de la gestation. La mère est certaine parce qu'elle porte l'enfant entre sept et neuf mois et cela, n'est-ce pas, c'est imparable. J'étais donc un peu rassérénée. D'ailleurs, l'adverbe toujours est dans l'adage un adverbe d'opposition...*Mater semper certa est, pater numquam*...ou *Mater semper certa est, Pater semper incertus est*. Les anglais, les américains ont des formules choc telles que Yes, we can !, ce qui en droit de la filiation peut aussi donner cette formule « *Maternity is matter of fact, paternity is matter of opinion !* ». Au demeurant, l'adage n'est apparu, ainsi qu'il a été montré aujourd'hui par nos amis historiens, que dans le but de mieux permettre à la présomption *Pater is est quem nuptiae desmonstrant* de produire ses pleins effets. La certitude de la mère est le fondement de la présomption du père dans le mariage.

3. – L'amplitude du travail prenant forme, la plume clairvoyante de ma collègue Laure de Saint Pern me conduisit à de nouvelles interrogations qui, dans les pages de la revue Dalloz, détaillait les méandres de la maternité à propos d'un enfant conçu à trois : mère génétique – don d'ovule, de noyau d'ovule – mère biologique – don d'enveloppe d'ovule, prêt d'utérus, mère d'intention

– projet parental¹. C'est au cœur de ces multiples interrogations, que la voix de mon cher et tendre me tira de ces profondes pensées en m'invitant à considérer que la mère certaine et véritable, c'était celle qui en l'occurrence comme je l'étais, passait son mercredi veille du colloque à s'occuper de ses enfants, plutôt qu'à réviser son intervention ! Loin de m'apaiser, cela m'emmena un peu plus loin encore, la mère certaine est-elle donc la mère véritable ? Pourrait-il y avoir une dissociation. Entre certitude et vérité, je songeais alors à ce film où le Professeur Irène Théry s'était invitée dans l'intimité familiale avec *La sociologue et l'ourson*, sans pour autant que je ne l'y reçoive n'ayant pas encore visionné l'originale projection. Quelle vérité ? Quelle certitude ? Et quels liens entre l'un et l'autre ? La certitude de la mère tenant à l'accouchement à un moment où d'autres détachent entièrement le lien de filiation de l'évènement procréatif, refusant que l'imitation de la nature puisse expliquer le lien filial entre les parents et l'enfant ? Et il est vrai que la science médicale dissocie et reconstruit le donné de telle sorte que l'on ne sait ce qui fait la mère. Et quand bien même, la certitude serait-elle établie du lien de l'enfant avec la mère dont il est accouché et qu'il y ait bien là preuve d'une réalité biologique et génétique antécédente, est-ce là la mère ? Est-ce suffisant ? J'en arrivais à la conclusion que c'était à tout le moins nécessaire dans l'ordre naturel des choses. Et je me retrouvais alors avec cette nature des choses où mes conditionnements de jusnaturalis me permirent de revenir de façon quasi pavlovienne ! De la même façon que de nombreux spécialistes contemporains de droit de la famille sont convaincus que le droit est un droit construit, matière laissée à la libre détermination des hommes, j'ai la conviction tirée de l'observation du créé qu'il y a un ordre, une logique par rapport auquel le droit doit raisonner, ce normal, ce communément partagé et non ce pathologique ainsi qualifié par différence. Savoir accueillir le pathologique, tout en affirmant l'existence de la norme, ce communément partagé en raison de la nature des choses, une belle mission pour le droit !

4. – Ce qui m'amena à l'équation suivante : si la réalité biologique et génétique n'est pas toujours la réalité juridique - que l'on songe à l'adoption, aux procréations assistées, amicalement selon Hubert Bosse Platière ou médicalement selon le Code de la santé publique - dans la plupart des cas, la mère est celle dont l'enfant est accouché, l'accouchement postulant la réalité génétique. Mais l'accouchement étant établi, cela conduit-il à l'établissement certain du lien de filiation maternelle ? Et selon quelles modalités ? Mon intervention prenait alors corps et apparut, de façon bien modeste au vu de l'importance des questions soulevées par ces journées, comme la réception dans la législation française de l'adage *Mater semper certa est*. L'articulation du propos se révéla alors très classique pour du droit de la filiation, l'établissement de la filiation maternelle tout d'abord (I), les actions relatives à la filiation maternelle ensuite (II).

¹ Lire l'excellente analyse de l'enfant né au Mexique de trois parents, faite par Laure de Saint-Pern, « *Mater semper certa est. Never ever...* », D. 2016, 2290.

I – Etablissement de la filiation maternelle et adage Mater semper certa est

5. – Les plus jeunes d’entre nous ne s’en souviennent pas, pour cause, mais nous avons en droit de la famille vécu un *petit* séisme lorsque l’ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 a supprimé les expressions légitime et naturelle du paysage juridique français pour caractériser le lien de filiation. *Petit* car comme put le souligner le professeur Yves Lequette dans son article « nominalisme juridique en droit de la filiation » aux Mélanges G. Viney, il ne s’est pas trouvé beaucoup de juristes pour s’en émouvoir. La transformation fut loin d’être anodine. Aussi pour qu’une vue d’ensemble puisse être retenue, ce sera avant (A) puis après (B) l’ordonnance que nous présenterons la question.

A – L’établissement de la filiation maternelle avant l’ordonnance du 4 juillet 2005

6. – Avant 2005, il s’agit ici du temps situé entre 1972 et 2005. La période est marquée par deux lois importantes s’agissant de la filiation : la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 consacrant notamment la possession d’état comme mode probatoire de filiation ; la loi n° 82-536 du 25 juin 1982 qui fera de la possession d’état un mode autonome d’établissement de la filiation naturelle. Avant 2005, il y a les enfants nés dans le mariage, les enfants légitimes, et ceux nés hors du mariage, les enfants naturels.

7. – La filiation maternelle légitime consiste à reconnaître à la femme mariée la qualité de mère. L’article 319 CC dispose alors « *la filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur les registres de l’état civil* ». Pour que la femme mariée ayant accouchée soit juridiquement mère, elle doit voir son nom figurer à l’état civil. Selon l’article 55 CC, l’enfant doit être déclaré à l’état civil dans les trois jours de sa naissance, et il doit l’être par le père ou par un membre du personnel médical qui aurait assisté à l’accouchement précise l’article 56 CC. Il s’ensuit que sauf opposition de la mère à ce que son nom figure, ainsi que le développera plus avant le professeur Claire Neirinck, et si l’on exclut les hypothèses de substitution ou de de supposition d’enfant, la mère est certaine dans le sens que l’enfant est celui dont elle a accouché dès lors que mention ait faite aux registres, elle sera juridiquement la mère de l’enfant considéré.

8. – Pour la filiation maternelle naturelle, le mode d’établissement ne résulte pas, avant 2005, du seul acte de naissance. Madame Granet-Lambrechts s’en étonnait en ces termes : « *Que les règles applicables à la paternité varient selon que l’enfant est né dans le mariage ou non peut aisément se comprendre : la présomption de paternité est un effet du mariage. Il peut paraître en revanche surprenant que l’établissement de la maternité soit soumis à des règles distinctes selon que l’enfant est né dans le mariage ou non et même mieux, qu’il y ait encore des distinctions à faire lorsque la mère est mariée suivant que l’enfant est ou non couvert par la présomption Pater is*

est »². Et, en effet, pour la filiation naturelle, il y avait lieu d'appliquer l'article 337 CC disposant « *l'acte de naissance portant l'indication de la mère vaut reconnaissance lorsqu'il est corroboré par la possession d'état* ».

9. – Nous sommes alors en 1972, en 1979, alors que la CEDH sévissait déjà en droit des personnes et de la famille, le 13 octobre est rendu contre la Belgique l'important arrêt Marckx (*req. n° 6833/74*). Les faits se situaient en Belgique dont le système d'établissement du lien de filiation légitime et naturel était distinct. « *En droit belge, aucun lien de filiation entre la mère célibataire et son enfant ne résulte de l'accouchement à lui seul : tandis que l'acte de naissance inscrit au registre de l'état civil suffit à prouver la filiation maternelle des enfants d'une femme mariée (article 319 du code civil belge), celle d'un enfant "naturel" s'établit au moyen soit d'une reconnaissance volontaire par la mère, soit d'une action en recherche de maternité. L'enfant "naturel" non reconnu porte cependant le nom de sa mère, lequel doit figurer dans l'acte de naissance (article 57)* » (§14). Il en résultait nécessairement une discrimination pour l'enfant naturel qui à défaut de reconnaissance expresse ne pouvait entrer dans la famille de son auteur, à la différence de l'enfant légitime pour lequel la mention de la mère à l'état civil suffisait. En outre, la filiation naturelle n'établissait de lien qu'entre l'auteur et l'enfant, à l'exclusion des ascendants. Enfin, il y avait des droits patrimoniaux moindres pour l'enfant naturel simple par rapport à l'enfant légitime. La différence entre la situation des mères célibataires et des mères mariées a ainsi été jugé contraire aux articles 8 et 14 de la Convention.

10. – En droit belge, aucune reconnaissance ne résultait de l'acte de naissance corroboré comme cela l'était en droit français par la possession d'état. La situation était à notre avis distincte sur ce point. Le législateur français ne s'est d'ailleurs pas aligné à la solution européenne, car cela n'avait pas lieu d'être s'agissant de la seule question de l'établissement du lien de filiation. La possession d'état suffisait implicitement en droit français à établir cette volonté. D'ailleurs, la loi n° 82-536 du 25 juin 1982 et l'insertion de l'article 334-8 au Code civil a facilité l'établissement du lien filiation maternelle de l'enfant né hors mariage en supprimant la condition du titre et faisant de la possession d'état un mode, non plus seulement probatoire de la filiation, mais un mode autonome d'établissement de celle-ci. Aux termes de l'alinéa second, « *la filiation naturelle peut aussi se trouver légalement établie par la possession d'état ou par l'effet d'un jugement* ». La seule possession d'état permettait donc d'établir le lien de filiation maternelle entre la mère et l'enfant.

11. – La question restait posée du fondement de la différence entre filiation légitime et filiation naturelle. La réponse est peut-être que l'accouchement ne suffit pas à faire la mère. Contrairement à l'idée reçue, pour le lien juridique de filiation il y avait une double condition : l'accouchement communément admis et dont la suite immédiate, mais non automatique, était la

² AJ fam. 2003, 242.

mention de la mère dans l'acte de naissance et la volonté d'être mère avec les obligations propres à cet état.

12. – Pour la filiation légitime, l'acte de naissance seul suffisait car il y avait bien une volonté exprimée, un consentement à mariage antécédent. Or, aux termes de l'article 203 CC qui date de 1803 et est encore en vigueur : « *les époux contractent ensemble par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants* », et pour le père, la même chose, du fait de l'obligation de fidélité de l'article 212 CC. En revanche, pour la filiation naturelle l'acte de naissance ne suffisait pas à établir cette volonté. La possession d'état marque cette volonté requise, ici implicite de la mère, qui se comporte comme tel envers l'enfant. Elle pouvait aussi l'exprimer par un acte de reconnaissance expresse. Ceci n'en déplaie n'est pas discriminatoire. Cela tient à l'absence de consentement antécédent par lequel la procréation aurait été intégré à la communauté conjugale.

Il s'ensuit que la filiation fondée sur la nature des choses suppose, en outre, la volonté du lien de la part de la mère. Le droit s'en assurait au moment d'établir le lien juridique de filiation.

B - L'établissement de la filiation maternelle après l'ordonnance du 4 juillet 2005

13. – L'ordonnance opère unification des règles en matière de filiation que l'enfant naisse en mariage ou hors mariage. L'article 311-25 CC en alignant la filiation légitime et la filiation naturelle traite à l'identique deux situations distinctes. Il supprime du lien de filiation naturel la nécessité du consentement de la mère dans la durée puisque sa seule mention à l'acte de naissance lui confèrera cette qualité. L'article est ainsi rédigé : « *la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant* ». Ce n'est qu'à défaut dit l'article 316, al. 1^{er} CC « *qu'elle peut l'être par une reconnaissance (...) de maternité, faite avant ou après la naissance* ». Le troisième mode d'établissement est celui de la possession d'état par acte de notoriété par application de l'article 317, al. 1^{er} CC.

14. – Il résulte de l'article 311-25 du Code civil que la filiation maternelle sera établie par l'effet de la loi à partir du fait de l'accouchement. La volonté n'est plus requise, même si la mère peut encore s'opposer à l'inscription de son nom dans l'acte de naissance ou demander à accoucher dans l'anonymat. Dans l'établissement du lien, l'accouchement est prépondérant du fait de la disparition de toute référence au mariage, ainsi qu'à la possession d'état corroborant l'acte de naissance. Le domaine du nouveau texte est large puisque « *sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, la présente ordonnance est applicable aux enfants nés avant comme après son entrée en vigueur* » (Ord., art. 20, I), même si les effets peuvent être réduits

pour certains d'entre eux³. L'adage *Mater semper certa est* acquiert avec l'ordonnance du 4 juillet 2005 une autonomie que jusqu'alors le droit français lui avait refusé. Le contentieux de la filiation, c'est-à-dire les actions en contestation et les actions en recherche de maternité, va mettre en perspective l'importance qui lui est dévolue.

II – Les actions relatives à la filiation maternelle et l'adage *Mater semper certa est*

15. – Qu'il s'agisse des actions en contestation ou des actions en recherche de maternité, on observe l'adéquation entre l'accouchement et la détermination de la mère (A). Cette adéquation est renforcée par les solutions retenues quant à la filiation en cas d'accouchement dans l'anonymat ou de don d'ovules ou d'embryons (B).

A – La preuve de l'accouchement ou de son absence fait ou défait le lien

16. – La certitude de la maternité est liée à l'accouchement. Deux textes permettent de s'en convaincre. L'article 332 CC dispose « *la maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant* » et l'article 325 dispose « *à défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité est admise. L'action est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché* ». Le droit limite l'objet de la preuve à l'accouchement qui seul établit avec certitude qui est la mère.

17. – Toutefois, le jeu procédural des conditions de recevabilité de l'action relative à la filiation, en particulier les dispositions relatives au titre et à la possession d'état ou à l'absence de l'un de ces éléments, les titulaires de l'action et les délais distincts pour agir des articles 333 et 334 CC peut avoir pour effet de rendre une filiation maternelle inattaquable, indépendamment de la portée reconnue à l'adage qui n'aura pas été invoqué. Si la possession d'état n'est pas conforme au titre, le délai sera de dix ans (CC, art. 334). « Lorsque la possession d'état est conforme au titre, seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable. L'action se prescrit par cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé ou du décès du parent dont le lien de filiation est contesté » (CC, art. 333, al. 1er).

B – L'anonymat et la filiation maternelle

18. – Ce point ne sera évoqué que de façon conclusive en raison des interventions de Sandrine Teyseire et d'Aude Mirkovic demain. S'agissant de l'accouchement lorsqu'il est demandé par la

³ Sur la discussion relative à la constitutionnalité de la disposition nouvelle : Cons. constit., décision n° 2011-186/187/188/189 QPC du 21 octobre 2011, Mlle Fazia C. et a. [Effets sur la nationalité de la réforme de la filiation] – Actualités Droits-Libertés du 27 octobre 2011 [PDF] par Serge Slama.

femme de conserver son anonymat, et même si la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 a supprimé la fin de non-recevoir fondée sur cette demande lorsque l'enfant intente une action en recherche de maternité, la possibilité de taire l'accouchement est celle qui permet à la femme d'échapper à toute filiation juridique.

19. – A l'inverse, l'anonymat imposé par le législateur à la femme qui donne ses ovules ou au couple qui donne ses embryons, avec l'interdiction consécutive de tout établissement de lien de filiation figurant au Code de l'action sociale et des familles, renforce l'idée que pour le droit, ce doit être l'accouchement qui fait la mère et non le fait d'avoir participé au processus de conception. Ceci est d'ailleurs assez paradoxal lorsque l'on raisonne sur le développement des pratiques de gestation pour autrui où, à l'inverse, la mère gestatrice est réputé ne prêter que son utérus et n'établir aucun lien avec l'enfant, l'accouchement n'étant compté pour rien. Les mères auront bientôt rejoint les pères puisque l'accouchement n'assurera plus nécessairement que l'enfant est issu des gènes de celle dont il est accouché.

21. – Que nul ne s'inquiète cependant puisque la loi du 18 novembre 2016 relative à la modernisation de la justice du XXI^e s. a anticipé les difficultés. Aux termes du nouvel article L. 452-1 du Code de l'organisation judiciaire : *« le réexamen d'une décision civile définitive rendue en matière d'état des personnes peut être demandé au bénéfice de toute personne ayant été partie à l'instance et disposant d'un intérêt à le solliciter, lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que cette décision a été prononcée en violation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour cette personne, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l'article 41 de la même convention ne pourrait mettre un terme (...) »*. Cela permet encore de beaux jours aux juristes !