



HAL
open science

La famille aujourd'hui : entre permanence et mutation - Mémoire de synthèse (HDR)

Nathalie Baillon-Wirtz

► **To cite this version:**

Nathalie Baillon-Wirtz. La famille aujourd'hui : entre permanence et mutation - Mémoire de synthèse (HDR). Droit. Université de Reims Champagne-Ardenne, 2020. tel-04631863

HAL Id: tel-04631863

<https://hal.science/tel-04631863v1>

Submitted on 2 Jul 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.

UNIVERSITÉ DE REIMS CHAMPAGNE ARDENNE

ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ (555)

CENTRE D'ÉTUDES JURIDIQUES SUR L'EFFICACITÉ DES SYSTÈMES CONTINENTAUX (CEJESCO)

LA FAMILLE AUJOURD'HUI : ENTRE PERMANENCE ET MUTATION

HABILITATION À DIRIGER DES RECHERCHES

Discipline : Droit privé

MÉMOIRE DE SYNTHÈSE

présenté et soutenu publiquement

le 2 juillet 2020

par

Nathalie BAILLON-WIRTZ

Maître de conférences en droit privé

Membres du jury :

Jean-René BINET, Professeur de droit privé à l'Université de Rennes 1

Ingrid MARIA, Professeur de droit privé à l'Université de Grenoble

Sabine MAZEAUD-LEVENEUR, Professeur de droit privé à l'Université Paris Est Créteil

Marc NICOD, Professeur de droit privé à l'Université de Toulouse 1 Capitole

Cécile PÉRÈS, Professeur de droit privé à l'Université Panthéon-Assas Paris 2 (garante)

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

aff.	Affaire
<i>AJ famille</i>	Actualité juridique famille
al.	alinéa
<i>alii.</i>	<i>alii auctores</i> (autres auteurs)
AN	Assemblée nationale
<i>Ann.</i>	Annales
<i>Arch. phil. dr.</i>	Archives de philosophie du droit
art.	article
Ass./ass.	assemblée
Ass. plén.	arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)
Bibl. dr. priv.	Bibliothèque de droit privé
Bibl. dr. pub.	Bibliothèque de droit public
Bull.	Bulletin
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
C. assur.	Code des assurances
CAA	arrêt d'une cour administrative d'appel
Cass. ch. mixte	arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. civ.	arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
CCNE	Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé
CE	arrêt du Conseil d'Etat
CEDH	arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
Cf.	<i>confer</i> (se reporter à)
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGI	Code général des impôts
ch.	chambre
Ch. réunies	arrêts des chambres réunies de la Cour de cassation
chron.	chronique
circ.	circulaire
CJCE	arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes
coll.	collection
comm.	commentaire
concl.	conclusions
Cons. const.	décision du Conseil constitutionnel
Contra	solution contraire
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CPC	Code de procédure civile
CSP	Code de la santé publique
D.	Recueil Dalloz
D.	décret
dactyl.	dactylographié
DCC	décision du Conseil constitutionnel
Defrénois	Répertoire général du notariat Defrénois
(dir.)	sous la direction de
Doc. Fr.	La documentation française

doct.	doctrine
D.P.	Recueil Dalloz périodique
Dr.	Droit
Dr. et patrimoine	Revue de droit et patrimoine
Dr. fam.	Revue de droit de la famille
éd.	édition, éditions ou éditeur
esp.	espèce
ex.	exemple
fasc.	Fascicule
G.P.	Gazette du Palais
ibid.	ibidem : au même endroit
infra	ci-dessous
inter.	international
IR	informations rapides
J.-Cl. Code civil	Jurisclasseur civil
JAF	juge aux affaires familiales
JCP.	Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition générale
JCP. N.	Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition notariale
JO	Journal officiel de la République française (lois et règlements)
JOAN CR	Journal officiel (débat parlementaires et réponses ministérielles à questions orales à l'Assemblée nationale)
JOAN Q / JO Sénat Q	Journal officiel de la République française (questions écrites au ministre, Assemblée nationale, Sénat)
Juris-Data	Juris-Data (Banque de données juridiques)
L.	Loi
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA.	Les Petites Affiches
n°	Numéro
obs.	Observations
op. cit.	opere citato : dans l'ouvrage cité
ord.	ordonnance
p.	page
préc.	précité
préf.	préface
PU	Presses universitaires
PUAM	Presses universitaires de l'Université d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
Q.	question écrite au ministre
R.D. sanit. soc.	Revue de droit sanitaire et social
Rec. CE (Lebon)	Recueil des décisions du Conseil d'Etat
rééd.	réédition
réf.	ordonnance d'un juge des référés
Rép. civ. Dalloz	Répertoire Dalloz de droit civil
Rép. min.	réponse ministérielle écrite
Req.	arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev.	revue
Rev. crit.	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
R.S.C.	Revue des sciences criminelles
RRJ	Revue de recherche juridique (Droit prospectif)
RJPF	Revue juridique Personnes et Famille
RTD. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
s.	suivant
sc.	sciences
somm.	sommaire
ss.	sous
<i>supra</i>	ci-dessus

t.
TA
T. corr.

TGI
th.
TI
univ.
V.
V°
vol.

tome
jugement d'un Tribunal administratif
jugement d'un tribunal de grande instance,
chambre correctionnelle
jugement d'un tribunal de grande instance
thèse
jugement d'un tribunal d'instance
universitaire
voyez
verbo : mot
volume

SOMMAIRE

Remerciements.....	8
Préambule.....	9
Introduction.....	11

PREMIÈRE PARTIE LA FAMILLE EN CONSTRUCTION : PROCRÉATION, FILIATION ET PARENTÉ

Titre I. La procréation et le « droit à l'enfant ».....	28
Chapitre I. L'ouverture des conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation.....	31
Chapitre II. Le recours à la gestation pour le compte d'autrui.....	43
Titre II. La filiation et la parenté : vers une reconstruction des règles.....	48
Chapitre I. La filiation de l'enfant à l'épreuve de la gestation pour le compte d'autrui.....	49
Chapitre II. Vers une nouvelle filiation ?.....	57

DEUXIÈME PARTIE LA FAMILLE EN MUTATION : ENTRE CONSENSUALISME ET INDIVIDUALISME

Titre I. La contractualisation et la déjudiciarisation du droit de la famille.....	70
Chapitre I. La contractualisation des rapports personnels et familiaux.....	71
Chapitre II. Les enjeux et incidences d'une déjudiciarisation accrue.....	82
Titre II. L'influence de l'individualisme : d'un statut assigné à un statut choisi.....	92
Chapitre I. La construction de l'identité personnelle.....	93
Chapitre II. Le droit à l'autonomie de la personne protégée.....	100

TROISIÈME PARTIE LES FONCTIONS DE LA FAMILLE : LA PERMANENCE DES SOLIDARITÉS FAMILIALES

Titre I. La famille à l'épreuve de la vulnérabilité et de la dépendance.....	113
Chapitre I. Un cercle familial élargi.....	114
Chapitre II. Une responsabilisation accrue de la famille.....	117
Titre II. Les enjeux de la transmission : l'horizon intergénérationnel.....	121
Chapitre I. La transmission successorale au cœur de la famille.....	123
Chapitre II. Les stratégies patrimoniales au service de la solidarité familiale.....	129
Conclusion générale et perspectives de recherche.....	134
Bibliographie.....	142
Table des matières.....	155

L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

La rédaction du mémoire d'habilitation à diriger des recherches marque une étape importante de ma vie professionnelle. Elle est un exercice de réflexion stimulant qui m'a permis de mettre en perspective quinze années de recherche, de dégager les grands traits de mes travaux et d'identifier leur progression dans l'avenir. Mon travail est le fruit de rencontres qui ont contribué à alimenter mes questionnements et d'encouragements qui m'ont conduite à concrétiser le projet d'écriture de ce mémoire que Madame le Professeur Cécile Pérès a bien voulu diriger. Je lui adresse mes plus chaleureux remerciements pour la qualité de son accompagnement et sa très grande disponibilité.

De très nombreuses personnes m'ont soutenue et enrichie tout au long de mon parcours académique et professionnel, que je ne me risque pas à citer ici, de crainte d'en oublier. Je suis très reconnaissante à Monsieur le Professeur Fabrice Rosa, directeur du CEJESCO, laboratoire de recherche auquel j'appartiens et à tous mes collègues pour les échanges qui ont nourri mes réflexions. Mes remerciements vont également à Maître Jacques Combret avec lequel j'écris régulièrement, à Maître Damien Delegrange pour son aide et sa grande implication à la réussite des étudiants du notariat à l'université de Reims ainsi qu'au Conseil supérieur du notariat et à ses représentants qui m'ont permis, en m'associant aux problématiques de terrain de la profession notariale, d'explorer de nombreuses thématiques et perspectives.

Enfin, je tiens tout particulièrement à remercier mon mari, mon fils et ma mère pour leur indéfectible soutien.

PRÉAMBULE

Ce mémoire d'habilitation à diriger des recherches est l'occasion d'un retour sur mon parcours académique et professionnel et sur les opportunités qui ont jalonné sa progression. L'exercice suppose de trouver une cohérence d'ensemble aux travaux de recherche que j'ai accomplis. Celui-ci est cependant difficile dans la mesure où la vie d'un chercheur n'est pas entièrement consacrée à un thème de recherche en particulier, mais connaît une diversité thématique et méthodologique bénéfique tant l'intérêt pour un sujet peut être suscité à l'occasion d'une réforme législative ou encore de sollicitations diverses.

Un universitaire se définit par un parcours singulier qui a façonné sa manière d'aborder sa discipline. En ce qui me concerne, le cheminement s'est effectué par grandes étapes.

La première a pris forme lors de l'année de préparation du diplôme d'études approfondies de droit privé général à l'Université de Paris Panthéon-Assas (Paris 2), à l'occasion d'un travail de synthèse sur les frontières de la personnalité juridique : la naissance et la mort. L'intérêt pour la recherche, l'analyse et la composition m'a amenée à choisir un sujet de thèse de doctorat en rapport avec les extrêmes de la vie humaine. Dirigée par Pierre Crocq, professeur à l'Université de Paris 2 et soutenue en décembre 2004, ma thèse intitulée « La famille et la mort » a fait ressortir les lignes de force du sujet (qui n'avait jusque-là pas fait l'objet d'une étude d'ensemble) en mesurant les influences respectives de la mort sur la famille et de la famille sur la mort. L'étude des conséquences juridiques, conceptuelles et pratiques que la mort d'un individu emporte sur l'existence et l'étendue de sa famille et l'influence que le Droit lui reconnaît en retour a été l'occasion de formuler des propositions de modifications du droit positif et d'élaborer de nouveaux concepts. L'écriture de cette thèse m'a surtout permis de m'interroger sur les dilemmes liés au début et à la fin de la vie, à réfléchir à l'identité et l'intérêt des personnes qui composent la cellule familiale et de percevoir l'évolution des demandes, des attentes qui mettent le droit à l'épreuve, l'invitant à affiner ses concepts face à ses incidences sur la société.

La thèse a été le fil directeur de mon parcours scientifique. Mais je m'en suis souvent éloignée au cours des années qui ont suivi. Moins d'un mois après la soutenance, j'ai été recrutée en tant que juriste à la Direction des affaires juridiques du Conseil supérieur du notariat. Mes fonctions étaient de répondre aux demandes de consultation des pouvoirs publics (Direction des affaires civiles et du Sceau, Assemblée nationale et Sénat) sur les projets ou propositions de lois relatifs au droit des personnes et de la famille. Ces missions m'ont amenée à modifier mes méthodes de recherche et d'analyse. J'ai notamment appris à ne pas toujours me tenir aux principes cardinaux ou à des idées qui peuvent être figées, mais à examiner l'influence des évolutions textuelles sur les pratiques, sur les différents acteurs et les institutions, ou encore à évaluer la cohérence des textes avec ceux qui leur sont antérieurs et leur compatibilité avec les objectifs qui les sous-tendent. Cette manière de relier le droit et la pratique, comme le législateur s'essaye de le faire avec plus ou moins de succès depuis quelques années dans les études d'impact, permet d'identifier ce que l'on est prêt à faire évoluer.

La compréhension du monde de l'entreprise et de la légistique, la détermination de repères conceptuels pouvant éclairer les pratiques et les apports de celle-ci sur la construction du Droit m'ont montré combien il faut avant tout privilégier la compréhension, la didactique et la pédagogie plutôt que la critique.

Cette expérience professionnelle au sein des instances notariales s'est heureusement prolongée jusqu'à aujourd'hui mais de manière plus occasionnelle, en tant que consultante. Chaque grande réforme du droit des personnes et de la famille m'a donné l'occasion de mener des recherches, formalisées ensuite par des contributions écrites ici évoquées ou des interventions orales.

Mon parcours de recherche a surtout été facilité à partir de mon recrutement en tant que maître de conférences à l'Université de Reims Champagne Ardenne en octobre 2006. Mon intégration fut aisée grâce à l'accueil chaleureux de mes collègues et à la confiance qu'ils m'ont témoignée, en me laissant rapidement, dès 2007, la responsabilité de concevoir la maquette de la licence professionnelle Métiers du notariat qui s'est ensuite ouverte, grâce à l'appui de la Chambre interdépartementale des notaires de la Cour d'appel de Reims, durant l'année universitaire 2008-2009. Depuis, j'assure la direction de cette formation ainsi que, depuis 2013, le Master 2 Droit notarial et, depuis 2018, le Master 1 Droit notarial et le Diplôme supérieur du notariat (DSN). Ces responsabilités pédagogiques m'ont surtout permis de renforcer les liens avec la profession notariale au niveau local.

L'une des étapes majeures du cheminement académique du chercheur est l'exercice de l'habilitation à diriger des recherches et la mise en trajectoire *a posteriori* des travaux de recherche. Même si c'est un retour en arrière, la démarche de prendre conscience des travaux entrepris est pourtant essentielle. L'exercice consiste, d'une part, à mettre en perspective et en cohérence une recherche portant parfois sur des sujets très différents et, d'autre part, à mettre en évidence une autonomie de la recherche afin d'encadrer des projets scientifiques individuels ou collectifs.

Les développements exposent de manière ordonnée les recherches que j'ai menées jusqu'à présent en droit des personnes et de la famille et visent à démontrer mon aptitude à formuler un projet de recherche, à le mettre en œuvre et à l'encadrer dans les domaines évoqués.

INTRODUCTION

1. Si la famille est une institution, elle est aussi un fait, perméable au contexte social dans lequel elle s'insère. Dans la foulée des événements de 1968, les années 1970 ont été celles de la contestation de la famille traditionnelle ou « patriarcale » et de l'autoritarisme des rapports familiaux. Les décennies 1980-1990 ont plutôt marqué l'émergence d'une famille « en crise »¹ ou « incertaine »². Parmi les sociologues, juristes ou politiques, nombre d'entre eux se sont penchés au chevet de l'institution pour conclure souvent qu'elle n'en était plus une, statistiques à l'appui de leur constat : baisse du nombre de mariages au profit d'autres formes d'unions ; augmentation du nombre de divorces et corrélativement des familles monoparentales et recomposées ; baisse du taux de natalité ; augmentation des naissances hors mariage ; etc.

2. Depuis, les craintes se sont régulièrement ravivées sous l'action d'autres facteurs contingents comme le repli sur l'individu et la montée des subjectivités, les enjeux de l'identité et de l'égalité des sexes, la maîtrise de la fécondité et les progrès des techniques d'assistance médicale à la procréation (AMP) ou encore l'émergence de la question de l'union homosexuelle et de l'homoparentalité. Les manifestations et violents débats qui ont animé l'opinion publique en 2013 à propos du projet de loi relatif à l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe ont reflété ces inquiétudes et pour certains, le rejet de nouveaux modèles familiaux. Aujourd'hui, les discussions ne se sont pas taries, alimentées par la proposition d'ouvrir, dans le cadre de la réforme des lois de bioéthique, l'AMP aux couples de femmes et aux femmes non mariées.

3. Penser la famille revient en réalité à constater les mouvements de flux et de reflux qu'a connus l'institution. Autrefois unique, elle se décline désormais au pluriel. Elle n'est plus « incertaine » ; elle est multiple. On a d'ailleurs pris l'habitude d'adjoindre à la famille un adjectif qualificatif pour en préciser les différents contours et viser les configurations possibles : nucléaire, élargie, contemporaine, traditionnelle, unie, désunie, biparentale, monoparentale, recomposée, homoparentale, etc. Elle n'est pas non plus « en crise », dysfonctionnelle ou « finie »³ ; elle est, sans connotation positive, renouvelée.

4. Les cycles et les évolutions constatées n'altèrent toutefois pas l'idée d'une permanence de l'institution familiale, d'où le titre de ce mémoire de synthèse. La famille est toujours perçue comme un des piliers de la société et la dimension intergénérationnelle qui structure les relations familiales n'a pas été affaiblie par le processus d'individualisation et les revendications d'autonomie. L'entraide subsiste dans la chaîne des générations et la famille est estimée, aussi bien dans la sphère publique que dans la sphère privée, comme source de solidarité à l'égard de ses membres et voie de transmission de biens, matériels comme symboliques.

¹ E. Sullerot, *La crise de la famille*, Fayard, Paris, 2000.

² L. Roussel, *La famille incertaine*, Ed. Odile Jacob, Paris, 1989.

³ Pour reprendre ici le titre de la Revue *Autrement* « Finie la famille ? Traditions et nouveaux rôles », parue en 1975 (n°3). V. également D. Cooper, *La mort de la famille*, Ed du Seuil, Paris, 1972.

5. Appréhender et accompagner les métamorphoses de la famille tout en appréciant les manifestations de sa permanence n'est pas nécessairement une démarche scientifique qui se nourrirait de contradictions car la famille ne peut être lue au travers d'un seul prisme (I). Les travaux que j'ai menés dès la rédaction de ma thèse m'ont généralement conduite à passer d'une représentation à une autre (II). Mutations et continuités peuvent aussi se conjuguer.

I. LES MÉTAMORPHOSES DE LA FAMILLE

6. La famille offre un champ de réflexion illimité, non seulement par la difficulté à la circonscrire en raison de la diversité de ses formes (A) mais aussi par l'ampleur et le renouvellement incessant des questions que le Droit doit résoudre dans un contexte social où l'accent est mis sur l'autonomie, les alliances électives et les revendications égalitaires (B).

A. NOTION ET DIMENSIONS PLURIELLES DE LA FAMILLE

7. **Figures de la famille.** « *Le mot famille paraît si clair, le genre de réalité qu'il désigne si proche de l'expérience quotidienne, que l'on pourrait avoir affaire à une situation simple* »⁴. Certes, on voit bien à quelle réalité le terme de « famille » renvoie. Nous sommes tous, en effet, nés d'un père et d'une mère et la plupart d'entre nous ont ou auront des enfants qui seront eux-mêmes inscrits dans la chaîne des générations qui se sont succédé. Or, cette facilité du terme n'est qu'apparente car il ne suffit pas d'évoquer sa quotidienneté pour définir ce qu'est la famille.

8. Composée d'individus et composant une société, la famille constitue en réalité un ensemble complexe qu'il faut nécessairement approcher de manière systémique pour pouvoir correctement la cerner. Car la famille est à la fois un fait de la nature et un fait de la culture. C'est en effet par elle que l'espèce humaine se survit : « *elle transmet la vie, les moyens de vivre, les raisons de vivre. Cellule vitale pour l'enfant comme pour la société, elle apparaît par essence, en Orient comme en Occident, ordonnée à cette transmission* »⁵. Tout être humain possède deux parents qui lui confèrent lors de sa conception son identité biologique. Ce lien est indépendant de toutes formes institutionnelles comme le mariage en ce sens qu'il perdure toute la vie et même au-delà. Mais la culture s'est également appropriée la famille et les liens de sang, d'affection, de protection, de responsabilité et de transmission qui la tissent. La famille « *n'est pas seulement le cadre de la reproduction de l'espèce. Elle est un espace de culture et un véhicule de la civilisation* »⁶.

⁴ C. Lévy-Strauss, *Annales de l'Université d'Abidjan*, Série F, t. 3, 1971, cité par L. Roussel, *La famille incertaine*, Ed. Odile Jacob, Paris, 1989, p.10.

⁵ A. Lefebvre-Teillard, in *Dictionnaire de la culture juridique*, ss. la dir. de D. Alland et S. Rials, Quadrige/Lamy-PUF, 2003, V° Famille.

⁶ E. Sullerot, préc., p.8.

9. Fait de la nature et de la culture, la famille est également une affaire privée, se situant dans la sphère de l'intimité de chacun et une affaire publique en tant qu'objet de la politique étatique⁷. La famille est d'abord une affaire privée, parfois analysée comme une sorte de « société secrète »⁸, le terrain d'élection du « non-droit »⁹, où se mêlent désirs, intérêts et préoccupations d'ordre moral liés à sa sexualité, ses amours, son histoire, ses secrets ou encore ses lieux de vie. Cependant, en tant qu'élément de cohésion sociale, elle est également une affaire publique concernée par des dispositions qui intéressent le devenir collectif de la nation, sa population, la reproduction des générations, la protection et l'éducation des enfants, la solidarité envers les personnes âgées ou encore la répartition des aides sociales¹⁰. Cette nécessité de la famille en tant qu'objet politique est d'ailleurs bien mise en lumière dans certains textes internationaux, notamment dans l'article 16 de la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et publiée en France par le décret n°840 du 4 octobre 1974 : « *En vue de réaliser les conditions de vie indispensables au plein épanouissement de la famille, cellule fondamentale de la société, les parties contractantes s'engagent à promouvoir la protection économique, juridique et sociale de la vie de la famille, notamment par le moyen de prestations sociales et familiales, de dispositions fiscales, d'encouragement à la construction de logements adaptés aux besoins des familles, d'aides aux jeunes foyers, ou de toutes autres mesures appropriées* ».

10. Procédant tour à tour de la réalité biologique et du fait de culture, concernant tant l'individu que la communauté sociale qui les englobe, la famille ne pouvait échapper en cela à l'institutionnalisation du droit et à l'appréhension juridique de sa structure, de son statut, de son rôle, de ses droits et devoirs réciproques. Or, si le droit régit aujourd'hui les unions, les désunions, les filiations, la transmission des biens et des noms, encadre les naissances, l'enfance, et les décès, paradoxalement il ne parvient toujours pas à définir ce qu'est la famille et à expliquer à quelle réalité morphologique et juridique le terme renvoie. Omniprésente dans le Code civil, bien que le mot y figure peu¹¹, la famille n'y fait effectivement pas l'objet d'une définition et encore moins d'une partie distincte¹². Faut-il s'en plaindre ? Il faut bien admettre que cette lacune permet, non sans équivoque, au concept d'évoluer d'une vision traditionnelle fondée sur le mariage vers un pluralisme établi sur une filiation sous ses différentes formes. Il y a en effet ceux qui sont mariés, unis ou séparés, avec ou sans enfants ; il y a ceux qui ont été mariés et qui ne le sont plus par l'effet d'un divorce ou d'un décès, et qui sont seuls, accompagnés ou encore remariés et, ont, dans toutes ces situations, de nouveaux enfants qui cohabiteront ou non avec les enfants d'un premier lit ; il y a ceux qui ne sont pas mariés et vivent en couple ; il y a

⁷ V. à ce sujet : E. Millard, *Famille et droit public, Recherches sur la construction d'un objet juridique*, LGDJ, Bibl. dr. public, t.182, Paris, 1995.

⁸ H. L. J., Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. I, 3^{ème} vol., *La famille*, 7^{ème} éd., par L. Leveneur, Montchrestien, 1995, p.13, n°692-2.

⁹ J. Carbonnier, L'hypothèse du non-droit, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p.25.

¹⁰ E. Sullerot, op. cit.

¹¹ Le mot « famille » apparaît peu dans le Code civil : deux articles seulement en 1804, 130 y font aujourd'hui référence, s'agissant principalement du livret de famille (art. 101-2), de la direction morale et matérielle de la famille (art. 213), du logement de la famille (art. 215), de l'intérêt (ou des intérêts) de la famille (art. 217, 220-1 et 1397) ou encore du conseil de famille (art. 398). Mais ces évocations éparses ne peuvent suffire à dégager des critères de définition.

¹² On rappellera cependant qu'un Code de la famille a été promulgué en 1939 (décret-loi du 29 juillet 1939 relatif à la famille et à la natalité française) suivi d'un Code de la famille et de l'aide sociale (décret du 24 janvier 1956), puis actuellement d'un Code de l'action sociale et des familles. Codifiée, la famille n'a pas pour autant été définie par ces textes.

ceux enfin « *qui font naître des enfants dans le ménage des autres, et ceux qui acceptent dans leur ménage les enfants des autres* »¹³. Certains auteurs ont d'ailleurs très bien compris, devant cette diversité des formes familiales à la fois dans l'espace et dans le temps, que toute tentative de définition unique est périlleuse dès lors qu'il n'y a jamais consensus à ce sujet¹⁴, voire inutile¹⁵ et admettent de toute façon qu'il ne dépend pas de la loi de dire ce qu'est la famille. Il vaut mieux en définitive ne pas s'enfermer dans les limites d'une définition qui empêcherait de s'adapter à des situations nouvelles.

11. Si l'on veut toutefois essayer d'en préciser les formes, différents types de famille apparaissent et peuvent être distingués soit selon les modes de constitution des liens qui la tissent, soit selon les effets que le droit leur fait produire une fois établis. De ce point de vue, on distinguait il y a encore quinze ans, trois types de famille : la famille fondée sur le mariage des père et mère, qui fut longtemps la forme unique sinon privilégiée de la famille, la famille fondée sur le seul lien de filiation établi entre l'enfant et ses parents non mariés, dont la reconnaissance légale est récente, et la famille adoptive fondée sur un acte juridique volontaire rattachant un enfant à des parents qui ne l'ont pas conçu. Cependant, l'importance d'une telle distinction, fondée sur la nature des liens de famille unissant le couple, d'une part, l'enfant et ses parents, d'autre part, tend aujourd'hui à disparaître. En effet, le parachèvement du principe d'égalité a conduit le législateur à reconnaître à tous les enfants, quelles que soient la nature de la filiation et la situation matrimoniale de leurs parents, les mêmes droits et les mêmes devoirs.

12. Dès lors, d'autres distinctions « *aux frontières plus floues et plus diversifiées* » ont pu être établies dont les critères sont puisés dans les effets que le droit attache à l'alliance et à la parenté, l'intensité de ceux-ci allant croissant au fur et à mesure que le cercle de famille se réduit¹⁶. Il est aujourd'hui devenu très commun de constater le passage de la famille *étendue* (dont il ne subsiste plus, en droit, que la vocation successorale légale jusqu'au sixième degré de parenté¹⁷) à la famille *conjugale* ou *nucléaire*. Il existe même entre ces deux pôles une multitude de modèles intermédiaires voire plus limités encore, tels que le ménage¹⁸, forme la plus élémentaire du fait qu'il est à l'origine des enfants et de la vie familiale, ou encore la famille monoparentale centrée autour de l'enfant et d'un parent. D'autres cercles peuvent également être constitués par des personnes parentes ou alliées, réciproquement tenues les unes envers les autres d'une obligation alimentaire. On parle aussi des familles recomposées, conséquences d'une décomposition et d'une recombinaison familiale, où les enfants ne vivent plus avec leurs parents originaires, mais avec l'un d'entre eux, remarié ou non avec un tiers.

13. Ainsi il ne peut exister une seule définition de la famille mais plusieurs dans la mesure où elle est un phénomène social et se présente comme une cellule aux contours

¹³ G. Cornu, *Droit civil, La famille*, Domat, Droit privé, Montchrestien, 8^{ème} éd., 2003, p.15, n°7.

¹⁴ En 2012-2013, la discussion autour du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe l'a démontré. Certains ont clamé à cette occasion que la famille « c'est un papa, une maman et des enfants », tandis que d'autres ont affirmé que la différence des sexes n'est pas un élément constitutif du mariage, et que d'autres modèles familiaux existent.

¹⁵ J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Defrénois, 2^{ème} éd., 1995, p.188 : « *Il y a dans la famille une part de mystère.* » ; F. Terré, Ch. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *Droit civil, La famille*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2018, p.1, n°1.

¹⁶ C. Labrusse-Riou, *Droit de la famille, 1. Les personnes*, Masson, coll. Droit – Sc. Eco., 1984, p.17.

¹⁷ C. civ., art. 745.

¹⁸ V. à ce sujet : *La notion juridique de couple*, sous la dir. de C. Brunetti-Pons, Economica, Coll. Etudes juridiques, n°4, Paris, 1998.

variables¹⁹ dont le diamètre peut croître ou, au contraire, rétrécir devant les contingences de la vie. On peut au moins affirmer, pour s'en tenir aux acceptions les plus courantes, que la famille est un agrégat de personnes unies, pour certaines, par les liens du sang et pour d'autres, par des liens fondés tantôt sur un acte de volonté tantôt sur une affection commune.

14. **La famille, une institution juridique.** S'il est probablement impossible de s'accorder sur une définition globale et satisfaisante de cette « famille-accordéon »²⁰, tous insistent en revanche sur l'utilité de la famille en tant qu'institution juridique : « *Sous quelque aspect qu'on l'envisage, la famille apparaît comme une institution nécessaire et sacrée ; on a peine à concevoir une communauté sociale dans laquelle aucun groupement ne viendrait s'interposer entre l'individu et l'Etat ; une telle société ne serait pas viable ; elle représenterait une poussière d'individus ; c'est la famille qui (...) vient préparer la synthèse plus vaste que réalise le concept de la nation ; elle est un élément de cohésion, une condition de l'équilibre social* »²¹. Les fonctions familiales sont en effet très diverses et majeures. Sur le plan politique, le rôle de la famille est essentiel car elle conditionne la natalité et donc la population de l'Etat. Sur le plan économique, la famille est une unité de consommation et demeure dans certaines professions une unité de production : exploitations agricoles, fonds de commerce et entreprises individuelles ou artisanales que le législateur s'efforce de préserver en assurant leur cohésion et leur conservation aux mains des familles. Celles-ci remplissent également une fonction de solidarité entre leurs membres, à l'égard notamment de certains d'entre eux, plus faibles ou plus démunis que les autres par l'exécution d'obligations alimentaires ou d'une obligation d'entretien pour les parents à l'égard de leurs enfants, par le respect de la réserve héréditaire ou encore par l'instauration d'une tutelle des enfants mineurs. De nos jours, on se plaît également à valoriser les fonctions affectives de la famille, « *dernier refuge peut-être, en tout cas refuge privilégié, des valeurs morales et sentimentales (...) face à une société plus large jugée trop souvent hostile à l'épanouissement des êtres, en tout cas trop anonyme* »²².

15. **La famille, une personne juridique ?** Ainsi, et quelle que soit la manière dont on perçoit la famille, il est évident qu'à tous les points de vue, celle-ci a pour l'individu comme pour la société, une importance incontestable. Partant de là, pourquoi ne pas conférer à la famille qui est déjà reconnue comme une institution juridiquement organisée, une personnalité juridique distincte de celle de ses membres ? Pourquoi ne pas la doter, comme une société ou une association, de la personnalité morale et ainsi, lui permettre d'être propriétaire ou, par le biais d'un représentant, d'intenter une action en justice en réponse à la violation de certains de ses droits (droit au nom, à l'honneur, etc.) ? Ces questions qui ont longuement été abordées dans ma thèse pour dégager l'idée que la famille manifeste un intérêt collectif et dispose d'une voix autonome propre à exprimer et défendre cet intérêt, ont un temps suscité des querelles doctrinales²³. Elles ont toujours

¹⁹ Ou une « *notion à contenu variable* » pour reprendre l'expression de Jean Carbonnier : Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille, in *Les notions à contenu variable en droit*, Etudes publiées par Ch. Perelman et R. Vander Elst, Bruxelles, 1984, p.99.

²⁰ R. Lindon, La famille « accordéon », *JCP*. 1963, I., 1965.

²¹ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t.I., Librairie du Recueil Sirey, 3^{ème} éd., 1938, p.388, n°676.

²² C. Labrusse-Riou, *Droit de la famille, 1. Les personnes*, préc., p.19. V. à ce sujet : J. et A. Pousson, *L'affection et le droit*, préf. de F. Rigaux, Ed. du CNRS, Paris, 1990.

²³ Sur ce débat : E. Millard, Débats autour de la personnalisation juridique, in *Les implicites de la politique familiale, Approches historiques, juridiques et politiques*, ss. la dir. de M. Chauvière, M. Sassier, B. Bouquet, R. Allard et B. Ribes, Dunod, Paris, 2000, p.11. V. pour ceux en faveur d'une personnalité

reçu une réponse négative du législateur en raison de la relativité de la notion de famille et de l'inutilité d'une telle reconnaissance. En effet, nombreux sont ceux qui pensent que la personnalité morale, notamment pour la famille réduite au couple et aux enfants, est inutile dans la mesure où elle ne confère ni solidarité accrue, ni efficacité supplémentaire à remplir ses fonctions politiques, économiques et morales. Mais ce raisonnement, bien que rationnel et logique, reste partiel ; ce fut en tout cas l'une des conclusions de ma thèse. Nous reviendrons ultérieurement sur ce point²⁴.

B. UN DROIT DE LA FAMILLE MOUVANT

16. **Le droit de la famille, reflet des mœurs ?** À compter des années 1960, un bouleversement sans précédent du droit de la famille s'est produit, donnant, après de longues années d'apparente tranquillité, l'image d'un droit qui « *n'est pas de tout repos* »²⁵. Durant une décennie, de 1965 à 1975, le doyen Carbonnier a contribué à faire entrer dans la modernité le droit du mariage et de la filiation. Les normes qui étaient restées relativement intactes jusque-là ont été supprimées ou radicalement modifiées, aussi bien celles relatives au mariage, au divorce, aux obligations alimentaires, à l'héritage que celles fixant le statut des enfants et régissant les liens établis avec leurs parents.

Ces changements ont incité à la réflexion sur le rôle et la fonction du droit de la famille. Sous un premier aspect, il s'agit de résoudre une question très classique mais controversée : est-ce le Droit qui modèle et transforme la famille, sous l'action du législateur et de la jurisprudence, ou le Droit ne fait-il que consacrer juridiquement ce que l'évolution des mœurs nous amène à considérer comme acceptable ? Quelle est, autrement dit, leur influence respective ?

17. À l'heure où les études d'impact rédigées par les gouvernements successifs se multiplient et justifient les réformes entreprises par des considérations prises sur le vif des circonstances et des contingences sociales, économiques, scientifiques et éthiques, on serait tenté de considérer que le Droit ne fait que s'ajuster aux réalités de la vie et avaliser des pratiques qui se sont développées hors de son champ. L'idée que le Droit suit le fait accompli, peut facilement emporter la conviction, mais elle serait inexacte à double titre si elle revenait à nier tout rôle au droit de la famille dans la construction d'un ordre juridique familial. D'une part, un des caractères du Droit est de définir ce qui est prohibé, autorisé ou prescrit. « *La loi a valeur de symbole : elle ne se contente pas de constater ce*

juridique : R. Savatier, Une personne morale méconnue : La famille en tant que sujet de droit, *D.* 1939, chron. p.49 ; J. Carbonnier, *Le régime matrimonial, Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, th. Bordeaux, 1932, p.497s ; R. Lindon, La famille « accordéon », préc. ; J. Patarin, Les groupements sans personnalité juridique en droit civil français, in *Travaux de l'Association Henri Capitant, Les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit français, Journées italiennes, Trieste, 5-7 juin 1969*, t. XXI, Dalloz, 1974, p.36. V. *contra* : J. Dabin, Le problème de la personnalité morale de la famille, *Bull. de la classe des lettres et des sc. morales et politiques de l'Académie royale de Belgique*, vol.35, 1949, p.329 ; L. Roussel, *La famille incertaine*, préc., pp.15-16, selon lequel la reconnaissance d'une personnalité morale de la famille pourrait affecter l'indépendance de ses membres.

²⁴ V. *infra* n°233.

²⁵ J. Carbonnier, Préface, in *Réformes du droit de la famille*, Archives de philosophie du droit, t. 20, Sirey, 1975, p.1.

qui est, elle dit ce qui peut être et ne peut être ; au-delà, elle dessine ce qui doit être »²⁶. Certes, la loi ne fixe plus désormais un seul modèle familial mais elle détermine au moins de manière pragmatique plusieurs modèles familiaux de nature à garantir une vie familiale effective à ceux qui y prétendent. D'autre part, le droit de la famille s'alimente continuellement à la source de la jurisprudence de la Cour de cassation ou, de manière intensive, de celle de la Cour européenne des droits de l'homme dont l'influence s'est étendue à l'ensemble des structures familiales.

18. En réalité, le droit de la famille tente de concilier les deux positions : il accompagne les évolutions qui affectent la famille et se plie régulièrement à certaines revendications qu'il estime légitimes, tout en exerçant un contrôle social sur la formation et le fonctionnement de la cellule familiale ainsi que les rapports entretenus en son sein. Le glissement d'un ordre public de direction à un ordre public de protection, généralement constaté dans les récentes réformes d'ampleur du droit de la famille, en donne l'illustration.

19. **Des réformes d'ampleur.** La manifestation la plus apparente des mutations du droit de la famille tient à l'abondance des réformes menées durant ces deux dernières décennies, ce qui dénote avec la conviction portée par le doyen Carbonnier qu'il faut, pour bien vivre en famille, le moins de lois possible.

Plusieurs textes ont profondément marqué ce droit et il n'est possible de les mettre en perspective que sous bénéfice d'inventaire : les lois du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, du 3 décembre 2001 réformant diverses dispositions du droit successoral, du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale²⁷, du 26 mai 2004 relative au divorce, du 6 août 2004 sur la bioéthique, l'ordonnance du 4 juillet 2005 relative à la filiation et ratifiée par la loi du 16 janvier 2009, les lois du 23 juin 2006 relative aux successions et libéralités, du 5 mars 2007 sur la protection juridique des majeurs, du 17 mai 2013 relative à l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, l'ordonnance du 15 octobre 2015 de simplification et de modernisation du droit de la famille, la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle et, enfin, la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

20. **Une famille sous influences.** Outre qu'ils renforcent l'impression d'accélération du temps législatif, ces textes listés sans exhaustivité questionnent sur leurs inspirations communes. Si l'on cherche à dessiner une tendance générale, on peut constater une marche du droit de la famille vers plus d'égalité et vers une prise en compte plus intensive qu'auparavant des droits subjectifs et des libertés individuelles. Nombre d'auteurs ont résumé ce mouvement comme étant l'affirmation continue d'un « *processus de démocratisation* »²⁸ de la famille où les exigences de liberté, d'égalité et de fraternité impliquent de satisfaire l'intérêt de chacun de ses membres à se développer selon leurs besoins et attentes tout en participant à la vie commune et au soutien des autres²⁹. Irène Théry décrit ainsi l'ampleur du phénomène comme « *un triple mouvement d'individualisation des références, de privatisation des normes et de pluralisation des modèles* »³⁰, ou le passage du « *droit du modèle* » porté par l'idée d'une famille idéalisée,

²⁶ Ph Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, LGDJ, coll. Droit civil, 6^{ème} éd., 2018, p.42, n°49.

²⁷ Comme la loi du 4 mars 2002 sur le nom.

²⁸ J. Carbonnier, *Flexible Droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2013, p.276 : « *c'est la devise de la République qui pénètre à l'intérieur de la famille* ».

²⁹ F. de Singly, *Sociologie de la famille contemporaine*, 3^{ème} éd., Armand Colin, Paris, 2007, p.10.

³⁰ I. Théry, *Recomposer une famille, des rôles et des sentiments*, Textuel, 1995.

au « *droit du principe* »³¹ qui se fonde sur une construction d'ensemble élaborée à partir de valeurs qui font l'unanimité dans la société.

21. **L'influence accrue des revendications d'égalité.** L'égalité est au premier rang de ces valeurs. L'idée qu'il faille construire, au-delà de la diversité des situations, le droit de la famille à l'aune de l'égalité parce qu'elle serait l'objet d'un droit (outre le fait d'être un principe), est solidement ancrée dans l'esprit de chacun. Elle est en tout cas la « *plus facile à saisir, car l'égalité se décrète, elle est dans l'ordre de la loi écrite, qui supprime ou réduit des droits excessifs pour en accroître ou en créer d'autres* »³².

22. Si le principe d'égalité innerve depuis longtemps le droit de la famille, son application s'est cependant encore accrue avec les réformes qui viennent d'être évoquées car il est devenu, sous le ressort général d'une politique de faveur, un critère et un prétexte de perfectionnement et de modernisation du droit. Égalité au sein de la famille, égalité entre les familles, égalité des époux, égalité des couples quelle que soit leur orientation sexuelle, égalité des parents, égalité des enfants quelles que soient les circonstances de leur naissance. Depuis vingt ans, la loi a procédé de deux façons : soit par assimilation, en continuant à différencier les situations tout en égalisant leur traitement, soit par confusion ou suppression des distinctions en mettant en place un régime unique applicable à tous.

L'une des conséquences de cet élan égalitaire est la suppression progressive de toute référence sexuée au sein du Code civil. L'autorité parentale a remplacé la puissance paternelle ; on ne parle plus désormais de mari et d'épouse mais de conjoint, ou plus de père et mère mais de parents³³.

23. Certes, il existe encore quelques différences de traitement, comme celle de l'enfant incestueux qui ne peut juridiquement établir sa filiation avec ses deux parents ou celle du couple non marié pour lequel l'adoption d'un enfant est fermée ou celle du couple de même sexe qui ne peut accéder aux techniques d'AMP³⁴. Il subsiste aussi quelques traitements différenciés, notamment lorsqu'il s'agit d'établir un lien de filiation, les règles n'étant pas les mêmes pour le père et la mère de l'enfant (la filiation paternelle reposant en partie sur le mariage, ce qui n'est pas le cas pour la filiation maternelle) ou encore pour les couples de même sexe qui ne peuvent établir, en l'état actuel des textes, un double lien de filiation avec un enfant³⁵. Reste à savoir si ces inégalités ou discriminations seront réduites, tant le principe d'égalité est sensible aux évolutions d'une société et au degré de compréhension qu'elle peut en avoir. Ce qui, un jour, peut être perçu comme une distinction légitime peut au fil du temps devenir, aux yeux d'une majorité, une discrimination infondée.

24. **La liberté et la promotion de l'individu.** La recherche de l'égalité dans l'élaboration du droit de la famille s'est également accompagnée ces vingt dernières années d'une forte prise en compte des préoccupations individualistes et des

³¹ I. Théry, *Le démariage*, Ed. O. Jacob, 1989.

³² P. Catala, L'évolution du droit de la famille, Rapport de synthèse, in *Aspects récents du droit de la famille*, Association Capitant, Economica, 1988, p.1

³³ En revanche, les termes « maternité » et « paternité » demeurent.

³⁴ Au jour de la rédaction du présent mémoire de synthèse, la réforme de la loi bioéthique qui ouvre les techniques d'AMP aux couples de femmes n'est pas encore définitivement adoptée.

³⁵ Sauf par le biais de l'adoption. Comme nous le verrons ultérieurement, la récente jurisprudence de la Cour de cassation rendue en matière d'AMP et de GPA, a beaucoup évolué sur la reconnaissance d'un double lien de filiation et va bien plus loin que les textes ne le permettent : v. *infra* n°101 et n°133.

revendications d'autonomie. Quitte à confirmer un peu plus l'idée que la famille ne serait qu'une structure au service de l'individu et à reculer un peu plus loin l'ordre public, les réformes récentes, notamment dans le domaine de l'état des personnes, se sont efforcées de répondre aux aspirations de liberté : liberté de se lier ou de ne pas de lier, liberté de choisir ses liens, liberté de les nouer et de les défaire. L'individu s'émancipe de la famille par les possibilités de choix qui s'offrent à lui. Son indépendance s'affirme ainsi par le jeu des volontés individuelles dans une perspective marquée par l'influence du droit au respect de la vie privée ainsi que des phénomènes de contractualisation des rapports familiaux et de déjudiciarisation corrélative. Les liens familiaux sont désormais « librement négociables », « librement révocables »³⁶.

25. Cette aspiration à l'autonomie et à la liberté ne veut pas dire pour autant que l'individu souhaite s'émanciper du Droit ; bien au contraire, c'est souvent l'expression d'un besoin de reconnaissance juridique de sa situation particulière qui transparait. La création en 1999 du pacte civil de solidarité en est une illustration ou encore récemment, la possibilité reconnue par la loi du 18 novembre 2016 de modifier plus facilement les éléments de son état comme le sexe ou le prénom. Construire son identité, voir consacrer un statut ou reconnaître un « droit à... » sont les revendications sociales contemporaines qui illustrent le processus de privatisation d'un droit présenté autrefois comme impératif et indisponible³⁷.

II. POSITIONNEMENT DE LA RECHERCHE

26. **Contexte de la recherche.** La mutation de la famille est un thème de recherche récurrent dans la doctrine juridique contemporaine. La plupart des travaux académiques mettent l'accent sur la contractualisation des relations familiales et le mouvement d'individualisation qui en est le fruit comme le terreau³⁸. Ces recherches s'appuient sur divers cadres théoriques, mobilisent différentes méthodologies et aboutissent à une multiplicité de perspectives. Souvent les positions convergent autour du constat de l'évolution et de la mosaïque des configurations familiales et l'hétérogénéité des structures conjugales. Mais il y a aussi de nombreuses divergences et discordances. La famille suscite depuis longtemps de vifs débats et des antagonismes profonds. D'un côté, on annonce régulièrement sa « mort »³⁹, sa « déconstruction »⁴⁰ ou son délitement. De l'autre, on préfère souligner les aspects de son renouvellement ou de sa « reviviscence »⁴¹.

³⁶ J.-H. Déchaux, Dynamique de la famille : entre individualisme et appartenance, in O. Galland et Y. Lemel (dir.), *La nouvelle société française. Trente années de mutations*, A. Colin, 1998, p.60.

³⁷ V. not. à ce sujet : R. Libchaber, Où va le droit ? - Là où la société le conduira..., JCP G, 2018, doct. 813.

³⁸ V. not. : D. Fenouillet et de P. de Vareilles-Sommières (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001 ; S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, t. 16, coll. « Droit et société. Recherches et travaux », Paris, LGDJ, 2007 ; C. Neirinck, Le couple et la contractualisation de la rupture, RRJ Droit prospectif 2009-1, p.107 ; S. Moracchini-Zeidenberg, La contractualisation du droit de la famille, RTD. civ. 2016, p.773.

³⁹ D. Cooper, *La mort de la famille*, préc.

⁴⁰ M. Douchy-Oudot, Les étapes juridiques de la déconstruction familiale, in *La réforme du mariage, Prospectives en matière familiale*, DMM, 2013, p.11.

⁴¹ H. Lécuyer, Rapport de synthèse, in *Lien familial, lien obligationnel, lien social*, Livre I, ss. la dir. de E. Putman, J.-Ph. Agresti et C. Siffrein-Blanc, coll. Inter-normes, PUAM, 2013, p.225, spéc. p.232.

Les raisons qui plaident en faveur ou en défaveur de telle réforme et les arguments allégués de part et d'autre, pour ou contre, sont dans l'ensemble argumentés et circonstanciés. Cependant il est difficile de trancher entre ceux qui pensent que certaines pratiques invitent à la vigilance devant l'éventualité d'une dérive de la société et ceux qui ne voient aucune raison de limiter ce qu'ils perçoivent comme le progrès.

27. **Champ de la recherche.** Mes travaux de recherche s'inscrivent dans ces réflexions engendrées par les mutations de fond et de forme de la famille. Néanmoins, j'ai développé une ligne de recherche qui reflète mon propre parcours, marqué à la fois par une formation théorique et par l'apport de la pratique. Ce parcours m'a amenée généralement à dépasser les oppositions binaires et les conflits auxquels se restreignent la plupart du temps les discussions quand elles entrent sur la scène publique. Cet échange est certes très utile et même nécessaire mais il néglige les problèmes qui se posent lorsqu'il s'agit d'appliquer une règle de droit. Le présent mémoire de synthèse ne fera donc pas le jeu des débats.

28. Depuis l'obtention de mon doctorat, mes travaux ont été principalement dictés par l'actualité législative, notamment en droit notarial, au gré des dossiers expertisés et des rencontres avec les acteurs de la profession notariale. Au fil des années, mes contributions écrites se sont concentrées sur la construction du droit des personnes et de la famille, en mettant un accent souvent critique sur les motifs et méthodes de conception des règles et leurs incidences pratiques. L'image positive d'une « modernisation » et d'une « simplification » du droit est souvent écornée à l'usage, tant les difficultés suscitées par la mise en application d'un texte que la pratique doit endiguer, peuvent être nombreuses.

29. Mes thèmes de recherche ont également été enrichis par le droit comparé et notamment par des incursions fréquentes dans le droit allemand des personnes et de la famille (notamment pour les travaux relatifs à l'état des personnes, le droit des couples de même sexe, l'assistance médicale à la procréation, l'adoption et le droit des majeurs protégés).

30. **Structure de la recherche.** Mes recherches s'articulent autour de deux axes. Le droit de la famille est en effet un diptyque. Deux faisceaux de rapports coexistent traditionnellement : le droit extrapatrimonial, d'un côté, qui touche la personne des membres de la famille (identité et état, capacité, filiation, etc.), et de l'autre, le droit patrimonial centré sur leurs intérêts pécuniaires (régimes matrimoniaux, gestion des biens de l'enfant et du majeur protégé, vocation successorale, etc.). Cette distinction, somme toute très classique, amène en réalité à une diversification des thèmes abordés.

Ainsi, s'agissant du droit extrapatrimonial, on ne peut pas bien comprendre l'état actuel du droit de la famille si l'on ne tient pas compte des progrès scientifiques et techniques de la biologie et de la médecine. Les avancées constatées en matière de procréation médicalement assistée amènent continuellement à s'interroger sur les fondements de la parenté – biologique ? volontaire ? –, sur les modes concevables de procréation et plus largement sur la construction du lien familial. Souvent le droit de la famille coexiste avec le droit de la bioéthique et le droit des personnes. L'évolution du droit positif conduit à superposer des règles aux origines variées (Code civil, Code de la santé publique, etc.), liées pour certaines à l'affirmation des droits de la personne, aux éléments de son état, et d'autres à la tentative de tracer des frontières face aux potentialités quasi-illimitées de la science. Cette coexistence des Droits explique que mes recherches les dissocient généralement assez peu et conduisent plus à leur synthèse. C'est notamment le cas de mes

travaux sur le statut juridique de l'enfant conçu, la procréation posthume ou encore sur les conditions d'encadrement des techniques d'assistance médicale à la procréation. Sur le terrain des droits patrimoniaux, mes recherches s'emploient à analyser les incidences des réformes récentes sur les fonctions économiques de la famille que l'on relie fréquemment à la notion de patrimoine, à sa gestion, sa transmission et sa préservation et aussi au concept plus récent de protection qui se déploie en particulier lorsqu'il s'agit de gérer les biens d'une personne que son âge ou son état rend vulnérable. Les solidarités matérielles qui se manifestent au sein de la cellule familiale, même si elles perdurent, ont, elles aussi, été fortement influencées par le mouvement général de contractualisation et de déjudiciarisation du droit de la famille. De nouvelles manifestations de volonté, induites par des besoins de prévoyance et d'anticipation, ont en droit patrimonial été favorisées par le recours au contrat : mandat à effet posthume pour la gestion du patrimoine successoral, pactes familiaux pour une transmission anticipée et concertée des biens entre les générations, mandat de protection future pour assurer, en cas d'incapacité, la protection des intérêts personnels et patrimoniaux, etc. Corrélativement, le juge qui était autrefois très présent pour assurer un droit de regard et de décision sur les affaires familiales, est mis en retrait voire effacé sous l'action de déjudiciarisations ponctuelles ou partielles qui en restreignant le champ de l'intervention judiciaire au seul contentieux, avancent des préoccupations qualitatives alors qu'elles ne répondent qu'à des contraintes budgétaires.

31. **Annonce de plan.** Sous ces deux optiques, extrapatrimoniale et patrimoniale, les thèmes de réflexion sont divers mais plusieurs fils rouges courent à travers l'ensemble. L'ambition de ce mémoire est de fournir un aperçu fidèle des recherches menées ; il les couvre presque toutes. Certes, la sélection que nous avons opérée n'était pas la seule concevable. Une réflexion globale sur le droit des personnes aurait été possible mais nous n'avons pas choisi de le convoquer à titre principal, préférant nous concentrer sur les actuels bouleversements de la famille, spécialement dans sa construction et son fonctionnement, tout en invoquant les éléments qui en assurent la permanence. Ces considérations dictent le plan général de ce mémoire de synthèse sous trois approches. La première, liée à la construction du lien familial revient sur la procréation, la parenté et sur les diverses sortes de la filiation. Il n'y a plus aujourd'hui un modèle familial mais une diversité de situations et revendications qui appelle à une multiplication des statuts (Partie I). La deuxième s'ordonne autour des réflexions que j'ai menées sur les réformes récurrentes du droit de la famille et l'évolution des structures familiales sous l'action du consensualisme et de l'individualisme (Partie II). La troisième, enfin, tient à rappeler, par l'analyse des fonctions de la famille, la permanence des solidarités qui s'y exercent et nourrissent la cohésion du groupe familial (Partie III).

**Tableau récapitulatif des publications retenues
pour la construction des axes de recherche**

Mémoire d’Habilitation à diriger des Recherches	Publications retenues
<p align="center">Partie I.</p> <p>La famille en construction : procréation, filiation et parenté</p>	<p>Titre I. La procréation et le « droit à l’enfant »</p> <p>Surrogate motherhood in France : ethical and legal issues, in <i>Fundamental legal problems of surrogate motherhood, vol. I., Global perspective</i>, ss. la dir. de P. Mostowik, IWS, Varsovie, 2019, pp.77-110.</p> <p>Propositions visant à clarifier le statut juridique en France de l’enfant né à l’étranger d’une gestation pour le compte d’autrui, in <i>Quel statut juridique pour l’enfant ? Assistance médicale à la procréation, gestation pour le compte d’autrui</i>, ss. la coord. de C. Brunetti-Pons, Ed. Mare et Martin, 2019, pp.95-106.</p> <p>La filiation de l’enfant à l’épreuve de la gestation pour le compte d’autrui, in <i>Le « droit à l’enfant » et la filiation en France et dans le Monde</i>, ss. la dir. de C. Brunetti-Pons, Ed. Lexis Nexis, 2018, pp.223-244.</p> <p>Le coût social des PMA-GPA, in <i>Le « droit à l’enfant » et la filiation en France et dans le Monde</i>, ss. la dir. de C. Brunetti-Pons, Ed. Lexis Nexis, 2018, pp.211-216.</p> <p>L’encadrement légal de l’accès à l’assistance médicale à la procréation, in <i>La complémentarité des sexes en droit de la famille</i>, ss. la dir. de C. Brunetti-Pons, Ed. Mare et Martin, 2014.</p> <p>Loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique : le choix d’un relatif <i>statu quo</i>, RLDC 2011/86, n°4385.</p> <p><i>La famille et la mort</i>, Thèse de doctorat, Defrénois, 2006.</p> <p>Titre II. La filiation et la parenté : vers une reconstruction des règles</p> <p>Surrogate motherhood in France : ethical and legal issues, in <i>Fundamental legal problems of surrogate motherhood, vol. I., Global perspective</i>, ss. la dir. de P. Mostowik, IWS, Varsovie, 2019, pp.77-110.</p>

<p style="text-align: center;">Partie I. La famille en construction : procréation, filiation et parenté</p>	<p>La loi du 23 mars 2019 et les nouvelles mesures de déjudiciarisation du droit des personnes et de la famille, <i>RJPF</i> 2019-5/1.</p> <p>Les nouvelles missions du notaire en droit de la filiation, avec la coll. de J. Combret, <i>JCP N</i> 2019, étude n°1156.</p> <p>Propositions visant à clarifier le statut juridique en France de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour le compte d'autrui, in <i>Quel statut juridique pour l'enfant ? Assistance médicale à la procréation, gestation pour le compte d'autrui</i>, ss. la coord. de C. Brunetti-Pons, Ed. Mare et Martin, 2019, pp.95-106.</p> <p>La contribution du notariat aux Etats généraux de la bioéthique, <i>Deffrénois</i>, 2018, n°23, doct. p.27.</p> <p>La filiation de l'enfant à l'épreuve de la gestation pour le compte d'autrui, in <i>Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le Monde</i>, ss. la dir. de C. Brunetti-Pons, Ed. Lexis Nexis, 2018, pp.223-244.</p> <p>L'enfant simplement conçu, in <i>Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant</i>, RLDC nov. 2011, p.22.</p> <p><i>La famille et la mort</i>, Thèse de doctorat, Deffrénois, 2006.</p> <p>L'établissement de la filiation maternelle par l'acte de naissance, Présentation de l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, <i>JCP N</i> 2005, étude n°1491.</p>
<p style="text-align: center;">Partie II. La famille en mutation : entre consensualisme et individualisme</p>	<p>Titre I. La contractualisation et la déjudiciarisation du droit de la famille</p> <p>La loi du 23 mars 2019 et les nouvelles mesures de déjudiciarisation du droit des personnes et de la famille, <i>RJPF</i> 2019-5/1.</p> <p>La désignation du notaire en cas de partage judiciaire : « Vingt fois sur le métier remettez votre ouvrage » !, avec la coll. de J. Combret, <i>Dr. fam.</i> 2019, étude n°6.</p> <p>Les nouvelles missions du notaire en droit de la filiation, avec la coll. de J. Combret, <i>JCP N</i> 2019, étude n°1156.</p> <p>Le droit allemand de la protection des majeurs : un exemple à suivre ?, in <i>La vie privée du majeur protégé, Journée en hommage au juge Thierry Verheyde</i>, ss. la dir. de G. Raoul-Corneil, Ed. Mare et Martin, 2019, pp.142-161.</p>

<p>Partie II. La famille en mutation : entre consensualisme et individualisme</p>	<p>L'habilitation familiale : adaptations attendues et difficultés récurrentes, <i>Deffrénois, 2019, n°142s0.</i></p> <p>La substance de la nouvelle administration légale, <i>Actes pratiques et stratégie patrimoniale, 2017, n°3, étude n°16.</i></p> <p>Le renouveau et les limites de la gestion du patrimoine des mineurs, <i>Actes pratiques et stratégie patrimoniale, 2017, n°3, étude n°17.</i></p> <p>Le transfert aux officiers de l'état civil de l'enregistrement des Pacs sous seing privé, avec la coll. de J. Combret, <i>JCP N 2017, 570.</i></p> <p>La réforme de la protection juridique des majeurs du 5 mars 2007 a dix ans : quel bilan ? avec la coll. de J. Combret, <i>JCP N 2017, étude n°1119.</i></p> <p>La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle : incidences pour la pratique notariale, avec la coll. de J. Combret, <i>JCP N 2016, étude n°1254.</i></p> <p>La déjudiciarisation précipitée du divorce par consentement mutuel, <i>JCP G 2016, Libres propos, p.643.</i></p> <p>Réforme du droit de la famille, nouvelles procédures avec le décret du 23 février 2016, avec la coll. de J. Combret, <i>JCP N 2016, étude n°1098.</i></p> <p>L'habilitation familiale : une innovation à parfaire, avec la coll. de J. Combret, <i>JCP N 2015, étude n°1248.</i></p> <p>Quand modernisation rime avec confusion : l'administration légale selon l'ordonnance du 15 octobre 2015, avec la coll. de J. Combret, <i>JCP N 2015, étude n°1238.</i></p> <p>Liquidation et partage après divorce : l'appel à une clarification a-t-il été entendu ?, avec la coll. de J. Combret, <i>JCP N 2015, étude n°1220 ; Dr. fam. 2016, étude n°1.</i></p> <p>Qu'apporte la loi du 16 février 2015 au droit des personnes et de la famille ?, avec la coll. de J. Combret, <i>JCP N 2015, 288.</i></p> <p>Rupture du couple : partage amiable et partage judiciaire des intérêts patrimoniaux, avec la coll. de J. Combret, <i>JCP N 2013, étude n°1105.</i></p> <p>Liquidation et partage après divorce : une réforme urgente s'impose, avec la coll. de J. Combret, <i>JCP N 2013, Etude n°1036.</i></p> <p>Enregistrement et publicité du Pacs reçu par un notaire, <i>JCP N 2012, Etude n°1313.</i></p> <p>Liquidation et partage : petit guide pratique sur le rôle du notaire,</p>
--	--

<p style="text-align: center;">Partie II. La famille en mutation : entre consensualisme et individualisme</p>	<p>avec la coll. de J. Combret et O. Gazeau, <i>JCP N 2011, étude n° 1108</i>.</p> <p>Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ?, N° spécial « La loi portant réforme des successions et des libéralités – Acte I », Dr. fam. 2006, Etude n°44.</p> <p>Titre II. L'influence de l'individualisme : d'un statut assigné à un statut choisi</p> <p>La mesure judiciaire unique en Allemagne et en Belgique : un modèle pour le droit français ?, in <i>Le bilan de la protection juridique des majeurs</i>, ss. la dir. de I. Maria, M. Rebourg et G. Raoul-Cormeil, LexisNexis, 2020, à paraître</p> <p>La loi du 23 mars 2019 et les nouvelles mesures de déjudiciarisation du droit des personnes et de la famille, <i>RJPF 2019-5/1</i>.</p> <p>Le droit allemand de la protection des majeurs : un exemple à suivre ?, in <i>La vie privée du majeur protégé, Journée en hommage au juge Thierry Verheyde</i>, ss. la dir. de G. Raoul-Cormeil, Ed. Mare et Martin, 2019, pp.142-161.</p> <p>La capacité commerciale du majeur en curatelle : avis de la Cour de cassation du 6 décembre 2018, <i>JCP N, 2019, 158</i>.</p> <p>L'état civil à l'épreuve d'une identité sociale, avec la coll. de J.-D. Sarcelet, in <i>Etudes offertes à Jacques Combret</i>, Ed. Defrénois, 2017, pp.17-35.</p> <p>Le renouveau et les limites de la gestion du patrimoine des mineurs, <i>Actes pratiques et stratégie patrimoniale, 2017, n°3, étude n°17</i>.</p>
<p style="text-align: center;">Partie III. Les fonctions de la famille : La permanence des solidarités familiales</p>	<p>Titre I. La famille à l'épreuve de la vulnérabilité et de la dépendance</p> <p>La loi du 23 mars 2019 et les nouvelles mesures de déjudiciarisation du droit des personnes et de la famille, <i>RJPF 2019-5/1</i>.</p> <p>L'habilitation familiale : adaptations attendues et difficultés récurrentes, Defrénois, 2019, n°142s0.</p> <p>La réforme de la protection juridique des majeurs du 5 mars 2007 à dix ans : quel bilan ? avec la coll. de J. Combret, <i>JCP N 2017, étude n°1119</i>.</p> <p>La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21ème siècle : incidences pour la pratique notariale, avec la coll. de J. Combret, <i>JCP N 2016, étude n°1254</i>.</p>

L'habilitation familiale : une innovation à parfaire, avec la coll. de J. Combret, JCP N 2015, étude n°1248.

Qu'apporte la loi du 16 février 2015 au droit des personnes et de la famille ?, avec la coll. de J. Combret, JCP N 2015, 288.

La réforme de la protection juridique des majeurs, avec la coll. de A. Delfosse, Litec, coll. Pratique notariale, Paris, 2009.

Titre II. Les enjeux de la transmission : l'horizon intergénérationnel

Le statut juridique du renonçant, in *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, ss. la dir. de C. Pérès, Ed. Defrénois, coll. Expertise notariale, 2017, pp.205-225.

Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ?, N° spécial « La loi portant réforme des successions et des libéralités – Acte I », Dr. fam. 2006, Etude n°44.

La famille et la mort, éd. Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, t. 17, Paris, 2006

PARTIE I. LA FAMILLE EN CONSTRUCTION : PROCRÉATION, FILIATION ET PARENTÉ

32. Les lois bioéthique qui se sont succédé depuis 1994 ainsi que la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe ont renouvelé les interrogations sur l'engendrement et la filiation. Les deux, autrefois intimement liés, ont été progressivement dénoués. Les répercussions de cette désunion sur les structures fondamentales du droit de la famille sont majeures. Certes, les rapports du droit et de la science ont toujours été complexes. S'agissant de la procréation, ils le sont plus encore puisque celle-ci met en balance des valeurs éthiques et des libertés individuelles qui s'appuient sur le désir d'enfant et postulent un recul des limites voire le retrait des interdits.

33. Ces rapports se prolongent souvent dans un débat institutionnel préalable à l'élaboration des normes. Il s'agit surtout de procéder à des arbitrages entre des principes contradictoires et des intérêts en conflit. Au-delà des divergences d'opinions qui se sont exprimées à chaque évolution du droit de la bioéthique et qui subsistent depuis, mes travaux se sont ordonnés sur la recherche d'une certaine rationalité du droit et d'une cohérence des règles en matière d'état des personnes et de filiation face au pluralisme et à la particularité des situations de fait.

Plusieurs de mes publications ont été consacrées aux modes de procréation d'un enfant (Titre I) et leurs incidences sur la construction juridique du lien de filiation et les fondements sur lesquels il s'appuie (Titre II).

TITRE I. LA PROCRÉATION ET LE « DROIT À L'ENFANT »

34. La procréation touche au plus intime de l'être et est entendue aujourd'hui comme une liberté à part entière, qu'elle soit positive (celle de concevoir un enfant) ou négative (celle de mettre fin à la vie par l'avortement). Toutefois, les techniques d'assistance médicale à la procréation (AMP) ont amené depuis plusieurs décennies à reconsidérer les limites de cette liberté. Outre le fait qu'elles induisent une dissociation entre procréation et sexualité, celles-ci impliquent l'intervention de tiers, en l'occurrence le médecin qui les met en œuvre et, en cas de procréation exogène, un donneur de gamètes. Dans ce cadre, qui décide de l'application de ces techniques et qui a le droit d'y accéder ?

35. Ces questions reçoivent différentes réponses législatives, généralement hétérogènes mais que l'on peut malgré tout classer en deux catégories : d'un côté, les législations pour lesquelles l'individualisme et le respect du désir de chacun justifient d'avoir un enfant quelles que soient les circonstances, et de l'autre côté, les législations qui cherchent à calquer l'assistance médicale à la procréation sur la procréation naturelle et en limitent de ce fait, l'accès aux couples de sexe différent.

36. En France et en l'état actuel de notre droit, l'assistance à la procréation est vue comme une activité subsidiaire à la procréation charnelle. Depuis 1994⁴², le législateur a organisé la procréation assistée comme une réponse médicale à un problème médical, à savoir l'infertilité d'un couple dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué, ou le risque de transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité⁴³. L'AMP ne saurait également être perçue comme un mode alternatif à la procréation mais, bien au contraire, comme le décalque de la procréation naturelle. Le législateur en 1994 comme en 2004⁴⁴ et 2011⁴⁵, l'a réservée à un couple : « un homme et une femme », « vivants » et unis, consentants et « en âge de procréer ». Si le mode d'union n'a pas d'importance (et, depuis 2011, sa durée⁴⁶), la différence des sexes reste la condition essentielle pour donner à l'enfant l'illusion qu'il est issu d'une procréation charnelle.

37. Au contraire de la France, de nombreux pays en Europe, comme la Suède, le Royaume-Uni, le Danemark, la Belgique, les Pays-Bas et l'Espagne, ouvrent l'AMP aux femmes seules et aux couples de même sexe tout comme, en dehors de l'Europe, des pays comme les Etats-Unis et le Canada. Le mouvement est identique pour la gestation pour

⁴² 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 (J.O. n°175, 30 juillet 1994, p.11060).

⁴³ CSP, art. L. 2141-2.

⁴⁴ Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique (J.O. n°182, 7 août 2004, p.14040).

⁴⁵ Loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique (J.O. n°157, 8 juillet 2011, p.11826).

⁴⁶ La condition d'une vie commune de deux ans que les couples de concubins ou de partenaires liés par un PACS devaient remplir, a été supprimée par la loi du 7 juillet 2011 au motif que l'existence du critère d'infertilité pathologique médicalement constatée suffit à se prémunir des « AMP de confort » (CSP, art. L. 2141-2, *in fine*).

le compte d'autrui (GPA) : alors qu'elle est autorisée ailleurs, avec ou sans contrepartie financière, la France l'interdit en droit civil (« toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle » - C. civ., art. 16-7) et la condamne en droit pénal (pour provocation à l'abandon d'enfant et entremise en vue de l'adoption ou de la gestation pour le compte d'autrui - C. pén., art. 227-2).

Ces interdits ont contraint les couples français, de même sexe ou non, et les personnes célibataires à franchir les frontières et à choisir la législation la plus avantageuse pour eux.

38. Ce « tourisme procréatif » qui permet d'obtenir à l'étranger ce que l'on ne peut avoir en France, génère des difficultés juridiques importantes. Outre les questions liées à la filiation et au statut de l'enfant né des techniques d'AMP et de GPA que nous aborderons ultérieurement⁴⁷, ce « law shopping » met le droit français dans un état de concurrence avec des législations étrangères plus libérales.

39. Aujourd'hui, sous le couvert du principe d'égalité et avec l'aval du Comité consultatif national d'éthique et du Conseil d'Etat⁴⁸, le législateur s'apprête à ouvrir dans le projet de loi de réforme de la bioéthique déposé à l'Assemblée nationale en juillet 2019, l'accès de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes non mariées. En revanche, la gestation pour le compte d'autrui resterait interdite. Cette ouverture domine les discussions car elle implique un abandon du modèle charnel et du « mythe de l'engendrement »⁴⁹. Elle alimente aussi la rhétorique des « droits à » et plus particulièrement du « droit à l'enfant ».

40. **Positionnement de mes recherches.** L'idée d'un « droit à l'enfant » divise la doctrine depuis la fin des années 1980⁵⁰. L'expression suggère le passage d'un désir individuel à l'existence d'une créance à satisfaire, la transition d'une dimension interne (le souhait, l'envie) à une dimension externe (la reconnaissance d'un droit). De nombreux auteurs ont réfuté l'existence d'un droit à l'enfant car il suppose une relation entre un créancier et un débiteur. Son exercice impliquerait alors de pouvoir l'opposer au corps médical, aux donneurs de gamètes et à la société dans son ensemble. Il amènerait également à une « réification » de l'enfant, celui-ci devenant, en tant qu'objet du droit, une chose sujette à revendication. Sur un fondement assez proche, la Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs reconnu, dans le cas de la gestation pour le compte d'autrui, que la Convention « ne consacre aucun droit à devenir parent »⁵¹.

⁴⁷ V. *infra* n°85 et s.

⁴⁸ CCNE, avis n°126 du 15 juin 2017 portant sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation ; avis n°129 du 25 septembre 2018, « Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi bioéthique 2018-2019. Conseil d'Etat, Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?, juillet 2018, Bibliothèque des rapports publics, la Documentation française.

⁴⁹ P. Murat, Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations, in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Dalloz, Lexis Nexis, 2012, p.405 et s. ; D. Fenouillet, Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté, Adoption, procréation et parenté à l'épreuve de la toute-puissance du sujet, in *La famille en mutation*, Arch. phil. droit, t. 57, Dalloz, 2014, p.37 et s. V. aussi la thèse de V. Deschamps qui propose de restructurer le Titre VII du Livre Ier du Code civil autour de la notion d'engendrement (dans laquelle il intègre l'AMP à partir d'une notion large d'engendrement) : *Le fondement de la filiation. De la biologie à l'engendrement, étude sur la cohérence du Titre VII du livre premier du Code civil*, LGDJ, coll. Thèses Bibliothèque de droit privé, 2019.

⁵⁰ V. not. : J.-L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme : de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, PUF, 1987.

⁵¹ CEDH, Grande Ch., 24 janvier 2017, n°25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie* (§ 215).

41. Pourtant, les nouvelles configurations familiales et les revendications d'un libre accès aux techniques procréatives ébranlent l'affirmation que ce droit n'existerait pas. On en vient de nouveau à l'évoquer et à s'interroger sur la pertinence normative à lui donner.

Les réponses par à-coups du droit français, jurisprudentielles principalement, au développement des pratiques mondialisées d'AMP et de GPA ont fait du droit à l'enfant un sujet d'actualité que la Mission Droit et justice, rattachée au Ministère de la justice, a repris lors d'un appel à projets en 2014 et formulé ainsi : « Le "droit à l'enfant" et la filiation en France et dans le monde ». Le Centre d'études juridiques sur l'efficacité des systèmes continentaux (CEJESCO) de l'Université de Reims (URCA) a présenté un projet que la Mission a retenu. Sous la direction de Clotilde Brunetti-Pons, Maître de conférences HDR à l'URCA, une équipe pluridisciplinaire de vingt-six chercheurs, internes et externes à l'URCA, a été constituée, comprenant des juristes, sociologues et médecins. Pour ma part, j'ai intégré l'équipe en raison de mes précédents travaux sur l'AMP⁵² et le statut de l'enfant à naître⁵³. J'ai aussi fait partie avec trois autres chercheurs, du comité de pilotage des recherches et me suis chargée principalement de la mise en forme du rapport final. Menant une double approche théorique et pratique et revêtant une dimension comparée, ce dernier a été validé par la Mission en mai 2017, publié aux éditions LexisNexis en mars 2018⁵⁴ et présenté lors d'un colloque en mai 2018⁵⁵.

42. Dans le cadre de cette recherche et tenant compte de la délimitation faite dans l'appel à projets, le « droit à l'enfant » a été abordé comme une « demande d'enfant », « un droit à la fabrication assistée d'un enfant » se situant en dehors du cadre légal français de la bioéthique. Le domaine de l'étude recouvre notamment deux hypothèses que j'ai envisagées au cours de cette recherche et dans des travaux et collaborations ultérieures : tout d'abord, celle de l'ouverture des conditions d'accès à l'AMP dans des cas où elle ne poursuit pas un but thérapeutique (Chapitre I) et celle, ensuite, de la gestation pour le compte d'autrui qui interroge sur la permanence des principes fondamentaux du droit et l'éventualité d'un nouvel ordre de valeurs (Chapitre II).

⁵² N. Baillon-Wirtz, L'encadrement légal de l'accès à l'assistance médicale à la procréation, in *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, ss. la dir. de C. Brunetti-Pons, Ed. Mare et Martin, 2014 ; Loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique : le choix d'un relatif *statu quo*, RLDC 2011/86, n°4385.

⁵³ N. Baillon-Wirtz, L'enfant simplement conçu, in *Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant*, RLDC nov. 2011, p.22 ; *L'enfant, sujet de droits*, en coll. avec C. Brunetti-Pons, A. Meier-Bourdeau, I. Omarjee, Y. Honhon et M.-C. Le Boursicot, Lamy, coll. Axe Droit, Paris, 2010 ; La condition juridique de l'enfant sans vie. Retours sur les incohérences du droit français, Dr. fam. 2007, étude n°13.

⁵⁴ *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le Monde*, ss. la dir. de C. Brunetti-Pons, Ed. Lexis Nexis, 2018.

⁵⁵ Le colloque s'est tenu le 18 mai 2018 au Conseil supérieur du notariat et les actes ont été publiés en janvier 2019 : *Quel statut juridique pour l'enfant ? Assistance médicale à la procréation, gestation pour le compte d'autrui*, ss. la coord. de C. Brunetti-Pons, Ed. Mare et Martin, 2019.

CHAPITRE I. L'OUVERTURE DES CONDITIONS D'ACCÈS À L'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION

43. **L'influence des revendications sociales.** L'avancée médicale a toujours conduit le juriste à résoudre d'incessantes questions, l'obligeant à mettre en jeu les valeurs communes de la société qui, pour la plupart, sont devenues des principes juridiques fondamentaux. Or, ce ne sont pas aujourd'hui les progrès de la science qui l'amènent à s'interroger sur le processus de la procréation et sur son accès, mais bien des revendications libérales et égalitaires.

44. La libéralisation de l'AMP est ainsi, pour certains, une revendication faite au nom de la liberté. Dès 1985, Robert Badinter proposait de laisser à tout être humain la liberté d'user des techniques artificielles de procréation au nom du droit à la vie et surtout du droit à l'intimité ; ce dernier droit ouvrant à la personne une faculté de choix et d'action dans les domaines qui affectent sa sphère privée et, en particulier, la procréation. Si la procréation n'est au fond que l'expression d'une liberté individuelle, pourquoi alors en limiter l'accès lorsqu'elle est assistée ?⁵⁶ Les techniques médicales de procréation ne devraient-elles pas être mises à la disposition de toute personne, qu'elle soit en couple ou non, dès lors qu'elle est réputée libre de ses choix ? Poussée dans ses ultimes conséquences, cette promotion de la liberté individuelle aboutit à l'idée que la procréation artificielle exprime des choix individuels sans exiger pour autant l'existence d'un quelconque lien conjugal. Autrement dit, la présence du couple lui-même ne s'imposerait plus en la matière et toute personne (homme ou femme) désireuse d'avoir un enfant pourrait se voir offrir cette possibilité en dehors d'une procréation charnelle⁵⁷.

45. Outre la revendication libertaire, des tendances fortes à l'égalité et à l'assimilation se font sentir. Les « nouvelles » familles, notamment homoparentales, revendiquent depuis longtemps le droit de s'insérer dans le même dispositif juridique que les autres. L'AMP cristallise ce désir d'égalité et est devenue un moyen de promotion de ceux qui s'estiment victimes d'une discrimination, notamment les couples homosexuels ou les célibataires.

Toutefois, existe-t-il véritablement une discrimination sachant que l'objectif poursuivi par le législateur est de permettre à un couple de surmonter les effets d'une stérilité ? Au regard de cet objectif, il n'est pas certain en effet qu'il y ait une différence de traitement injustifiée à l'égard de ceux qui sont exclus du dispositif dès lors que les critères pour y accéder sont induits de la différence des sexes et de l'infécondité. C'est d'ailleurs l'argumentation avancée par le Conseil d'Etat dans une décision du 28 septembre 2018⁵⁸.

⁵⁶ R. Badinter, Les droits de l'homme face aux progrès de la médecine, de la biologie et de la biochimie, Le Débat, 1985, n°36, p.4 à 14.

⁵⁷ Une femme seule pourrait ainsi accéder à une insémination artificielle avec tiers donneur. Il en irait de même d'une femme âgée, d'une femme désirant se faire implanter des embryons conçus avant le décès de son conjoint ou compagnon, ou encore d'un homme seul ayant recours à une mère porteuse.

⁵⁸ CE, 28 sept. 2018, n°421899. En l'espèce, deux femmes avaient porté une requête devant le tribunal administratif de Toulouse en annulation de la décision implicite de rejet de leur demande d'AMP par le centre hospitalier universitaire de Toulouse : TA Toulouse, ord., 2 juillet 2018, *Mmes N. et C.*, n°1802013 QPC.

Ce dernier a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité des conditions d'accès à l'AMP posées par l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique, au principe constitutionnel d'égalité au motif que celui-ci n'est pas méconnu : « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ». En particulier, le Conseil d'Etat estime que « les couples formés d'un homme et d'une femme sont, au regard de la procréation, dans une situation différente [en raison de leur infertilité pathologique] de celles des couples de personnes de même sexe ». C'est ainsi que « la différence de traitement, résultant des dispositions critiquées, entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe est en lien direct avec l'objet de la loi qui l'établit et n'est, ainsi, pas contraire au principe d'égalité ». Autrement dit, les couples hétérosexuels et les couples homosexuels ne sont pas placés dans des situations identiques ; dès lors il n'est pas nécessaire qu'ils bénéficient d'un traitement identique.

46. Mais l'objectif du législateur peut varier. Donner du crédit aux revendications d'égalité est avant tout une décision politique avant de devenir une disposition juridique. La preuve en est avec le mariage et l'adoption qu'un choix politique a ouvert en 2013 aux personnes de même sexe. Reste à savoir si l'effacement des différences doit emporter un accès égalitaire aux personnes désirant procréer. Les législations étrangères, ayant admis le mariage homosexuel, ont, pour la plupart, franchi le pas⁵⁹.

47. **L'influence des systèmes juridiques libéraux.** Par ailleurs, toute personne en désir d'enfant peut aujourd'hui, lors d'une brève promenade sur Internet et en quelques clics, choisir sur catalogue un donneur de gamètes voire commander une mère porteuse par le biais d'agences plus ou moins professionnelles, offrant un service varié. Sans exagérer l'ampleur du phénomène, il faut également compter sur ces femmes qui obtiennent en Belgique ou en Espagne l'insémination artificielle qui leur est refusée en France ou sur ces couples qui s'engagent aux Etats-Unis, en Ukraine ou en Inde dans des procédures longues et coûteuses de gestation pour le compte d'autrui. Dès lors, est-il encore justifié d'interdire alors que l'on sait que le respect de l'interdiction ne peut être assuré ? On ne saurait en effet méconnaître la réalité du tourisme procréatif qui met le droit français devant le fait accompli, une fois l'enfant né.

48. Plusieurs de mes contributions se sont fait l'écho des revendications libérales et égalitaires en matière de procréation. Elles ont notamment soupesé les enjeux et conséquences sur les finalités de l'AMP du choix d'ouvrir, par imitation de systèmes juridiques plus permissifs, les techniques médicales non seulement aux couples de femmes et aux femmes célibataires (Section I) mais aussi, de manière subséquente, au membre survivant du couple en cas de procréation posthume (Section II).

Cela a également été l'argumentation reprise par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt du 15 mars 2012, *Gas et Dubois c/ France*, n°25951/07. V. aussi : CEDH, 8 février 2018, *Charron et Merle-Montet c/ France*, n° 22612/15.

⁵⁹ Sénat, Mariage des personnes de même sexe et homoparentalité, Étude de législation comparée n° 229, 14 novembre 2012.

Section I. Un accès élargi aux couples de femmes et aux femmes non mariées

49. On ne peut nier que depuis longtemps la procréation est devenue de plus en plus médicalisée, notamment par la prise en charge des infertilités médicalement non pathologiques, comme cela est le cas pour des femmes dont l'âge seul est à l'origine des difficultés à concevoir. D'ailleurs, les statistiques démontrent que l'on ne cesse, dans les sociétés occidentales, de retarder l'âge du premier accouchement⁶⁰.

50. En termes prospectifs, les bouleversements à venir dépendent de la manière dont la société veut appréhender l'AMP. Soit elle continue à la penser comme une réponse médicale à un problème exclusivement médical, soit elle lui donne une dimension sociale justifiant que toute personne y ait un égal accès, sans considération de son état de santé, de son sexe, de son âge ou de son état matrimonial.

51. Ouvrir l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules aboutit à un changement sémantique. L'« assistance » médicale à la procréation devient en effet une « procréation » médicalement assistée dès lors que l'on admet qu'une femme, en couple avec une autre ou célibataire, accède aux techniques médicales sans raisons pathologiques avérées. Consécutivement, si le critère de la stérilité et celui de la différenciation des sexes ne sont plus pertinents, pourquoi refuser à un couple d'hommes ce que l'on admettrait à un couple de femmes sous le couvert du principe de l'égalité et de la non-discrimination ?

52. C'est dans ce contexte que le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) dans deux avis rendus respectivement en juin 2017⁶¹ et septembre 2018⁶², et le Conseil d'Etat dans un rapport rendu en juillet 2018⁶³ ont mené une réflexion sur les demandes sociétales d'AMP dans leur ensemble. La réflexion éthique portait principalement sur trois de ces demandes : l'autoconservation ovocytaire chez les femmes jeunes ; les demandes de recours à l'AMP par des couples de femmes et des femmes à titre individuel et les demandes de gestation pour autrui de la part de couples hétérosexuels, mais aussi de couples d'hommes et d'hommes seuls. En ce qui concerne l'ouverture de l'insémination artificielle avec donneur (IAD) à toutes les femmes, le CCNE dans son avis du 15 juin 2017 et à la majorité de ses membres, n'a formulé aucune opposition, tout en listant cependant des « points de butée » et demandant à ce que « soient définies des conditions d'accès et de faisabilité ».

53. Outre les incidences que ces demandes peuvent avoir sur la filiation, les questions de leur prise en charge par la société – autrement dit, de leur coût social (I) – et de leur satisfaction dans un contexte de pénurie de dons de gamètes (II) et de revendication par

⁶⁰ Le recul de l'âge des femmes désirant concevoir un premier enfant est une cause importante d'infertilité et de recours à l'AMP. L'âge moyen au moment de devenir mère est passé de 26,5 ans en 1977 à 30,4 ans en 2016 d'après la dernière Enquête nationale périnatale. Désormais, 21,3% des femmes ont plus de 35 ans quand elles accouchent et 4,1% plus de 40 ans : <http://www.epopé-inserm.fr/grandes-enquetes/enquetes-nationales-perinatales> (consulté le 12 août 2019).

⁶¹ CCNE, avis n°126 du 15 juin 2017 portant sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation.

⁶² CCNE, avis n°129 du 25 septembre 2018, « Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi bioéthique 2018-2019.

⁶³ Conseil d'Etat, Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?, juillet 2018, Bibliothèque des rapports publics, la Documentation française.

l'enfant de ses origines (III) constituent en effet des difficultés qui ont été envisagées dans le rapport précité sur le « droit à l'enfant » et dans des contributions rendues sous l'angle de la pratique notariale lors des travaux préparatoires de la réforme des lois bioéthique.

I. Le coût social de l'AMP

54. Les questions de financement public et de prise en charge de l'assistance médicale à la procréation sont des enjeux importants de politique nataliste dans de nombreux pays développés. Une utilisation facilitée des services d'AMP, notamment par une bonne couverture sociale des actes médicaux, doit pouvoir répondre correctement au problème humain et social de l'infécondité.

55. Selon l'Agence de biomédecine, 147.730 tentatives d'AMP ont été recensées en France en 2016, regroupant les inséminations, les fécondations *in vitro* et les transferts d'embryons congelés avec gamètes et embryons de différentes origines⁶⁴. Les enfants qui en sont issus, sont au nombre de 24.609 et représentent 3,1% des enfants nés de la population générale cette année-là, soit un enfant sur 32⁶⁵.

56. Le coût d'une naissance obtenue après AMP est difficile à évaluer. On le calcule fréquemment après un traitement, sans prendre en compte celui des tentatives infructueuses. Il ressort malgré tout de quelques études, des données économiques intéressantes. Selon une étude américaine publiée en 2013, les grossesses multiples (avec naissance de triplets) coûtent près de vingt fois plus qu'une grossesse unique⁶⁶. Cette augmentation des coûts de santé pour les naissances multiples est liée à l'augmentation de la morbidité maternelle, au recours plus fréquent à la césarienne, à la longueur de l'hospitalisation, notamment des nouveau-nés dans une unité néonatale de soins intensifs.

⁶⁴ Agence de biomédecine, Rapport médical et scientifique de l'assistance médicale à la procréation et de la génétique humaines en France, 2017 (consultable sur le site de l'Agence : <https://www.agence-biomedecine.fr/annexes/bilan2017/donnees/procreation/01-amp/synthese.htm>) : Pour 96% des AMP, les tentatives sont réalisées avec les gamètes des deux membres du couple. Dans 4% des cas, les tentatives utilisent des spermatozoïdes, des ovocytes ou des embryons issus de don.

⁶⁵ Le nombre d'enfants conçus par AMP parmi les enfants nés chaque année en France augmente légèrement depuis 2009 (2,6% en 2009, 2,7% en 2010, 2,9% en 2013, 3,1% en 2014, 3,1% en 2015 et 2016) : Rapport de l'agence de biomédecine préc.

⁶⁶ Healthcare Expenses Associated with Multiple Pregnancies versus Singletons in the United States, by Elkin V. Lemos, MD, PhD, Dongmu Zhang, PhD, Bradley J. Van Voorhis, MD, X. Henry Hu, MD, MPH, PhD, American Journal of Obstetrics & Gynecology, Volume 209, Issue 6 (December 2013), published by Elsevier : Après avoir analysé et comparé le coût des grossesses multiples par rapport à celui des naissances uniques, sur l'ensemble des femmes américaines âgées de 19 à 45 ans et ayant accouché au moins un enfant né vivant entre 2005 et 2010, les chercheurs constatent que 97% des naissances sont uniques. Dans 2,85% des cas, la mère donne naissance à des jumeaux et dans 0,13 % des cas, des triplés ou plus. Les grossesses avec naissance de jumeaux coûtent cinq fois plus que les grossesses avec naissance unique et près de vingt fois plus avec naissance de triplets. Les dépenses médicales varient en fonction de la multiplicité des naissances, soit 21.000 \$ pour une naissance unique et jusqu'à plus de 100.000\$ pour une naissance multiple.

57. A la différence de certains pays voisins⁶⁷, la prise en charge collective en France du coût de l'AMP et des enfants qui en sont issus, est bonne⁶⁸. L'AMP y est considérée comme une question de santé publique mais dont le coût est non négligeable, à court et à long terme.

58. A court terme, doivent en effet être pris en compte les frais occasionnés par le traitement, les interventions chirurgicales éventuelles, la ou les tentatives d'insémination ou de FIV, les hospitalisations, les honoraires, les déplacements du couple vers les centres de traitement, les arrêts de travail, etc.⁶⁹. A long terme, les conséquences d'une éventuelle prématurité de l'enfant et des naissances multiples doivent aussi être envisagées.

59. La prise en charge financière de l'AMP suppose que les conditions d'accès posées par le Code de la santé publique soient réunies (CSP, art. L. 2141-2). L'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules a pour conséquence directe l'élargissement de cette prise en charge jusque-là justifiée par la cause médicale de l'infertilité, sauf à considérer qu'elles devraient supporter seules les frais inhérents à leur demande d'assistance puisqu'ils ne sont pas générés par une pathologie médicale. Cette ouverture de l'accès à l'AMP met nécessairement en jeu les principes du système de santé français reposant sur la solidarité nationale. Le CCNE propose ainsi de reconnaître une forme de solidarité qui prendrait la forme « d'une contribution partielle au coût du service public selon les modèles déjà en vigueur. Les prestations des centres agréés pour l'AMP pourraient être facturées au réel prix coutant par les établissements participant au service public hospitalier et encaissées comme des « ressources propres » »⁷⁰.

Toutefois, s'il est fondé au regard des règles de la sécurité sociale et de prise en charge par la branche maladie de traiter différemment les infécondités pathologiques et les infécondités sociétales, une telle distinction est politiquement difficile à défendre. Elle conduirait notamment les couples de femmes ou les femmes célibataires à supporter seules le coût de l'AMP, ce qui aurait pour conséquence de réserver son accès à celles qui peuvent financièrement le faire. C'est notamment l'une des raisons avancées par le législateur dans le cadre du projet de révision des lois bioéthique, pour justifier le maintien de la gratuité de la prise en charge de l'AMP par la Sécurité sociale même en cas

⁶⁷ C'est notamment le cas en Allemagne qui a renforcé les conditions d'accès à l'AMP et réduit les modalités de remboursement des actes médicaux : F. Furkel, *Le corps féminin et la biomédecine en Allemagne, un vent d'espoir pour la femme malgré quelques signes d'instrumentalisation*, in *Corps de la femme et biomédecine*, ss. la dir. de B. Feuillet-Liger et A. Aouij-Mrad, Bruylant, Droit bioéthique et société, 2013, p.7, spéc., p.12. V. également : Agence de biomédecine, *Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique*, 2014, p.29.

⁶⁸ L'AMP est prise en charge à 100%, ce jusqu'au 43^{ème} anniversaire de la femme, sous entente préalable. Cette prise en charge se limite toutefois à une seule insémination artificielle par cycle, avec un maximum de six pour obtenir une grossesse, et quatre tentatives de fécondation *in vitro*, pouvant chacune donner lieu à plusieurs transferts d'embryons pour obtenir une grossesse.

⁶⁹ Ainsi, pour les AMP, les principales dispositions de droit social précisent le régime d'autorisation d'absence au travail destiné aux couples de salariés engagés dans un parcours d'assistance médicale (CSP, art. L. 2141-2) et de non-discrimination à l'embauche. Elles encadrent également la prise en charge du traitement hormonal et des inséminations et fécondations *in vitro* par la Sécurité sociale (dans certaines limites, selon que l'AMP est pratiquée en France ou l'étranger : CSS, art. R. 332-2 et 332-4) et règlent les conditions de prise en charge du traitement hormonal et de la ponction effectuée sur la donneuse d'ovocyte (CSS, art. L. 322-3 ; CSP, art. L. 1112-2). Ces différentes conditions de prise en charge ont été présentées en détail dans l'étude sur le coût social des PMA-GPA que j'ai rédigée dans le cadre du projet sur le « droit à l'enfant » : *Le coût social des PMA-GPA*, in *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le Monde*, ss. la dir. de C. Brunetti-Pons, Ed. Lexis Nexis, 2018, pp.211-216.

⁷⁰ CCNE, avis n°129, préc., p.28.

d'infécondité sociale⁷¹. L'étude d'impact du projet de loi a ainsi évalué le coût total annuel de cette prise en charge entre 10 et 15 millions d'euros, ce qui représenterait 5% du coût total annuel de l'AMP, lequel s'élève à environ 300 millions d'euros⁷².

II. Le don de gamètes

60. **Pénurie des dons.** L'extension de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes célibataires amène également à redéfinir les conditions actuelles du don de gamètes et ses modalités. Le CCNE comme le Conseil d'Etat ont respectivement souligné le risque d'une rareté accentuée des gamètes qui compromet d'ores et déjà une prise en charge satisfaisante des infertilités pathologiques⁷³. Actuellement, la situation est tout juste équilibrée. Mais cela s'explique en partie par le fait que les couples de sexe différent ou de même sexe et les femmes célibataires obtiennent à l'étranger ce qu'ils ne peuvent pas obtenir en France soit en raison d'une législation restreinte soit en raison de délais trop longs pour bénéficier en temps utile d'un don de gamètes (surtout d'ovocytes). Eventuellement, des campagnes d'information sur le don de gamètes pourraient améliorer la mobilisation. Il est cependant très probable que les résultats ne soient pas à la hauteur des besoins. De même, une réduction significative du temps d'attente pourrait être obtenue en organisant un droit de priorité des demandes selon des critères à définir, notamment au profit des couples hétérosexuels dans une finalité exclusivement thérapeutique. Mais il serait difficilement justifiable, comme en matière de protection sociale, d'introduire de nouveau des inégalités – aux fondements forcément douteux – dans un dispositif qui aboutit à l'égalisation du traitement des situations d'infécondité. Le résultat serait la mise en place d'un système incohérent ouvrant l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules tout en conditionnant son accès à un rang (non privilégié) dans une liste.

61. **Marchandisation des produits du corps humain.** Il est également possible qu'une telle priorisation des demandes aboutisse à infléchir le principe de gratuité du don et suivant l'argumentation du Conseil d'Etat, à « encourager des pratiques officieuses de coupe-file en cas de présentation d'un donneur »⁷⁴. Or la mise sur le marché normalisée des produits du corps humain, même ceux ne portant pas atteinte à l'intégrité physique du donneur comme les gamètes, n'est pas admissible. Le risque d'une marchandisation du corps, entendue comme la possibilité de lui conférer un prix, doit interpellier le législateur. Une logique de marché appliquée au droit des procréations assistées aurait forcément des effets tant sur la pratique du don de gamètes – notamment avec l'apparition de règles d'évaluation en fonction des caractéristiques et qualités du donneur – que sur celle des autres produits et éléments du corps humain comme le sang, la moelle osseuse et plus largement les organes.

⁷¹ En tout cas à l'Assemblée nationale, puisque le Sénat, lors de l'examen en commission spéciale le 8 janvier 2020, a d'une part maintenu les conditions médicales actuelles de recours à l'AMP pour les couples hétérosexuels, sur la base d'une infertilité pathologique ou afin d'éviter la transmission à l'enfant ou à l'autre membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité et a d'autre part, décidé que seul le recours à l'AMP pour ces raisons médicales sera pris en charge par l'assurance maladie, « conformément à la vocation de la sécurité sociale d'assurer la « protection contre le risque et les conséquences de la maladie ».

⁷² Etude d'impact, Projet de loi relatif à la bioéthique, 23 juillet 2019, p.62.

⁷³ CCNE, avis n°129, préc., p.121 ; CE, rapp. préc. p.65 et p.98.

⁷⁴ CE, rapp. préc., p.66.

62. **Double don de gamètes.** L'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes non mariées conduit à s'interroger plus précisément sur les conditions de leur accès aux techniques de procréation et les moyens qu'elles impliquent. Il est vraisemblable que l'insémination avec tiers donneur continuera à être le mode de conception le plus utilisé. Néanmoins, la question est posée de l'accès de ces femmes, à l'instar des couples de sexe différent, à la fécondation *in vitro* (FIV) et même à l'accueil d'embryon, notamment en cas d'infécondité pathologique. En effet, si la fertilité est seulement altérée, une FIV serait possible. En revanche, en cas d'incapacité à concevoir avec ses propres ovocytes, seul le recours à l'accueil d'embryon serait envisageable, sauf à lever l'interdiction actuelle du double don de gamètes⁷⁵. Le CCNE⁷⁶ et l'agence de la biomédecine⁷⁷ ont d'ailleurs posé la question de la pertinence du maintien de cette interdiction sans y répondre, mais en invitant le législateur à prendre en compte avant de légiférer, le contexte de pénurie de gamètes, des risques attachés à la stimulation ovarienne et de l'existence de nombreux embryons surnuméraires. Dans ce contexte d'évolution, il pourrait aussi être admis à l'image des pratiques observées à l'étranger, que dans les couples de femmes, l'une puisse concevoir un enfant grâce à ses ovocytes fécondés par un tiers donneur et que l'autre le porte après implantation⁷⁸. La possibilité de cette double maternité biologique, génétique pour l'une et gestatrice pour l'autre, est très controversée et les problématiques qu'elle engendre se retrouve surtout sur le terrain juridique de l'établissement de la filiation.

III. Le droit d'accès aux origines

63. Enfin, l'accès de toutes les femmes à l'AMP soulève de nouveau la question cristallisée jusque-là, du maintien du principe de l'anonymat du tiers donneur et de la reconnaissance consécutive d'un droit de l'enfant à connaître ses origines. Certes, le sujet n'est pas récent et il est même commun à toutes les AMP exogènes. Mais il est, une fois encore, renouvelé dans ses termes et l'on s'interroge tant sur la légitimité et les conséquences des règles face à l'intérêt de l'enfant que sur le périmètre d'un droit à construire.

64. Lors des travaux préparatoires des lois du 29 juillet 1994, l'anonymat du donneur d'éléments ou de produits du corps humain a été présenté comme l'un des grands principes de la « bioéthique à la française »⁷⁹, corollaire des principes de gratuité et non-patrimonialité ; en sorte, le pivot indispensable pour dissocier complètement la partie donnée de la personne d'où elle provient. En matière de don de gamètes, l'anonymat est

⁷⁵ V. à ce sujet l'enquête qualitative menée par deux sociologues auprès de femmes françaises (en couple hétérosexuel ou célibataires) qui, s'étant adressées à des établissements situés hors du territoire national, ont eu le choix entre l'accueil d'embryon et le double don de gamètes, et ont très majoritairement opté pour la seconde solution : D. Mehl et M. Gross, *Infertilité : double don de gamètes ou don d'embryon ?*, Dialogue, 2018/4, n°222, Ed. Erès, pp. 93 à 106.

⁷⁶ CCNE, avis n° 90, *Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation*, 24 novembre 2005.

⁷⁷ Agence de biomédecine, *Rapport sur l'application de la loi de bioéthique*, janvier 2018, p.34.

⁷⁸ Une demande assez proche est également formulée par les personnes transgenres qui souhaiteraient pouvoir obtenir de manière uniforme des CECOS le prélèvement et la conservation de leurs gamètes avant d'entamer leur parcours de transition et en vue d'une AMP ultérieure. C'est notamment le cas pour une personne transgenre souhaitant, après interruption du traitement hormonal de substitution, faire conserver son sperme afin, après reprise du traitement, de recourir avec sa compagne à une insémination artificielle. Mais encore faut-il que la loi révisée de bioéthique autorise la possibilité pour le couple de femmes d'utiliser leurs propres gamètes.

⁷⁹ C. civ., art. 16-8 ; CSP., art. L. 1211-5.

justifié aussi pour les mêmes raisons. Le donneur ne fait que donner ses cellules et non engendrer ou construire une parenté (au moins la sienne). La connaissance de l'identité du donneur est en outre une atteinte à sa vie privée et à celle du couple bénéficiaire du don qui ne souhaite pas nécessairement que les conditions de conception de leur enfant puissent être révélées aux yeux de tous et avant tout à ce dernier. Enfin, en limitant l'AMP avec tiers donneur aux couples hétérosexuels inféconds, les structures de la parenté construites sur une filiation maternelle et paternelle indivisible et incontestable, sont préservées, même si c'est par le jeu d'une fiction.

65. Cette argumentation et le montage qu'elle a longtemps soutenu peuvent aujourd'hui difficilement subsister. Dans le contexte d'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes non mariées, il est peu aisé de maintenir une règle justifiée principalement par la logique de l'imitation de la nature et la préservation du secret de la conception et de la stérilité du père ou de la mère. Comment continuer à appliquer une telle règle dans des cas où la fiction et le secret ne peuvent cohabiter ?

66. La pertinence du dispositif juridique est également interrogée devant les revendications d'enfants qui à l'âge adulte recherchent leurs origines, allant pour certains jusqu'à se procurer sans grand frais et de manière illicite, un test génétique auprès de sociétés étrangères pour retrouver leur géniteur⁸⁰ (voire leurs « *diblings* », c'est-à-dire les « demi-sœurs et demi-frères génétiques ») et établir, comme l'exprimait Jean Hauser, une « généalogie de curiosité »⁸¹. Si les juridictions françaises se sont jusqu'à présent systématiquement prononcées contre toute possibilité de levée de l'anonymat du donneur⁸², la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme donne du crédit à ces quêtes d'identité, en reconnaissant sur le fondement de l'article 8 de la Convention un droit pour chacun d'établir son identité personnelle⁸³ ou encore un « intérêt vital » pour les « personnes essayant d'établir leur ascendance (...) à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle »⁸⁴, ce qui inclut le droit de connaître « l'identité des géniteurs »⁸⁵.

67. En cas de procréation exogène dans les couples de femmes ou pour les femmes seules, le droit d'accès aux origines personnelles a surtout pour utilité de compenser l'impossibilité juridiquement organisée pour l'enfant d'avoir une filiation paternelle et de s'inscrire dans une telle lignée. Dans l'esprit de la réforme, ce serait finalement la moindre des choses que de permettre à l'enfant de recueillir une fois majeur, certaines informations

⁸⁰ Il faut désormais compter sur le développement des tests ADN – interdits en France hors prescription médicale mais accessibles sur Internet –, ainsi que sur les grandes bases de données généalogiques internationales publiées en ligne, qui rendent de plus en plus hypothétique la garantie d'un anonymat total pour les donneurs. C'est d'ailleurs grâce à ces tests que plusieurs français, dont Arthur Kermalvezen, cofondateur de l'association Origines, ont retrouvé leur donneur depuis 2017.

⁸¹ J. Hauser, Assistance médicale à la procréation : dis-moi qui est mon père !, obs. sous CE, 12 novembre 2015, n°372121, RTD. civ. 2016, p.334.

⁸² CE, avis 13 juin 2013, n°362981, D. 2014, p.1176, obs. F. Granet-Lambrechts ; CE 10^e et 9^e ss. sect. N°372121, 12 novembre 2015, sur lequel J.-R. Binet, Insémination avec tiers donneur et droit à la connaissance des origines : l'enfant impensé du droit de la bioéthique, Dr. fam. 2016, étude 1. Dans un arrêt plus récent du 28 décembre 2017, le Conseil d'Etat a réaffirmé son refus à une nouvelle demande de levée de l'anonymat du donneur de gamètes, élément selon lui de « la conception française du respect du corps humain » : n° 396571.

⁸³ CEDH, 7 juillet 1989, *Gaskin c. Royaume-Uni*, série A, n° 160 p. 16.

⁸⁴ CEDH, 13 juillet 2006, *Jäggi c. Suisse*, n° 58757/00

⁸⁵ CEDH, 16 juin 2011, *Pascaud c. France*, n° 19535/08 ; CEDH, Gde Ch., 13 février 2003, *Odièvre c. France*, n°42326/98

non identifiantes relatives à son géniteur (caractéristiques physiques, profession, centres d'intérêt, etc.) voire si ce dernier est d'accord, d'obtenir la révélation de son identité.

68. Quelle que soit l'option retenue⁸⁶, l'inscription identitaire que permet la levée de l'anonymat du donneur ne peut être confondue avec l'inscription familiale induite de la reconnaissance légale de la filiation. L'accès aux origines doit en effet rester dissocié de l'établissement de la filiation et n'avoir aucune conséquence juridique en droit des successions. Ce point a été particulièrement souligné dans une contribution rédigée sous l'angle de la pratique notariale à l'occasion de l'audition en juin 2018 du Conseil supérieur du notariat devant le CCNE dans le cadre des États généraux de la bioéthique⁸⁷. En tant que juristes de proximité et interlocuteurs privilégiés des familles, les notaires prennent souvent part aux débats portant sur la bioéthique. Leur positionnement au cœur de la société leur permet de disposer de l'expérience nécessaire pour appréhender les questions éthiques, sociales et juridiques que soulève le développement des sciences de la vie et de la santé. Et les textes récents, comme l'illustre la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, ont étendu leurs compétences, leur laissant même l'exclusivité pour recueillir le consentement des couples (et bientôt des femmes seules) ayant recours à une AMP avec tiers donneur (C. civ., art. 311-20 ; CSP., art. L.2141-10) ou avec accueil d'embryon (CSP, art. L.2141-6)⁸⁸. Eux seuls ont également la charge d'informer sur les incidences de la procréation exogène, notamment l'impossibilité d'établir un lien entre l'enfant issu du don et le donneur et d'agir en responsabilité contre lui et de contester la filiation de l'enfant ou d'établir un autre lien de filiation. A ce titre, la profession notariale a rappelé régulièrement lors des travaux préparatoires de l'actuelle révision de la loi de bioéthique, son attachement au fait que l'identification du donneur ne doit pas remettre en cause la sécurité juridique et les droits préalablement établis⁸⁹.

⁸⁶ Initialement, deux options étaient envisagées avant l'adoption du projet de loi en Conseil des ministres le 24 juillet 2019. Selon la première option, le don était conditionné au fait que le donneur accepte avant même le don que l'enfant puisse, à sa majorité, accéder à son identité. Selon la seconde, la question de la levée de l'anonymat n'aurait été posée au donneur qu'au moment où l'enfant majeur en aurait fait la demande. Saisi d'une demande d'avis par le ministère de la Justice, le Conseil d'État a recommandé la seconde option, qui permet au donneur de livrer son consentement seulement à la majorité de l'enfant « à la lumière de ce que sera alors sa vie ». Elle présente selon lui « un plus juste équilibre des intérêts » de l'enfant « qui pourra dans tous les cas avoir accès à des informations non identifiantes » et du donneur qui est davantage protégé dans le respect de sa vie privée et familiale. La juridiction estime que cette solution prévient également mieux « le risque de décourager le don ». Selon l'étude d'impact, une levée partielle de l'anonymat (au bénéfice du seul enfant) a provoqué « une baisse ponctuelle des dons en Suède, Australie, en Finlande et en Russie » suivie dans deux de ces pays d'une augmentation à plus long terme : Etude d'impact, préc., p.161.

Le Conseil d'État reconnaît toutefois que cette solution soumet « l'enfant à un aléa » plutôt cruel : « Certains enfants auront accès à l'identité du donneur, d'autres non, alors même que les problèmes d'identité souvent rencontrés au moment de l'adolescence peuvent rendre cette quête nécessaire » : Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique, §. 26.

C'est l'une des raisons qui justifient que le projet de loi relatif à la bioéthique actuellement en discussion ait préféré la première option.

⁸⁷ N. Baillon-Wirtz, La contribution du notariat aux Etats généraux de la bioéthique, Defrénois, 2018, n°23, doct. p.27.

⁸⁸ N. Baillon-Wirtz, La loi du 23 mars 2019 et les nouvelles mesures de déjudiciarisation du droit des personnes et de la famille, RJPF 2019-5/1 ; Les nouvelles missions du notaire en droit de la filiation, avec la coll. de J. Combret, JCP N 2019, étude n°1156.

⁸⁹ N. Baillon-Wirtz, La contribution du notariat aux Etats généraux de la bioéthique, préc.

Section II. La procréation posthume

69. Un mort n'est pas en mesure d'engendrer un enfant. L'affirmation est logique. Elle est toutefois inexacte depuis que les progrès de la médecine, notamment des techniques de conservation des cellules par le froid, ont permis de dissocier la sexualité de la procréation.

Depuis longtemps, la problématique s'est concentrée sur le cas de la paternité *post mortem* qui vise le cas douloureux de la femme endeuillée dont le mari ou compagnon est mort après avoir déposé son sperme au CECOS ou contribué à la création d'embryons *in vitro* et qui souhaite malgré tout donner naissance à un enfant. Cette vision est incomplète car la maternité *post mortem* peut aussi donner lieu aux mêmes difficultés. Il suffit d'imaginer le cas d'un homme dont la femme est morte après avoir déposé ses ovules ou conçu des embryons *in vitro* et qui, grâce au concours d'une mère porteuse voire d'une nouvelle compagne (comme cela a été le cas en 2016 en Allemagne⁹⁰), espère encore devenir père.

Les affaires qui illustrent ce fait sont certes peu nombreuses mais suffisamment médiatisées pour avoir attiré l'attention des juristes à travers le monde ; en Angleterre notamment avec l'affaire *Blood*⁹¹ ou encore en Australie où des médecins ont pu prélever le sperme d'un homme décédé depuis 48 heures afin d'inséminer sa veuve⁹², ou enfin aux Etats-Unis où une femme anglaise de 60 ans a pu transférer les ovocytes congelés de sa fille décédée en 2011 des suites d'un cancer afin de devenir mère porteuse après fécondation⁹³.

70. En France, la question de la procréation posthume a été rendue célèbre par l'affaire *Parpaleix* qui avait donné lieu à un jugement du TGI de Créteil du 1^{er} août 1984 – qualifié à l'époque d'« historique »⁹⁴ – ordonnant la restitution à des fins procréatives de paillettes de sperme congelé à une veuve : « ni les conditions de conservation ou de remise du sperme d'un mari décédé, ni l'insémination de sa veuve ne sont interdites ou mêmes organisées par un texte législatif ou réglementaire (...) elles ne heurtent pas le droit naturel, l'une des fins du mariage étant la procréation »⁹⁵. Ce jugement, aussi audacieux soit-il, n'avait cependant pas résolu l'ensemble des interrogations que suscite l'admission d'une telle opération. De l'aveu même des juges, il ne pouvait être question de statuer de manière générale sur l'accessibilité à cette technique de procréation posthume ainsi que sur la filiation de l'enfant à naître. Ainsi que le soulignait un commentateur du jugement, « le tribunal a, semble-t-il, voulu dire que l'insémination *post mortem* n'était pas illicite

⁹⁰ La Cour d'appel de Karlsruhe devait en l'espèce apprécier le bien-fondé de la demande d'un homme de pouvoir transférer les embryons conçus avec sa première femme, entre temps décédée, dans le corps de sa seconde épouse. Sa demande a été rejetée : OLG Karlsruhe, Urteil vom 17.06.2016 - 14 U 165/15.

⁹¹ R. v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood [1997] 2. All ER 687, Court of Appeal. La décision judiciaire avait autorisé, en contradiction avec le droit britannique, l'exportation de gamètes du Royaume-Uni vers la Belgique à des fins d'insémination *post mortem*.

⁹² <http://www.bbc.com/future/story/20160518-the-moral-maze-of-using-a-dead-mans-sperm>, consulté le 19 juillet 2019.

⁹³ <https://www.bbc.com/news/health-37320466>, consulté le 19 juillet 2019. Récemment, en Chine, un enfant est né quatre ans après la mort de ses parents biologiques, ses grands-parents ayant pu récupérer un embryon pour l'implanter ensuite dans le corps d'une mère porteuse : <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2018/04/12/97001-20180412FILWWW00156-chine-un-bebe-nait-4-ans-apres-la-mort-de-ses-parents.php>, consulté le 13 avril 2018.

⁹⁴ F. Terré, Le Figaro, 2 août 1984, « Un mort pourra donner la vie ».

⁹⁵ TGI Créteil, 1^{er} août 1984, RTD. civ. 1984, p.703, obs. J. Rubellin-Devichi.

sans pour autant la qualifier de licite »⁹⁶, ce qui par la suite a laissé libre cours à des réactions contradictoires des juridictions. Ainsi un jugement du TGI de Toulouse du 26 mars 1991⁹⁷ adoptait, dans une affaire similaire, une solution radicalement opposée à celle de Créteil, puis, sur la question voisine du transfert *post mortem* d'embryons, un jugement du TGI d'Angers du 10 novembre 1992 reconnaissait la filiation paternelle d'un enfant né après transfert d'embryon deux ans après la mort du père⁹⁸, enfin l'affaire *Pirès* dans laquelle le TGI de Toulouse avait refusé un transfert *post mortem* d'embryons, approuvé ensuite par la Cour d'appel de Toulouse qui, par un arrêt du 18 avril 1994⁹⁹, avait même ordonné leur destruction avant que la Cour de cassation, par un arrêt du 9 janvier 1996 n'annule l'ordonnance de destruction tout en rejetant le reste du pourvoi¹⁰⁰.

71. Entre temps, la loi du 29 juillet 1994, confirmée depuis par les lois du 6 août 2004 et 7 juillet 2011, a exclu de manière générale la procréation assistée *post mortem*. Au motif que l'assistance médicale à la procréation doit satisfaire un projet parental, la loi ne distingue pas selon qu'il s'agit d'implanter dans le corps de la femme des échantillons de sperme ou un embryon conçu *in vitro*. L'interdiction résulte concrètement de la combinaison de deux règles : la première étant que les deux membres du couple doivent être vivants au moment du consentement et la seconde étant que ce même consentement se trouve privé d'effet en cas de décès.

72. Hormis l'argumentation juridique, on avance souvent au soutien du principe d'interdiction que la procréation posthume ne fait que satisfaire, sans tenir compte de l'intérêt de l'enfant, le désir égoïste émis soit par le conjoint survivant qui voit dans l'opération un moyen de perpétuer sa relation avec le défunt, soit par le donneur qui y trouve l'occasion de s'assurer une descendance posthume, participant d'une « entreprise d'immortalité contraire à l'ordre public »¹⁰¹.

73. N'intéressant qu'un faible nombre de situations concrètes¹⁰², la procréation posthume pose en outre de trop grandes difficultés d'adaptation avec le droit de la filiation et le droit des successions pour être admise. D'ailleurs, la profession notariale est depuis longtemps opposée tant à l'insémination qu'au transfert *post mortem* d'embryon¹⁰³. Selon elle, l'admission d'une procréation posthume remettrait en cause la règle de présomption de la période légale de conception (C. civ., art. 311) et celle selon laquelle est successible l'enfant né ou conçu au moment du décès de son parent (C. civ., art. 725). Cela aurait des conséquences sur les principes de dévolution successorale : incertitude liée à son calendrier, aux qualités respectives des différents successibles, remise en question des partages successoraux, etc. Tout dépendrait non seulement de la décision prise par le

⁹⁶ S. Corone, note ss. TGI Créteil, 1^{er} août 1984, JCP. G. 1984, II., 20321.

⁹⁷ TGI Toulouse, 26 mars 1991, JCP. G. 1992, II., 21807, note Ph. Pédrot.

⁹⁸ TGI Angers, 10 novembre 1992, RTD. civ. 1994, p.579, obs. J. Hauser.

⁹⁹ CA Toulouse, 18 avril 1994, JCP. G. 1995, II., 22472, note C. Neirinck.

¹⁰⁰ Cass. civ. 1^{re}, 9 janvier 1996, Defrénois 1996, art. 36300, p.532, note J. Massip.

¹⁰¹ J. Carbonnier, *Droit civil, Les personnes, Personnalité, incapacités, personnes morales*, PUF, coll. Thémis, 21^{ème} éd., 2000, p.47, n°20.

¹⁰² En 2011, le CCNE estimait que le nombre de demandes de transfert d'embryons *post mortem* était d'un ou deux par an en France mais que les demandes d'insémination *post mortem* pouvaient être plus élevées dans la mesure où elles seraient formulées à la suite d'une autoconservation de sperme avant traitement d'une maladie grave avec un risque vital pour le patient : Avis n°113 du 10 février 2011.

¹⁰³ #Familles #Solidarités #Numérique, *Le notaire au cœur des mutations de la société*, 113^{ème} Congrès des notaires de France, Lille, 17-20 septembre 2017, n°1939 ; P. Morin, L'interdiction opportune de l'implantation *post mortem* d'embryon, Defrénois 2004, 355.

survivant de recourir à l'AMP mais également, si c'est le cas, des chances de donner naissance à un enfant (vivant et viable de surcroît).

74. Une fois le principe d'interdiction affirmé par le législateur en 1994, les cas jurisprudentiels se sont taris et le sujet de la procréation posthume a été relativement délaissé par la doctrine¹⁰⁴. Ma thèse rédigée entre 1998 et 2004 et consacrée à la compréhension et l'appréciation des phénomènes d'interaction entre la famille et la mort, développait malgré tout très longuement les enjeux et les conséquences d'une admission éventuelle de la procréation posthume dans le cadre juridique en vigueur. La position alors retenue et que je maintiens depuis, était d'autoriser le transfert *post mortem* d'embryons et l'établissement d'un lien de filiation entre le géniteur décédé et l'enfant né de l'AMP, lui reconnaissant ainsi la qualité de successible. En revanche, l'interdiction de l'insémination artificielle *post mortem* devait selon moi subsister dès lors qu'il ne peut y avoir un lien de filiation juridiquement établi entre le défunt et un enfant qui n'est pas encore conçu au jour de son décès. En effet, dans cette hypothèse, la rencontre des gamètes, réalisant la fécondation, n'intervient que postérieurement au décès et il n'existe aucun lien biologique préexistant entre le défunt et l'embryon obtenu *post mortem* qui aspire à être légalement établi, une fois l'enfant né. C'était donc une opinion très réservée que j'avais alors en 2004 sur l'insémination artificielle posthume, contrairement à celle formulée au sujet du transfert d'embryons conçus antérieurement au décès¹⁰⁵.

75. En 2016, les réflexions autour de l'admission de la procréation *post mortem* ont été de nouveau alimentées par les affaires soumises à l'appréciation des juridictions administratives¹⁰⁶. Très commentée, la décision du Conseil d'Etat du 31 mai 2016 a beaucoup marqué les esprits en soutenant que l'interdiction du droit français porte « une atteinte manifestement excessive au droit au respect de la vie privée et familiale » de la requérante « protégé par les stipulations de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales » du fait des circonstances très particulières de l'espèce. Une femme de nationalité espagnole demandait en effet qu'on l'autorise à exporter vers l'Espagne les gamètes de son mari décédé, justifiant cette demande par le fait que la loi espagnole autorise l'insémination *post mortem* pendant les douze mois suivant le décès, qu'elle était retournée vivre dans son pays d'origine après son veuvage, et que son mari avait expressément autorisé l'insémination après son

¹⁰⁴ Les discussions ont repris surtout au début des années 2010. V. not. : V. Depadt-Sebag, La procréation *post mortem*, D. 2011, 2213 ; A. Mirkovic, Le désir d'enfant contrarié par la mort masculine ; la procréation *post mortem* en question, RLDC 2010, 76 ; G. Raoul-Cormeil, Le sort des embryons *in vitro*, *post mortem patris*, JCP. G. 2011, 608 ; N. Blanc, La procréation *post mortem* ouverte aux veuves ?, in *La procréation pour tous*, ss. la dir. de A. Marais, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p.43.

¹⁰⁵ Antérieurement à la loi du 7 juillet 2011 de révision de la bioéthique, le CCNE s'était aussi montré favorable, par quatre avis, à l'autorisation du transfert d'embryons *post mortem* : CCNE, Avis n° 40 du 17 décembre 1993, Avis sur le transfert d'embryons après décès du conjoint (ou du concubin) ; Avis n° 60 du 25 juin 1998, Réexamen des lois de bioéthique ; Avis n° 67 du 18 janvier 2001 ; Avis sur l'avant-projet de révision des lois de Bioéthique et Avis n° 113 du 10 février 2011, La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple.

¹⁰⁶ Ou plus récemment encore par la Cour européenne des droits de l'homme dans une décision du 5 décembre 2019 : *Petithory Lanzmann c. France*. En l'espèce, une femme souhaitait récupérer le sperme de son fils décédé aux fins d'inséminer une mère-porteuse en Israël. La Cour oppose à sa requête l'argumentation suivante : « Aussi respectable que soit cette aspiration personnelle à la continuité de la parenté génétique, la Cour ne saurait considérer qu'elle entre dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention. Celui-ci ne comprend pas le droit de fonder une famille et ne saurait englober, en l'état de sa jurisprudence, le droit à une descendance pour des grands-parents. »

éventuel décès¹⁰⁷. En autorisant l'exportation de gamètes en vue de pratiquer une AMP à l'étranger en dépit du décès de l'un des membres du couple, le Conseil d'Etat a fortement amoindri la portée de l'interdiction de la procréation *post mortem*. Dans son étude rendue en juillet 2018 « Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ? », il manifeste d'ailleurs clairement sa faveur pour la poursuite du projet parental malgré le décès de l'homme, sans avoir à distinguer la technique de l'insémination de celle du transfert d'embryon, dès lors que le père aurait préalablement donné son consentement à la réalisation d'une AMP *post mortem* et que la pratique serait encadrée dans le temps. Une telle solution consacrerait ainsi, selon le Conseil d'Etat, « le rôle accru reconnu à l'expression de la volonté en matière de filiation et de procréation »¹⁰⁸.

76. A cet égard, l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes non mariées rend l'interdiction plus difficilement justifiable encore. Autoriser la conception d'un enfant sans lignée paternelle relativise les obstacles à la conception d'un enfant dont le père est décédé. Le maintien de l'interdiction dans ce contexte aboutirait à la situation paradoxale selon laquelle une femme dont l'époux est décédé serait contrainte de renoncer à tout projet d'AMP avec les gamètes de ce dernier ou les embryons du couple, alors qu'elle serait autorisée à réaliser une AMP seule, avec tiers donneur.

77. Dans sa version adoptée par l'Assemblée nationale le 15 octobre 2019¹⁰⁹, le projet de loi relatif à la bioéthique maintient la condition tenant au fait d'être en vie au moment de la réalisation de l'AMP, ce qui écarte toute possibilité d'une procréation posthume. Mais le texte risque fort d'évoluer dans le sens d'une admission conditionnée, ce qui amènerait à une refonte importante du droit de la filiation et du droit des successions tant dans ses principes que dans ses applications pratiques (notamment pour la gestion, la liquidation et le partage des biens successoraux). Les consultations des instances notariales et les auditions devant les parlementaires me conduiront jusqu'à l'adoption définitive de la loi annoncée à l'été 2020, à analyser les enjeux et les risques des propositions soumises, à apprécier les conséquences de chacune d'elles et à m'interroger sur leur cohérence avec le droit de la famille non seulement par des motifs de pur droit mais aussi par un souci de bonne administration une fois ces règles appliquées sur le terrain. J'évoquerai de nouveau ces travaux et la contribution écrite qui suivra dans les propos conclusifs de la présente note de synthèse¹¹⁰.

CHAPITRE II. LE RECOURS À LA GESTATION POUR LE COMPTE D'AUTRUI

78. Parmi les techniques de procréation assistée, la gestation pour le compte d'autrui, que l'on raccourcit depuis plusieurs années par la formule moins incommode de GPA, est certainement la plus controversée et la plus clivante. Les discours sur le sujet portés par les médias ou lors d'événements publics, comme les travaux scientifiques révèlent

¹⁰⁷ CE 31 mai 2016, n°396848, Dr. fam. 2016, étude 15, J.-R. Binet. V. également : TA Rennes, 11 oct. 2016, n°1604451 et TA Toulouse, 13 oct. 2016, n°1405903.

¹⁰⁸ Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ? préc., p.71.

¹⁰⁹ Il en est de même dans le projet de loi adopté par le Sénat en commission spéciale le 8 janvier 2020.

¹¹⁰ V. *infra* n° 302 à n°304.

souvent des positions dichotomiques. Des voix divergentes se font entendre : celles de femmes qui agissent en tant que mères porteuses, celles d'universitaires qui évoquent leur faveur ou leur défaveur pour la pratique et celles de couples désireux de devenir parents à n'importe quel prix. La difficulté pour le juriste est de se positionner sur de tels sujets sans être ostracisé s'il ose affirmer dans les différentes sphères de parole les dangers de la GPA ou, dans une position radicalement inverse, s'il en fait l'éloge.

79. Ces dernières années, les travaux sur la GPA ont été nombreux. Divers articles, colloques et rapports scientifiques ont offert une analyse de la question d'un point de vue juridique¹¹¹, éthique¹¹² ou politique. En particulier et mis à part les avis du CCNE et du Conseil d'Etat, deux d'entre eux se distinguent. Le premier est le rapport rédigé en 2014 sous la direction d'Irène Théry et d'Anne-Marie Leroyer « Filiation, origines et parentalité »¹¹³. Il a notamment montré combien il est difficile d'avoir un débat élaboré sur la GPA et de trouver un consensus sur sa légalisation. Il n'a d'ailleurs abouti qu'à une seule proposition consistant à admettre la reconnaissance totale en France de la filiation de l'enfant né d'une gestation pour le compte d'autrui pratiquée à l'étranger. La seconde étude réalisée sous l'égide du Ministère de la Justice entre 2015 et 2018 et intitulée « Le droit à l'enfant et à la filiation en France et dans le monde »¹¹⁴, s'appuie notamment sur la jurisprudence, le droit comparé et des exemplaires de contrats de GPA (conclus pour la plupart aux États-Unis ou en Europe de l'Est) afin de discuter des questions de la reproduction humaine et de la filiation. Le groupe de travail dirigé par Clotilde Brunetti-Pons, maître de conférences HDR en droit privé de l'Université de Reims, et composé de juristes, médecins et sociologues a notamment prôné le maintien en droit français du principe de l'interdiction de la GPA et l'élaboration d'une convention internationale afin d'éviter une expansion excessive de ce marché. En tant que membre de ce groupe de travail, j'ai principalement analysé les incidences de la GPA sur le droit de la filiation. Ce sont ces recherches, une fois publiées, qui m'ont donné l'occasion d'intégrer en avril 2018 un groupe d'experts internationaux réunis sous les auspices du Centre de recherche sur la famille de l'Université *Nicolaus Copernicus* à Toruń en Pologne. La recherche menée jusqu'en avril 2019 sous la direction de Piotr Mostowik, professeur en droit privé à l'Université *Jagiellonian* à Cracovie et intitulée « Les procédures de gestation pour autrui à l'étranger et l'interdiction universelle de la traite des enfants - une approche multidisciplinaire », a eu pour objectif de présenter une étude approfondie sur la GPA dans une perspective mondiale en recourant à une approche multidisciplinaire du droit constitutionnel, international, privé et pénal, ainsi que ses

¹¹¹ V. not. : M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui, Fictions et réalité*, Fayard 2013 ; B. Feuillet-Liger, A. Aouij-Mrad, *Corps de la femme et biomédecine. Approche internationale*, (sous la dir. de), Collection Droit, bioéthique et société, éd. Bruylant, 2013 ; H. Fulchiron, J. Sosson, *Parenté, filiation, origine: le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruylant, 2013 ; F. Monéger, *Gestation pour autrui: Surrogate motherhood*, Société de législation comparée, (sous la dir. de), 2011 ; G. David, R. Henrion, P. Jouannet, C. Bergoignan-Esper (sous la dir. de), *La gestation pour autrui*, Académie de médecine, Lavoisier, 2011, p. 105 ; R. Sève, D. Fenouillet, *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, tome 57, éd. Dalloz, 2014.

¹¹² V. not. : S. Agacinski, *Corps en miettes*, éd. Flammarion, 2009 ; S. Dupont, *La famille aujourd'hui, entre tradition et modernité*, Ed. Sciences humaines, 2017 ; J.H. Déchaux, Les défis des nouvelles techniques de reproduction : comment la parenté entre en politique, in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, ss. la dir. de B. Feuillet-Liger et M.C. Crespo-Brauner, éd. Bruylant, 2014, pp. 313-335 ; J.F. Mattéi, De la gestation pour autrui, *Mélanges en l'honneur de G. Mémenteau, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, LEH Edition, 2016, pp. 271-280.

¹¹³ I. Théry et A.-M. Leroyer, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Ed. Odile Jacob, 2014.

¹¹⁴ *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde*, ss. la dir. de C. Brunetti-Pons, LexisNexis, 2018.

implications transfrontalières et la question de la reconnaissance des effets du droit et des procédures étrangers. La coopération avec l'Institut de la Justice de Varsovie a permis d'enrichir le contenu de la recherche de nouvelles études et d'organiser la tenue d'une conférence en septembre 2018 à laquelle j'ai participé et la publication en juin 2019 d'un ouvrage en anglais de plus de 1000 pages¹¹⁵.

80. Au sein de cette recherche collective, j'ai mené, dans une contribution écrite en anglais de 40 pages¹¹⁶ puis une présentation orale lors de la conférence finale regroupant les experts internationaux, une analyse d'ensemble de la GPA en France, substantiellement fondée sur les règles civiles et pénales applicables et le traitement accordé par les décisions judiciaires et administratives aux arrangements internationaux. Il a notamment été mis l'accent sur la difficulté à cerner, au-delà du principe d'interdiction en droit français affirmé à l'article 16-7 du Code civil, le sujet de la GPA qui s'est avec le temps décomposé en une multitude de problématiques annexes liées à l'externalisation de la pratique dans des pays qui l'autorisent : délivrance de documents de voyage pour l'enfant né à l'étranger d'une mère-porteuse ; délivrance d'un certificat de nationalité ; transcription à l'état civil français de l'acte de naissance ou du jugement étranger et reconnaissance ou non de ses pleins effets sur le droit de la filiation.

81. Ces difficultés pratiques que la jurisprudence a dû résoudre par à-coups ne doivent pas conduire à occulter la nature complexe de la GPA et le dépassement des limites de la procréation qu'elle entraîne. Longtemps le débat juridique s'est concentré sur la mise en jeu de principes généraux pour en justifier l'interdiction¹¹⁷ : l'indisponibilité de l'état des personnes et la non-commercialité du corps¹¹⁸ de la femme, alors considérée comme un objet gestationnel. Il y a encore vingt ans, la gestation pour le compte d'autrui était surtout perçue et présentée comme un moyen, exceptionnel, de pallier l'infécondité d'un couple, soit parce que la femme stérile ne pouvait procréer, soit parce qu'elle ne pouvait pas ou plus, sans risque pour sa santé ou celle de l'enfant à naître, assumer elle-même la gestation. Aujourd'hui, les cas de figure se sont non seulement élargis à d'autres demandes formulées dans l'axe d'une revendication égalitaire, par des couples de personnes de même sexe ou des hommes et femmes célibataires, mais se sont aussi externalisés hors de France en réponse à la prohibition que les lois « bioéthique » ont édictée et maintenue depuis, à l'article 16-7 du Code civil.

82. Ces demandes désormais plus variées et nombreuses alimentent un marché mondialisé dont personne ne peut nier le développement et les dérives. Elles soulèvent surtout des interrogations redoutables. Elles posent, d'abord, la question de l'exploitation des femmes dans un monde où la bioéconomie a plus de poids que la bioéthique et plus largement la question d'une justice reproductive globale reposant sur un système où majoritairement les capacités reproductives d'une femme pauvre sont utilisées au service de couples ou personnes aisées. Elles interrogent aussi sur la procréation et l'enfant qui en résulte dès lors que la GPA transforme la première en manufacture et le second en un « objet » manufacturé. Elles soumettent enfin les différents protagonistes aux règles du

¹¹⁵ *Fundamental legal problems of surrogate motherhood, vol. I., Global perspective*, ss. la dir. de P. Mostowik, IWS, Varsovie, 2019.

¹¹⁶ N. Baillon-Wirtz, *Surrogate motherhood in France : ethical and legal issues*, in *Fundamental legal problems of surrogate motherhood*, op. cit., pp.77-110.

¹¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 1989, *Alma mater* : D. 1990, p. 273, rapp. J. Massip. – Cass. ass. plén., 31 mai 1991 : D. 1991, p. 417, rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin.

¹¹⁸ V. not. : M. Gobert, *Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution)*, RTD. civ. 1992, p. 489 et s.

contrat, de la négociation assumée avec une femme sur les conditions précises de la conception de l'enfant qu'elle portera, de sa gestation, de l'emprise induite sur son corps et de l'abandon de ses droits maternels, une fois l'enfant né. Certes, quelques-uns estiment que le consentement de la femme efface le vice intrinsèque à l'opération contractuelle, au motif que l'expression de la volonté suffit à définir sa liberté, ou d'autres que son corps lui appartient et qu'en conséquence elle peut en disposer comme elle l'entend. Cependant, c'est oublier le paradoxe, pour reprendre les propos de Muriel Fabre-Magnan, que « si la liberté se satisfait de la possibilité de faire tous les choix, elle peut aussi, à la limite, servir à aliéner sa liberté ou à y renoncer »¹¹⁹.

Or, dans quelle mesure les femmes consentent-elles à ces contrats, en tant qu'expression de leur autonomie ou volonté personnelle et en ayant pleinement conscience des conséquences potentielles de leur action sur leur corps et leur santé ? Dans quelle mesure la conclusion de ces contrats est-elle influencée, notamment par des conditions contingentes et structurelles tels que la pauvreté, l'égalité économique, la pression familiale ou encore les discours présentant la GPA comme une forme d'altruisme par le « don de vie » ? La combinaison de ces influences amène généralement à la résolution d'un grand dilemme : la GPA peut-elle être éthique ? Est-il envisageable de l'encadrer selon des critères juridiques en conformité avec nos valeurs fondamentales ou est-ce impossible en l'état ? Il n'y a pas ici de réponse simple et la complexité des arguments en faveur d'une réponse positive ou négative ne saurait être reprise ici. Jusqu'à présent, et même si des considérations politiques feront contrepoids lors des discussions parlementaires de la réforme à venir, le CCNE comme le Conseil d'Etat estiment que l'on ne peut opposer la revendication d'une libre mise à disposition du corps au principe d'indisponibilité et que l'immixtion d'une monétisation – qu'elle survienne d'une rémunération ou d'une indemnisation – dans un domaine qui en principe l'exclut, pose problème¹²⁰.

83. La naissance de l'enfant issu de ce mode de procréation controversé renouvelle également les termes du débat, en soulevant des interrogations majeures que les législations ont peine à résoudre de manière cohérente, notamment lorsqu'elles touchent aux rapports de filiation et aux nouvelles formes parentales. Souvent, les discours énoncés marquent l'ambivalence du procédé et génèrent chez les principaux protagonistes des idées confuses et contradictoires : d'un côté, les parents d'intention estiment que le Droit n'a pas sa place dans l'intimité des relations affectives personnelles et qu'il ne doit surtout pas être un obstacle à leur désir d'enfant ; de l'autre, ils en appellent l'application une fois l'enfant né, pour que soient donnés forme et sens au lien généré et qu'un statut juridique, indifférencié de surcroît, lui soit reconnu. Or, le passage du désir d'enfant à la volonté d'établir la filiation ne peut s'opérer aussi aisément. « Il ne suffit pas de produire la chair humaine, encore faut-il l'instituer, c'est-à-dire nouer le biologique, le social et l'inconscient par des moyens juridiques qui fassent loi généalogique pour le sujet »¹²¹.

84. Ouvre-t-on ainsi une « boîte de Pandore » ? La question apparaît souvent dans ces termes. Certains le craignent, d'autant plus qu'une réforme des conditions d'accès à

¹¹⁹ M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, p.109. V. aussi : S. Agacinski, *L'homme désincarné. Du corps charnel au corps fabriqué*, Tracts, Gallimard, 2019, p.13.

¹²⁰ CCNE, avis n°126 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP), 15 juin 2017, p. 39 ; CCNE, avis n°129, contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019 ; CE, Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?

¹²¹ P. Legendre, *L'ineffable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, 1985, p. 10.

l'AMP voire une libéralisation des techniques de procréation, conduiraient nécessairement à revenir sur quelques grands principes de la bioéthique qui pour l'instant rassurent en donnant à la société civile des repères et des valeurs collectives.

Françoise Héritier, il y a quelques années, mettait en évidence le glissement du « droit à la vie » – principe éthique fondateur – au « droit de choisir librement les moyens de la donner »¹²². Ce glissement n'est pas innocent et le questionnement éthique qu'il suscite conduit à donner la priorité au projet parental plutôt qu'au statut de l'enfant.

¹²² F. Héritier, *Masculin/Féminin. La pensée de la différence*, Ed. Odile Jacob, 1996, p.280.

TITRE II. LA FILIATION ET LA PARENTÉ : VERS UNE RECONSTRUCTION DES RÈGLES

85. La filiation est une construction complexe et variable – construction sociale, construction symbolique, construction juridique –, définie comme une donnée naturelle, une condition originaire sur laquelle la société élabore ses fondements juridiques¹²³ ou, à l’opposé, détachée de la nature et structurée autour d’un acte volontaire constitutif. « Filiation biologique » - « filiation volontaire », « filiation naturelle » - « filiation artificielle », ces oppositions généralement reprises pour segmenter la filiation et distinguer ses modes d’établissement, sont toutefois perméables tant il existe de l’une à l’autre des passerelles. Même si le droit français donne prépondérance à la biologie et à la quête de vérité, la filiation est faite d’autres liens qui doivent être pris en considération : volonté personnelle, rapports affectifs et exigences sociales. Il faut également composer avec le développement de l’AMP qui transcende l’antinomie et donne naissance à de nouvelles formes de parenté¹²⁴.

86. Déjà en 1994, l’assimilation juridique entre l’engendrement et la filiation a été remise en question, l’enfant n’étant plus obligatoirement conçu dans le ventre de sa mère et les parents de l’enfant pouvant être plus de deux en présence d’un tiers donneur. La conception traditionnelle de la parenté et de la filiation en a été bouleversée. Cependant, le droit a composé avec cette dissociation engendrement/filiation et, par le truchement de ses règles, a malgré tout inscrit l’enfant dans un lien analogue à celui établi en cas de procréation naturelle¹²⁵. La filiation est ainsi restée liée à l’idée de la reproduction bisexuée et au principe que chaque enfant n’a qu’un seul père et qu’une seule mère.

87. En parachevant aujourd’hui cette dissociation entre la procréation et la sexualité par un libre accès de l’AMP aux couples de femmes et aux femmes célibataires, la parenté devient forcément plus « sociale »¹²⁶ et l’axe du droit de la filiation se déplace par le jeu des volontés individuelles. Ces configurations familiales où coexistent des géniteurs qui ne sont pas des parents et des parents qui n’ont pas nécessairement engendré l’enfant, amènent à dépasser la conception biologique de la parenté au profit d’une conception élective fondée sur le projet parental. C’est l’avènement d’un modèle de parenté où chacun est tenté d’inventer sa façon d’être parent, de se construire « parent ».

88. Positionnement de mes recherches. Ces aspirations interpellent la construction et l’organisation des liens de parenté et de filiation. Elles obligent à en revoir les fondements et à déconstruire les règles de leur établissement. Dans le cadre des travaux menés de 2015 à 2018 sur le thème du « droit à l’enfant » et la filiation en France et dans le

¹²³ V. not. : *Les fondements de la filiation*, ss. la dir. d’A. Dionisi-Peyrusse et L. Mauger-Vielpeau, Institut Universitaire Varenne, Coll. Colloques et Essais, 2017.

¹²⁴ V. récemment sur le sujet : C. Pérès, Lien biologique et filiation : quel avenir ?, D. 2019, p.1184.

¹²⁵ C. civ., art. 311-20.

¹²⁶ G. Delaisi de Parseval, « To FIV or not to FIV » : les enjeux psychiques de l’AMP, in *La maîtrise de la vie, Les procréations assistées interrogent l’éthique et le droit*, ss. la dir. de L. Khaïat et C. Marchal, Erès, Toulouse, 2012, p.49, spéc., p.56.

monde¹²⁷, mes recherches ont porté sur la condition juridique de l'enfant issu d'une gestation pour le compte d'autrui pratiquée à l'étranger, en tentant, sur des fondements jurisprudentiels incertains, de dégager pour certains éléments de son état, les modalités de réception de sa filiation créée à l'étranger (Chapitre I). A partir de ces travaux, j'ai mené une réflexion plus large sur les moyens d'aménager le droit français de la filiation et les bouleversements qu'il devrait supporter¹²⁸, notamment dans le cadre de la réforme législative qui s'annonce à la faveur de l'extension des conditions d'accès à l'AMP (Chapitre II).

CHAPITRE I. LA FILIATION DE L'ENFANT À L'ÉPREUVE DE LA GESTATION POUR LE COMPTE D'AUTRUI

89. S'il n'y a pas, en matière de filiation, de véritable vide juridique affectant le statut des enfants nés de gestation pour le compte d'autrui notamment réalisée à l'étranger, il n'en est pas moins vrai que le droit positif, qui n'a pas été conçu pour répondre à tous les désirs et revendications minoritaires¹²⁹, est aujourd'hui inadapté. On ne peut pas en réalité le lui reprocher, tant les combinaisons parentales, que la gestation pour le compte d'autrui génère, sont multiples. La maternité est dissociée, éclatée en ses aspects génétique, utérin et socio-affectif ; la paternité l'est aussi en cas d'utilisation des gamètes d'un tiers donneur. La conjonction des manipulations biologiques à raison de l'utilisation du corps et des gamètes d'autrui et du morcellement de la maternité et de la paternité qui en résulte bouleverse les représentations fondamentales de la parenté et de la filiation. Les réponses à des questions élémentaires « qui est le père ? Qui est la mère ? » deviennent complexes, variables et incertaines¹³⁰ puisque, selon les cas, jusqu'à six acteurs peuvent être invités sur la scène procréative : un père génétique et une mère génétique fournissant les gamètes, une mère gestatrice et éventuellement son conjoint, une mère et un père intentionnel, tous étant amenés à jouer un rôle différent dans la venue de l'enfant.

90. Pendant longtemps, les fonctions de conception, de mise au monde et d'éducation de l'enfant ont été exercées par les mêmes personnes. Aujourd'hui, elles peuvent être

¹²⁷ *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le Monde*, ss. la dir. de C. Brunetti-Pons, préc. ; *Quel statut juridique pour l'enfant ? Assistance médicale à la procréation, gestation pour le compte d'autrui*, ss. la coord. de C. Brunetti-Pons, préc..

¹²⁸ N. Baillon-Wirtz, *La contribution du notariat aux Etats généraux de la bioéthique*, Defrénois, 2018, n°23, doct. p.27.

¹²⁹ Autrement dit, selon les mots du doyen Carbonnier : « sous catégorielles » : J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, LGDJ-Lextenso, coll. « Anthologie du droit », 2014, p. 102-103 : « Les lois étant faites pour la société, il est logique de poser en thèse générale que c'est la constatation d'une nécessité sociale qui provoque le législateur à légiférer, mais le droit civil de la famille offre à ce sujet, une singularité trop rarement relevée. C'est que le besoin de lois, dans ce domaine, du moins dans la plupart des secteurs de celui-ci, ne monte pas de la société globale, ni même de l'ensemble des familles, mais d'une fraction marginale d'entre elles. (...) Les demandes que reçoit ici le législateur sont des demandes sous-catégorielles, partiales, mal contrôlées par une société globale prompte à s'attendrir. Ce qui ne veut pas dire qu'elles ne méritent pas scrupuleuse attention ».

¹³⁰ J.-L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme : de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, préc., p. 218.

« diffractées »¹³¹ entre plusieurs individus. Quelle filiation instituer face à ces formes de « pluriparenté » et « pluricorporéité »¹³² ? La question est essentielle, mais sa réponse est « techniquement redoutable »¹³³ puisqu'elle suppose de choisir parmi les fondements de la filiation – la biologie, la volonté et l'affection – celui qui semble être le meilleur pour construire le lien juridique.

91. La prohibition actuelle de la procréation et de la gestation pour le compte d'autrui sur le territoire français a jusqu'à récemment amené les autorités judiciaires à éluder ce choix. Qu'il s'agisse d'un enfant né d'une gestation pour le compte d'autrui pratiquée en France ou à l'étranger, la réponse de la Cour de cassation fut invariablement d'interdire l'établissement du lien de filiation entre l'enfant né et ses parents d'intention. A ainsi été exclu le recours à l'adoption, que celle-ci soit plénière¹³⁴ ou simple¹³⁵, à la possession d'état, jugée équivoque en raison de la fraude à la loi invoquée¹³⁶ ainsi qu'à la reconnaissance par la mère d'intention¹³⁷ et même par le père biologique¹³⁸.

92. Face à une mobilité croissante des individus mettant à profit les disparités législatives des États afin d'obtenir légalement ce qu'ils ne peuvent avoir dans leur propre pays, cette position de repli sur le principe d'ordre public et la fraude à la loi peut être vaine, notamment lorsqu'elle veut faire barrage aux effets d'une situation légalement constituée à l'étranger. Elle se confronte surtout à l'intérêt supérieur de l'enfant de voir sa filiation reçue et définitivement établie en France, intérêt que les parents d'intention mettent systématiquement en avant lors des procès, à côté de leur droit de mener une vie familiale normale.

93. Si une législation qui interdit tout donne ainsi un certain confort à celui qui l'applique, elle ne peut pour autant le dispenser de réfléchir sur les conséquences de cette prohibition une fois le fait accompli. Certes, il n'est jamais aisé de reconnaître des effets à des situations juridiques que l'on déclare illicites pour éviter qu'elles ne se produisent. Mais la position est difficilement supportable à l'épreuve de législations qui admettent la gestation pour le compte d'autrui, en encadrent la pratique et offrent à l'enfant un lien de filiation juridiquement établi avec le ou les parents qui ont voulu sa naissance.

94. Quel peut être alors le degré d'accueil du droit français à l'égard d'une filiation établie en contradiction avec ses principes ? Même si, du fait au Droit, des déperditions sont toujours inévitables, deux alternatives sont possibles pour « légitimer » l'enfant : la réception, d'une part, ou l'assimilation complète de sa filiation, d'autre part. Les récentes

¹³¹ A. Fine, Avoir deux pères ou deux mères : révolution ou révélation du sens de la filiation ?, in I. Théry (ss dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, EHESS, coll. « Cas de figure », 2013, spéc. p. 118.

¹³² X. Dijon, Chronique d'une avalanche annoncée : les présupposés philosophiques de la gestation pour autrui, in G. Schamps et J. Sosson (ss coord.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruylant, 2013, p. 61, spéc. p. 84.

¹³³ D. Fenouillet, *L'assistance médicale à la procréation. Propos introductifs*, in *La famille en mutation*, préc., p. 277.

¹³⁴ Cass. ass. plén., 31 mai 1991, D. 1991, 417, rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin.

¹³⁵ Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1994, RTD. civ. 1994, 842, obs. J. Hauser.

¹³⁶ Cass. 1^{re} civ., 6 avril 2011, 3 arrêts, n^{os} 10-19.053, 09-66.486 et 09-17.130, D. 2011, 1585, obs. F. Granet-Lambrechts.

¹³⁷ CA Rennes, 4 juillet 2002, D. 2002, p. 2902.

¹³⁸ Cass. 1^{re} civ., 13 septembre 2013, 2 arrêts, n^{os} 12-18.315 et 12-30.138, D. 2013, 2384, note M. Fabre-Magnan. – H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, Dans les limbes du droit. À propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse, D. 2013, 2349. – Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2014, n^o 13-50.005, D. 2014, 905, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon.

décisions rendues tant par les juridictions administratives que par les juridictions judiciaires ont tenté d'apporter des solutions pour définir la condition des enfants qui leur ont été présentés, en tentant, sur des fondements incertains, de dégager, pour certains éléments de leur état, des modalités de réception de leur filiation créée à l'étranger (Section I). Cependant, la réponse, si elle n'a pas toujours été cohérente, est également insuffisante pour assurer à l'enfant le maintien dans tous les cas de sa relation avec les parents d'intention (Section II).

Section I. La réception en France de la filiation créée à l'étranger

95. Qu'il soit question du statut personnel de l'enfant et de la loi applicable à une action introduite devant une juridiction française pour établir le lien de filiation ou qu'il s'agisse de reconnaître en France des effets à une situation valablement constituée à l'étranger, le juge doit, dans un cas comme dans l'autre, fixer le seuil de tolérance des règles issues de la législation étrangère dans l'ordre juridique français. Or, dans un contexte rendu difficile par le débat sur la légitimation indirecte d'une pratique prohibée, celui-ci est fréquemment confronté à l'absence de repères précis. Les affaires portées ces dernières années à la lumière des discussions illustrent la difficulté à circonscrire le champ d'approbation des règles et procédures étrangères, notamment lorsqu'elles ont des effets concrets sur le territoire français. Elles concernent des enfants qui, n'étant pas responsables de la situation créée, ont droit à un état civil qui ne soit pas entaché du soupçon et démontre les liens familiaux avec ceux qui ont voulu sa naissance.

96. Selon l'article 47 du Code civil : « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenues, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». Comme l'acte de l'état civil français, celui qui est dressé à l'étranger est un instrument de preuve de l'état de l'enfant et il n'est rien d'autre. Il ne fait la preuve que d'un état existant à l'étranger et ne permet pas d'affirmer à lui seul que cet état est valable ou reconnu en France.

97. Reste à savoir si, pour produire des effets sur notre territoire, il est nécessaire que la validité ou la reconnaissance de l'état constaté y soit confirmée. La question se pose à chaque moment du parcours du ou des parents d'intention dans leurs rapports avec l'administration, qu'il s'agisse pour l'enfant d'obtenir un document de voyage, d'acquérir la nationalité française ou de voir transcrire l'acte étranger attestant de sa naissance sur les registres d'état civil français.

Jusqu'à récemment, la réponse variait selon les circonstances et la demande formulée. Certains effets ont en effet été reconnus sur la seule foi de l'acte étranger¹³⁹. C'est le cas

¹³⁹ La reconnaissance de ces effets a été principalement abordée dans ma contribution incluse dans les travaux menés sur le « droit à l'enfant » : N. Baillon-Wirtz, La filiation de l'enfant à l'épreuve de la gestation pour le compte d'autrui, in *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le Monde*, préc., pp.223-244.

pour l'obtention d'un document de voyage¹⁴⁰ et d'un certificat de nationalité française¹⁴¹. D'autres, en revanche, n'étaient obtenus que sous la condition que l'état qu'il constate soit conforme à la réalité biologique. C'est la solution qu'avait retenue la Cour de cassation pour la transcription de l'acte civil étranger dans les registres français et qu'elle a depuis abandonnée par plusieurs décisions du 4 octobre 2019 et du 18 décembre 2019¹⁴², après une évolution jurisprudentielle qui a largement été abordée dans mes contributions sur la GPA¹⁴³ mais qui ne sera pas reprise ici.

98. En principe, la transcription d'un acte d'état civil étranger n'est pas une simple opération de consignation sur les registres français d'un acte élaboré par un officier public ou un juge étranger. Elle consiste dans l'établissement d'un acte d'état civil conçu pour assurer une représentation fidèle des faits perçus par le Droit¹⁴⁴. Lorsque l'acte d'état civil français évoque les parents et notamment la mère, il désigne, en conformité avec les principes traditionnels du droit de la filiation, la femme qui accouche. Autrement dit, la mère qui est mentionnée dans l'acte de naissance français ne peut être que celle qui a été la gestatrice et non la mère d'intention. L'acte étranger voit alors sa force probante déniée lorsque les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la vérité. Ce principe de véracité a notamment conduit la Cour de cassation à juger en 2015 puis en 2017, au visa de l'article 47 du Code civil, que le recours à une gestation pour le compte d'autrui à l'étranger ne suffit pas à faire obstacle à la transcription de l'acte de naissance étranger, le refus ne pouvant être fondé que sur l'irrégularité de l'acte, sa falsification, ou le constat que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité¹⁴⁵.

99. Ainsi, selon cette interprétation de l'article 47, les actes d'état civil dressés à l'étranger peuvent être transcrits sur les registres français d'état civil dès lors que l'homme qui y est mentionné en qualité de père est le père biologique de l'enfant et que la femme qui est déclarée être la mère de l'enfant est bien celle qui a accouché. Si, en revanche, la filiation mentionnée dans les actes de naissance étrangers ne correspond pas à la vérité biologique, l'acte ne peut en principe être transcrit. Tel est le cas lorsque le père déclaré dans l'acte n'est pas le père biologique de l'enfant ou lorsque la mère déclarée n'est pas celle qui a accouché¹⁴⁶, quand bien même elle serait la mère génétique de l'enfant pour avoir fourni ses gamètes.

¹⁴⁰ CE, ord., 4 mai 2011, n° 348778, RJPF 2011-11/36, obs. I. Corpart ; CE, ord., 8 juillet 2011, n° 350486, RJPF 2011-11/36, obs. I. Corpart ; CE, ord., 3 août 2016, n° 401924, Dr. fam. 2016, comm. 202, obs. H. Fulchiron.

¹⁴¹ Circ. n° NOR JUSC1301528C, 25 janvier 2013, relative à la délivrance des certificats de nationalité française : *BO Justice* n° 2013-01, 31 janvier 2013, p. 1. V. à ce sujet : J.-R. Binet, Circulaire Taubira. Ne pas se plaindre des conséquences dont on chérit les causes, JCP. G. 2013, 161. V. également : CE, 12 décembre 2014, n°s 367324, 366989, 366710, 365779, 367317 et 368861 ; TA Paris, 15 avril 2016, n°s 1502403/6-1 et 1502405/6-1. – TA Paris, ord., 19 avril 2016, n°s 1604232/9-1 et 1604226/9-1.

¹⁴² Cass. Ass. plén. 4 octobre 2019, n°10-19.053 ; Cass. civ. 1^{ère}, 18 décembre 2019, n° 18-11.815 (GPA), n° 18-12.327 (GPA) ; Cass. civ. 1^{ère}, 18 décembre 2019, n° 18-14.751 et n°18-50.007 (AMP).

¹⁴³ N. Baillon-Wirtz, La filiation de l'enfant à l'épreuve de la gestation pour le compte d'autrui, in *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le Monde*, préc., pp.223-244.

¹⁴⁴ B. Ancel, L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée, in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de P. Courbe*, Dalloz, 2012, pp. 1-9, spéc. p. 4.

¹⁴⁵ Cass. ass. plén., 3 juillet 2015, n°s 14-21.323 et 15-50.002, RTD. civ. 2015, 581, obs. J. Hauser.

¹⁴⁶ CA Rennes, 7 mars 2016, H. Fulchiron, GPA : une nouvelle lecture *a minima* des arrêts *Labassée* et *Menesson*, Dr. fam. 2016, étude 9 ; Cass. 1^{ère} civ., 5 juillet 2017, n°s 16-16.901 et 16-50.025.

100. Récemment, l'avis de la CEDH du 10 avril 2019 relatif à la reconnaissance en droit interne du lien de filiation entre un enfant né d'une GPA pratiquée à l'étranger et la mère d'intention¹⁴⁷, a confirmé les solutions dégagées en 2017 par la Cour de cassation. Selon la Cour européenne, le droit au respect de la vie privée de l'enfant ne requiert pas que la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger en ce qu'il désigne cette dernière comme étant la mère légale¹⁴⁸. Cette reconnaissance peut être effectuée par une autre voie, telle l'adoption de l'enfant par la mère d'intention. Ce raisonnement a d'ailleurs été reconduit le 19 novembre 2019 par la CEDH¹⁴⁹, celle-ci ayant jugé irrecevable la demande de transcription à l'égard de la mère d'intention, au motif que la France, en ouvrant la possibilité aux parents d'intention de recourir à l'adoption, satisfait deux critères essentiels à ses yeux : l'« effectivité » et la « célérité » pour garantir le droit au respect de la vie privée de l'enfant. La Cour estime en effet que, « dans les circonstances de la cause, ce n'est pas imposer aux enfants concernés un fardeau excessif que d'attendre des requérants qu'ils engagent maintenant une procédure d'adoption à cette fin. Elle observe notamment qu'il résulte des éléments produits par le Gouvernement que la durée moyenne d'obtention d'une décision n'est que de 4,1 mois en cas d'adoption plénière et de 4,7 mois en cas d'adoption simple. Dans ces circonstances, la Cour conclut que le refus des autorités françaises de transcrire les actes de naissance étrangers des enfants requérants sur les registres de l'état civil français pour autant qu'ils désignent la mère d'intention comme étant leur mère n'est pas disproportionné par rapport aux buts poursuivis. »

101. En dépit de cette argumentation, la Cour de cassation a infléchi sa position, d'abord le 4 octobre 2019 dans l'affaire *Menesson*, en reconnaissant la validité de l'acte étranger pour la mère « en l'absence d'autres voies », parce que les enfants étaient depuis devenues majeures ; « dans le cas d'espèce, seule la transcription des actes étrangers permet de reconnaître ce lien dans le respect du droit à la vie privée des enfants », puis le 18 décembre 2019 par plusieurs décisions relatives à la GPA et aussi à l'AMP réalisée à l'étranger par un couple de femmes. La Cour de cassation va ici bien plus loin que la CEDH en décidant que les parents de même sexe d'un enfant né à l'étranger par GPA ou par AMP peuvent demander la transcription totale de l'acte d'état civil étranger s'il est conforme au droit local. L'évolution en la matière est majeure et elle s'explique avant tout par les incohérences et limites des conditions de la réception de la filiation créée à l'étranger telle qu'elles étaient précédemment posées par la jurisprudence.

¹⁴⁷ CEDH, gr. ch., avis consultatif, 10 avril 2019, n° P16-2018-001, D. 2019. 1084, note H. Fulchiron. La Cour a été saisie dans le cadre du réexamen de l'affaire *Menesson* par la Cour de cassation (Cass., ass. plén., 5 octobre 2018, n° 10-19.053, D. 2019. 663, obs. F. Granet-Lambrechts). Il s'agit ici de la première application par la Cour de cassation du Protocole n°16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entré en vigueur le 1^{er} août 2018.

¹⁴⁸ La transcription partielle ne semble donc pas contraire à l'article 8 de la Convention européenne. Par conséquent, les recours ayant été opérés devant la Cour européenne sur ce fondement ne devraient pas prospérer : V. CEDH 10 avril 2018, n° 17348/18, *Maillard e.a. c/ France* ; 4 janvier 2018, n° 1462/18, *Braun c/ France* ; 2 mars 2018, n° 11288/18, *Saenz et Saenz Cortes c/ France*.

¹⁴⁹ CEDH, 19 novembre 2019, n° 1462/18 et n° 17348/18, *C. c/ France* et *E. c/ France*.

Section II. Une réception incohérente et limitée

102. Peut-on à la fois respecter le principe de prohibition de la gestation pour le compte d'autrui et assurer à l'enfant qui en est issu le maintien de sa relation avec le parent d'intention ? La lecture restrictive des arrêts *Menesson* et *Labassée* de la Cour européenne oblige à renouveler la réflexion dans un contexte juridique qui privilégie la vérité biologique sur la réalité sociale. Or, donner du crédit à la seule filiation biologique conduit à évacuer trop facilement les ambivalences et difficultés qui ne manquent pas d'apparaître, notamment dans le contexte plus général des ruptures familiales en présence desquelles l'enfant se trouvera quel que soit son âge.

103. **Incohérences.** Dans un droit qui permet l'adoption, donne généralement effet aux reconnaissances de complaisance, affirme le rôle de la possession d'état et admet la procréation artificielle avec donneur, il peut paraître incongru d'instituer une action générale tendant à faire coïncider la filiation avec la vérité biologique pour pouvoir rendre inopérant, en cas de gestation pour le compte d'autrui, l'argument de la fraude à la loi et préserver l'identité de l'enfant.

Il n'y a pas non plus une grande cohérence à exiger la vérité biologique lorsqu'aucun moyen n'est mis en œuvre pour la vérifier. Fallait-il, comme cela a été suggéré¹⁵⁰, conditionner la transcription de l'acte étranger à la réalisation d'une expertise biologique judiciairement établie ? Cette condition n'a pas été retenue par la Cour de cassation en 2017¹⁵¹ au motif notamment qu'il n'est pas possible, en l'état des règles procédurales, d'ordonner une expertise biologique à l'occasion d'une demande de transcription.

Toutefois, admettre la transcription, comme le faisaient jusque-là les juges, sur le simple constat que l'acte étranger précise que le père de l'enfant est le père biologique relève plus de la présomption de véracité que la vérité elle-même. Par ailleurs, une quasi-certitude ne met pas l'enfant à l'abri d'une éventuelle action en contestation de sa filiation.

104. Il est également ambivalent de valoriser ainsi la donnée biologique pour le père tout en la cachant pour la mère porteuse qui est aussi la mère biologique ou en la déniait pour la mère d'intention qui a utilisé ses propres ovocytes, au motif que dans la logique de l'assistance médicale à la procréation, le fait pour la mère d'intention d'utiliser ses gamètes ne lui confère aucun droit (puisque le don d'ovocyte exclut l'établissement de la filiation). Et que la transcription de l'acte de naissance de l'enfant qui désigne comme sa mère une femme qui n'a pas accouché est inenvisageable car la désignation ne correspond pas à la réalité des faits qu'il énonce et tombe pour cause de supposition d'enfant¹⁵².

105. La focalisation sur la réalité biologique peut aussi s'avérer arbitraire dès lors qu'on prétend l'ériger en règle de droit. Si le principe est de ne donner effet qu'aux filiations reposant sur une vérité biologique, il suggère qu'il est plus facile d'obtenir la transcription d'un acte d'état civil étranger déclarant comme parents un homme célibataire avec une mère porteuse que la transcription d'un acte de naissance, voire d'une décision judiciaire déclarant deux parents d'intention. Il aboutit surtout à fragiliser l'état de l'enfant dont la filiation ne rejoint pas la vérité biologique. Auparavant théorique, l'hypothèse est

¹⁵⁰ J.-Cl. Marin, avis, p. 55-56, ss. Cass. ass. plén., 3 juillet 2015, n^{os} 14-21.323 et 15-50.002.

¹⁵¹ V. not. Cass. 1^{re} civ., 5 juillet 2017, n^o 15-28.597.

¹⁵² En cas de fausse déclaration à la naissance, l'intéressée encourt les pénalités prévues à l'article 227-13 du Code pénal sanctionnant « la substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant ».

désormais ordinaire, notamment lorsque les intéressés recourent au service d'une mère porteuse dans les pays où les procédures sont moins réglementées. L'affaire *Paradiso et Campanelli* contre *Italie* en a donné une parfaite illustration¹⁵³.

106. **Limites.** En se plaçant du point de vue des intérêts particuliers, on constate que le raisonnement qui consiste à réduire la filiation à sa composante biologique pour justifier la transcription de l'acte étranger a des limites. La première tient à la transcription elle-même, dont la fonction se réduit aux seuls enjeux probatoires. Comme précédemment rappelé, la transcription d'un acte étranger sur les registres d'état civil et la reconnaissance de la filiation qu'il atteste en droit français ne peuvent être confondues¹⁵⁴. Si la transcription présente l'avantage de dissimuler les circonstances de la conception et de la naissance de l'enfant en fournissant aux intéressés des actes de l'état civil français, elle ne garantit aucunement la stabilité de son état (même si contester la filiation de l'enfant après avoir admis l'inscription de l'acte étranger serait incohérent).

La seconde limite est que l'opposition apparente entre la filiation biologique et la filiation intentionnelle amène nécessairement à un traitement différencié des parentés, paternelle et maternelle. Si celui-ci peut être vécu par les parents comme une forme de discrimination à leur égard¹⁵⁵ et une atteinte à leur droit à une vie familiale, il touche surtout l'intérêt supérieur de l'enfant et son droit au respect de son identité. Le problème se pose de manière plus pressante encore lorsque l'enfant a été engendré grâce aux gamètes du couple. Comme précédemment relevé, les arrêts *Labassée* et *Menesson* de la Cour européenne n'imposaient pas que soit consacrée la parenté d'intention en tant que telle. Cependant, la possibilité de rattacher l'enfant à ceux qui en sont les auteurs à défaut d'en être les géniteurs s'inscrit dans la recherche d'un équilibre entre le respect des grands principes défendus par l'État et la protection des intérêts individuels¹⁵⁶. Même si la Cour ne l'exige pas expressément, elle souligne que le fait pour les enfants « de ne pas être identifiés en droit français comme étant les enfants »¹⁵⁷ de leurs parents d'intention a des conséquences sur leurs droits, notamment ceux qui trouvent leur source dans le lien de filiation. Si la voie de la transcription et celle de l'établissement automatique du lien de filiation se ferment à la mère d'intention, celle-ci n'a aucun autre titre que celui établi à l'étranger, à l'égard de l'enfant qu'elle entretient et éduque. Comment alors composer en pratique avec les règles de l'autorité parentale, qu'elles portent sur la personne de l'enfant ou sur l'administration et la jouissance de ses biens, notamment dans un contexte de séparation, et garantir à l'enfant un environnement stable et favorable à son développement ? La question se pose en des termes identiques en cas de décès du parent biologique durant la minorité de l'enfant et il est peu probable que les propositions faites

¹⁵³ CEDH, 27 janvier 2015, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie* : D. 2015, 702, obs. F. Granet-Lambrechts ; CEDH, 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, n°25358/12.

¹⁵⁴ H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Menesson et Campanelli-Paradiso de la Cour EDH*, *Rev. crit. DIP* 2015, p. 1 et s.

¹⁵⁵ À titre d'illustration, les mères d'intention n'ayant pas été enceintes et n'ayant pas accouché ne peuvent bénéficier de la protection prévue par la directive n° 92/85/CEE du 19 octobre 1992 visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, dont l'objet est de protéger la mère dans la situation spécifique de vulnérabilité découlant de sa grossesse : CJUE, 18 mars 2014, aff. C-363/12 et C-167/12.

¹⁵⁶ H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Menesson et Campanelli-Paradiso de la Cour EDH*, préc.

¹⁵⁷ CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, *Menesson c/ France*, § 98 ; CEDH, 26 juin 2014, n° 65941/11, *Labassée c/ France*, § 77.

dans le passé¹⁵⁸ d'appliquer, au profit de celui-ci et du parent d'intention survivant, les règles de la tutelle ou de la délégation de l'autorité parentale¹⁵⁹, suffisent à lui donner un statut respectant ses droits fondamentaux. Qu'en sera-t-il enfin à la mort de la mère d'intention ? Se référant au rapport rendu en 2009 par le Conseil d'État¹⁶⁰, la Cour européenne a relevé qu'« en l'absence de reconnaissance en France de la filiation établie à l'étranger à l'égard de la mère d'intention, l'enfant né à l'étranger par gestation pour autrui ne peut hériter d'elle que si elle l'a institué légataire, les droits successoraux étant alors calculés comme s'il était un tiers (...), c'est-à-dire moins favorablement ». Or, selon elle, « il s'agit là aussi d'un élément lié à l'identité filiale dont les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger se trouvent privés »¹⁶¹.

107. Certes, en 2017, la Cour de cassation a laissé ouverte la voie de l'adoption¹⁶², pourtant longtemps restée close¹⁶³. Se fondant sur la règle interne selon laquelle l'adoption doit être conforme à l'intérêt de l'enfant (C. civ., art. 353 et 361), sur le principe de primauté de son intérêt supérieur dans toutes les décisions qui le concernent (CIDE, art. 3, § 1), ainsi que sur le droit de l'enfant au respect de sa vie privée et familiale (Conv. EDH, art. 8), elle a affirmé que le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux ou l'épouse du père, de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant. Il est ainsi permis à l'enfant d'être rattaché aux deux membres du couple (peu importe qu'ils soient de même sexe ou de sexe différent) par la reconnaissance d'un lien de filiation biologique pour l'un et par une filiation adoptive pour l'autre.

Dans son avis du 10 avril 2019, la CEDH constate aussi que l'adoption, s'agissant de la reconnaissance du lien de filiation entre la mère d'intention et l'enfant, peut servir convenablement l'intérêt supérieur de ce dernier, à la condition toutefois que le droit interne garantisse l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre. Or, il n'est pas certain que ces conditions soient aujourd'hui satisfaites en droit français, notamment s'agissant de la célérité puisque l'établissement du lien suppose le prononcé d'un jugement qui n'est jamais rendu dans un bref délai. Faire de l'adoption un « moyen indifférencié »¹⁶⁴ d'établissement de la filiation et l'aménager de telle façon qu'elle devienne l'attelle¹⁶⁵ d'un mode de procréation qui reste illicite en France n'est pas forcément la meilleure solution. La démarche, si elle est sécurisante, ne masque pourtant pas les difficultés à vouloir adapter le droit commun de la filiation à ces nouvelles formes de parenté. Comme le soulignait justement Jean Hauser, « toute la question est de savoir si les différents “bricolages”, présents et à venir, des autorités françaises, seront considérés comme permettant une vie familiale suffisante ou s'il faut aller plus loin »¹⁶⁶. Aller plus loin, c'est sans nul doute la voie choisie par la Cour de cassation dans ses arrêts du 18 décembre

¹⁵⁸ V. not. le rapport du Conseil d'État, *La révision des lois de bioéthique*, Doc. fr., 2009, pp. 63-66.

¹⁵⁹ Le Conseil d'État, dans le rapport rendu en 2009 sur la révision des lois de bioéthique, proposait de mettre en jeu les règles de la délégation-partage. V. égal. : Rapp. Sénat n° 409, Y. Détraigne et C. Tasca, 17 février 2016, « Défendre les principes, veiller à l'intérêt de l'enfant. Quelles réponses apporter au contournement du droit français par le recours à l'AMP et à la GPA à l'étranger ? ».

¹⁶⁰ *La révision des lois de bioéthique*, op. cit.

¹⁶¹ Arrêt *Mennesson*, § 98 ; arrêt *Labassée*, § 77.

¹⁶² Cass. 1^{re} civ., 5 juillet 2017, n° 16-16.455, n°s 15-28.597 et 16-16.901.

¹⁶³ Cass. ass. plén., 31 mai 1991, préc.

¹⁶⁴ J. Hauser, Libres propos, in *La famille en mutation*, préc., p. 373, spéc. p. 375.

¹⁶⁵ V. à ce sujet : J. Hauser, L'adoption est-elle devenue le *factotum* de la filiation ?, JCP. G. 2012, doct. 1429.

¹⁶⁶ J. Hauser, Libres propos, in *La famille en mutation*, préc., p. 373, spéc. p. 375.

2019 et par le législateur dans le projet de loi relatif à la bioéthique, lequel engage de nouveau, par l'extension des conditions d'accès de l'AMP, les réflexions sur les fondements de la filiation et interpelle la construction et l'organisation des liens de parenté.

CHAPITRE II. VERS UNE NOUVELLE FILIATION ?

108. Lors des discussions précédant le vote de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, la question de la filiation et de la parenté s'est posée de manière vive et les débats auxquels elle a donné lieu manifestent très certainement la relation ambivalente que la société entretient avec l'institution tant dans sa dimension charnelle que dans sa dimension instituée. La filiation est ainsi devenue comme une mise à l'épreuve pour le juriste, l'amenant à résoudre une épineuse interrogation : comment ne pas renier l'institution tout en validant et satisfaisant les volontés individuelles de couples qui en accédant au mariage, souhaitent aussi fonder une famille, avoir leurs propres enfants et les voir reconnaître comme tels ?

109. La voie choisie en 2013 a été celle d'un double compromis en fondant la parenté sur le lien électif que crée l'adoption et en formalisant dans un article 6-1 du Code civil, ajouté au titre préliminaire du Code civil et présenté comme une « disposition-balai », le choix de ne pas modifier les règles d'établissement de la filiation¹⁶⁷.

110. Aujourd'hui, la thématique de la filiation et de la parenté anime de nouveau les discussions. La récente jurisprudence de la Cour de cassation et la révision de la loi de bioéthique conduisent à réinterroger nombre de choix retenus par le législateur depuis 1994. Dans l'ensemble, si beaucoup s'accordent sur le fait qu'il faille aménager le droit de la filiation, tout en ayant conscience des bouleversements qu'il devrait supporter, il reste à déterminer la direction à prendre : soit de rester dans le cadre délimité et connu du droit de la filiation et de ses modalités d'établissement (Section I), soit de s'aventurer vers un statut spécial autonome où la filiation serait conforme au projet parental (Section II).

¹⁶⁷ Sous l'angle normatif, ce choix a été critiqué par la doctrine au motif que de telles dispositions perturbent la cohérence interne de cette division introductive du Code qui ne traite que de la loi (publication, effets et application) et comprend des dispositions matériellement de nature constitutionnelle (ex : art. 2 et l'application de la loi dans le temps) : V. not. : C. Pérès, L'article 6-1 du code civil : heurs et malheurs du titre préliminaire, D. 2013, p.1370. Sur le fond, la mesure ainsi rédigée « Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre Ier du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe », rend l'essentiel du Livre Ier et du Livre III du Code applicables aux couples de personnes de même sexe. Seul le titre VII du Livre Ier relatif à la filiation reste exclu.

Section I. L'adaptation du droit de la filiation ?

111. Le droit de la filiation peut-il être commun à tous ; autrement dit répondre à la spécificité des nouvelles formes de filiation ? En l'état, la réponse est négative car le Titre VII du Livre Ier du Code civil relatif à la filiation a été principalement pensé et conçu à partir d'une filiation issue de l'engendrement par procréation charnelle. Déjà en 1994, la conjonction des manipulations biologiques de la parenté à raison du don de sperme, d'ovocytes et d'embryons a conduit le législateur à forcer les règles à l'intérieur du système général de la filiation charnelle en rattachant l'enfant à l'homme ou à la femme qui n'est pas son parent biologique puis en fermant les possibilités de contester sa filiation et de l'établir à l'égard du donneur dont l'identité est occultée. De même, depuis 2013, pour les couples de même sexe, la filiation ne se conçoit qu'à partir du mariage et se cantonne à l'adoption, laquelle est traitée dans un Titre VIII spécifique.

112. Une adaptation des règles semble donc nécessaire, tant pour la filiation biologique (I) que la filiation adoptive (II), mais ce choix n'est pas neutre eu égard aux perspectives et enjeux.

I. L'adaptation des règles de la filiation biologique

113. Le Titre VII du Livre Ier du Code civil nous permet de passer de l'un à l'autre des pôles constitutifs de la filiation qui oscillent entre fait biologique et volonté de créer du lien. Les grandes réformes du droit de la filiation, dont l'ordonnance du 4 juillet 2005, ont laissé une large place non seulement à la vérité biologique, en particulier pour la filiation maternelle qui s'établit par l'acte de naissance nommant la femme qui a accouché, mais aussi à la vraisemblance. Ainsi, la paternité s'établit en l'absence de contestation, par la présomption de paternité s'il est marié, par la reconnaissance ou par la possession d'état.

114. Toutefois, la difficulté est que ces modes d'établissement de la filiation reposent malgré tout sur une conception biologique de l'institution et manifestent le rôle de la vérité biologique « en tant que fondement explicite ou sous-jacent des règles »¹⁶⁸. Un tel fondement, même s'il n'est pas unique et absolu, est inconciliable avec les nouvelles formes de filiation qui ne reflètent ni vérité ni vraisemblance. Le constat est le même aussi bien pour l'enfant né de deux femmes à la suite d'une AMP avec tiers donneur que pour celui issu d'une GPA pratiquée à l'étranger.

115. L'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et la situation juridique de l'enfant né d'une GPA à l'égard de ses parents d'intention conduisent à envisager plusieurs options dont les répercussions sur les modes d'établissement de la paternité et de la maternité varient. Celles-ci ont notamment été évaluées dans plusieurs consultations que j'ai rendues au nom de la profession notariale lors des travaux préparatoires à la réforme de la bioéthique devant le CCNE en 2018¹⁶⁹.

¹⁶⁸ F. Terré, Ch. Goldie-Genicon, D. Fenouillet, *Droit civil, La famille*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2018, p.389, n°433.

¹⁶⁹ V. not. ma contribution écrite qui fait la synthèse des positions du notariat sur le sujet de la filiation dans le cadre de la révision de la loi bioéthique : N. Baillon-Wirtz, La contribution du notariat aux Etats généraux de la bioéthique, Defrénois, 2018, n°23, doct. p.27.

116. S'agissant de **la paternité**, l'adaptation des modalités de son établissement est celle qui poserait le moins de difficultés. Le cas se limite ici à la GPA pratiquée à l'étranger qu'elle soit initiée par un couple de sexe différent, de même sexe ou un homme célibataire. En effet, on présente désormais comme obsolète l'analyse de la Cour de cassation selon laquelle la reconnaissance faite par le père biologique devait être annulée et la possession d'état considérée comme viciée au motif que la fraude corrompt tout. Si la Cour européenne, aux termes des arrêts *Menesson* et *Labassée*, n'a pas entendu imposer à la France de reconnaître la filiation établie à l'étranger en vertu d'une loi qui autorise la gestation pour le compte d'autrui et en aménage les conséquences, elle n'admet pas cependant que le lien entre l'enfant et le père biologique n'ait pas été reconnu « à l'occasion de la demande de transcription des actes de naissance » et que « sa consécration par la voie de la reconnaissance de paternité ou de l'adoption ou par l'effet de la possession d'état » se soit heurtée « à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation ». « En faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation ».

117. Dès lors, la filiation paternelle peut être établie, dans le cadre d'une gestation pour le compte d'autrui, par la voie de la reconnaissance ou de la possession d'état lorsqu'elles sont conformes à la réalité biologique¹⁷⁰, voire, comme certains le proposent par analogie avec les règles relatives à l'AMP avec tiers donneur¹⁷¹, par le biais d'une action judiciaire dans l'hypothèse où le parent biologique renoncerait à établir un lien et exécuter les obligations qui en résultent. Rappelons, en revanche, que la présomption de paternité ne peut ici être appliquée, faute de pouvoir relier l'enfant né à l'épouse du père biologique.

118. La solution est en revanche plus compliquée à mettre en œuvre dans deux hypothèses pour lesquelles les modes légaux de la filiation charnelle ne sont pas transposables, sauf à les modifier en profondeur. C'est le cas, tout d'abord, du père d'intention qui n'est pas le père biologique, l'enfant ayant été conçu avec le sperme d'un tiers. Un acte de reconnaissance non conforme à la vérité biologique, comme un acte de notoriété qui constaterait la possession d'état à l'égard de l'enfant pourraient aisément être contestés, ce qui heurterait le droit de l'enfant à disposer d'un état stable. C'est

¹⁷⁰ Une autre option consisterait à ne pas accepter la transcription des actes d'état civil étrangers, mais à autoriser l'établissement de la filiation revendiquée par une procédure judiciaire. Cette proposition, émise au Sénat par M. Détraigne et M^{me} Tasca dans leur rapport, ouvrirait à l'enfant, et à lui seul, le bénéfice d'une action en recherche de paternité et en recherche de maternité, dans les conditions actuelles du Code civil. « Ceci lui imposerait de prouver sa filiation biologique avec son père d'intention. En revanche, sa filiation vis-à-vis de la mère désignée dans l'acte de naissance ne pourrait être établie qui si cette dernière est bien celle qui en a accouché. Ce dernier point est tout à fait essentiel, car il permet de garantir que la prohibition civile de la GPA sera respectée, puisque la filiation maternelle d'intention ne pourra être établie. Dans le cas d'un couple d'hommes, la filiation d'intention du compagnon du père biologique ne pourra non plus être établie sur la base de cette action en recherche de filiation ».

¹⁷¹ C. civ., art. 311-20. – J. Hauser, *La gestation pour autrui : aspects juridiques et éthiques*, in P. Muzny (ss dir.), *La liberté de la personne sur son corps*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, p. 85, spéc. p. 100 : « Tout cela conduira à reposer la question de l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi né d'une femme qui n'entendait pas l'assumer et de parents d'intention... qui n'ont plus d'intention ». – H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Menesson et Campanelli-Paradiso de la Cour EDH*, préc.

ensuite le cas de l'acte de naissance étranger qui désigne, conformément à la loi de l'État l'ayant établi, deux hommes en qualité de parents de l'enfant.

119. La question de l'établissement juridique de la filiation de l'enfant se pose en des termes très différents pour **la maternité**. Dans la plupart des systèmes juridiques occidentaux, et aussi loin que l'on puisse remonter dans le temps, la filiation maternelle s'ordonne autour du principe essentiel selon lequel l'accouchement désigne la mère¹⁷² : *Mater semper certa est*.

120. *Dans le cas où l'enfant est né d'une gestation pour le compte d'autrui*, il en résulte l'impossibilité pour la mère d'intention non seulement de le reconnaître comme sien¹⁷³, même lorsqu'elle en est la mère génétique, mais aussi d'arguer de l'existence d'une possession d'état, celle-ci étant viciée par la nullité de la convention de gestation pour le compte d'autrui et par l'accouchement d'une tierce femme¹⁷⁴.

Il faudrait, en réalité, que le Droit puisse composer avec un volontarisme exacerbé : d'un côté, la volonté de la mère gestationnelle d'abandonner l'enfant qu'elle a porté et de récuser l'établissement de la filiation à son égard et de l'autre, la volonté de la mère d'intention de fonder sa maternité autrement que par la définition traditionnelle.

121. Peut-on éliminer ce facteur biologique de l'accouchement qui fait aujourd'hui la maternité ? On pourrait imaginer que ce fait ne soit plus qu'une présomption de maternité qu'il serait possible, par exemple, d'écarter au moins lorsqu'il y a une coïncidence entre la génétique et l'intention, et ce au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant et de son droit au respect de son identité. Dans le prolongement de cette proposition, il serait ainsi possible à la mère d'intention si l'enfant a été conçu grâce à ses ovocytes et porté par une autre, de le reconnaître et d'éviter une éventuelle contestation du lien puisque la reconnaissance serait ici conforme à la vérité biologique.

Il pourrait aussi être de nouveau envisagé de recourir à la possession d'état depuis que la Cour de cassation a abandonné, pour la filiation de l'enfant issu d'une gestation pour le compte d'autrui, la théorie de la fraude à la loi. Comme le soulignent certains auteurs, le lien de filiation pourrait être établi par ce biais dans des hypothèses où l'adoption ne pourrait pas jouer¹⁷⁵. Néanmoins il resterait fragile, puisque la possession d'état est avant tout admise comme présomption de la vérité biologique. La Cour de cassation l'a d'ailleurs rappelé dans sa décision *Menesson* du 4 octobre 2019 : « la possession d'état, à supposer que les conditions légales en soient réunies, n'offre pas une sécurité juridique suffisante dans la mesure où elle peut être contestée en application des articles 335 et 336 du Code civil¹⁷⁶ ».

¹⁷² Certes, la filiation résulte de la seule désignation du nom de la mère dans l'acte de naissance (C. civ., art. 311-25), mais cette mention est faite sur la base de l'accouchement : V. sur à ce sujet : N. Baillon-Wirtz, L'établissement de la filiation maternelle par l'acte de naissance, Présentation de l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, JCP N 2005, étude n°1491.

¹⁷³ C. civ., art. 332.

¹⁷⁴ Il en va de même de l'établissement de la maternité en justice qui suppose la preuve de l'accouchement (C. civ., art. 325).

¹⁷⁵ F. Terré, Ch. Goldie-Genicon, D. Fenouillet, *Droit civil, La famille*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2018, p.861, n°851. Il est vrai que la possession d'état peut être utile mais elle ne peut être la solution idoine dans tous les cas. C'est notamment ce qu'a rappelé la Cour de cassation dans un avis du 7 mars 2018. Un lien de filiation ne peut être établi, par la possession d'état, à l'égard du concubin de même sexe que le parent envers lequel la filiation de l'enfant est déjà établie : Cass. civ., 1^{ère}, avis n°15003.

¹⁷⁶ Cass. Ass. plén. 4 octobre 2019, n°10-19.053.

122. *Dans le cas où l'enfant est né de deux femmes ayant eu recours à une AMP exogène*¹⁷⁷, la situation est assez similaire car les modes d'établissement de la filiation prévus au titre VII ne permettent un rattachement juridique qu'à la femme qui lui a donné naissance. Pour l'autre femme, seul le recours à l'adoption, sous réserve que le couple soit marié, est possible.

L'une des options envisagées pour adapter le droit de la filiation à l'ouverture en France de l'AMP aux couples de femmes, consisterait à étendre les dispositions du titre VII et à permettre l'établissement par la voie de la reconnaissance ou de l'acte de notoriété constatant la possession d'état voire, comme c'est déjà le cas en droit québécois¹⁷⁸ et en droit anglais¹⁷⁹, un établissement automatique de la filiation par le jeu d'une présomption – présomption de co-parenté ou de co-maternité¹⁸⁰. Cette option n'a pas été retenue par le législateur à l'occasion de la révision de la loi de bioéthique car elle encourt deux critiques régulièrement reprises. On lui reproche, en premier lieu, d'accentuer l'in vraisemblance des liens ainsi institués¹⁸¹ et, en second lieu, de faire perdre au titre VII sa cohérence d'ensemble¹⁸². Comme nous le verrons ultérieurement, une autre solution a été privilégiée¹⁸³.

II. L'adaptation des règles de la filiation adoptive

123. La finalité de l'adoption a fortement évolué depuis que la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe leur a corrélativement permis d'adopter un enfant. L'adoption a ainsi rendu possible ce que des parents de même sexe ne pouvaient jusque-là obtenir. Depuis, une assistance médicale à la procréation faite à l'étranger ou non, avec un don de gamètes ou pas, en couple ou en tant que célibataire, peut être suivie d'une procédure d'adoption en France par la conjointe de la mère, sans que l'on puisse y opposer la fraude et relever les circonstances entourant la procréation de l'enfant. L'adoption n'est donc plus seulement une fin pour l'enfant ; elle est aussi un moyen pour le parent d'intention de se lier avec lui.

124. Le parent d'intention de l'enfant né à la suite d'une gestation pour le compte d'autrui peut également s'appuyer sur l'adoption. Certes, en 1991, la Cour de cassation avait exclu qu'il puisse adopter l'enfant au motif que « cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa

¹⁷⁷ Le cas de la femme seule ayant recouru à une AMP n'implique pas d'aménagement particulier du droit de la filiation. L'article 311-25 du Code civil s'applique ici dans les conditions de droit commun.

¹⁷⁸ Code civil québécois, art. 538.3.

¹⁷⁹ Art. 42, *Human Fertilisation and Embryology Act*, 2008.

¹⁸⁰ Des groupes de travail et associations ont évoqué la possibilité de revoir la notion de présomption de paternité (C. civ., art. 312) qui pourrait alors devenir une double présomption de paternité (dans les couples composés d'hommes) ou de maternité (dans les couples composés de femmes), voire une présomption de parenté : V. notamment : *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, ss. la dir. de I. Théry et A.-M. Leroyer, 2014, p.171. Le rapport a d'ailleurs exclu le recours aux présomptions dans le cadre d'une AMP exogène.

¹⁸¹ Rapport d'information déposé par la mission d'information sur la révision de la loi relative à la bioéthique, n°1572, t. I, janvier 2019, p.81. Le rapport reprend notamment les critiques formulées par I. Théry et A.-M. Leroyer in *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, préc., V. not. p.195 et s.

¹⁸² CE, Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?, préc., p.61.

¹⁸³ V. *infra* n°138 et n°295 et s.

mère » et « portant atteinte au principe de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », si bien que ce processus constituait un « détournement de l'institution de l'adoption »¹⁸⁴. Dans un de ses arrêts du 5 juillet 2017¹⁸⁵, la Cour de cassation s'est ouvertement détachée de sa jurisprudence passée en affirmant que : « Le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux du père, de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ». La Cour de cassation a également considéré, dans les deux arrêts rendus le même jour et relatifs à la transcription de la filiation maternelle¹⁸⁶, que la femme d'un couple ayant eu recours à la gestation pour le compte d'autrui peut adopter l'enfant dont la filiation ne sera reconnue en France qu'à l'égard de son mari. L'enfant peut ainsi être rattaché aux deux membres du couple (peu importe qu'ils soient de même sexe ou de sexe différent) par la reconnaissance d'un lien de filiation biologique pour l'un et par une filiation adoptive pour l'autre. Cette solution permet à l'enfant d'être juridiquement lié au parent d'intention ; toutefois cela reste dans les limites de ce que permettent les règles de l'adoption dans le cadre unique du mariage.

125. Dès lors, est-ce bien suffisant ? Si la loi (pour les couples de même sexe) et la Cour de cassation (en 2017 pour la GPA) l'ont admis dans le cas où l'enfant est accueilli au sein d'un couple marié dont l'un des membres est le parent biologique, la finalité et les règles de l'adoption empêchent, en l'état, d'y trouver une solution adéquate.

126. Étendre l'institution consiste, tout d'abord, à revenir sur l'idée que l'adoption doit être conçue comme une « imitation de la nature »¹⁸⁷ et un remède pour donner des parents à un enfant qui n'en a pas¹⁸⁸. Si l'argument est souvent avancé pour démontrer combien l'adoption est inadaptée à rendre compte de toutes les hypothèses de détournement de la filiation biologique¹⁸⁹, il n'est plus retenu aujourd'hui par la Cour de cassation. Telle est l'orientation retenue dans ses deux avis du 22 septembre 2014 concernant l'adoption de l'enfant par l'épouse de la mère¹⁹⁰.

127. Aménager l'adoption oblige ensuite à réviser les conditions de sa légalité, soit de manière générale soit en introduisant des dispositions spécifiques à la situation de l'enfant conçu par assistance médicale à la procréation, notamment lorsque sa naissance a été

¹⁸⁴ Cass. ass. plén., 31 mai 1991, préc.

¹⁸⁵ Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2017, n° 16-16.455.

¹⁸⁶ Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2017, n°s 15-28.597 et 16-16.901.

¹⁸⁷ A. Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, n°217, p.289.

¹⁸⁸ CEDH, 26 févr. 2002, *Fretté c/ France*, n°36515/97 : l'adoption consiste à « donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille ».

¹⁸⁹ J.-L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme : de quel droit ?*, *Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, préc., p. 229. V. égal. pp. 212-213 : « Nul n'a songé à ce que des enfants puissent ou doivent être procréés en vue de l'adoption. Celle-ci concerne des enfants nés, non des enfants à naître ».

¹⁹⁰ Avis n° G1470006 et avis n° J1470007, 22 sept. 2014 : *Dr. famille* 2014, comm. 42, C. Neirinck : « Le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption par l'épouse de la mère de l'enfant né de cette procréation dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ».

voulue par un ou deux parents d'intention qui n'ont avec lui aucun lien biologique (comme dans l'affaire *Paradiso et Campanelli*¹⁹¹)¹⁹².

Cela impliquerait ainsi de ne plus réserver l'adoption au couple marié, l'enfant n'étant pas responsable de la nature du lien qui unit ses parents d'intention. Aujourd'hui, le rattachement juridique de l'enfant au concubin ou au partenaire du parent biologique n'est pas envisageable. La Cour de cassation l'a encore rappelé dans un arrêt du 28 février 2018, en relevant que l'adoption plénière de l'enfant par la concubine de la mère biologique effacerait le lien de filiation avec cette dernière, « qui n'y avait pas renoncé, ce qui serait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant »¹⁹³. Beaucoup appellent donc de leur vœu une réforme des conditions d'accès de l'adoption qui ne soient plus dépendantes du mariage, mais ouvertes à l'image des règles de l'AMP, à toutes les formes d'unions.

128. Il faudrait également revoir la condition de consentement du parent d'origine et écarter la condition d'agrément.

Les modalités du contrôle judiciaire pourraient être modifiées, soit en le supprimant (au prix de la disparition de toute évaluation sérieuse de l'intérêt de l'enfant et avec le risque que cela ne facilite les arrangements directs et conventions privées au mépris de l'ordre public), soit en le transformant en un contrôle social de critères d'opportunité appréciés à l'aune de l'intérêt de l'enfant (au risque, cette fois, de conférer au juge le pouvoir de délivrer des « permis de procréer »)¹⁹⁴. A notre sens, il serait malvenu de revenir sur les modalités du contrôle judiciaire et les tentatives de déjudiciarisation que connaît le droit de la famille depuis quelques années, ne devraient pas ici prospérer. L'adoption doit continuer à être subordonnée à la vérification *in concreto* de sa conformité à l'intérêt de l'enfant. La Cour d'appel de Paris a d'ailleurs donné une récente illustration de l'utilité du contrôle judiciaire, dans un arrêt du 30 janvier 2018¹⁹⁵ par lequel elle a refusé l'adoption plénière par le conjoint du père au nom de l'intérêt de l'enfant né à la suite d'une gestation pour le compte d'autrui. Certes, les juges n'excluent pas, par principe, toute possibilité d'adoption plénière par le conjoint du parent biologique. Mais ils exigent un minimum d'informations sur la naissance et la mère biologique, notamment la preuve que cette dernière a volontairement renoncé à établir un lien de filiation avec l'enfant.

129. Mais, avant de s'engager dans la voie de la refondation de l'adoption, il faut être conscient de ses limites. L'adoption est-elle vraiment l'outil idoine ? On peut en douter¹⁹⁶. Il est en effet difficile d'imaginer, dans une société qui accorde tant de place au fait biologique, que la mère d'intention, dans le cadre d'une GPA, soit amenée à adopter l'enfant issu de ses gènes. Le recours à l'adoption conduit également à accentuer la différence entre la parenté biologique et la parenté d'intention qui ne peuvent s'établir de manière simultanée et à relever l'ambiguïté de la nature de la filiation maternelle et les

¹⁹¹ CEDH 24 janv. 2017, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, n°25358/12.

¹⁹² Certaines législations ont fait le choix de conjuguer la gestation pour le compte d'autrui à des procédures d'adoption simplifiées. C'est le cas du droit anglais selon lequel les parents peuvent introduire dans les six mois de la naissance de l'enfant une requête devant le juge (*parental order*) pour voir établir le lien de filiation à l'égard de l'enfant né d'une mère porteuse : L. de Saint-Pern, *Le droit anglais*, in *La famille en mutation*, préc., p. 413, spéc. p. 421.

¹⁹³ Cass. civ. 1^{re}, 28 février 2018, n°17-11.069.

¹⁹⁴ J.-L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, préc., p. 213.

¹⁹⁵ CA Paris, 30 janvier 2018, n°16/18614.

¹⁹⁶ Le rapport de la mission d'information du Sénat rendu en 2016 sur les délocalisations procréatives rejette ainsi le recours à l'adoption : Rapp. Sénat n° 409, Y. Détraigne et C. Tasca, 17 févr. 2016, *Défendre les principes, veiller à l'intérêt de l'enfant. Quelles réponses apporter au contournement du droit français par le recours à l'AMP et à la GPA à l'étranger ?*

conditions de la conception de l'enfant ; bref, à réintroduire le soupçon dans un contexte où l'adoption est présentée par la jurisprudence récente comme le moyen indifférencié de construire ou de reconstruire la filiation d'intention. Enfin, et comme l'a relevé la Cour de cassation dans la décision *Menesson* du 4 octobre 2019, l'adoption est un processus long qui dans certaines situations et « au regard du temps écoulé depuis la concrétisation du lien » entre le parent d'intention et l'enfant, peut emporter « des conséquences manifestement excessives en ce qui concerne le droit au respect de la vie privée » de ce dernier¹⁹⁷.

Devant ces limites, une autre solution serait de créer un régime autonome d'établissement du lien et de consacrer de nouvelles formes de parenté *sui generis*.

Section II. La reconnaissance juridique d'une parenté volontaire

130. Doit-on admettre dans tous les cas que la filiation soit conforme au projet parental ? La réponse est difficile tant elle affecte l'intérêt et l'égalité des enfants, l'intérêt et l'égalité des femmes et des hommes et les modèles juridiques et sociaux de la famille. Outre qu'elle amène à mettre sur le même plan la parenté d'intention et l'engendrement charnel, elle aboutit à régler de manière autonome le statut de l'enfant issu d'une gestation pour le compte d'autrui et de celui né d'une AMP exogène au sein d'un couple de femmes ou d'une femme non mariée.

131. Mais, puisque l'adoption et les règles de la filiation par le sang s'adaptent difficilement à la dissociation de la maternité et aux revendications individuelles dont la marge d'expression n'est plus circonscrite, l'institution d'une filiation dédiée pourrait être envisagée, cela d'autant plus pour un enfant né d'une gestation pour le compte d'autrui, dont la mère a renoncé à ses droits, et qui n'a d'autre filiation possible que celle désignée dans la convention. Certains avancent ainsi, par analogie avec la possession d'état, qu'il n'y a pas lieu à distinguer entre celui qui a donné ses gamètes ou sa chair et celui qui a souhaité fonder une famille et assumer la charge de l'éducation¹⁹⁸.

132. Une solution déjà suggérée dans le passé serait de créer une filiation unilatérale qui ne profiterait qu'à l'enfant et non aux parents d'intention, à l'image du mariage putatif qui ne produit d'effet qu'à l'égard de l'époux de bonne foi¹⁹⁹. Toutefois, cette proposition de « filiation putative »²⁰⁰ ne peut valablement prospérer tant elle est inconciliable avec le caractère réciproque de la filiation. Il serait en effet difficilement admissible d'ouvrir des droits à l'égard de l'enfant (droit à l'entretien et à l'éducation, droits successoraux, etc.) sans ouvrir d'obligations à sa charge et sans reconnaître corrélativement des droits à ceux qui ont voulu sa naissance.

133. Une autre solution serait de reconnaître directement la filiation telle qu'établie en vertu de la loi étrangère et conformément à ses prescriptions. Cette proposition,

¹⁹⁷ Cass. Ass. plén. 4 octobre 2019, n° 10-19.053.

¹⁹⁸ A. Chaigneau, Pour un droit du lien : le débat sur la gestation pour autrui comme catalyseur d'un droit de la filiation renouvelé, RTD. civ. 2016, p. 263 ; L. Brunet, La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui : les excès du droit, in G. David, R. Henrion, P. Jouannet et C. Bergoignan-Esper (ss dir.), *La gestation pour autrui*, Académie nationale de médecine, Lavoisier, 2011, p. 105.

¹⁹⁹ F. Terré, Ch. Goldie-Génicon et D. Fenouillet, *Droit civil, La famille*, préc., p.864, n°852.

²⁰⁰ P. Lagarde, Rev. crit DIP 2009, spéc. n°18, p.329.

fréquemment avancée par les promoteurs d'un aménagement du droit de la filiation²⁰¹, a pour avantage d'établir de manière simultanée la filiation à l'égard des deux parents d'intention, même n'ayant aucun lien biologique avec l'enfant. Certaines législations ont déjà tenté de régler les conditions de cette reconnaissance, comme en Espagne²⁰² ou en Allemagne²⁰³. Dans l'espace européen, et même si la Cour européenne n'a pas imposé à l'État français, dans les arrêts *Menesson* et *Labassée*, d'instituer une parenté volontaire ou alternative pour les enfants issus d'une gestation pour le compte d'autrui réalisée à l'étranger, elle a cependant donné les prémises d'un principe de reconnaissance en soulignant que : « S'il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ainsi ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire (...), il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non-reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers (...) : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté ». Et c'est finalement cette argumentation que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a reprise le 4 octobre 2019 dans la même affaire *Menesson* : en l'absence d'autre voie permettant de reconnaître la filiation dans des conditions qui ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée des enfants au sens de l'article 8 de la CEDH, la transcription en France de l'acte de naissance désignant la mère d'intention, avec laquelle le lien est depuis longtemps concrétisé, doit être effectuée ou si c'est déjà le cas, ne doit pas être annulée²⁰⁴. Suivant cette logique, la première chambre civile, dans les arrêts précités du 18 décembre 2019, a jugé nécessaire « de faire évoluer la jurisprudence en retenant qu'en présence d'une action aux fins de transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, qui n'est pas une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation, ni la circonstance que l'enfant soit né à l'issue d'une convention de gestation pour autrui ni celle que cet acte désigne le père biologique de l'enfant et un deuxième homme comme père ne constituent des obstacles à la transcription de l'acte sur les registres de l'état civil, lorsque celui-ci est probant au sens de l'article 47 du code civil ». Ce faisant, la Cour de cassation prend ses distances avec la conception purement biologique de la filiation et le raisonnement consistant à faire de l'adoption le moyen de construire le lien avec le parent d'intention.

²⁰¹ V. not. : I. Théry et A.-M. Leroyer, *Filiation, origines, parentalité – Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, préc., spéc. p. 198.

²⁰² Avant qu'elle ne soit contredite par le Tribunal suprême (*Tribunal supremo, Sentencia* n° 835/2013, 6 févr. 2014, H. Fulchiron et C. Guilarte Martin-Calero, *Rev. crit. DIP* 2014, 531), la Direction générale des registres et du notariat saisie de la demande de deux hommes mariés de transcrire sur les registres espagnols des actes de naissance établis par les autorités californiennes qui désignaient les deux hommes en qualité de parents des deux enfants nés d'une mère porteuse, avait ordonné l'inscription des enfants et émis dans une instruction les conditions pour le faire, à savoir la régularité et l'authenticité formelle de l'acte étranger, le respect des droits procéduraux des parties, notamment de la mère porteuse, et la conformité à l'intérêt de l'enfant et aux droits de la mère porteuse (vérification de sa capacité et de l'existence d'un consentement libre et éclairé).

²⁰³ Dans un arrêt du 10 décembre 2014 (BGH, 10 déc. 2014, XII ZB 463/13), le *Bundesgerichtshof* a reconnu une décision californienne indiquant deux hommes, unis en Allemagne par un partenariat enregistré, comme pères de l'enfant, au motif qu'un refus serait contraire à son intérêt supérieur et à l'intérêt de la famille. La décision reconnaît ainsi non seulement la filiation d'intention doublée d'un lien biologique (l'un des deux hommes étant le père biologique de l'enfant), mais également la parenté uniquement d'intention.

²⁰⁴ Cass. Ass. plén., 4 octobre 2019, préc.

134. Cependant, la reconnaissance directe de la filiation telle qu'établie par la loi étrangère, pose problème. Que penser en effet d'une législation qui interdit tout en validant directement les effets de sa violation ? La contradiction est réelle et il est par ailleurs illusoire de croire que cette reconnaissance directe d'une parenté d'intention resterait sans conséquence sur la cohérence d'ensemble du droit commun de la filiation²⁰⁵. Une telle proposition contient en son sein des risques protéiformes dont la réalité est certaine, mais dont l'évaluation est difficile. Outre le risque d'encourager le tourisme procréatif, il est également de « transformer la filiation en un objet de droits subjectifs et non plus en l'institution de relations juridiquement organisées », donc en partie contraignantes²⁰⁶.

135. Pour l'enfant né d'un couple de femmes ayant recours en France d'une AMP avec tiers donneur, les rédacteurs de la loi de révision de la bioéthique ont envisagé plusieurs scénarios possibles pour mettre en place une double filiation maternelle. La solution de l'adoption a été écartée, alors pourtant qu'elle reste la seule possibilité pour la mère d'intention de se lier à l'enfant si l'AMP a été ou est pratiquée à l'étranger et que l'enfant naît en France, si la famille homoparentale a été constituée avant l'entrée en vigueur de la loi ou encore si l'enfant est issu d'une insémination « artisanale » où le donneur est connu et peut vouloir établir une filiation paternelle. Dans l'étude d'impact qui précède la réforme, les objections majeures à l'encontre de l'adoption ont été reprises et l'accent mis sur le risque, en raison du temps écoulé entre la naissance de l'enfant et le prononcé (aléatoire) de l'adoption par le juge, de faire peser sur l'enfant une situation d'insécurité juridique²⁰⁷.

La référence axiale au droit commun de la filiation, aux modes légaux d'établissement – présomption (de parenté), reconnaissance et possession d'état – et au dispositif qui s'applique depuis 1994 aux couples hétérosexuels en cas d'AMP exogène (C. civ., art. 311-20) a aussi été abandonnée afin de maintenir la cohérence des règles et comme le rappelle le Conseil d'Etat, de ne pas contredire « la philosophie des modes d'établissement classiques de la filiation qui reposent sur la vraisemblance, le sens de la présomption et de la reconnaissance étant de refléter une vérité biologique »²⁰⁸.

136. Le législateur a finalement préféré consacrer un mode d'établissement *sui generis* de la filiation, d'abord dans le projet de loi initial par « déclaration anticipée de volonté » puis par « reconnaissance conjointe » faite par acte notarié au moment du consentement à l'AMP et transmise à l'officier de l'état civil afin de la faire figurer en marge de l'acte de naissance de l'enfant. Deux options étaient envisagées par l'avant-projet de loi : premièrement, la création dans un titre VII *bis* de règles communes à tous les couples – de sexe différent et de même sexe – ayant recours à une AMP exogène ; deuxièmement, l'instauration de ce même nouveau mode d'établissement de la filiation mais réservé seulement aux enfants nés dans les couples de femmes ayant recours à une AMP.

²⁰⁵ C'est la raison pour laquelle le Sénat, lors du vote du projet de loi bioéthique en commission spéciale le 8 janvier 2020, a introduit, afin de donner une portée pleine et entière à l'interdiction de la GPA en France, un article 4 *bis* interdisant la transcription totale de l'acte de naissance étranger d'un enfant né d'une GPA lorsqu'il mentionne comme mère une autre femme que celle qui a accouché ou deux pères.

²⁰⁶ J.-L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, préc., p. 244.

²⁰⁷ Etude d'impact, Projet de loi relatif à la bioéthique, 23 juillet 2019, p.188 et s. ; V. aussi : CE, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, préc., p.60.

²⁰⁸ CE, rapp., op. cit., p.61.

Même si la première variante issue du rapport d'Irène Théry et d'Anne-Marie Leroyer²⁰⁹, présente l'avantage de promouvoir la simplicité en créant un système uniforme et dédié à une filiation entièrement élective²¹⁰, c'est la seconde qui a eu la faveur du Conseil d'Etat et du législateur dans le projet de loi initial, qui y ont vu le moyen de ne pas introduire de différence au sein des couples hétérosexuels ayant recours à une aide médicale avec ou sans don de gamètes, de ne pas remettre en cause le modèle biologique de la filiation et surtout de protéger le droit au respect de la vie privée des couples de sexe différent dont l'enfant a été conçu avec un tiers donneur et qui souhaiteraient ne pas lui révéler les conditions de sa conception²¹¹. Toutefois, l'inconvénient de la mesure, fortement mis en avant par une partie de la doctrine, était de distinguer entre les couples de sexe différent et de même sexe, ces derniers étant contraints, puisque le droit commun ne s'applique pas à eux, de formaliser dans une déclaration spécifique leur engagement à être parent.

137. Par ailleurs, le choix d'instituer un titre VII *bis* entre le titre VII relatif à la filiation et le titre VIII relatif à l'adoption, a été critiqué pour brouiller la cohérence d'ensemble, en rendant plus confuses les frontières entre le modèle biologique de la filiation et le modèle électif. L'une des conséquences de cette redéfinition du plan du Code civil a notamment été l'intégration dans le titre préliminaire d'un nouvel article 6-2, maintenu après la première lecture, qui outre le fait de recourir comme en 2013 au procédé inélégant à cette place de la sur-numérotation avec tiret, fragilise un peu plus la pertinence de ce titre. Sur le fond, la disposition est selon le législateur rendue nécessaire pour reprendre sous une même phrase, les textes qui introduisaient jusque-là les titres VII et VIII du Code civil²¹² : « Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont, dans leurs rapports avec leurs parents, les mêmes droits et les mêmes devoirs, sous réserve des dispositions particulières du chapitre II du titre VIII du livre 1^{er} [dispositions relatives à l'adoption simple]. La filiation fait entrer l'enfant dans la famille de chacun de ses parents ». Cependant, l'instauration d'un régime spécifique nécessitait-il vraiment la création d'un titre dédié ? On pouvait en douter et c'est le choix qui a finalement été retenu par l'Assemblée nationale à l'issue de la première lecture du projet de loi. Les dispositions nouvelles sont pour l'instant toutes ramenées dans le titre VII au sein d'un Chapitre V intitulé « De l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur » qui s'applique à tous les couples ayant eu recours à une AMP avec tiers donneur (C. civ., art. 342-9 à 342-13 nouveaux)²¹³.

138. L'autre particularité du dispositif est de renvoyer à une dimension conventionnelle de la filiation. Dans le cas présent, l'établissement du lien de filiation implique nécessairement un acte positif de l'esprit – indépendamment du consentement donné à l'AMP – qui se définit non plus comme un acte strictement personnel comme l'est la reconnaissance d'enfant, mais comme un acte conjoint, « contractualisé » ou une sorte de

²⁰⁹ I. Théry et A.-M. Leroyer, *Filiation, origines et parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, préc., p.192.

²¹⁰ L'argument a d'ailleurs été soutenu par le rapporteur de la mission d'information de l'Assemblée nationale : Rapport d'information déposé par la mission d'information sur la révision de la loi relative à la bioéthique, n°1572, t. I, préc., p.84.

²¹¹ Selon le Conseil d'Etat, le moment et les modalités de la révélation des conditions de la conception de l'enfant doivent rester de la responsabilité des familles. Il relève également qu'un droit commun à tous les couples conduirait à ce que soient distingués, au sein d'une même fratrie, les enfants issus de don et ceux que leurs parents auraient conçus sans tiers donneur : Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique, 18 juillet 2019, §. 41-42.

²¹² C. civ., art. 310 et 358.

²¹³ Quitte aussi à troubler un peu plus la cohérence d'ensemble du Titre VII...

« contrat parental » souscrit à deux. La « reconnaissance conjointe » notariée²¹⁴ se rapproche ainsi, sur le modèle contractuel, de la déclaration conjointe de volonté exigée pour la conclusion du PACS ou encore, si l'on veut forcer le trait, d'une stipulation pour autrui qui crée des droits au profit d'un tiers : en l'espèce, l'enfant bénéficiaire, créancier auprès de celles qui l'ont fait naître d'un état et d'une identité.

139. Enfin, ce régime spécifique met en jeu les questions liées à l'état. C'est en effet la première fois en droit français que le mode de conception de l'enfant est inscrit, par le biais d'un mode d'établissement singulier, sur l'acte d'état civil. Certes, dans le cas où l'enfant est né de deux femmes après une AMP exogène, on ne peut nier que le modèle biologique qui sert à l'enfant né dans les mêmes conditions d'un couple de sexe différent, s'applique difficilement. La fiction ne peut ici aller au-delà des limites du vraisemblable. Pourtant, il ne faut pas non plus nier le principe jusque-là fondamental que la filiation instituée par le droit et inscrite à l'état civil, n'a pas à révéler les conditions de la conception de l'enfant.

140. En conclusion, il n'est pas certain que les enfants nés de couples de femmes y trouvent avantage. Même s'ils y gagneront en sécurité, est-il vraiment dans leur intérêt de leur reconnaître une filiation d'exception ?

Certains auteurs tentent de résoudre la question en proposant de reconstruire la filiation sur la seule volonté individuelle, autrement dit, de la penser dans une perspective moniste, uniquement contractuelle et détachée des données biologiques et de la quête de vérité qui en découle²¹⁵. Dans la mesure où le hiatus entre la filiation et l'engendrement devient de plus en plus grand, pourquoi ne pas admettre, selon cette analyse, que la filiation ne devrait se nouer que par la volonté, quitte à passer, pour reprendre les mots de Xavier Dijon, « de l'institution à la disposition »²¹⁶ ?

Cependant, donner la prééminence au projet parental et faire du fondement contractuel le modèle prévalent voire unique de la filiation n'est pas, selon nous, une option satisfaisante tant elle porte en son sein des dérives à venir. La filiation, précisément, n'est pas, en droit commun, l'objet possible d'une convention (C. civ., art. 323). La règle intemporelle qui prévoit que l'on ne peut renoncer à une filiation a d'abord pour but de protéger l'enfant de la toute-puissance de ses parents. Le droit peut-il leur en donner le pouvoir sans risques graves ?

Cette question qui dépasse pour l'instant le cadre de ce rapport de synthèse, sera abordée plus en détails dans une contribution que je rédigerai au second semestre 2020, après le vote définitif de la loi de révision de la bioéthique²¹⁷. En tout cas, elle alimente d'ores et déjà une partie de mes recherches sur les mutations de la famille face à un processus contemporain de subjectivisation des relations et valeurs qui consistent à les penser principalement à partir du contrat et de l'individu.

²¹⁴ Qui ne doit pas être confondue avec la reconnaissance de l'enfant établie dans les conditions de l'article 316 du Code civil. Sur ce point : V. *infra* n°297.

²¹⁵ V. not. : D. Borillo, *La famille par contrat*, PUF, Génération libre, 2018.

²¹⁶ X. Dijon, La filiation, de l'institution à la disposition, in *Instituer la filiation, Être fils ou fille aujourd'hui*, ss. la dir. de J. Arènes, Les Editions du Cerf, 2018, p.41 et s.

²¹⁷ Ce point sera repris dans les propos conclusifs du rapport : V. *infra* n°294 et s.

PARTIE II. LA FAMILLE EN MUTATION : ENTRE CONSENSUALISME ET INDIVIDUALISME

141. La famille est en mutation ; c'est une évidence généralement admise de tous, peu importe la lecture et les conclusions qui en sont diversement faites. En cinquante ans, la famille est en effet passée d'un modèle dominant – celui du groupe trouvant son socle dans le mariage et la naissance de l'enfant – à un modèle désinstitutionnalisé dans lequel l'individu doit pouvoir se concrétiser, notamment grâce à l'instrument contractuel et au recul de l'impérativité. La famille, siège de la construction identitaire, devient ainsi le maillage des volontés : volontés accordées avec le consensualisme d'une part, et volontés individuelles avec l'individualisme d'autre part.

142. On constate ainsi au fil des réformes du droit des personnes et de la famille, un déplacement significatif des normes de l'institution familiale vers l'individu. L'ordre public familial cède du terrain face à l'avancée du champ contractuel et à la revendication d'un droit à l'autodétermination.

Cette double tendance contractualiste et individualiste, qui conforte l'idée d'une subjectivisation du droit et d'un repliement sur la sphère privée, anime surtout les textes récents sans que l'on sache malgré tout s'ils initient ou suivent ce mouvement expansif. Les objectifs poursuivis et les moyens mis en œuvre par le Droit pour concilier la contrainte et la liberté au cœur des relations personnelles et familiales, sont en tout cas bien rôdés : simplifier les procédures, réduire les délais et mettre en retrait voire effacer le juge au bénéfice d'un accord ou d'une volonté d'anticipation. Reste à saisir la signification et les incidences de ce phénomène que le législateur présente sous l'angle tronqué car réducteur, de la « modernisation » du droit. Sans doute peut-on interpréter la situation présente comme une évolution opportune. Mais on peut aussi craindre qu'elle n'ouvre une période d'instabilité susceptible de raviver des conflits qui s'étaient jusque-là éteints.

143. L'objet de mes travaux a consisté à appréhender le phénomène de privatisation du droit des personnes et de la famille, en s'appuyant pour ce faire sur ses manifestations observées et traitées par les praticiens du droit, en premier lieu les notaires. Dans cette optique, les thèmes de réflexion étaient nombreux. Deux d'entre eux reviennent de manière systématique dans plusieurs de mes contributions écrites : d'une part, celui de la contractualisation et de la déjudiciarisation accrue du droit des personnes et de la famille (Titre I), d'autre part, celui de la perméabilité de ce dernier à l'individualisme et à la montée assumée de l'autonomie (Titre II).

TITRE I. LA CONTRACTUALISATION ET LA DÉJUDICIARISATION DU DROIT DE LA FAMILLE

144. Ces quinze dernières années, les diverses lois²¹⁸ de « simplification » et de « modernisation » du droit des personnes et de la famille ont prolongé et accéléré le mouvement d'extension continue du champ de la contractualisation des rapports familiaux et de la déjudiciarisation du contentieux. La loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, en est la plus récente illustration. Ces deux phénomènes, même s'ils sont anciens²¹⁹, se déploient aujourd'hui dans tous les domaines de la vie personnelle et familiale, aussi bien sur le terrain des droits patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux. De nouvelles manifestations de volonté, induites par des besoins de prévoyance et d'anticipation, ont été favorisées par le recours au contrat : mandat à effet posthume pour la gestion du patrimoine successoral, pactes familiaux pour une transmission anticipée et concertée des biens entre les générations, mandat de protection future pour assurer, en cas d'incapacité, tant la gestion du patrimoine que la protection de la personne voire de l'enfant handicapé, etc. Le contrat est ainsi conçu comme un instrument au service de l'individu permettant de l'accompagner dans sa quête d'autonomie et de liberté.

Corrélativement, le juge qui était autrefois très présent pour assurer un droit de regard et de décision sur les affaires familiales, est mis en retrait voire effacé sous l'action de déjudiciarisations ponctuelles ou partielles qui restreignent le champ de son intervention judiciaire au seul contentieux. Les illustrations de cette éviction foisonnent désormais, la plus importante ayant été jusqu'à aujourd'hui, l'instauration du divorce « sans juge » issu d'un simple accord de volontés.

145. Positionnement de mes recherches. La contractualisation et la déjudiciarisation sont donc liées, la première étant au service de la seconde, même si dans les faits, cela aboutit à ce que le contrat gagne du terrain là où le juge en perd.

Ce rapport de complémentarité entre les deux phénomènes et la double désinstitutionnalisation du droit qu'il engendre ont particulièrement alimenté mes recherches. Il a surtout été question d'en éprouver le sens, les enjeux et les répercussions. Outre la question de l'influence des volontés individuelles sur l'aménagement des relations familiales, deux thèmes innervent souvent mes travaux : d'une part, celui de la reconfiguration du droit substantiel de la famille par le biais du droit processuel et des inquiétudes légitimes que cette méthodologie suscite en pratique, et d'autre part, celui du déplacement du champ d'intervention des acteurs du droit, au premier rang le notaire. En

²¹⁸ V. not. : Loi n° 2019-222, 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice ; Loi n° 2016-1547, 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^e siècle ; Ord. n° 2015-1288, 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille ; Loi n° 2015-177, 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures ; Loi n° 2011-331, 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées ; Loi n° 2009-526, 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures ; Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit.

²¹⁹ On peut ainsi en voir l'illustration avec le divorce par consentement mutuel issu de la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce.

effet, ce dernier tire doublement avantage des réformes récentes même si elles l'obligent à assumer de nouvelles pratiques et responsabilités : en premier lieu, le recours élargi au contrat en matière familiale en fait l'interlocuteur privilégié pour établir l'*instrumentum* ; en second lieu, l'« externalisation du service public »²²⁰ de la justice lui profite par ricochet du fait de l'élargissement de ses missions et de la reconnaissance pour de nombreux actes d'une compétence exclusive.

Sous l'éclairage de la pratique notariale, la grande majorité de mes contributions écrites se sont donc employées à évaluer, à partir d'un état des lieux changeant au gré des modifications législatives, les manifestations et les effets de la contractualisation des rapports personnels et familiaux (Chapitre I) et d'une déjudiciarisation accrue (Chapitre II).

CHAPITRE I. LA CONTRACTUALISATION DES RAPPORTS PERSONNELS ET FAMILIAUX

146. Même si la notion de la contractualisation n'est apparue qu'assez récemment dans les manuels de droit des personnes et de la famille²²¹, notamment au lendemain de la loi du 15 novembre 1999 instaurant le pacte civil de solidarité (Pacs), le contrat est depuis longtemps un mode de construction et même de dissolution des rapports familiaux. Hormis le fait qu'une présentation historique du mariage le démontre aisément, les exemples puisés dans les réformes menées depuis les années 1960 ne manquent pas : de l'aménagement de la convention matrimoniale au divorce par consentement mutuel, du Pacs aux pactes parentaux aménageant les relations avec l'enfant.

147. Aujourd'hui, les accords de volonté dans l'ordre familial n'ont pas encore pris toute la place mais leurs promotions s'accroissent. Bien entendu, il n'est pas question d'inventorier ici toutes les manifestations du modèle contractuel au sein de la famille. Elles seraient de toute façon trop nombreuses. Comme déjà relevé, mes travaux ont eu pour objectif d'apprécier l'opportunité et l'utilité de la progression du contrat ainsi que d'en mesurer les effets, notamment dans la pratique notariale.

J'ai principalement suivi une approche fonctionnelle du phénomène, en accentuant le constat selon lequel le contrat n'est pas uniquement un outil d'organisation des relations familiales et de règlement des conflits conjugaux (ce qui m'a conduit à exclure de mon champ de recherches les modes alternatifs de règlement des litiges, tels que la médiation ou la convention de procédure participative qui peinent d'ailleurs à s'appliquer en matière familiale) ; il est également un outil d'anticipation afin d'assurer la protection de la personne (Section I) et la transmission de ses biens (Section II). Dans cette perspective, le contrat est conçu comme un instrument de confiance, de coopération entre les parties en même temps qu'il s'impose comme le moyen de s'émanciper de l'ordre établi pour

²²⁰ En ce sens, Croze H., Procédures 2011, repère 4.

²²¹ Le thème a été particulièrement analysé dans le travail collectif dirigé par D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001. V. également : F. Dekeuwer-Défossez, La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation, in *Approche critique de la contractualisation*, ss. la dir de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, LGDJ, coll. Droit et société, 2007, p.167 et s ; S. Moracchini-Zeidenberg, La contractualisation du droit de la famille, RTD. civ. 2016, p.773.

édicter ses propres normes ; en somme, le passage assumé du droit prescrit au droit consenti²²².

Section I. Le contrat, outil de protection

148. Anticiper, contracter, aménager... Ces maîtres mots résument le basculement de la protection des majeurs qui s'est opéré avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme du droit des majeurs protégés, du cadre légal vers l'autonomie de la volonté. Le phénomène de contractualisation et de personnalisation qui a progressivement gagné le droit de la famille, s'est ainsi généralisé au droit des incapacités²²³, permettant à la personne de déterminer, pour l'avenir, les termes de son éventuelle protection.

149. La conventionnalisation du droit des majeurs protégés s'est surtout affirmée avec l'institution du mandat de protection future. Les évolutions démographiques caractérisées principalement par le vieillissement de la population et l'augmentation corrélative du nombre de mesures judiciaires expliquent que le droit français se soit doté, pour la première fois, d'un nouveau dispositif de protection des majeurs vulnérables. La réforme a en effet introduit d'importantes innovations dans l'organisation des mesures et dans la mise en œuvre de systèmes protecteurs concurrençant les régimes judiciaires existants. Alors que, dans la loi du 3 janvier 1968, la protection du majeur supposait nécessairement une mesure judiciaire ouverte et délimitée par un juge des tutelles, elle peut aujourd'hui découler non seulement d'une décision judiciaire mais également d'un contrat dont le contenu dépend pour l'essentiel des volontés privées.

150. Inspiré de législations étrangères, notamment allemande et québécoise, et de conventions internationales, ce mandat de protection future organise de manière anticipée la représentation par un ou plusieurs mandataires d'une personne pour le cas où elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts personnels ou patrimoniaux du fait d'une altération de ses facultés. Il se décline sous deux formes : le mandat dit « pour soi-même », dans lequel le mandant anticipe son éventuelle incapacité et organise les modalités de sa propre protection ; le mandat dit « pour autrui », donné par des parents pour le cas où leur enfant serait hors d'état de pourvoir seul à ses intérêts et où eux-mêmes ne pourraient plus y pourvoir.

Ce mandat, dont la création a été abondamment commentée²²⁴, reste un acte dont le succès et les potentialités dépendent pour beaucoup de l'information délivrée par les praticiens ainsi que de l'acquisition par l'individu de réflexes d'anticipation. Mes travaux sur le sujet qui ont débuté dès 2006 à la veille de l'adoption définitive de la loi du 5 mars 2007, abordent, tant sous l'angle théorique que par une analyse des pratiques développées par les acteurs de la protection des majeurs, les attraits manifestes de l'outil et aussi ses imperfections et ses limites²²⁵.

²²² A. Supiot, La contractualisation de la société, *Courrier de l'environnement de l'INRA*, n°43, mai 2001, p.51.

²²³ V. sur le sujet : L. Gatti, *La contractualisation, mode nouveau de protection de la personne*, Presses universitaires juridiques Université de Poitiers, LGDJ, 2016.

²²⁴ Et souhaitée depuis longtemps par la profession notariale : 94^{ème} Congrès des notaires de France, Lyon, 1988 ; 102^{ème} Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2006.

²²⁵ N. Baillon-Wirtz, La réforme de la protection juridique des majeurs du 5 mars 2007 a dix ans : quel bilan ?, avec la coll. de J. Combret, *JCP N* 2017, étude n°1119 ; *La réforme de la protection juridique des majeurs*, avec la coll. de A. Delfosse, Litec, coll. Pratique notariale, Paris, 2009 ; Aspects patrimoniaux de

151. **Les vertus du contrat.** Les attraits du mandat de protection future sont multiples et ils ont d'ailleurs été approfondis dans plusieurs de mes contributions. Deux d'entre eux reviennent fréquemment.

La vertu de la sécurité, tout d'abord, car l'acte permet à l'avance de déterminer des modalités de protection pour un temps où la personne du mandant ne pourra plus pourvoir seule à ses intérêts. Il constitue également, en application du principe de subsidiarité que la loi du 23 mars 2019 est venue encore renforcer²²⁶, une alternative aux mesures de protection judiciaire.

La vertu de la liberté, ensuite, car le mandat offre à chacun la possibilité d'organiser une protection sur-mesure. Ce droit de la protection est ainsi tel que chacun le souhaite, dans la forme désirée, pour que ses intérêts patrimoniaux et/ou extrapatrimoniaux soient défendus, en exécution d'un contrat dont l'objet aura été délimité²²⁷.

152. **Les faiblesses du contrat.** Les statistiques sont en général les premiers indices du succès que rencontre ou non une mesure juridique. Toutefois, il serait malencontreux, dans le cas précis du mandat de protection future, de donner du crédit aux chiffres qui ont été jusque-là avancés : 140 mandats mis en œuvre²²⁸ en 2009, 968 en 2016, la majorité sous forme notariée (environ 80%). Ces chiffres sont faibles et on les explique fréquemment par le fait que les Français méconnaissent ce mécanisme conventionnel et, dans l'ensemble, n'anticipent pas la maladie et le décès lorsqu'ils sont en bonne santé. Et lorsque, enfin, la décision est prise de rédiger un tel mandat, encore faut-il qu'il ne soit pas déjà trop tard, que le contexte familial soit bon²²⁹ et que l'outil corresponde à la situation personnelle et patrimoniale de son bénéficiaire. Il n'est en effet pas toujours aisé de désigner un mandataire, digne de confiance, qui présente les qualités humaines (âge, affection, etc.) et les compétences requises pour gérer un patrimoine, d'autant plus lorsqu'il est important et diversifié.

153. Au-delà des données chiffrées, quelques imperfections et lacunes affectent l'efficacité de l'instrument.

la réforme de la protection juridique des majeurs, avec la coll. de A. Delfosse, JCP N 2007, étude n°1196 ; Le mandat de protection future, Présentation schématique de la réforme de la protection juridique des majeurs, avec la coll. de A. Delfosse, JCP G 2007, I., 147 ; Le mandat de protection future, avec la coll. de A. Delfosse, Entretien, Dalloz, 13 septembre 2007, n°31, p.2224.

²²⁶ La loi du 23 mars 2019 pose de manière explicite le principe de la primauté du mandat de protection future sur tout autre dispositif de représentation conventionnel, légal ou judiciaire. L'article 428 du Code civil est modifié en conséquence.

²²⁷ Sauf un socle de règles impératives qui sont relatives à la protection de la personne. En effet, le mandat de protection future est soumis aux mêmes limites que les autres régimes de protection qui préservent par principe la capacité de la personne, suivant les dispositions des articles 457-1 et suivants du Code civil. La loi est très prégnante sur ce sujet et bride nécessairement le pouvoir de la volonté. Ceci explique que sont réputées non écrites non seulement les stipulations d'un mandat qui autoriseraient le mandataire à prendre, à la place du mandant, les décisions strictement personnelles le concernant (ex : reconnaissance d'un enfant) ou des décisions personnelles qui, en cas de curatelle ou de tutelle, nécessiteraient une autorisation du juge. En la matière, le contrat s'efface donc devant les impératifs d'un ordre public de protection.

²²⁸ A. Caron Déglise, *Rapp. de mission interministérielle, L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, sept. 2018, p.45. Les chiffres transmis par le ministère de la justice ne désignent que les mandats ayant pris effet et non ceux conclus qui ne sont pas comptabilisés.

²²⁹ Pour envisager la rédaction d'un mandat de protection future comme pour permettre sa prise d'effet. L'affaire *Liliane Bettencourt* démontre ainsi que le mandat ne peut fonctionner dans un contexte familial conflictuel : en l'espèce, la fille avait contesté le choix du mandataire de protection future et obtenu du juge des tutelles la mise sous tutelle de sa mère.

A la fois mandat et mesure de protection, le mandat de protection future a une double nature juridique. Mais cette dualité est finalement source d'ambiguïtés. L'acte souffre de sa nature contractuelle, qui ne fait pas de lui une mesure de protection de la personne vulnérable aussi aboutie qu'une mesure judiciaire. En effet, le législateur français a expressément exclu que la prise d'effet du mandat prive son bénéficiaire de sa capacité au motif qu'une protection conventionnellement organisée ne peut, à elle seule, créer une incapacité juridique. Toutefois, cela occulte le fait que le mandat de protection future prend effet dans les mêmes conditions que celles requises pour l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire, à savoir le constat médical d'une « altération des facultés de nature à empêcher l'expression de la volonté » du bénéficiaire du mandat (C. civ., art. 425).

154. Par ailleurs, nombreux sont ceux à regretter le fait que le juge des tutelles soit absent à ce stade de la procédure pour vérifier notamment que les termes de l'acte correspondent aux besoins du mandant²³⁰. Et l'intervention du greffier ne peut les rassurer puisque ce dernier se borne à des vérifications formelles, ce qui est finalement peu, au regard de l'importance de l'acte. Certes, le juge des tutelles revient dans la procédure, mais de manière facultative, si on le saisit (C. civ., art. 484), et *a posteriori*. Comme l'écrit très justement un praticien, « cette coloration judiciaire est toutefois bien tardive, car le mal pourra être fait depuis longtemps »²³¹.

155. Enfin, la lacune principale du dispositif est certainement l'absence de publicité de l'acte à l'état civil ou sur un registre dédié. Si la fonction première de la publicité est de rendre opposable la mesure de protection *erga omnes*, elle sert aussi à la connaissance effective par les professionnels concernés, des effets de la mesure. Cette connaissance joue également en faveur de la personne protégée, assurée que ses volontés précédemment exprimées soient respectées. Or, la loi du 5 mars 2007 a maintenu, dans des termes identiques, les conditions de publicité et d'opposabilité des mesures de protection, en dépit des innovations qui y ont été apportées. Il y a ainsi lieu de regretter l'absence de publicité de la désignation par le juge d'un mandataire spécial en cas de sauvegarde de justice, de la désignation anticipée du curateur ou du tuteur et surtout de la conclusion comme de la prise d'effet du mandat de protection future.

156. Il s'ensuit plusieurs conséquences. En premier lieu, le juge des tutelles saisi aux fins d'ouverture d'une mesure judiciaire de protection, n'a pas les moyens (hormis le cas où les proches du majeur vulnérable l'informerait lui-même) de connaître l'existence du mandat de protection future conclu. En deuxième lieu, il s'ensuit un risque de contrariété d'actes passés à la fois par le mandant et par le mandataire, mais chacun de leur côté, avec des tiers différents et sur les mêmes biens. Enfin, le risque est accru que le mandant ne fasse des actes inconsidérés dont la sanction est facultative et subjective²³²

²³⁰ V. notamment : 102^{ème} Congrès des notaires de France, préc., p.526 ; D. Fenouillet, Le mandat de protection future ou la double illusion, Defrénois 2009, art. 38882 ; Ph. Potentier, Forces et faiblesses du mandat de protection future, in *Famille et Patrimoine*, Lamy Axe Droit, Paris, 2010, p.133, spéc., p.139.

²³¹ Ph. Potentier, op. cit.

²³² Selon l'article 488 du Code civil, les actes passés et les engagements contractés par le mandant pendant la durée du mandat mis à exécution, alors même qu'ils pourraient être annulés pour insanité d'esprit, peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès, en considération de l'utilité ou de l'inutilité de l'opération, de l'importance ou de la consistance du patrimoine de la personne vulnérable et de la bonne ou de la mauvaise foi des cocontractants. Cette règle illustre le principe selon lequel le mandant conserve sa capacité juridique, une fois le mandat mis à exécution.

alors même qu'elle est automatique et objective lorsque la personne protégée par une mesure judiciaire accomplit seule un acte pour lequel elle aurait dû être représentée²³³.

157. Pour ces raisons, les praticiens et notamment la profession notariale proposent depuis 2007 d'assurer la pleine efficacité pratique de ces mesures par l'instauration de registres dédiés ou en recourant aux dispositifs existants sous la condition de les rénover. C'est notamment le cas du répertoire civil qui fonctionne encore selon des méthodes archaïques, alors que se développent de plus en plus des modes d'enregistrement et de communication dématérialisés. Certes, une première avancée a été obtenue s'agissant de la conclusion du mandat de protection future, inscrite, selon les termes d'un article 477-1 du Code civil issu de la loi du 28 décembre 2015²³⁴, sur un registre spécifique. Mais l'attente a été longue et elle se poursuit malheureusement encore puisque le décret devant en régler les modalités et l'accès, n'est à ce jour pas publié... Par ailleurs, ce n'est également qu'une demi-victoire puisque la proposition de publier le mandat à sa prise d'effet soit par la mention en marge de l'acte de naissance du mandant soit sur le répertoire civil, n'a pas pour l'heure été retenue, aux motifs notamment qu'« une publicité automatique apparaît incompatible avec la nature même du mandat de protection future qui présupposerait qu'on traite ce mandat comme un régime privant la personne concernée de sa capacité juridique. La mise en place de cette publicité serait par ailleurs vécue comme stigmatisante par les intéressés et pourrait ainsi constituer un frein au développement de cet instrument »²³⁵. Argumentation étonnante lorsque l'on sait que c'est précisément ce défaut de publicité, parmi d'autres raisons, qui empêche le mandat d'être pleinement efficace.

158. Même si l'on peut se réjouir du fait que la profession notariale se soit mieux appropriée le mandat de protection future dans sa pratique quotidienne²³⁶ – et peut-être mieux encore demain sous l'action favorable d'un principe de subsidiarité rénové –, le modèle contractuel n'a pas réellement réussi à juguler l'inflation du nombre des mesures judiciaires et les insuffisances du mécanisme sont bien réelles. Elles ont été sévèrement pointées du doigt en 2016 par la Cour des comptes²³⁷ et le Défenseur des droits²³⁸ ainsi qu'en 2018 par un groupe de travail interministériel et interprofessionnel présidé par Anne Caron-Dégliise, avocate générale à la Cour de cassation²³⁹. J'ai intégré ce groupe de travail dès sa création en tant qu'universitaire et représentante du Conseil supérieur du notariat. A cette occasion, j'ai notamment formulé à l'issue des réunions de travail et par écrit, une proposition relative à la création, la tenue et le fonctionnement par la profession notariale d'un registre des mandats de protection future, sur le modèle du registre centralisé et automatisé tenu en Allemagne par la Chambre fédérale des notaires²⁴⁰.

²³³ Si le majeur protégé a accompli seul un acte pour lequel il aurait dû être représenté, cet acte est annulé de plein droit par le juge des tutelles sans qu'il soit nécessaire de justifier de l'existence d'un préjudice subi par la personne vulnérable (C. civ., art. 465, 3°).

²³⁴ Loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement.

²³⁵ RM, Ministère de la justice, Q. n°41420 de M. Yves Foulon, *J.O. AN* 18 février 2014, p.1625.

²³⁶ Lors des journées de formation continue consacrées au droit des incapacités, j'ai pu relever le fait que les notaires présents avaient en grande majorité établi, à plusieurs reprises et dans des contextes divers, des mandats de protection future.

²³⁷ Cour des comptes, Rapport « La protection juridique des majeurs, une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante », sept. 2016.

²³⁸ Défenseur des droits, Rapport « Protection juridique des majeurs vulnérables », sept. 2016.

²³⁹ A. Caron-Dégliise, *Rapp. de mission interministérielle, L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, sept. 2018.

²⁴⁰ Ce registre rassemble depuis 2005 les informations relatives aux mandats de protection future et aux directives médicales ainsi que depuis 2009, aux procurations relatives à l'assistance. Les conditions de

Contrairement au législateur français, le législateur allemand a compris assez tôt que les procurations anticipées ne pouvaient être pleinement efficaces sans un support fiable pour les enregistrer. Les données chiffrées²⁴¹ publiées par le notariat allemand rendraient perplexes le praticien français, habitué à lire ou à entendre que les mandats de protection future sont trop peu nombreux, puisqu'au 31 décembre 2019, le chiffre total des procurations en Allemagne (tous actes confondus) enregistrées depuis la création du registre en 2005, s'élevait à 4.605.166.

159. Les travaux de la mission interministérielle ont également suggéré d'ouvrir le mécanisme de la fiducie au droit des majeurs vulnérables et d'en faire une nouvelle mesure alternative de protection. La profession notariale y est depuis longtemps favorable²⁴² et j'ai formulé, à l'occasion des séances de travail de la mission, des propositions d'aménagement du Code civil²⁴³. Si la fiducie-protection a beaucoup d'avantages (que j'ai listés dans un document de synthèse remis à l'issue des travaux par le Conseil supérieur du notariat²⁴⁴), notamment pour celui qui souhaiterait anticiper une gestion dynamique de ses biens dans une sphère privée, sans immixtion du juge, il présente aussi de nombreux inconvénients ; le principal d'entre eux étant un objet forcément limité à la gestion du patrimoine (et uniquement des biens transférés dans le patrimoine fiduciaire). La protection de la personne elle-même ne peut donc être assurée par ce mécanisme (sauf à doubler la fiducie d'une mesure de protection judiciaire ou conventionnelle limitée uniquement à la personne).

160. En définitive, la contractualisation de la protection du majeur vulnérable est un procédé encore récent. Les attraits du contrat en la matière sont indéniables. Le principal d'entre eux, nous l'avons vu, est d'associer la personne à sa propre protection et de lui offrir, pour reprendre une image souvent mise en avant par la profession notariale, un « vêtement sur-mesure » plutôt que du « prêt à porter ». Cependant, son efficacité à réduire le nombre de mesures de protection judiciaires est encore toute relative. Il en irait autrement si le mandat connaissait les développements et aménagements qu'il est permis d'espérer du législateur et des acteurs de la protection.

Section II. Le contrat, outil de transmission

161. Si le droit volontaire est encore à ses balbutiements en droit des personnes, il est en revanche bien établi en droit patrimonial de la famille : « Les successions sont dévolues selon la loi lorsque le défunt n'a pas disposé de ses biens par des libéralités » (C. civ., art. 721). Le pouvoir de la volonté individuelle, qu'elle s'exprime par contrat ou par acte juridique unilatéral, est en effet reconnu depuis longtemps, surtout si l'on considère

fonctionnement de ce registre ont été présentées en détail dans une contribution rédigée en 2018 et relative au droit allemand des majeurs protégés : Le droit allemand de la protection des majeurs : un exemple à suivre ?, in *La vie privée du majeur protégé, Journée en hommage au juge Thierry Verheyde*, ss. la dir. de G. Raoul-Cormeil, Ed. Mare et Martin, 2019, pp.142-161.

²⁴¹ Zentrale Vorsorgeregister, ZVR-Statistik 2019, Bundesnotarkammer.

²⁴² 107^{ème} Congrès des notaires, « Le Financement : les moyens de ses projets – la maîtrise des risques », 5-8 juin 2011, 4^{ème} Commission, 4^{ème} proposition ; H. Letellier, *La fiducie, outil de protection des majeurs vulnérables*, Dr. et pat. Mars 2012, p.52.

²⁴³ Celles-ci ont été intégrées dans les annexes au rapport de la mission.

²⁴⁴ A. Caron-Déglise, *Rapp. de mission interministérielle*, Annexes : consultable à l'adresse suivante : http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_pjm_dacs_annexes.pdf

le droit des successions comme une prérogative essentielle du droit de propriété et le vecteur d'une libre disposition de ses biens. Appliquée aux mécanismes successoraux rénovés par la loi du 23 juin 2006 réformant le droit des successions et des libéralités, la volonté a surtout pour avantage de corriger les défauts inhérents aux règles de la dévolution légale qui ne peuvent toujours satisfaire les intérêts particuliers des héritiers et résoudre les situations complexes²⁴⁵. L'anticipation successorale, qu'elle soit ou non concertée, est également promue, au travers de la pratique notariale, au rang de stratégie (civile ou fiscale, aux fins de transmission ou de contournement) et d'ingénierie patrimoniale, « gage d'une succession mieux réussie »²⁴⁶.

162. Toutefois, la volonté individuelle ne peut s'exprimer que dans les limites que la loi lui assigne. Si les libéralités offrent au disposant l'assurance d'une transmission adaptée, conforme à ses affections et reflètent une certaine conception de la famille et de la propriété familiale à travers la solidarité des générations, elles représentent aussi un danger pour celui qui se dépouille sans contrepartie et pour ses héritiers en les privant de tout ou partie de leurs droits dans la succession. Ces considérations justifient que la dévolution volontaire se trouve limitée par un cortège de normes impératives héritées de la Révolution française et constitutives de « l'ordre public successoral ». Jusqu'à une période récente, cet ensemble de règles s'organisait autour de trois principes fondateurs : la réserve héréditaire qui assure à certains héritiers un « minimum successoral garanti »²⁴⁷ ; la prohibition des pactes sur succession future liée à l'immoralité du *votum mortis* et à la crainte que les pactes successoraux n'aliènent la liberté de tester ; l'interdiction des libéralités substitutives par lesquelles le disposant étend ses gratifications sur plusieurs générations.

163. La loi de 2006 a affecté de manière profonde les trois piliers de ce « sanctuaire de l'ordre public familial »²⁴⁸. Elle n'a certes pas créé un nouveau droit des successions mais en a modifié la physionomie en aménageant des espaces de liberté pour répondre aux nécessités économiques et aux aspirations personnelles. « Donner plus de liberté aux ayants droit pour organiser la succession » ; « Mieux respecter la volonté de celui qui souhaite transmettre son patrimoine, en particulier lorsque l'ensemble des héritiers s'accorde avec cette volonté »²⁴⁹. Tel est bien l'objectif principal de la réforme qu'elle a voulu satisfaire par le recours au contrat. Ainsi, celui-ci a gagné du terrain comme outil de gestion des biens successoraux ; le mandat à effet posthume, dans le sillage des mandats conventionnels et judiciaires, illustre cette contractualisation à marche forcée tant il bouleverse les règles de la saisine et déroge à la réserve. Le contrat a aussi bousculé

²⁴⁵ La consistance du patrimoine s'est transformée dans des espaces économiques en expansion où la stabilité des entreprises passe notamment par une transmission anticipée et sans heurt aux générations suivantes. L'allongement de la durée de vie implique aussi une transmission successorale plus tardive, d'où la nécessité d'organiser sa succession, notamment au profit de la plus jeune génération dont les besoins financiers sont plus pressants que la génération précédente qui a cinquante ou soixante ans. Enfin, la structure familiale a changé. Devenue recomposée après le divorce ou le décès de l'un des époux, cette famille a souvent une vision transversale de la transmission successorale - qu'elle voudrait bien organiser de manière égale entre les enfants et les beaux-enfants -, plutôt seulement qu'une vision verticale que le Code civil avait toujours privilégiée jusque-là.

²⁴⁶ C. Pérès et Ch. Vernières, *Droit des successions*, PUF, 2018, p.305, n°391.

²⁴⁷ P. Catala, Préface de la thèse de I. Kondyli, *La protection de la famille par la réserve héréditaire en droit français et grec comparé*, t. 275, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1997, p.IX.

²⁴⁸ M. Beaubrun, Le nouvel ordre public successoral. Réflexions autour des réformes de 2001 et de 2006, *Mélanges en l'honneur du Professeur G. Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, 2009, p.1, spéc. p.2, n°2.

²⁴⁹ Exposé des motifs, Projet de loi portant réforme des successions et des libéralités, n° 2427 rectifié, déposé le 29 juin 2005, Assemblée nationale.

la logique traditionnelle de la dévolution en faisant de l'héritier non plus le personnage passif devant l'autorité de son auteur, mais un acteur à part entière de la succession. Les travaux parlementaires à l'origine de la loi du 23 juin 2006²⁵⁰ ont très largement mis en avant la nécessité de donner à la famille une certaine capacité de décision par la mise en œuvre d'instruments d'anticipation successorale contractualisés autrefois prohibés (comme la renonciation anticipée à l'action en réduction ou les libéralités substitutives) et par l'extension du champ d'application de ceux antérieurement permis (comme la donation-partage transgénérationnelle). La vision classique des libéralités s'en est trouvée infléchie. Traditionnellement, la dévolution volontaire des biens d'une génération à l'autre découle d'une démarche altruiste du disposant qui s'ordonne sur les sentiments affectifs qu'il peut avoir à l'égard de ses proches ainsi que sur une considération de justice distributive ou commutative afin de satisfaire « ceux qui ont, plus que d'autres, besoin de l'héritage ou ceux qu'il convient de rémunérer en raison des services qu'ils rendent ou ont rendus, etc. »²⁵¹. Cependant, aussi protectrice soit-elle des intérêts patrimoniaux des vivants, cette démarche reste individuelle dans la mesure où les instruments d'anticipation successorale tels que la donation, le testament ou l'assurance-vie, n'ont pas nécessairement recueilli un consensus familial, notamment celui des personnes que le *de cuius* n'a pas entendu gratifier. Dans cette optique, la famille, liée par la volonté du défunt, reçoit plus qu'elle ne décide. Or, les facteurs précédemment évoqués obligent à considérer que donner mieux c'est aussi donner autrement, notamment de manière concertée. Le consensualisme peut, en effet, présenter l'avantage de la souplesse, du consensus et de la transparence. De la souplesse, tout d'abord, car les volontés peuvent s'accorder sur des solutions personnalisées, adaptées à la multiplicité des structures familiales qui, aujourd'hui et encore plus dans l'avenir, donnent aux transmissions successorales « une complexité démultipliée »²⁵² sans que le notariat n'ait à sa disposition les moyens juridiques de les régler. Du consensus et de la transparence, ensuite, dans la mesure où il est permis de recueillir l'accord des personnes concernées sur une solution qui, imposée par un testament, n'aurait peut-être pas été voulue et aurait finalement été remise en cause par ceux s'estimant lésés²⁵³. Enfin, l'acte de transmission anticipée, auquel on attachait autrefois l'image d'un marché entre héritiers mus par l'envie de réaliser une spéculation immorale et sordide, est dans la plupart des situations une preuve de confiance allouée à ses bénéficiaires.

164. La loi du 23 juin 2006 a aussi offert un contrepoint au mouvement de rétrécissement continu de la famille autour du couple et des enfants. L'instauration d'instruments conventionnels de transmission successorale met effectivement en avant une vision multiple de la famille, à la fois transversale, verticale et surtout unie. Transversale dans la mesure où la fratrie n'est pas en reste, notamment dans la mise en œuvre de la donation-partage réalisée entre héritiers présomptifs, de la donation-partage entre enfants de lits différents ou encore de la renonciation anticipée à l'action en réduction dont les travaux parlementaires ont souligné l'utilité en présence d'un frère ou d'une sœur handicapée. Verticale, également, dans la mesure où la transmission du patrimoine ne s'effectue plus nécessairement d'une génération à l'autre mais peut procéder

²⁵⁰ Rapp. AN, S. Huyghe, n° 2850. - Rapp. Sénat, H. de Richemont, n° 343. - Rapp. AN, S. Huyghe, n° 3122.

²⁵¹ F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Dalloz, 2013, 4^{ème} éd., n° 27.

²⁵² 100^{ème} Congrès des notaires de France, *Code civil, les défis d'un nouveau siècle*, Paris, 16-19 mai 2004, p. 927, n° 4407.

²⁵³ 100^{ème} Congrès des notaires de France, préc., p. 911, n° 4376.

d'un saut générationnel, les droits de la génération intermédiaire étant alors grevés au profit de la suivante. Ce qui conduit par ailleurs à déterminer les droits successoraux de chacun non plus par degré mais par souche. La donation-partage en faveur d'héritiers de générations différentes, les substitutions et le pacte de renonciation à l'action en réduction en sont ainsi les illustrations. Unie, enfin, dès lors que le consensualisme ne peut exister et ne produire d'effets que dans un contexte familial particulier où le risque d'abus d'influence, de conflits et de remises en cause des pactes successoraux doit être quasi-inexistant²⁵⁴, ce qui est loin d'être la situation la plus usuelle.

165. Un ordre public familial nouveau s'impose donc aujourd'hui sous la pression d'institutions familiales qui, revendiquant une plus grande autonomie, donnent prise à un droit négocié par le biais de conventions privées. La conséquence de cette promotion du contrat dans le champ du droit des successions et des libéralités est le recul inéluctable de ses principes directeurs. Les libéralités substitutives se sont réveillées²⁵⁵ ; le principe de la prohibition des pactes sur succession future, annoncé moribond, n'est plus qu'un garde-fou et l'avenir de la réserve héréditaire est incertain.

C'est à partir de ce constat que mes travaux ont été menés. Deux axes de recherches s'en dégagent à des moments différents de mon parcours.

166. **Que reste-t-il du principe de prohibition des pactes sur succession future ?** Le premier axe, développé au lendemain de la réforme de 2006, a été de mesurer le degré d'effritement du principe d'interdiction des pactes sur succession future²⁵⁶. Jusqu'aux lois successorales de 2001 et de 2006, celui-ci rayonnait dans le Code civil, quitte à être surabondant (C. civ., art. 791, 1130, al.2, 1389 et 1600). Aujourd'hui, il se réduit aux seuls articles 722 et 770 du Code civil, après son retrait significatif du droit commun des contrats qu'a opéré l'ordonnance du 10 février 2016.

Alors que l'on déplore l'obsolescence des motifs invoqués traditionnellement à l'appui de la prohibition et que l'on encense l'admission d'une anticipation successorale contractualisée, plusieurs questions viennent à l'esprit : quelles raisons théoriques et pratiques justifient que le législateur n'ait pas supprimé le principe ? N'aurait-il pas été plus judicieux, comme l'avait proposé en 1975 le 72^{ème} Congrès des notaires de France, de « renverser le principe de la prohibition des pactes sur succession future en un principe d'autorisation générale » ? En résumé, quelle peut être encore l'utilité de cette règle coercitive ? À notre sens, le principe de prohibition des pactes sur succession future s'avère utile aussi bien sur la forme que sur le fond du droit successoral.

Sur la forme, tout d'abord, il aurait été sans doute plus complexe et délicat de proclamer un principe de validité des pactes successoraux en recensant dans un ou plusieurs textes ceux qui auraient été prohibés que de dénombrer ceux que la loi autorise expressément. Une telle solution aurait engendré probablement plus de mal que de bien dans la mesure où il est impossible de déterminer expressément, eu égard aux déclinaisons infinies de pactes successoraux que permet aujourd'hui la contractualisation du droit familial, ceux qui, parmi les actes à titre onéreux ou gratuit, sont interdits. Autrement dit, il est plus logique de maintenir dans le Code civil un principe de prohibition et une série

²⁵⁴ Ce qui explique en général la prudence des notaires à mettre en œuvre une renonciation anticipée à l'action en réduction. V. à ce sujet : J. Combret et S. Gaudemet, La pratique des renonciations anticipées, in *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, ss. la dir. de C. Pérès, Ed. Defrénois, coll. Expertise notariale, 2017, p.181.

²⁵⁵ M. Nicod, Le réveil des libéralités substitutives : les libéralités graduelles et résiduelles, Dr. fam. 2006, 45.

²⁵⁶ N. Baillon-Wirtz, Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ?, N° spécial « La loi portant réforme des successions et des libéralités – Acte I », Dr. fam. 2006, Etude n°44.

d'exceptions ponctuellement reconnues par le législateur que d'établir une liste exhaustive d'actes prohibés, notamment dans un contexte où l'on regrette déjà l'augmentation significative du nombre d'articles et d'alinéas dans le Code civil.

Sur le fond, ensuite, le principe de prohibition marque son utilité dans la mesure où le législateur y trouve le moyen de poser des garde-fous à une liberté successorale aujourd'hui plus étendue et dont on peut légitimement, dans certains cas, redouter l'arbitraire. Les réglementations édictées se situent au point d'équilibre de deux tendances opposées : la liberté de contracter et le respect des principes élémentaires de moralité successorale. L'exigence d'adéquation entre un ordre public successoral rénové et une autonomie de la volonté accrue justifie, en définitive, de maintenir le principe de prohibition des pactes sur succession future et de l'inscrire au rang des principes modérateurs dont le droit positif se sert habituellement pour ménager un juste équilibre entre l'intérêt particulier et l'intérêt général.

167. Quel avenir pour la réserve héréditaire ? Cette conclusion vaut également pour mon second axe de recherche, plus récent cette fois, qui vise l'autre pièce maîtresse de l'ordre public successoral : la réserve héréditaire.

Celle-ci a été abordée dans une étude que j'ai rédigée en 2016 sur « Le statut juridique du renonçant », dans le cadre d'une recherche collective sur les renonciations successorales, dirigée par Cécile Pérès, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et réalisée avec le soutien de la Mission de recherche « Droit et Justice » du ministère de la Justice²⁵⁷. J'y ai notamment abordé l'une des manifestations du recul de la réserve amorcée par la réforme de 2006 avec l'abandon de la solution jurisprudentielle²⁵⁸ consistant à déterminer la réserve d'après l'état des vocations au jour de l'ouverture de la succession sans tenir compte de l'option retenue par les héritiers. Bien que contredisant ouvertement le principe selon lequel le renonçant est censé n'avoir jamais été héritier, la solution présentait l'avantage pratique de faire contrepoids à la dispense de rapport des libéralités dont bénéficie l'héritier qui renonce. Il ne paraissait effectivement pas souhaitable d'apporter à l'héritier renonçant un surcroît d'avantages en lui procurant à la fois le droit de conserver ce qu'il avait reçu et de profiter du fait que le disponible, dans lequel la libéralité est enfermée, aurait été majoré par sa renonciation. Maintenu à son taux prévisible, la réserve pouvait ainsi le dissuader de renoncer²⁵⁹. En dépit du motif compréhensible sur lequel elle s'appuyait, l'analyse ne pouvait subsister devant les impératifs d'une réforme qui a fait, dans son dispositif, une large place à la liberté de disposer du futur défunt. Désormais, le renonçant, par principe, ne fait plus nombre pour le calcul de la réserve. La solution qui s'accorde pleinement avec l'anéantissement rétroactif de sa vocation successorale, a surtout pour avantage d'étendre le disponible, facilitant ainsi l'exécution des libéralités que le *de cuius* a consenties.

168. Malgré les atteintes qui lui ont été portées, la loi de 2006 a peu affecté la substance de la réserve. Elle demeure, comme le souligne justement Yvonne Flour, « au cœur du droit successoral »²⁶⁰, tant par sa contribution à garantir le maintien de l'égalité entre les

²⁵⁷ N. Baillon-Wirtz, Le statut juridique du renonçant, in *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, ss. la dir. de C. Pérès, Ed. Defrénois, coll. Expertise notariale, 2017, pp.205-225.

²⁵⁸ Cass. civ., 18 février 1818, *Laroque de Mons*, D. jurispr. Gén. V° Successions, n° 1028 ; Cass. civ., 13 août 1866, *DP* 1866, I. 465.

²⁵⁹ M. Grimaldi, *Droit des successions*, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2017, n° 505.

²⁶⁰ Y. Flour, Remarques sur la généralisation de la réduction en valeur, *Dr. fam.* 2019, 22.

enfants et que pour exprimer comme nous le rappellerons dans la troisième partie de ce mémoire²⁶¹, une responsabilité et une solidarité étroite entre les générations.

Cependant, la réserve est aujourd'hui menacée. Outre le fait que l'on peine de plus en plus à la justifier depuis son extension au conjoint survivant et sa suppression corrélative au détriment des ascendants privilégiés, elle serait selon certains une institution d'un autre âge, dépassée par les impératifs du libéralisme économique, les manifestations de volonté individuelle, l'internationalisation croissante des questions successorales et la concurrence des systèmes juridiques de *Common Law* favorables à une liberté de disposer sans contrainte. On lui reproche surtout d'être un frein au développement du mécénat et de la philanthropie comme à la transmission d'entreprise. Selon un rapport récent²⁶², il faudrait même « aller au bout de la logique d'affaiblissement de la réserve héréditaire », jugée selon les auteurs comme « liberticide », « en la supprimant définitivement ». De manière plus nuancée, un rapport de l'Inspection générale des finances proposait en 2018 un aménagement de la réserve, notamment en abaissant son *quantum*, afin de faciliter la transmission des entreprises et des fondations en France²⁶³. C'est dans ce contexte que le Secrétaire d'Etat en charge des associations, Gabriel Attal, a annoncé vouloir réfléchir à un assouplissement de la réserve pour « inventer une philanthropie à la française »²⁶⁴ et que la garde des Sceaux, ministre de la Justice, Nicole Belloubet, a missionné en mars 2019 un groupe de travail dirigé par Cécile Pérès, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et Philippe Potentier, notaire à Louviers et directeur de l'Institut d'études juridiques du Conseil supérieur du notariat. Ce groupe de travail que j'ai rejoint dès sa création, a procédé à une série d'auditions dans une perspective pluridisciplinaire (juridique, philosophique, sociologique, économique, historique et psychologique) et comparatiste. Après avoir dressé un état des lieux des justifications juridiques, historiques et sociologiques de la réserve héréditaire pour en justifier le maintien et évalué les instruments juridiques qui ont marqué son infléchissement, le rapport définitif remis à la ministre de la Justice le 13 décembre 2019, a proposé certaines évolutions dont le point commun est d'assouplir la réserve sans la dénaturer : modification du *quantum*, création d'un nouveau pacte de famille élargi, etc.

Reste à savoir si ces réflexions et propositions seront suivies d'effets dans les prochains mois par l'élaboration d'un texte de loi élargi à l'ensemble des problématiques successorales ou restreint à la seule question de la philanthropie.

169. En définitive, la contractualisation des rapports personnels et familiaux interpelle sur plusieurs plans. Identifiée à bon escient à l'idée de progrès et d'individualisation, elle annonce aussi le démantèlement des statuts et consomme la rupture avec la conception classique de l'ordre public²⁶⁵. Par ailleurs, l'aspiration à plus de souplesse n'est jamais sans risque et la liberté peut parfois apporter son lot d'illusions ou de décisions arbitraires. La déjudiciarisation qui est l'autre dimension du processus d'effacement du cadre

²⁶¹ V. *infra* n° 271s.

²⁶² B. Morel et M. Sbaihi, *Supprimer la réserve héréditaire. Pour la liberté, le mérite et la philanthropie*, rapport Génération Libre, mars 2019.

²⁶³ A. Jevakhoff et D. Cavaillolès, *Le rôle économique des fondations*, IGF, rapport n°2017-M-008, avril 2018, spéc. p.41.

²⁶⁴ M. Bellan, Gabriel Attal : nous devons inventer une philanthropie à la française, *Les Echos*, 24 janvier 2019.

²⁶⁵ H. Hamadi, *Recherches sur l'ordre public familial*, thèse, Toulon, 2009, p.765 : La rupture avec la conception classique de l'ordre public « semble consommée lorsque la convention est présentée comme une source de l'ordre public familial ».

normatif, accentue ce risque puisque le contrat n'a quasiment plus besoin aujourd'hui de l'appréciation du juge pour être efficace.

CHAPITRE II. LES ENJEUX ET INCIDENCES D'UNE DÉJUDICIARISATION ACCRUE

170. Durant des décennies, le mouvement de judiciarisation s'est déployé dans les interstices de la vie sociale, politique et économique. Le recours au juge s'est imposé aussi bien pour assurer des fonctions juridictionnelles que non-juridictionnelles et son intervention a largement été promue à la sauvegarde des intérêts familiaux. On lui demandait alors d'homologuer, d'autoriser, de nommer, de trancher, etc. Cependant, le processus s'est progressivement inversé devant le constat que le juge, en l'état, ne peut à lui seul résoudre tous les contentieux et accomplir des formalités qui ne sont pas nécessairement de son office. Les crises économiques que les sociétés subissent depuis une dizaine d'années ont obligé à changer de paradigme et à adopter une politique radicale de déjudiciarisation²⁶⁶. Les moyens matériels et humains de la justice sont rationalisés ; la place des modes conventionnels de gestion des différends est renforcée et l'on tente de recentrer l'office du juge au cœur de son activité juridictionnelle quitte à se passer de plus en plus de lui en matière gracieuse. Les récents textes de « modernisation » et de « programmation » de la justice illustrent cette reconsidération de la place du magistrat en matière familiale et, dans un même temps, conduisent à redéfinir le rôle des professionnels du Droit qui l'entourent²⁶⁷, en leur attribuant les compétences qui jusque-là revenaient au juge²⁶⁸. Le notaire est l'un d'entre eux. Acteur de la justice amiable, médiateur, auxiliaire de justice, il a particulièrement profité de la déjudiciarisation et ses fonctions sont aujourd'hui multiples. En une décennie, le notaire s'est vu confier des compétences nouvelles après retrait ou mise au second plan du juge de la sphère familiale : l'établissement des actes de notoriété, l'enregistrement du Pacs établi sous la

²⁶⁶ Le terme peut se définir comme le « recul localisé du rôle du juge » ou la « tendance à soustraire à la justice au lieu de soumettre à la justice » : A. Jeammaud, *Judiciarisation/Déjudiciarisation*, in *Dictionnaire de la justice*, ss. la dir. de L. Cadiet, PUF, 2004. V. à ce sujet : L. Cadiet, *La déjudiciarisation*, Rapport introductif, in *La déjudiciarisation*, ss. la dir. de O. Boskovic, Mare et Martin, 2012, p. 9.

²⁶⁷ S. Amrani Mekki, *Déjudiciarisation et évolution des professions juridiques*, in *La déjudiciarisation*, ss. la dir. de O. Boskovic, préc., p.183, spéc. p.184.

²⁶⁸ Ainsi, par exemple, le changement de prénom relève désormais de la compétence de l'officier d'état civil et non plus du juge. Il en est de même de l'enregistrement de la convention de PACS conclue sous seing privé depuis le 1^{er} novembre 2017. Il est très vraisemblable que les dispositions consistant à transférer à l'officier d'état civil l'appréciation de l'intérêt légitime à changer de prénom ou encore à enregistrer la déclaration conjointe de pacte civil de solidarité en lieu et place du greffe du tribunal d'instance, soient bien accueillies par les usagers. Cependant, au-delà du fait que les différences entre le mariage et le PACS s'amenuisent, la mesure instaurée par la loi du 18 novembre 2016 attribue finalement à l'officier d'état civil une fonction symbolique détachée de son rôle premier, ce que l'on peut malgré tout regretter. Recevoir des déclarations et leur conférer un caractère authentique, en les rédigeant en la forme d'actes déterminés par la loi, sont ses missions essentielles. Or aucun acte d'état civil (« acte de pacte civil de solidarité »), support de la déclaration des comparants, n'est ici établi et son rôle ne se limite plus seulement à assurer la publicité de la convention mais aussi à en déclencher la prise d'effet par son visa : V. à ce sujet : N. Baillon-Wirtz, *L'état civil à l'épreuve d'une identité sociale*, avec la coll. de J.-D. Sarcelet, in *Etudes offertes à Jacques Combret*, Ed. Defrénois, 2017, p.17 ; N. Baillon-Wirtz, *Le transfert aux officiers de l'état civil de l'enregistrement des Pacs sous seing privé*, avec la coll. de J. Combret, JCP N 2017, 570.

forme notariée²⁶⁹, l'envoi en possession des legs, le recueil de l'acte de renonciation et de l'acceptation à concurrence de l'actif net de la succession, du consentement du couple en cas d'AMP avec tiers donneur, etc.

Sous l'éclairage de la pratique notariale, la grande majorité de mes contributions écrites a analysé et évalué les manifestations et les effets de la déjudiciarisation principalement constatés en droit des personnes vulnérables (Section I) et en droit du divorce (Section II).

Section I. La déjudiciarisation du droit des personnes vulnérables

171. « La juridiction gracieuse est en péril, menacée par un législateur qui n'est plus animé que par l'âme d'un comptable »²⁷⁰. Cette remarque de Hervé Lécuyer traduit combien le juge a été mis à l'écart ces dernières années de la matière gracieuse. Au-delà des préoccupations quantitatives et budgétaires, l'argument qui revient souvent dans l'exposé des motifs des réformes de la Justice, est que le gracieux n'est plus nécessairement du domaine naturel du juge, surtout dans le contexte d'un droit contractualisé qui présuppose l'entente familiale. La responsabilisation de la famille qui découle du recours privilégié au contrat, conduit à alléger le rôle du juge voire à l'éviter (on l'a notamment constaté avec le mandat de protection future). Jusqu'à récemment, la place laissée aux volontés concordantes n'excluait pas le juge, la loi lui conférant une double fonction de contrôle des accords²⁷¹ : d'une part, un contrôle de légalité de l'acte et, d'autre part, un contrôle d'opportunité eu égard aux intérêts en jeu (intérêt de la famille et intérêt de l'enfant notamment). Désormais, le mouvement de retrait a pris une ampleur telle que l'on peut légitimement s'interroger sur cette logique consistant à faire en sorte que le juge n'exerce plus ses fonctions dès lors qu'il n'y a pas de litige.

172. Autrefois systématiquement écartée en présence de mineurs et de majeurs vulnérables, la déjudiciarisation prédomine aujourd'hui. Le phénomène s'est surtout renforcé avec la réforme du droit de l'administration légale (I) et des majeurs protégés (II) initiée par l'ordonnance du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille.

I. La déjudiciarisation du droit de l'administration légale

173. L'ordonnance du 15 octobre 2015 a profondément modifié les règles relatives à l'administration légale, en réorganisant les modalités d'exercice de la représentation légale de l'enfant autour d'un régime rénové et identique pour toutes les formes de parenté. Le constat commun aux quatre études que j'ai rédigées entre 2015 et 2017 sur le sujet²⁷² est que, si l'ordonnance a rempli pour une large part ses objectifs de

²⁶⁹ N. Baillon-Wirtz, Enregistrement et publicité du Pacs reçu par un notaire, JCP N 2012, Etude n°1313.

²⁷⁰ H. Lécuyer, Pour la juridiction gracieuse, Defrénois 1^{er} mars 2018, n° 132z3, p. 1.

²⁷¹ J. Normand, Droit judiciaire de la famille et contrat, in *La contractualisation du droit de la famille*, préc., p.211, spéc. p.212.

²⁷² N. Baillon-Wirtz, La substance de la nouvelle administration légale, *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, 2017, n°3, étude n°16 ; Le renouveau et les limites de la gestion du patrimoine des mineurs, *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, 2017, n°3, étude n°17 ; Quand modernisation rime avec confusion : l'administration légale selon l'ordonnance du 15 octobre 2015, avec la coll. de J. Combret, JCP

modernisation, la redéfinition des pouvoirs et obligations de l'administrateur qu'elle a engagée, n'est pas à la hauteur des enjeux et des attentes des praticiens.

174. Sur le fond, l'ordonnance, d'inspiration familiale bien plus que judiciaire, rompt avec le passé en concentrant le dispositif sur le ou les parents et en l'affranchissant, dans de nombreuses situations, du contrôle du juge. Elle parfait ainsi l'idée que le lien parent-enfant doit être aménagé de manière unitaire, indépendamment des modalités d'exercice de l'autorité parentale, qu'elle soit conjointe ou unilatérale. Ces dernières années, il était reproché à notre système juridique de ne pas prendre suffisamment en considération le cas des familles monoparentales pour lesquelles l'autorité publique manifestait une méfiance injustifiée en leur imposant une intervention judiciaire trop soutenue. Les rédacteurs de l'ordonnance ont donc pris le parti de l'indifférenciation et mis fin à la distinction issue de la loi du 14 décembre 1964 entre l'administration légale pure et simple et l'administration légale sous contrôle judiciaire. Le fait que l'enfant n'ait qu'un parent (soit que sa filiation n'ait été établie qu'à son égard soit que l'autre parent est décédé) ne conditionne plus la mise en place d'un mode différent de gestion de son patrimoine.

175. Au-delà de ces considérations égalitaires, la suppression de l'administration légale sous contrôle judiciaire procède également du mouvement de déjudiciarisation. Alors qu'il innervait auparavant tout le droit de l'administration légale, le juge est désormais relégué dans le Code civil, au sein d'une section dédiée et clôturant le dispositif²⁷³, montrant ainsi combien son intervention est voulue comme étant exceptionnelle et subsidiaire. Le contrôle judiciaire est en effet devenu facultatif et résiduel. En témoignent également la suppression des renvois au droit tutélaire et l'abrogation de l'article 388-3 du Code civil qui mettait à la charge du juge des tutelles et du procureur de la République une mission de surveillance générale des administrations légales.

Ce retrait du juge laisse par conséquent à l'administrateur légal une sphère d'action plus large. Ainsi, lorsque l'administration légale est exercée par les deux parents, l'intervention du juge est limitée au seul cas de désaccord entre eux ou pour autoriser les actes de disposition les plus graves qu'énumère très limitativement l'article 387-1 du Code civil. En dehors de ces hypothèses, et sauf les actes interdits (C. civ., art. 387-2), les deux parents peuvent effectuer librement les actes d'administration et la plupart des actes de disposition. S'agissant de l'administration légale exercée par un parent seulement, celui-ci a désormais le pouvoir d'effectuer, sans autorisation du juge, tant les actes d'administration que les actes de disposition, à l'exception de ceux listés à l'article 387-1²⁷⁴.

176. Le recul de l'intervention du juge se prolonge aussi par la suppression de l'homologation systématique du changement de régime matrimonial en présence d'un enfant mineur sous le régime de l'administration légale. Parachevant la déjudiciarisation partielle opérée par la loi du 23 juin 2006, la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice²⁷⁵ substitue au contrôle judiciaire un régime dans lequel le notaire peut alerter le juge aux affaires familiales dès lors qu'il a « connaissance d'actes

N 2015, étude n°1238 ; Qu'apporte la loi du 16 février 2015 au droit des personnes et de la famille ?, avec la coll. de J. Combret, JCP N 2015, 288.

²⁷³ Section 3 « De l'intervention du juge des tutelles », Chapitre II « De l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant », Titre IX « De l'autorité parentale ».

²⁷⁴ Et à l'exception des actes interdits à l'article 387-2 du Code civil.

²⁷⁵ V. à ce sujet mon commentaire des dispositions de la loi : N. Baillon-Wirtz, La loi du 23 mars 2019 et les nouvelles mesures de déjudiciarisation du droit des personnes et de la famille, RJPF 2019-5/1.

ou d'omissions qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une situation de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci ». Le juge peut alors ordonner une mesure de « contrôle renforcé »²⁷⁶ et soumettre le changement de régime matrimonial à son autorisation. Bien qu'étant une simple faculté, la mise en œuvre de cette alerte interroge sur le rôle du notaire et sa responsabilité. Il est certainement délicat de lui confier, alors qu'il ne sera pas parvenu à convaincre les époux de renoncer à la modification envisagée au nom de l'intérêt de leurs enfants, le soin de saisir le juge. Est aussi posée la question de la conciliation entre la possibilité de donner l'alerte et l'obligation de respecter le secret professionnel. Enfin, sur le plan pratique, cette nouvelle procédure implique de vérifier préalablement au changement que ce dernier ne contrevient pas aux intérêts de l'enfant mineur, même si l'appréciation de l'intérêt familial relève en principe des époux.

177. Malgré tout, plusieurs raisons justifient cette suppression très discutée lors des travaux parlementaires. À cette occasion, ont souvent été avancés les chiffres très faibles de rejet par le juge de la demande d'homologation²⁷⁷. Son intervention systématique n'apparaît plus indispensable pour assurer la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant mineur et celui de la famille, notamment parce que le droit de l'administration légale réformé par l'ordonnance du 15 octobre 2015 repose principalement sur le postulat d'une présomption de bonne gestion des biens du mineur par ses représentants légaux. Depuis la réforme du divorce opérée par la loi du 18 novembre 2016, il était aussi difficilement justifiable qu'un couple ayant un enfant mineur puisse divorcer par consentement mutuel sans homologation judiciaire mais n'ait pas la possibilité de changer de régime matrimonial sans l'intervention du juge. Enfin, il semblait incohérent de continuer à solliciter l'homologation judiciaire à une époque où fréquemment les couples qui célèbrent leur mariage, ont déjà ensemble des enfants mineurs. Or, pour ces unions, le choix du régime matrimonial est libre, sans avoir à en référer au tribunal.

II. La déjudiciarisation du droit des majeurs protégés

178. Il arrive fréquemment qu'à l'application d'une loi, les objectifs attendus ne soient pas satisfaits. La loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs n'échappe pas à ce constat²⁷⁸. Depuis son entrée en vigueur en 2009, c'est sur l'État et ses services que repose pour une large part la responsabilité des défaillances. On constate ainsi sur le terrain les conséquences néfastes, dans certains départements, de la réforme passée de la carte judiciaire ainsi que du manque de moyens matériels et humains que l'État met à la disposition des tribunaux judiciaires. Le nombre de magistrats et de personnels auxiliaires est insuffisant ; les procédures en sont donc fortement ralenties et le contrôle des comptes des majeurs protégés est devenu très aléatoire. Cela porte préjudice aux majeurs protégés et à leur famille. Il est finalement regrettable qu'une loi faite pour protéger finisse par produire l'effet inverse.

²⁷⁶ Circ. min. Just. 25 mars 2019, NOR : JUSC1909309C, de présentation des entrées en vigueur des dispositions civiles de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, BOMJ n°2019-03 et ann. 6.

²⁷⁷ Voir not. Projet de loi Sénat, n° 463, 2017-2018, étude d'impact, avr. 2018, p. 66.

²⁷⁸ N. Baillon-Wirtz, La réforme de la protection juridique des majeurs du 5 mars 2007 à dix ans : quel bilan ?, avec la coll. de J. Combret, JCP N 2017, étude n°1119.

179. Ces dernières années, le législateur a essayé de compenser ces dysfonctionnements, malheureusement sans cohérence d'ensemble et sans mettre les moyens humains et financiers là où ils manquent, préférant modifier le dispositif à la marge par quelques mesures d'inégale importance. La loi du 5 mars 2007 a été adaptée à plusieurs reprises, en 2015²⁷⁹, 2016²⁸⁰ et 2019²⁸¹, notamment pour déjudiciariser et ainsi faciliter la tâche de juges submergés. Cependant, si les adaptations sont souvent essentielles, l'expérience montre que la mutation des structures d'un dispositif doit être justifiée autrement que par l'insuffisance des effectifs et des moyens. A titre d'illustration, la durée des mesures de curatelle et de tutelle a été allongée à dix voire vingt ans selon les situations, alors pourtant qu'en 2007, la réforme s'inscrivait dans une logique inverse : celle des mesures à durée déterminée permettant d'établir un état de la situation sur cinq ans et un contact régulier avec la personne protégée.

180. **L'habilitation familiale.** Le législateur a aussi beaucoup misé sur l'habilitation familiale, censée remettre la famille au cœur du dispositif de protection et « réduire de l'ordre de 15 à 20 % selon la situation de chaque ressort le nombre de dossiers de tutelle ouverts dans les cabinets de tutelle et la charge que représente leur gestion pour les juridictions »²⁸². Le dispositif qui a amené les professionnels à adopter de nouveaux réflexes gagne aujourd'hui du terrain sur les mesures traditionnelles. Entre 2016 et 2017, le nombre d'ouvertures de tutelle et de curatelle a baissé respectivement de 9 % et de 4,8% alors que 13 119 habilitations familiales étaient prononcées (dont 12 503 habilitations générales et 616 spéciales)²⁸³.

181. La mesure se définit comme un mécanisme de protection intra-familiale²⁸⁴ qui évite de « se soumettre au formalisme des mesures de protection judiciaires qui peut s'avérer pesant, en l'absence de conflit familial et de nécessité d'instaurer une mesure de protection suivie par un juge pour protéger les intérêts de la personne concernée »²⁸⁵. La justification ici avancée par le législateur est bienveillante à l'égard de la famille qui se voit ainsi valorisée et surtout responsabilisée. Il en résulte un retrait significatif du juge de la phase postérieure au prononcé de la mesure. En témoignent l'absence de contrôle judiciaire de la mission de la personne habilitée (qui est d'ailleurs dispensée de la plupart des obligations habituellement mises à la charge des organes de la protection juridique comme celle d'établir un compte annuel de gestion), le domaine très restreint des actes nécessitant une autorisation judiciaire préalable ou encore l'impossibilité actuelle pour le juge de désigner un administrateur *ad hoc* en cas d'opposition d'intérêts entre la personne protégée et la personne habilitée²⁸⁶.

²⁷⁹ L. n° 2015-177, 16 février 2015. - Ord. n° 2015-1288, 15 octobre 2015.

²⁸⁰ L. n° 2016-1547, 18 novembre 2016.

²⁸¹ L. n°2019-222, 23 mars 2019.

²⁸² Projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, Étude d'impact, p. 38.

²⁸³ Rapport de mission interministérielle, « L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables », A. Caron Déglise, sept. 2018, p. 23 et 50.

²⁸⁴ L'instrument suppose surtout une bonne entente familiale préalable et qui perdure au-delà de son prononcé. Il s'avère donc inadapté aux situations conflictuelles ou aux relations distendues.

²⁸⁵ Etude d'impact, Projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, p. 29 et le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015 (JO 16 oct. 2015).

²⁸⁶ Sur cette impossibilité de désigner un administrateur *ad hoc* : N. Baillon-Wirtz, L'habilitation familiale : adaptations attendues et difficultés récurrentes, Defrénois, 2019, n°142s0.

182. **Suppression de l'autorisation judiciaire et déjudiciarisation du contrôle des comptes de gestion.** Le contrôle judiciaire a surtout reculé avec la loi du 23 mars 2019. L'autorisation préalable pour le mariage, le divorce, le Pacs de la personne protégée et l'accomplissement de plusieurs actes de gestion de son patrimoine est supprimée. C'est le cas de l'acceptation pure et simple de la succession au nom du majeur en tutelle dès lors qu'une attestation du notaire chargé du règlement de la succession démontre que l'actif dépasse manifestement le passif (C. civ., art. 507-1). La disposition est significative dans la mesure où le notaire se trouve substitué au juge pour apprécier sous sa seule responsabilité si l'autorisation préalable est requise.

Un transfert de responsabilité assez similaire a également lieu pour le contrôle des comptes de gestion établis par le tuteur. En dépit des mesures de décharge, de dispense et d'assistance mises en œuvre depuis la loi du 5 mars 2007, le contrôle des comptes représente pour les directeurs des services de greffe judiciaires une tâche très lourde qu'ils ne peuvent en réalité assumer²⁸⁷, comme l'ont dénoncé les rapports de la Cour des comptes et du Défenseur des droits. La loi du 23 mars 2019 tire les conséquences de ce très mauvais bilan en déjudiciarisant le processus de contrôle²⁸⁸ pour le confier, en interne, aux organes de la protection comme le subrogé tuteur ou, à titre dérogatoire et sous conditions²⁸⁹, à un professionnel qualifié (notaire, avocat, expert-comptable, etc.).

183. En définitive, la reconfiguration du champ d'intervention des acteurs du droit, la place laissée à la famille et le retrait quasi-systématique du juge contribuent à un réaménagement du droit des personnes vulnérables. Le contrôle judiciaire s'efface, ne revenant au second plan que pour les hypothèses conflictuelles et les situations à risque. C'est un changement de paradigme assumé pour la justice familiale. Ce constat est plus marquant encore en droit du divorce.

Section II. La déjudiciarisation du droit du divorce

184. Depuis plusieurs décennies, le droit du divorce n'a cessé d'évoluer sous l'influence des mouvements de contractualisation et de déjudiciarisation du droit de la famille. La loi du 11 juillet 1975 a laissé une large place à la volonté individuelle des époux et à leur liberté de régler les effets de leur désunion. La loi du 6 mai 2004 a accéléré, simplifié et pacifié les procédures dans un sens où l'office du juge s'est restreint.

Plusieurs de mes contributions sur le divorce ont mis en évidence le phénomène d'évitement du juge, aggravé par les réformes récentes de la Justice (I) et le rôle significatif consécutivement attribué au notaire en tant qu'auxiliaire de justice (II).

²⁸⁷ Le défaut de contrôle des comptes par le service des tutelles est la première cause de responsabilité de l'État en matière de protection juridique des majeurs, Projet de loi Sénat, n° 463, 2017-2018, étude d'impact, précitée, p. 128.

²⁸⁸ Le juge peut même décider de dispenser le tuteur de soumettre le compte de gestion dès lors que les revenus ou le patrimoine de la personne protégée sont modiques. C'est également le cas si la tutelle n'a pas été confiée à un mandataire judiciaire à la protection des majeurs

²⁸⁹ À titre dérogatoire, lorsque l'importance et la composition du patrimoine de la personne protégée le justifient ou en l'absence d'un subrogé tuteur, d'un co-tuteur, d'un tuteur adjoint ou d'un conseil de famille, le contrôle des comptes de gestion peut être externalisé. Au plus tard le 31 décembre 2023, le juge pourra décider, dès réception de l'inventaire et du budget prévisionnel, que la mission de vérification et d'approbation des comptes soit effectuée par un professionnel qualifié. Le juge devra alors fixer dans sa décision les modalités selon lesquelles le tuteur soumet à ce professionnel le compte de gestion et les pièces justificatives. Il est renvoyé à un décret en Conseil d'État pour fixer les conditions du contrôle par ce professionnel qualifié.

I. Le divorce « sans juge »

185. « Avant de renvoyer le divorce au droit conventionnel, il faudrait sans doute réfléchir aux conséquences de ce renvoi et ne pas se borner à prévoir la réforme dans une loi de procédure ou encore de simplification du droit ! » Des mots prémonitoires de Jean Hauser et un conseil donné que le législateur n'a pas suivi en 2016 lorsqu'il a introduit lors de la discussion de la future loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle, une mesure qui a pris de court les professionnels du droit du divorce : le divorce par consentement mutuel « déjudiciarisé » ou encore appelé communément « sans juge ». Formulée à plusieurs reprises dans le passé et toujours rejetée²⁹⁰, la proposition n'est pas sans incidence et le changement est radical dans la conception du divorce et de manière consécutive dans celle du mariage. Supprimer le juge du divorce par consentement mutuel, c'est en effet le rapprocher d'un contrat ordinaire au détriment de l'institution et réduire d'autant le champ d'action de l'ordre public familial. La mesure que le législateur a fait passer comme étant simplificatrice et moderne est aussi symboliquement un choix de société – celui de la privatisation du droit –, qui dépasse les questions de logique économique ou d'efficacité administrative.

186. Cependant, l'argument principalement retenu lors des travaux parlementaires était qu'en évitant l'intervention du juge, le couple ne serait plus tributaire des « lenteurs de la justice », de la complexité des procédures et de leur coût. Ce raisonnement, s'il est attractif, a dû en réalité être nuancé sur plusieurs points. Le premier est que le gain de temps généré par la suppression de la procédure de comparution des époux devant le juge n'est pas aussi important que celui escompté. Les époux doivent négocier chaque effet de leur divorce et certainement de manière plus attentive encore puisque le juge n'exerce plus de contrôle sur leur accord, même pour des questions relevant de l'ordre public. En outre, le temps de la procédure peut être augmenté par l'accroissement du contentieux post divorce, la suppression de l'homologation exposant l'acte conventionnel à tous les recours. En effet, le contreseing des avocats des parties comme le dépôt au rang des minutes d'un notaire ne sauraient être assimilés à la formalité de l'homologation et ne suffisent pas à purger la convention de ses éventuels vices ou déséquilibres (comme notamment l'éventuel abus de faiblesse de l'un des époux à l'égard de l'autre abandonnant tout ou partie de ses droits). Le second point est que contrairement à ce que les époux pouvaient en attendre, la déjudiciarisation de la procédure n'a pas constitué une source d'économie puisqu'il leur faut aujourd'hui recourir aux services de deux avocats et non plus seulement d'un seul comme le permettait l'ancien dispositif. L'économie réalisée par l'Etat demeure également faible, d'autant plus que le retrait du divorce de la sphère judiciaire n'a aucune conséquence sur l'octroi de l'aide juridictionnelle. D'un côté, on a pu se réjouir de l'élargissement de son champ d'application à la matière conventionnelle. Dans le cas contraire, il aurait en effet été impossible pour les époux les plus démunis de divorcer par consentement mutuel et l'accès égalitaire à la procédure de divorce aurait été nié. De l'autre côté, cependant, il faut compter, en ces temps de pénurie budgétaire, sur le surcoût généré par la rétribution de deux avocats au lieu d'un seul.

²⁹⁰ Déjà en 2008, le rapport de la commission de répartition du contentieux présidée par le professeur Serge Guinchard avait rejeté la proposition d'un divorce déjudiciarisé, en l'espèce devant notaire : *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La Documentation française, Paris, 2008.

187. L'une des mesures les plus controversées, particulièrement mise en avant dans mes contributions écrites, est le rôle que le législateur laisse jouer à l'enfant mineur du couple. Contrairement à d'autres pays excluant la possibilité de divorcer « sans juge » si les époux ont des enfants mineurs (Italie, Russie, Lituanie), la loi du 18 novembre 2016 a fait le choix d'une procédure conventionnelle par principe, l'exception judiciaire n'étant déclenchée qu'à la condition que l'enfant mineur demande à être entendu par le juge : quelle lourde responsabilité il lui est ainsi attribué ! D'ailleurs, encore faut-il en pratique que ses parents l'informent de son droit et rien ne le garantit vraiment, même si la convention de divorce doit, à peine de nullité, comporter la mention selon laquelle le mineur a été informé par ses parents – et non par leurs avocats (C. civ., art. 229-3). On peut également craindre que l'un des parents qui ne se satisferait pas des termes de l'accord, ne recourt de manière indirecte à cette disposition pour que le divorce devienne judiciaire. Le risque d'instrumentalisation de l'enfant n'est donc pas à exclure, d'autant plus qu'il est difficile de vérifier que ses intérêts n'ont pas été niés ou contournés.

188. En dépit des critiques suscitées par le dispositif, notamment les plus virulentes sur la prise en compte de la parole de l'enfant et des doutes légitimes sur la reconnaissance et l'exécution de la convention de divorce dans l'ordre international en présence d'un élément d'extranéité, il a été étendu à la séparation de corps par consentement mutuel. Pour clore le débat suscité en 2016 sur le point de savoir si la déjudiciarisation du divorce s'étendait aussi à la séparation de corps, la loi du 23 mars 2019 a en effet aligné les deux régimes procéduraux, en même temps qu'elle a favorisé l'évitement du juge par une réorganisation complète de la procédure applicable aux divorces contentieux²⁹¹.

II. Le rôle renforcé des auxiliaires de justice : l'intervention du notaire

189. La loi, en éloignant le juge du divorce par consentement mutuel pour le recentrer sur les seules procédures contentieuses, contraint les professionnels du droit à mettre en œuvre de nouvelles pratiques pour garantir la sécurité et la pérennité des accords des époux. Comme déjà indiqué, le notaire est un des piliers de la procédure. Au fil des réformes, ses compétences se sont élargies, mais malheureusement sans cohérence d'ensemble. Son rôle est ainsi mal défini et reste subsidiaire dans le divorce par consentement mutuel alors qu'il dispose pour les divorces contentieux de pouvoirs très étendus, notamment au moment des opérations de partage.

190. Si la loi du 18 novembre 2016, en réformant le divorce par consentement mutuel, n'a pas touché aux règles relatives à l'état liquidatif du régime matrimonial qui continue d'être notarié en présence de biens immobiliers²⁹², elle a réduit la fonction notariale au rôle du constat et, selon le terme souvent avancé durant les travaux parlementaires, « d'enregistrement » du divorce aux fins de donner à la convention une force exécutoire que l'avocat ne peut lui donner. Le contrôle notarial, qui se limite ici aux seuls aspects

²⁹¹ Dans un souci de célérité et de simplification des démarches, la loi du 23 mars 2019 a procédé à une réécriture importante des règles relatives au divorce et à la séparation de corps. L'article 22 de la loi, qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2020, supprime au sein des règles communes aux divorces contentieux, la phase préliminaire relative à la tentative de conciliation et modifie les conditions du recours au divorce accepté. D'autres dispositions reviennent sur le cas du divorce pour altération définitive du lien conjugal et celui du divorce par consentement mutuel.

²⁹² C. civ., art. 265-2 ; C. civ., art. 229-2 3, 5°.

formels, ne peut se substituer au contrôle judiciaire auparavant effectué au moment de l'homologation. Le dépôt au rang des minutes de la convention de divorce ne peut également être assimilé à une authentification dès lors que la formalité n'est pas accompagnée d'une reconnaissance d'écriture et de signature des deux parties. En principe, lors de la réception de l'acte, le notaire effectue toutes les solennités requises pour en garantir le contenu. Les diligences qu'il accomplit sont les mêmes et il encourt la même responsabilité qu'il rédige l'acte ou qu'il le reçoive au rang des minutes. L'émolument qu'il perçoit est également celui auquel aurait donné lieu l'acte authentique contenant la même convention. Or il n'en est rien ici. La seule explication que l'on a pu proposer est que la loi a introduit une disposition dérogatoire aux règles classiques d'attribution du bénéfice de l'authenticité. En définitive, l'acte de dépôt est devenu dans le cadre de cette procédure, un acte particulier qui procure date certaine et surtout force exécutoire à la convention de divorce sans pour autant y attribuer les caractères de l'authenticité. Même si ce régime a un caractère exceptionnel, il ne peut qu'être source de regret et de doute. En tout cas, l'authenticité n'en sort pas grandie.

191. En revanche, pour les opérations de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux du couple, la mission du notaire est vaste et ses pouvoirs ont été largement étendus au fil des réformes. Malgré tout, la matière, à la croisée de plusieurs droits – droit de la famille, droit des régimes matrimoniaux, droit des successions et droit de la procédure civile –, a soulevé d'importantes difficultés pratiques. L'enchaînement de textes lacunaires, incohérents voire inapplicables a entraîné des divergences de pratiques voire une méconnaissance du rôle respectif des acteurs du partage, dont le notaire.

Les contributions, commentaires et fascicules que j'ai rédigés depuis 2011 avec la collaboration de Jacques Combret, notaire honoraire, ont eu pour principal objectif d'éclairer le praticien en lui donnant des repères et des réflexes selon que le partage est amiable ou judiciaire. Il n'est pas ici directement question d'une déjudiciarisation des procédures – le rôle du juge aux affaires familiales a lui aussi été particulièrement renforcé en la matière – mais plutôt de la mise en œuvre d'un système dans lequel le notaire se définit véritablement comme un auxiliaire de justice à raison de l'assistance qu'il apporte au juge. Après plusieurs hésitations jurisprudentielles et tergiversations législatives²⁹³, les procédures ont été renouvelées par l'ordonnance du 15 novembre 2015, s'insérant dans l'objectif dégagé lors de la réforme du droit du divorce en 2004, d'accélérer le temps procédural et de favoriser les recherches d'accord au cours de celui-ci. Le principe d'une séparation des deux phases de divorce et de partage est consacré, même si des aménagements à la règle sont prévus. Le partage amiable et la recherche d'accords restent la voie privilégiée. A défaut, la phase de partage judiciaire²⁹⁴ amène le notaire, sous le contrôle d'un juge commis, à gérer la procédure dès son ouverture et accomplir ainsi une mission de nature juridictionnelle. En cas d'opérations complexes, l'ampleur des distorsions entre les parties ou la nature du patrimoine à partager justifie en effet de lui confier l'intégralité des opérations de partage : l'établissement de l'état

²⁹³ Depuis la réforme du divorce opérée par la loi du 26 mai 2004, les difficultés autour du rôle du juge lors du prononcé du divorce se sont accumulées en raison notamment de l'absence de textes de procédure spécifiques et adaptés à la loi, d'un défaut manifeste de coordination entre le Code civil et le Code de procédure civile, et par suite d'une analyse juridique de la Cour de cassation (Cass. civ. 1^{re}, 12 avril 2012, n°11-20.195 ; Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2012, n°12-17.394 et n° 12-10.449 ; V. les commentaires de ces décisions : J. Combret et N. Baillon-Wirtz, Liquidation et partage après divorce : une réforme urgente s'impose, JCP N 2013, n°8, 1036) différente de celle que le législateur avait souhaitée (Circulaire n° CIV/10/10 du ministère de la Justice, 16 juin 2010). Ces divergences ont notamment engendré des pratiques contradictoires quant au mode de saisine du juge.

²⁹⁴ Lorsqu'elle est dite « complète » : CPC, art. 1364 et s.

liquidatif, des comptes entre les copartageants et de la masse partageable, la détermination des droits des parties ainsi que la composition des lots, le tout sous l'égide de dispositions procédurales lui accordant des prérogatives qui, en principe, appartiennent au juge (convocation des parties, demande de production de pièces utiles au dossier, respect de la règle du contradictoire, etc.).

192. En résumé, mes travaux ont montré combien la dissolution du mariage n'est plus seulement l'affaire du juge. La reconnaissance juridique des accords entre les époux qui divorcent illustre le phénomène de privatisation du Droit et la confiance que le législateur témoigne envers ses acteurs comme l'avocat et le notaire. Par à-coups législatifs, leur contribution à l'administration de la justice s'est accrue au fur et à mesure que le juge s'est retiré. Il leur est désormais demandé de coordonner et d'accompagner le processus de dissolution voire de lui donner effet dans le cas du divorce par consentement mutuel. Certains y ont vu les vertus de la simplification et de l'individualisation des procédures. D'autres, comme moi, sont plus dubitatifs et continuent de s'interroger sur les potentiels dangers de mesures qui ne peuvent en elles-mêmes garantir l'intégrité de la volonté des parties et la sécurité juridique qu'elles peuvent espérer, une fois leur rupture définitive.

193. Désengorgement des tribunaux, célérité des procédures, rentabilité et pragmatisme économique, délégation de missions juridictionnelles à des tiers auxiliaires, recentrage du juge sur ses missions premières... ; en l'espace de quinze ans, le phénomène de déjudiciarisation, accompagné et accentué par celui de la contractualisation des relations personnelles et familiales, s'est accru à tel point que l'on peut aujourd'hui légitimement se demander à quoi sert le juge. Désormais on ne compte plus les procédures déjudiciarisées en matière familiale ou en droit des personnes vulnérables, procédés que le législateur étend à l'envi, quitte à les imposer, sans s'interroger sur les enjeux pour les intéressés. La tendance, nous l'avons vu, n'est pas près de s'inverser. La loi du 23 mars 2019 atteste à elle seule de l'intérêt que le législateur porte à son égard, voyant en l'évitement du juge la solution à tous les problèmes. De son côté, la profession notariale y trouve l'occasion de défendre son utilité et l'objectif qu'elle poursuit habituellement de rapprocher le citoyen du Droit, notamment en simplifiant ses démarches, en accélérant le traitement de ses demandes, tout en lui assurant le conseil sur l'exercice de ses droits et obligations. Toutefois, cette approche est aussi à nuancer. Un universitaire, également notaire, craignait déjà en 2010, que ces transferts de compétence ne soient la cause et le signe d'une « déstabilisation de la fonction notariale », « en l'éloignant du noyau dur de ses préoccupations »²⁹⁵. Le constat vaut plus encore dix ans après.

²⁹⁵ M. Beaubrun, Vers une déstabilisation de la fonction notariale ?, Defrénois 2010, n° 10, p. 1128.

TITRE II. L'INFLUENCE DE L'INDIVIDUALISME : D'UN STATUT ASSIGNÉ À UN STATUT CHOISI

194. Il est habituel, encore que le Code civil ne connaisse pas cette ligne de séparation, de distinguer le droit des personnes du droit de la famille. La rupture est fréquente dans les ouvrages comme dans les formations universitaires. Pourtant, on ne saurait nier l'influence que le premier droit a sur le second et le fait que l'individu influence le groupe dont il est le composant. Dans mes recherches, ces deux matières sont intimement liées et un volet important de mes publications en matière familiale est aussi orienté vers l'individu, son identité et l'autonomie de sa volonté.

195. On reproche souvent à l'individualisme contemporain de contribuer à déstabiliser les structures familiales et les liens qui les sous-tendent ; autrement dit, le repli sur la sphère privée et l'individu entraînerait une « déstabilisation institutionnelle »²⁹⁶ ou encore une « subjectivisation du droit familial »²⁹⁷. Déjà Balzac soulignait dans les Mémoires de deux jeunes mariés : « En coupant la tête à Louis XVI, la Révolution a coupé la tête à tous les pères de famille. Il n'y a plus de famille aujourd'hui, il n'y a plus que des individus. » L'affirmation ne fait pas dans la nuance ; néanmoins elle exprime ce que les détracteurs de l'individualisme regrettent généralement lorsqu'ils exposent leurs thèses sur les excès auxquels il peut conduire : l'individu, et non plus la famille, serait aujourd'hui la cellule de base de la société²⁹⁸. Nous leur donnons partiellement raison. Mais nous nous situons également dans une autre perspective car l'individualisme, compris comme l'affirmation d'une liberté individuelle, peut également être perçu sous un angle positif et ne doit pas systématiquement être opposé à l'intérêt collectif. En réalité, l'autonomie individuelle et l'appartenance statutaire ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Irène Théry le résume d'ailleurs très bien : « L'individualisation semble évoquer une atomisation de la famille au profit des individus et nous avons nombre d'indices montrant que la famille, en tant que groupe reste – même si elle est profondément transformée – une référence en tant que telle. Cela se traduit, peut-être plus que toute autre chose, à travers l'incroyable solidité et vivacité des rapports intergénérationnels ; ces rapports ne seraient pas compréhensibles dans une logique d'atomisation « individualistique » de la famille »²⁹⁹.

196. Au-delà de ces considérations sur lesquelles je reviendrai plus en détail dans la troisième partie³⁰⁰, mes recherches se sont concentrées sur les différentes manières

²⁹⁶ F. de Singly, *Sociologie de la famille contemporaine*, 3^{ème} éd., Armand Colin, Paris, 2007, p.17.

²⁹⁷ G. Cornu, *Droit civil, La famille*, Domat, Droit privé, Montchrestien, 8^{ème} éd., 2003, p.20, n°7 bis : « La faveur active est pour l'individu. Et, pour parvenir à ses fins, ce souci majeur s'infiltré dans le droit de la famille, en creusant ses propres mines ». « La subjectivisation du droit familial (...) consiste à réduire le droit de la famille à une collection de droits subjectifs établis sur la tête de chacun de ses membres ».

²⁹⁸ C'est l'ère de l'individu ou ce que Norbert Elias appelle « la société des individus » : *La Société des individus*, Paris, Fayard, 1^{ère} éd., 1987.

²⁹⁹ I. Théry, La transformation des années soixante/soixante-dix, in *Les implicites de la politique familiale*, Paris, Dunod, 2000, spéc., p.195

³⁰⁰ V. *infra* n°231 et s.

d'expression de l'individualisme, d'abord sur la construction de l'identité et de l'état de la personne (Chapitre I), puis sur la difficile conciliation entre le besoin de protection et l'autonomie de ceux que la loi considère comme vulnérables (Chapitre II).

CHAPITRE I. LA CONSTRUCTION DE L'IDENTITÉ PERSONNELLE

197. Lorsque l'enfant naît et qu'est dressé le premier et principal des actes de l'état civil – l'acte de naissance –, son identité individuelle est fixée au nom de l'ordre public, par des données en principe immuables aux fins d'identification. Un nom et un prénom lui sont attribués. Son sexe est déterminé et son appartenance familiale signifiée par la désignation dans l'acte de ses père et/ou mère selon les règles d'établissement du lien de filiation. L'enfant est ainsi juridiquement appréhendé par un état civil qui reflète une identité par principe imposée selon des critères objectifs et limitativement énumérés par la loi.

198. Si par principe « tout le droit repose sur une conception de la personne envisagée comme un être stable, continu, égal à lui-même »³⁰¹, la montée croissante durant ces cinquante dernières années de l'individualisme, de l'autonomie de la volonté et de l'égalité dans les rapports personnels et familiaux, confortés par les jurisprudences interne et européenne, a fait de l'état civil un point de tension pour ceux qui revendiquent de passer d'un statut assigné à un statut choisi. Identité et identification, par principe liées, en viennent à s'opposer. « L'identité, c'est le ciel, l'identification c'est la terre » dit-on³⁰² afin de distinguer ce qui, d'un côté (l'identité), relèverait du subjectif ou de l'affirmation d'un « droit à être soi-même » et, de l'autre (l'identification), s'appuierait sur des éléments objectifs et utilitaires, sorte de repères fixes qui échappent aux changements³⁰³.

199. S'il y a toujours un paradoxe dans le fait de vouloir se dégager du carcan de l'état civil et de son indisponibilité tout en le revendiquant comme un outil de reconnaissance de son individualité, il n'empêche que le souhait pour l'individu de maîtriser les éléments de son état est devenu au fil des années un appel au législateur à faire évoluer les règles de l'état civil. Celles-ci ont progressivement changé, faisant de l'état civil non plus seulement un mode de preuve de l'état de la personne mais également le siège juridique de l'identité sociale construite autour de considérations de psychologie personnelle. Ces revendications d'individualité et de singularité sont l'affirmation contemporaine d'un droit à disposer librement de son identité et donc de l'état civil qui la soutient. Il s'en dégage un droit, même s'il est relatif, à créer une identité, à la naissance de la personne, selon les aspirations et désirs de ceux qui lui ont donné la vie (Section I) et un droit à la modifier au gré des évolutions possibles du sentiment de soi (Section II).

³⁰¹ F. Terré, Préface, p. VII, in E. Gutmann, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, t. 327, 2000, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé.

³⁰² J. Hauser, Synthèse intermédiaire, Identité-Identités, in V. Mutelet et F. Vasseur-Lambry (dir.), *Qui suis-je ? Dis-moi qui tu es. L'identification des différents aspects juridiques de l'identité*, 2015, Artois Presses université, p. 157.

³⁰³ G. Cornu, *Droit civil. Les personnes*, préc., p. 95, n° 43.

Section I. Une souplesse à la création de l'état

200. La recherche d'un équilibre entre vie privée et vie publique, entre l'individu et l'État, portée par l'objectif de complaire au souci d'épanouissement de chacun, a conduit à laisser aux parents d'un enfant une large place à l'affirmation de choix personnels dans le contenu de l'acte de naissance. Les éléments d'identification sont, dans les limites de ce qu'autorise l'institution, personnalisés. Le « droit à l'état civil » que revendiquent les parents dans certaines situations, connaît également un important développement.

201. **Une libre détermination des éléments de l'état civil.** Si les énonciations de l'acte de naissance sont limitativement déterminées par la loi, les parents se sont vu progressivement offrir par le droit la possibilité de faire de l'état civil un dispositif de libre expression de leurs choix au moment d'attribuer un nom et un prénom à leur enfant. On sait combien « être » et « être nommé » sont deux éléments indissociables de la personnalité de l'individu. Le nom signe l'appartenance sociale et inscrit l'enfant dans son environnement familial. Le prénom, quant à lui, souligne sa singularité dans cet environnement et associe à celui qui le porte des caractéristiques individuelles et également collectives. Les deux ont pour point commun d'être des projections parentales et il semblait logique, dans l'esprit du législateur à compter des années 1990, de donner aux parents la possibilité d'appréhender, dans un rapport subjectif, le nom et le prénom plus comme des éléments d'identité que d'identification, quitte à en faire un « acte de la vie privée »³⁰⁴.

202. C'est en effet exclusivement sur la volonté des parents que repose l'attribution du ou des prénoms à la naissance, sans référence obligée à la tradition culturelle et nationale qu'incarnaient la loi du 11 germinal an XI et les « noms en usage dans les différents calendriers » comme les personnages de « l'Histoire ancienne ». Leur liberté ne trouve désormais de limite que dans l'intérêt de l'enfant ou face au droit des tiers à voir protéger leur nom de famille.

203. Le choix est, en revanche, dirigé à la transmission du nom. Signe visible de l'appartenance familiale, le nom est un effet de la filiation. Ce qui justifie que l'on ne puisse choisir librement un nom individuel – sans rapport avec la parenté –, en lieu et place d'un nom de famille, au risque de briser l'unité de cette dernière. Traditionnellement, la dévolution du nom était un mécanisme sur lequel la volonté individuelle n'avait aucune influence ; elle s'opérait *de jure*, principalement gouvernée par le principe patronymique selon lequel l'enfant prenait à la naissance le nom de son père. La loi du 4 mars 2002, fréquemment critiquée³⁰⁵ et amendée³⁰⁶, lui a substitué un principe inverse, plaçant la transmission du nom sous l'empire des « volontés accordées »³⁰⁷ des parents. « À une dévolution légale » a succédé « une dévolution volontaire »³⁰⁸ qui « consomme, dans une vision intimiste, une certaine privatisation du

³⁰⁴ F. Zénati-Castaing et T. Revet, *Manuel de droit des personnes*, 2006, PUF, coll. Droit fondamental, spéc., p. 74, n° 60.

³⁰⁵ V. not. : J. Foyer, Du nom patronymique au nom de famille. Progrès ou régression, in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à André Decocq*, 2004, Litec, p. 241 et s.

³⁰⁶ Cinq fois au total, le plus récemment par l'article 11 de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe et bientôt six fois avec la réforme du droit de la bioéthique ouvrant aux couples de femmes et aux femmes seules l'assistance médicale à la procréation.

³⁰⁷ G. Cornu, *Droit civil, Les personnes*, op. cit., p. 112, n° 49.

³⁰⁸ G. Cornu, *Droit civil, Les personnes*, ibid.

nom »³⁰⁹. Induite principalement du principe d'égalité des sexes et des filiations, la loi du 4 mars 2002 tendait à imposer la dévolution d'un nom double afin d'exprimer l'origine duale – paternelle et maternelle – de la filiation de l'enfant.

Plus d'une décennie après cette grande réforme, le constat opéré à la vue des statistiques de l'INSEE publiées en 2015 sur le choix du nom, est que l'usage prédomine sur la loi³¹⁰. En 2014, seulement un enfant sur dix porte, à sa naissance, le nom de ses deux parents. Pour 83 % des naissances, l'enfant reçoit uniquement le nom de son père. Cette proportion s'élève à 95 % pour les enfants nés au sein d'un couple marié. L'aspiration à la liberté mise en avant par le législateur n'est finalement pas si déterminante face aux us et coutumes ; en tout cas, elle ne vise pas le plus grand nombre.

204. À la naissance de l'enfant, l'état civil questionne également sur son sexe qui est objectivé selon les données anatomiques constatées après l'accouchement et déterminé de manière élémentaire à partir des deux catégories reconnues. Ne concevant pas le sexe autrement que de manière binaire, l'état civil ne connaît pas de troisième sexe et l'ambiguïté morphologique à laquelle les parents d'un enfant intersexué sont confrontés à sa naissance ne peut justifier, en l'état des textes, l'expression d'un droit de choisir librement son sexe, de revendiquer, au moment de l'établissement de l'acte et même ultérieurement³¹¹, l'existence d'un sexe neutre ou indéterminé, voire de supprimer des actes de l'état civil la mention du sexe³¹².

205. **L'affirmation d'un « droit à l'état civil »**³¹³. Outre la libre détermination des éléments constitutifs de l'état, la revendication d'un droit à l'identité s'illustre également par l'affirmation d'un « droit à l'état civil ». Le besoin de donner une existence sociale est ainsi exprimé dans certains cas, pour les enfants nés sans vie mais aussi, nous l'avons déjà relevé, pour les enfants nés d'une gestation pour le compte d'autrui pratiquée à l'étranger.

206. Le cas de l'enfant sans vie a été longuement abordé dans mes travaux, d'abord dans ma thèse puis au fil des évolutions textuelles et jurisprudentielles sur le sujet³¹⁴. Dans la logique d'une politique d'identification de la personne, l'enregistrement d'un enfant mort-né semble être inutile dès lors que la venue au monde de cet être dépourvu des conditions de vie ou de viabilité essentielles à l'acquisition de la personnalité, n'emporte

³⁰⁹ Op. cit., p. 134, n° 59 : « Le nom devient la chose des parents. (...) Cette contractualisation domestique vaut un déclassement ».

³¹⁰ Insee, *Statistiques de l'état civil*, 1^{er} septembre 2015, Insee Focus, n° 33.

³¹¹ Le tribunal de grande instance de Tours avait reconnu la validité de la mention « sexe neutre » à l'état civil pour une personne intersexuée : TGI Tours, 20 août 2015, D. 2015. 2295, note F. Vialla. Cette décision a été censurée par un arrêt du 22 mars 2016 de la cour d'appel d'Orléans. Après pourvoi, la Cour de cassation a jugé que la loi française ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin. Elle estime que si l'identité sexuelle relève de la sphère protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, « la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur. » : Cass. civ. 1^{re}, 4 mai 2017, n° 16-17.189.

³¹² A.-M. Leroyer, *L'état civil au prisme du genre : un révélateur des discriminations*, in S. Bollée et E. Pataut (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, t. 72, 2016, IRJS Éditions, p. 129, spéc. p. 137.

³¹³ J. Hauser, *Synthèse intermédiaire, Identité-Identités*, préc.

³¹⁴ N. Baillon-Wirtz, *La famille et la mort*, éd. Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, t. 17, Paris, 2006, p. 162 et s. ; La condition juridique de l'enfant sans vie. Retours sur les incohérences du droit français, Dr. fam. 2007, étude n°13 ; *L'enfant, sujet de droits*, en coll. avec C. Brunetti-Pons, A. Meier-Bourdeau, I. Omarjee, Y. Honhon et M.-C. Le Boursicot, Lamy, coll. Axe Droit, Paris, 2010, p.93 et s. ; L'enfant simplement conçu, in *Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant*, RLDC nov. 2011, p.22.

aucune conséquence juridique. Cet enfant n'a pas d'état qui puisse et doive être publiquement constaté. Mais cette logique cède devant la logique concurrente d'épanouissement personnel et de reconnaissance identitaire. La défaillance de l'une des conditions d'attribution de la personnalité juridique n'empêche pas de reconnaître la spécificité d'une existence humaine, fût-elle brève ou avortée. Il y a en effet dans l'inscription à l'état civil « une sauvegarde contre le néant qui découle de l'emprise du droit sur l'homme, sur sa naissance, sa vie, sa mort »³¹⁵, mais surtout une garantie offerte aux parents endeuillés d'obtenir de la société civile un comportement en accord avec l'humanité du fœtus et le respect qui lui est dû. Aussi le législateur a-t-il modifié les modalités d'inscription à l'état civil de l'enfant sans vie³¹⁶ afin de lui donner l'apparence d'une existence juridique (même si dans la réalité, elle n'est que mémorielle³¹⁷). Il est également permis de lui attribuer un prénom et, si les parents en émettent le souhait, d'inscrire dans le livret de famille préexistant une mention relative à l'enfant ou, pour les parents non mariés, de demander lorsque leur premier enfant est un enfant déclaré sans vie, qu'un livret de famille leur soit remis.

207. En définitive, la revendication d'un « droit à l'état civil » comme du droit à en maîtriser le contenu illustre le fait que l'identité personnelle de l'enfant est avant tout construite : d'abord par le droit, de manière abstraite selon un cadre prédéfini d'énonciations obligatoires et objectives, ensuite par les parents qui peuvent exprimer, dans les limites de ce cadre, leurs choix personnels par le libre jeu de leurs volontés. Cependant, l'acte d'état civil peut au fil des années ne plus correspondre à la réalité et cette identité construite, même avec sa part de liberté, ne plus convenir face à l'identité subjective que l'enfant devenu adulte aura affirmée. Le « droit de devenir soi-même »³¹⁸ s'affirme alors et il n'est plus aujourd'hui aucun élément de l'état d'une personne qui ne soit susceptible de changement.

Section II. Une souplesse lors du changement de l'état

208. Construit autour d'une identification par le nom et le prénom, l'acte de naissance constitue le premier réceptacle du droit au nom. Droit de la personnalité, ce droit est tiraillé entre l'identification sociale dont il est porteur, justifiant l'invocation des principes d'immutabilité, d'indisponibilité et d'imprescriptibilité, et le respect de la vie privée auquel la Cour européenne des droits de l'homme le rattache, ce qui lui confère une plus grande marge d'autonomie dans la personnalisation. C'est dans ce contexte de partage du droit au nom entre rapport à un principe d'immutabilité et respect des droits de la personne que s'inscrivent les mutations que l'acte de naissance peut connaître, le principe tiré de la loi du 6 fructidor an II concernant les nom et prénom portés dans cet acte n'excluant pas qu'ils puissent être modifiés

³¹⁵ P. Murat, *Décès périnatal et individualisation de l'être humain*, RDSS 1995, p. 451.

³¹⁶ Tirant les conséquences d'arrêts rendus par la Cour de cassation (Cass. civ. 1^{re}, 6 février 2008, n° 06-16498, n° 06-16499 et n° 06-16500), le gouvernement a pris deux décrets et deux arrêtés qui prévoient notamment que la délivrance d'un acte d'enfant sans vie est conditionnée par l'existence d'un certificat d'accouchement de la mère dont la réalité relève de l'appréciation médicale des praticiens : décrets n° 2008-798 et n° 2008-800 du 20 août 2008, JO 22 août 2008 ; arrêtés du 20 août 2008.

³¹⁷ Si l'enfant sans vie est bien individualisé, il n'a pas pour autant un état familial, un nom de famille et une filiation. V. à ce sujet, nos développements dans N. Baillon-Wirtz *et alii*, *L'enfant sujet de droits*, 2010, Lamy, coll. Axe droit, p. 93 et s., n° 128 et s.

³¹⁸ B. Coulmont, *Changer de prénom. De l'identité à l'authenticité*, PUL, 2016, spéc., p. 8.

conformément à la loi. L'évolution des conditions dans lesquelles ces modifications, ainsi que celle pouvant affecter la mention du sexe, sont susceptibles d'intervenir témoigne d'une inflexion des fondements de l'acte de naissance au profit du respect de la vie privée.

209. **Changement de prénom.** Le Code civil a dès l'origine permis la modification ou l'adjonction de prénoms dans l'acte de naissance, sous réserve que cette demande réponde à un intérêt légitime. La loi du 8 janvier 1993, en abrogeant les principes posés par la loi du 11 germinal an XI sur le choix des prénoms, a non seulement déplacé de l'article 57 à l'article 60 le régime désormais confié au juge aux affaires familiales des changements de prénom, mais encore a autorisé qu'il soit présenté une requête en suppression de prénom. Elle a, en outre, exigé que le consentement personnel de l'enfant âgé de plus de treize ans soit requis.

Si un contrôle de l'intérêt légitime à la modification, l'adjonction ou la suppression d'un prénom, demeure, celui-ci est suffisamment caractérisé par la production d'une décision étrangère autorisant le changement de prénom³¹⁹.

210. La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle confie désormais à l'officier de l'état civil le soin d'apprécier cet intérêt légitime et d'effectuer ce changement sur les registres de l'état civil³²⁰. L'article 56 de la loi, modifiant l'article 60 du Code civil, précise que cet intérêt légitime ne saurait être caractérisé, en particulier lorsque la demande est contraire à l'intérêt de l'enfant ou aux droits des tiers à voir protéger leur nom de famille. Dans ce cas, le procureur de la République, saisi par l'officier de l'état civil, peut s'opposer au changement sollicité, laissant au demandeur le soin de saisir, s'il l'estime opportun, le juge aux affaires familiales³²¹.

L'officier d'état civil est ainsi placé sous l'autorité d'un élu et le contrôle du juge ne s'exerce donc plus sur l'intérêt légitime fondant la demande mais, via le parquet, sur la conscience qu'en éprouve cet officier d'état civil. Après la réforme de 1993, non seulement le choix du prénom est libre, mais son changement le devient pareillement.

211. **Changement de nom.** S'agissant du nom, dont l'inscription dans l'acte de naissance n'était pas obligatoire avant 2002, il ne peut être modifié que dans deux hypothèses. Soit cette modification n'est qu'une conséquence du lien de filiation établi par cet acte, soit elle procède d'une demande du titulaire de l'acte.

L'acte de naissance énonce le nom de famille de l'enfant déclaré. Déterminé sur le fondement d'un rapport de filiation, hormis lorsque les parents de l'enfant ne sont pas connus, ce nom peut être affecté par les aléas de la vie familiale. Nous ne reviendrons pas sur les choix qui s'offrent aux parents lors de la naissance ou de l'adoption de leur premier enfant. Mais ce choix instauré par la loi du 4 mars 2002 a incontestablement contribué à étoffer les procédures de changement de nom.

212. L'établissement d'un second lien de filiation est encore une source de remise en cause du nom attribué, sans que l'intérêt de l'enfant soit pris en compte autrement que par un consentement personnel exigé s'il a plus de treize ans. À cet égard, le législateur

³¹⁹ Cass. civ. 1^{re}, 23 mars 2011, n° 10-16761.

³²⁰ Une telle déjudiciarisation risque en pratique de trouver ses limites. En effet, jusqu'à la loi de 2016, il appartenait au greffe du parquet de demander la transcription des jugements sur les divers actes d'état civil dans lesquels le prénom apparaît : acte de naissance du requérant, actes de naissance de ses enfants, actes de mariage, livret de famille. Il est possible qu'avec la déjudiciarisation, les oublis qui existaient déjà, soient plus fréquents (l'acte de naissance d'un enfant n'indiquant pas, par exemple, le nouveau prénom du père).

³²¹ CPC. art. 1055-1 à 1055-4 issus du décret n°2017-450 du 29 mars 2017.

n'a pas porté la même attention à l'attribution du nom selon qu'il s'agit d'établir une filiation ou de la contester. Pour les actions aux fins d'établissement de la filiation, le tribunal statue, s'il y a lieu sur l'attribution du nom, alors que la juridiction qui accueille l'action en contestation fixe, dans l'intérêt de l'enfant, les modalités des relations de celui-ci avec la personne qui l'élevait. Perd-il le nom de celui qui n'est plus son auteur ?

213. La demande de changement de nom du titulaire de l'acte n'a pas connu semblable évolution. La loi du 8 janvier 1993 a introduit dans le Code civil ce que la loi du 11 germinal an XI avait déjà admis, et le décret du 20 janvier 1994 n'a fait qu'actualiser une procédure plus que séculaire. Seule la francisation du nom qui relève des dispositions de la loi du 25 octobre 1972 demeure hors du Code civil. Cet ordonnancement est aujourd'hui remis en cause puisque la loi du 18 novembre 2016 autorise l'officier d'état civil à substituer, au nom inscrit sur l'acte de naissance dont il est dépositaire, le nom acquis dans un autre État par le titulaire de cet acte, sur sa demande³²².

Il aurait pu l'être davantage encore si le Conseil constitutionnel n'avait pas censuré, au motif d'une adoption selon une procédure contraire à la Constitution, la disposition de la même loi qui prévoyait qu'une demande de changement de nom puisse être justifiée par la volonté, pour un enfant majeur, d'adjoindre le nom de l'un ou l'autre de ses parents à son nom de naissance³²³.

214. En définitive, la loi du 4 mars 2002 n'a pas seulement modifié les règles de dévolution du nom. Elle a inscrit celui-ci dans l'acte de naissance et a substitué à l'appellation « nom patronymique » celle de « nom de famille ». Ce faisant, là où le législateur souhaitait renforcer la place tenue par la filiation dans l'attribution du nom, la fragilité des familles a contribué à faire reculer les principes qui régissaient le droit au nom.

215. **Changement de sexe.** Le respect de la vie privée a conduit, sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme³²⁴, à accepter la remise en cause de cette mention de l'acte de naissance. Alors que l'indétermination du sexe à la naissance conduisait le ministère public à agir avec la plus extrême prudence pour permettre à l'enfant d'être reconnu « une fois les traitements appropriés achevés »³²⁵, la revendication des transsexuels et l'émergence d'une théorie du genre ont appelé à un assouplissement du principe d'indisponibilité de l'état des personnes auquel cette mention est attachée. C'est en référence au principe du respect dû à la vie privée que la Cour de cassation a admis que l'état civil indique le sexe dont une personne a l'apparence, lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, cette personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social³²⁶.

Le but thérapeutique a été remis en cause après la publication du décret n° 2010-125 du 8 février 2010 supprimant les troubles précoces de l'identité de genre de la liste des affections psychiatriques de longue durée. Mais la Cour de cassation a maintenu l'exigence de preuve, au regard de ce qui est communément admis par la communauté

³²² C. civ., art. 61-3-1.

³²³ Décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016, n° 55 à 58.

³²⁴ CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, (Grande Chambre).

³²⁵ Rép. min., QE n° 48696 de M. G. Rouillard, JOAN du 2 sept. 2014, p. 7440.

³²⁶ Cass. Ass. Plén. 11 décembre 1992, n° 91-11900, *JCP G* 1993, II, 21991, concl. M. Jéol.

scientifique, de la réalité du syndrome transsexuel et du caractère irréversible de la transformation d'apparence³²⁷.

Alors que le caractère irréversible de la transformation d'apparence ne pouvait que laisser dubitatif³²⁸, eu égard aux évolutions de la chirurgie, cette obstination de la Cour de cassation n'a pas résisté aux vœux du législateur et la loi du 18 novembre 2016 met brutalement un terme à cette exigence de preuve. Les articles 61-5 et 61-6 nouveaux du Code civil (qui composent une nouvelle section intitulée « De la modification de la mention du sexe à l'état civil »³²⁹) limitent l'exigence de preuve au comportement social et prohibent le rejet de la demande sur le fondement d'une absence de traitements médicaux, d'une opération chirurgicale ou d'une stérilisation.

D'élément constitutif de l'état des personnes, la mention du sexe devient un élément d'identification sociale, ouvrant ainsi la voie à une remise en cause plus générale de l'état civil. En l'absence d'opération chirurgicale, la femme qui aura obtenu la modification de son sexe, sur le fondement des articles 61-5 et 61-6 du Code civil, pourra toujours enfanter. Quel lien de filiation pourra revendiquer l'enfant dont elle aura accouché après ce changement de sexe ? Devra-t-on renoncer à l'adage « *mater semper certa est...* » et réduire à néant la seule règle intangible du droit de la filiation ?

216. Pour conclure sur la construction de l'identité, le législateur, en laissant l'état civil à la disposition des sujets concernés, en a changé les contours et les fonctions. Mais cette aspiration à une plus grande malléabilité ne doit pas lui faire perdre les impératifs qui le fondent, et oblige à une réflexion renouvelée sur la préservation de sa dimension mémorielle. Depuis plus de deux siècles, l'état civil fixe et assure la mémoire des événements liés à l'état de la personne. Par et à travers les actes qu'il instrumente, il remplit un rôle fondamental à la fois d'ordre probatoire et publicitaire des principaux faits et actes juridiques qui ponctuent la vie humaine, notamment la naissance, le mariage et la mort. Cette fonction première est la raison d'être de ce service public rendu à la personne et l'évolution des rapports que cette dernière entretient avec l'état civil par la libre détermination de certains éléments de son identité (même si elle aboutit, comme on l'a vu, à faire de l'état civil le siège juridique de l'identité sociale) ne saurait devoir remettre en question cette mission mémorielle.

³²⁷ Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 2012, n° 11-22.490.

³²⁸ En ce sens l'avis de l'avocat général, non publié.

³²⁹ Section 2 *bis* du Chapitre II du Titre II du Livre I du Code civil.

CHAPITRE II. LE DROIT À L'AUTONOMIE DE LA PERSONNE PROTÉGÉE

217. Le processus d'individualisation ne doit pas seulement être entendu comme une survalorisation de la singularité de la personne ou la recherche d'émancipation par la mise à disposition voire la mise à distance des éléments de son état. Il inclut aussi une autre dimension, celle de l'autonomie, qui illustre en droit des majeurs protégés, un renversement de perspective.

218. Avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, le législateur a particulièrement mis l'accent sur plusieurs attributs de la personnalité, en les qualifiant de diverses manières : liberté, autonomie, dignité et plus récemment, autodétermination. La loi a invité, nous l'avons déjà évoqué, toute personne majeure à anticiper les conséquences de son éventuelle vulnérabilité et à définir les paramètres de sa protection en recourant à des modes contractualisés comme le mandat de protection future. D'autres outils qui reposent sur l'expression d'une volonté unilatérale, lui ont aussi été offerts. Ainsi est-il possible de choisir, pour le cas où une mesure de protection serait prononcée, un curateur ou un tuteur³³⁰. La loi a même fait de l'exercice de ce « droit à la prévisibilité » le principe puisque ce n'est qu'à défaut de choix anticipé que le juge est admis à procéder à la désignation de l'organe de protection³³¹. Nombreux pourraient être tentés d'user de cette faculté d'anticipation qui offre l'avantage de la liberté dans le cadre pourtant strict et défini de la mesure judiciaire de protection. D'autant plus qu'elle peut aussi se présenter comme un substitut efficace à la forme plus aboutie qu'est le mandat de protection future³³².

Le dispositif actuel permet donc à l'individu d'opter pour le droit volontaire, d'adapter au mieux le droit impératif à la réalité de sa situation personnelle et de trouver, à condition qu'il soit bien informé des contours de son droit et des conséquences de son exercice, une certaine maîtrise juridique sur sa vie personnelle et familiale. Ce n'est bien évidemment pas un droit à tout faire, mais une certaine souplesse offerte grâce à l'autodétermination, dans les limites de ce que le Droit autorise.

219. Mes travaux ont abondamment porté sur ces modes d'anticipation de la vulnérabilité. Un ouvrage sur la réforme de 2007, plusieurs articles et de nombreuses sessions de formation des notaires y ont été consacrés, notamment sous un angle pratique en insistant sur l'opportunité de leur mise en place et leurs limites. Mes recherches se sont aussi concentrées, à mesure que le législateur a étendu le pouvoir de la volonté individuelle du majeur vulnérable, sur les sphères d'autonomie qui lui sont reconnues en dépit de la mesure de protection³³³. Le Code civil contient en effet un certain nombre de

³³⁰ Comme il est également possible au dernier vivant des père et mère de choisir un tuteur ou un curateur pour son enfant handicapé.

³³¹ Rappelons par ailleurs que cette désignation s'impose au juge, sauf cas particuliers, notamment si l'intérêt de la personne vulnérable commande de l'écarter.

³³² C'est notamment le cas lorsque le mandat ne peut pas être conclu faute de proches prêts à s'investir ou s'il ne peut être mis en œuvre, le juge décidant de l'écarter au profit d'une mesure judiciaire.

³³³ L'amplitude du sujet implique cependant que nous l'ayons limité à quelques aspects. Ainsi la santé de la personne protégée n'a été qu'accessoirement évoquée, d'autant plus qu'il n'y a toujours pas à ce jour d'un dispositif cohérent en la matière. La combinaison des dispositions du Code civil et du Code de la santé publique pose aujourd'hui de nombreuses difficultés que l'on espérait voir disparaître à l'annonce d'une

dispositions qui tentent de concilier la protection de ses intérêts avec la nécessité de respecter ses libertés individuelles ; en somme de ³³⁴« protéger, sans diminuer ». L'une des premières – l'article 415 –, placé dans la section II « Des dispositions communes aux majeurs protégés » du Chapitre I « Des dispositions générales » du Titre XI, affirme les principes généraux de la protection des majeurs vulnérables. Celle-ci « est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne ». Elle « a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci ». Si cette dernière n'est ici pas définie, elle innerve pourtant tous les domaines de la protection, qu'elle soit extrapatrimoniale ou patrimoniale. Elle suppose surtout que la personne, en dépit du handicap, de la maladie ou des troubles physiques ou cognitifs qui accompagnent parfois l'avancée en âge, doit pouvoir exercer librement ses droits sans autre limite que les droits d'autrui ou les règles exceptionnellement et indistinctement posées par la loi. Cette présomption d'autonomie est principalement garantie par le jeu combiné des principes directeurs de la protection réunis sous le triptyque : nécessité, proportionnalité et subsidiarité. Au travers d'un système de gradation des mesures, le Droit démontre combien la restriction dans l'exercice des droits doit rester l'exception : « la tutelle n'est prononcée que s'il est établi que ni la sauvegarde de justice, ni la curatelle ne peuvent assurer une protection suffisante » (C. civ., art. 440). Et même lorsque la tutelle s'ouvre, l'individu doit toujours avoir la possibilité d'exprimer sa volonté.

220. Cette approche centrée sur la personne s'est traduite également par des changements terminologiques. Les mots ont un sens et l'incapacité s'est progressivement effacée. Depuis les lois du 3 janvier 1968 et du 5 mars 2007, le mot « incapable », jugé stigmatisant voire discriminant, a disparu des codes³³⁵ et a été remplacé par les expressions « personne protégée » ou « personne vulnérable »³³⁶. Ces dernières se sont imposées dans le lexique juridique comme des notions de sens commun, surtout parce qu'elles mettent l'accent sur la protection et la vulnérabilité plutôt que sur l'incapacité et la négation de la volonté.

221. Dans ce contexte, la reconnaissance d'une autonomie décisionnelle explique que les cas où la personne est libre d'agir seule se sont accrus. Ainsi il ne peut y avoir ni assistance ni représentation pour les actes strictement personnels (C. civ., art. 458) ; « la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne » (C. civ., art. 459). Elle doit surtout rester libre d'aller et venir, de définir ses conditions de vie, notamment son lieu de résidence et d'exercer son droit d'avoir ou non des relations personnelles avec qui elle le souhaite. C'est ici l'affirmation du principe général que « chacun » a droit au respect de sa vie privée (C. civ. art. 9), y compris le majeur protégé.

habilitation du Gouvernement à prendre par ordonnance des dispositions ayant pour objectif de mettre en conformité le Code de la santé publique avec les principes posés dans le Code civil. Or, cette habilitation est devenue caduque le 27 juillet 2017.

³³⁴ T. Fossier, *Projet de réforme des incapacités*. Un objectif à ne pas oublier : protéger sans jamais diminuer, *Defrénois* 15 janvier 2005, n°1, p.3.

³³⁵ Le décret d'application du 22 juillet 2019 a ainsi remplacé le terme « incapable » par mineur ou majeur protégé dans les articles 197, 370 et 391 du Code de procédure civile et l'alinéa 3 de l'article 12 de l'annexe du Code de procédure civile relative à son application dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle (Décr. n° 2019-756, art. 1^{er}).

³³⁶ V. à ce sujet : J. Hauser, *Des incapables aux personnes vulnérables*, *Dr. fam.*, n° 5, mai 2007, étude 14, p. 5 à 7.

222. Dernièrement, la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice s'est inscrite plus encore dans ce processus de valorisation de l'autonomie et de responsabilisation de la personne, étendu notamment en matière familiale et pour l'exercice du droit de vote³³⁷. Inspirée par les propositions du rapport de la mission interministérielle sur la protection des majeurs à laquelle j'ai contribué, la loi a retouché le statut personnel du majeur protégé et lui a permis de prendre seul la décision de se marier³³⁸ (alors que peu avant l'adoption de la loi, l'autorisation à mariage avait été jugée conforme aux droits garantis par la Constitution³³⁹ et la Convention européenne des droits de l'homme³⁴⁰), de conclure un pacte civil de solidarité³⁴¹ et de divorcer autrement que par un divorce contentieux³⁴². La présomption d'autonomie gagne ainsi un peu plus de terrain. Ces mesures, même si elles procèdent d'une politique des petits-pas et d'une vision à court terme sans cohérence d'ensemble, illustrent un modèle normatif bien ancré autour de l'individualisme et de la contractualisation des rapports, qui puise sa légitimité dans une affirmation constante et une reconnaissance accentuée de l'autonomie du sujet. Elles tentent aussi de répondre aux conclusions « sévères » de la « rapporteuse spéciale sur les droits des personnes handicapées », Catalina Devandas-Aguilar, à la suite de son séjour en France en octobre 2017. Il est notamment reproché au droit français des majeurs protégés de placer « systématiquement les personnes handicapées, en particulier les personnes autistes et les personnes qui présentent un handicap intellectuel et psychosocial, sous tutelle ou curatelle, notamment pour faciliter les procédures d'octroi de prestations sociales ou de placement en institution ». La critique est partiellement fondée et rejoint le constat fait par la Cour des comptes et le Défenseur des droits d'un recours bien trop faible aux dispositifs alternatifs de protection comme la sauvegarde de justice, le mandat de protection future, la mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP) et la mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ), alors pourtant qu'ils maintiennent la capacité juridique des personnes concernées. Or, selon le rapport, « la reconnaissance de cette capacité (...) dans des conditions d'égalité est une obligation fondamentale imposée par l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes

³³⁷ Selon le dispositif antérieur, le juge des tutelles avait la possibilité de priver du droit de vote la personne sous tutelle. Considérant que cette privation portait atteinte au libre exercice de ses droits politiques fondamentaux et pour renforcer sa participation à la vie publique et son insertion dans la collectivité, le législateur modifie le Code électoral et organise les modalités d'exercice du droit de vote du tuteur. Désormais, ce dernier exerce personnellement son droit pour lequel il ne peut être représenté par la personne chargée de sa protection. A l'occasion de la présentation du projet de loi de finances 2020, le Ministère de la justice a dressé un premier bilan et a signalé que 411.599 majeurs sous tutelle se sont vu restituer leur droit de vote et que 1.364 d'entre eux se sont d'ores et déjà inscrits sur les listes électorales : PLF 2020, dossier de presse, 27 septembre 2019.

³³⁸ L'article 460 du Code civil est réécrit. La condition d'autorisation préalable comme le recueil de l'avis des parents et de l'entourage en cas de tutelle, sont supprimés. La personne chargée de la protection (curateur ou tuteur) a désormais uniquement qualité pour former opposition, après avoir été préalablement informée du projet de mariage.

³³⁹ Cons. const., 29 juin 2012, n° 2012-260 QPC, AJ fam. 2012, p. 463, obs. T. Verheyde ; RTD civ. 2012, p. 510, obs. J. Hauser.

³⁴⁰ CEDH, 25 octobre 2018, n° 37646/13, X c/ France.

³⁴¹ La loi nouvelle modifie l'article 462 du Code civil et reconnaît au majeur en tutelle le droit de conclure un pacte civil de solidarité sans autorisation préalable du juge ou du conseil de famille. En revanche, l'assistance du tuteur à la signature de la convention initiale et de l'éventuelle convention modificative est toujours requise. Le régime de la tutelle est ainsi aligné sur celui de la curatelle.

³⁴² Alors qu'il était nécessaire auparavant de présenter la demande en divorce sur le fondement de l'altération définitive du lien conjugal ou de la faute, la loi du 23 mars 2019 ouvre au majeur vulnérable la possibilité d'accepter seul le principe de la rupture du mariage (C. civ., art. 233), le reste de la procédure donnant lieu à représentation ou assistance (C. civ., art. 249). En conséquence, seul le divorce par consentement mutuel reste exclu au majeur protégé.

handicapées³⁴³, qui porte tout autant sur l'aptitude à être titulaire de droits que sur la faculté d'agir conformément aux dispositions de la loi. En réalité, loin d'être protégées, les personnes sous tutelle en France sont privées de leurs droits et exposées à la maltraitance et au risque d'être placées en institution ». La conclusion est sans ménagement : « La France doit revoir d'urgence sa législation en vue de supprimer les régimes de prise de décisions substitutives et de garantir l'accès de toutes les personnes handicapées à des systèmes de prise de décisions accompagnées, quel que soit le niveau d'aide dont ces personnes pourraient avoir besoin pour prendre des décisions éclairées »³⁴⁴.

Le Comité des droits en charge de la convention sur les droits des personnes handicapées en condamnant tout système de décision dite substitutive au profit d'un accompagnement, retient ainsi une interprétation très large de l'article 12 qui suscite forcément la controverse tant sur la lecture faite de la convention que sur l'opportunité et les moyens de faire évoluer notre législation³⁴⁵.

223. C'est dans ce contexte qu'il m'a été proposé à plusieurs reprises de mettre à contribution les droits allemand et belge dont la tradition juridique est proche de celle du droit français, pour alimenter les discussions sur les perspectives de réforme³⁴⁶. Les raisons du choix de ces deux législations tiennent principalement au fait qu'elles ont toutes les deux retenu, même si cela s'est opéré à des moments très différents, l'option de la reconstruction de leur dispositif autour d'une mesure de protection unique, en principe, sans effet sur la capacité juridique et dont l'existence et l'étendue dépendent, en vertu des principes de nécessité et proportionnalité, de l'état et des besoins spécifiques de l'intéressé.

224. En Allemagne, la réforme est intervenue dès 1990. Antérieurement, plusieurs régimes de protection coexistaient. Il y avait, comme en droit français, une mesure de curatelle (« *Pflegschaft* ») et une mesure de tutelle (« *Vormundschaft* »). Mais le rapprochement s'arrête là car les conditions d'ouverture et les effets de ces mesures différaient très largement de ce que nous connaissons en France. L'Allemagne retenait également une approche très restrictive et intrusive dans les droits personnels du majeur concerné. Les souhaits de la personne et son désir d'autonomie étaient faiblement pris en compte. Enfin, le manque de lisibilité des règles était souvent mis en exergue.

³⁴³ La convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH) du 13 décembre 2006 a été ratifiée par la France le 18 février 2010, avec la loi n° 2009-1701 du 31 décembre 2009 autorisant la ratification de la convention relative aux droits des personnes handicapées.

³⁴⁴ *Visite en France - Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des personnes handicapées*, 8 janvier 2019, A/HRC/40/54/Add.1, §.62

³⁴⁵ V. à ce sujet : E. Pecqueur, A. Caron-Dégliise et Th. Verheyde, Capacité juridique et protection juridique à la lumière de la Convention des Nations-Unies relative aux droits des personnes handicapées. La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 est-elle compatible avec l'article 12 de cette Convention ?, D. 2016, chron., p.958 ; D. Noguéro, Pour la protection à la française des majeurs protégés malgré la Convention des Nations-Unies relative aux droits des personnes handicapées, RDSS 2016-5, p.964 ; I. Maria, L'aspect subversif des droits de l'homme en cause dans le domaine de la protection juridique, Dr. fam. 2016, comm. 248 ; M. Baudel, Repenser la protection des majeurs protégés au regard de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, Dr. fam. 2018, Etude 8.

³⁴⁶ N. Baillon-Wirtz, Le droit allemand de la protection des majeurs : un exemple à suivre ? in *La vie privée de la personne protégée, In memoriam Thierry Verheyde*, ss. la coord. de G. Raoul-Cormeil et A. Caron-Dégliise, éd. Mare et Martin, 2019, p.124 et s. ; La mesure judiciaire unique en Allemagne et en Belgique : un modèle pour le droit français ?, in *Le bilan de la protection juridique des majeurs*, ss. la dir. de I. Maria, M. Rebourg et G. Raoul-Cormeil, LexisNexis, 2020, à paraître.

La loi allemande du 12 septembre 1990³⁴⁷ a fermement rompu avec les solutions qui viennent d'être décrites. Inspirée par la Loi fondamentale qui édicte le principe de dignité de la personne et le droit à l'intégrité physique et au libre épanouissement de la personnalité, la loi a mis au premier plan le bien-être et l'autonomie de l'individu. Elle a surtout exprimé le rejet d'une pluralité de mesures standardisées et incapacitantes au profit d'un régime de protection unique : l'« assistance » (« Betreuung »). Le droit à l'autodétermination est devenu ainsi un élément central et obligatoire du dispositif³⁴⁸. Bien que jugé satisfaisant par ceux chargés de l'appliquer, ce corpus de règles a été, à plusieurs reprises, modifié, principalement pour assurer l'équilibre fragile entre la considération des intérêts de la personne protégée et le coût financier généré³⁴⁹. Des améliorations notables ont notamment été apportées avec la première loi modificative du 25 juin 1998³⁵⁰ dont l'objectif a été de promouvoir les instruments d'anticipation de la vulnérabilité (dont le « Vorsorgevollmacht » que l'on traduit souvent par « mandat de protection future »).

225. En Belgique, la réforme a été entreprise plus tardivement, par la loi du 17 mars 2013³⁵¹ et plus récemment par la loi du 21 décembre 2018 « portant des dispositions diverses en matière de justice ». Lors des travaux préparatoires de la loi de 2013, il a été abondamment fait référence à la Convention relative aux droits des personnes handicapées qui a été ratifiée par la Belgique le 2 juillet 2009. La loi a procédé à une refonte complète du dispositif, en élargissant le régime de protection qui se concentrait précédemment sur la seule gestion des biens, aux aspects personnels. Elle a adapté la terminologie ; revalorisé la personne de confiance ; souhaité associer la personne protégée au processus décisionnel ; adapté la mesure aux circonstances de l'espèce ; instauré un régime de protection extra-judiciaire primant sur la protection judiciaire ; et enfin, elle a substitué aux quatre régimes de protection (l'interdiction judiciaire, le conseil judiciaire, la minorité prolongée et l'administration provisoire) un régime unique : celui de « la protection judiciaire ».

226. En France, il a été à plusieurs reprises suggéré de profiter de l'examen du projet de loi Grand âge et autonomie annoncé à la fin de l'année 2019, pour proposer une refonte de l'architecture des régimes de protection des majeurs au profit d'une mesure judiciaire unique. Dans cette perspective, le droit allemand et le droit belge peuvent-ils aisément

³⁴⁷ « Gesetz zur Reform des Rechtes der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige », entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992.

³⁴⁸ Staudinger/Bienwald (2017), *BGB §§ 1896-1921, Rechtliche Betreuung und Pflegschaft*, Sellier/de Gruyter Verlag.

³⁴⁹ La ratification, le 24 février 2009, de la Convention relative aux droits des personnes handicapées a conduit à mettre en œuvre les réformes qui ont suivi dans le respect des principes édictés. Au total, dix lois modificatives ont été adoptées depuis le 1^{er} janvier 1992. La dernière, en date du 22 juin 2019, a revu les conditions de rémunération, jusque-là insuffisante, des assistants : « Gesetz zur Anpassung der Betreuer- und Vormündervergütung », entrée en vigueur le 27 juillet 2019, BGBl. I 23, 866.

³⁵⁰ Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts (1. BtÄndG) du 25 juin 1998, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1999, BGBl. I S. 1580.

³⁵¹ Loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine ; N. Gallus, La protection des majeurs vulnérables et le respect de la vie privée en droit belge, in *La vie privée de la personne protégée, In memoriam Thierry Verheyde*, préc., p.107 et s. ; J.-L. Renchon, Le nouveau régime de protection judiciaire des incapables majeurs : présentation générale, Rev. tr. dr. fam., 2014, p.241 ; F.-J. Warlet, *La capacité protégée. Analyse de la loi du 17 mars 2013*, Waterloo, Kluwer, 2014.

servir de modèles³⁵² ? A première vue, la réponse est positive mais elle doit pourtant être accompagnée de nombreuses réserves. Comparaison n'est pas raison, dit le proverbe. Et la greffe d'une règle de droit étranger sur notre droit peut très bien ne pas prendre si le receveur se prive de l'analyse du contexte juridique et des facteurs sociaux de l'Etat donneur. Dans tous les cas, la prise en compte des spécificités de la personne et de ses besoins oblige à la graduation et à la flexibilité. La mesure est unique mais elle ne peut être standardisée. L'affirmation est simple mais dans les faits, la tâche est complexe. Moduler la mesure judiciaire en fonction de la situation concrète prend du temps durant lequel le juge, acteur central de la procédure, doit décider, en application du principe de nécessité, si elle doit être ouverte et en préciser les contours et effets.

227. Par ailleurs, l'instauration d'une mesure unique, sur le plan formel, oblige à une structuration inédite des dispositions du Code civil, notamment en y détachant les règles de gestion du patrimoine du mineur sous tutelle et en scindant le dispositif entre ce qui relèverait du « judiciaire » et du « conventionnel ». Cela conduit également à choisir judicieusement un vocabulaire juridique ne renvoyant plus à la tutelle et au régime d'incapacité qu'elle met en place. A l'image du droit allemand qui s'en est débarrassé pour le majeur au profit de la notion d'assistance ou de prise en charge, le législateur français devra faire de même, en prêtant toutefois attention à ce qu'une confusion ne s'opère pas dans l'esprit des praticiens entre le régime actuel de l'assistance tel que dessiné par la curatelle et le régime nouveau qui devrait en principe amener à la représentation du majeur protégé. Par ailleurs, si les termes « assistance » et « assistant » peuvent convenir, il faut être plus réservé sur celui désignant la personne protégée – « l'assisté » ou « la personne assistée » – lequel a, dans la langue française, la connotation péjorative de celui qui profite des avantages que la société lui consent sans chercher à améliorer sa situation personnelle ; ce qui bien évidemment ne correspond pas à la situation d'une personne vulnérable.

Sur le fond, les changements adoptés influenceront tant sur les principes que sur leur application pratique. En instaurant une mesure unique, le législateur français devra notamment faire le choix d'opérer ou non un profond changement des règles de la capacité d'exercice. L'incapacité à exercer ses droits sera-t-elle réservée à l'enfant mineur uniquement ? Admettre que la personne protégée conserve sa pleine capacité juridique tout en confiant à l'assistant un pouvoir légal de représentation pourra logiquement faire naître en pratique des conflits dès lors que l'un ou l'autre procèdera à un acte contradictoire. Le maintien de la capacité amènera également à s'interroger sur l'opportunité de continuer à inscrire en marge de l'acte de naissance de l'intéressé, la mention de la mesure judiciaire puisque celle-ci n'aurait plus d'incidence sur son état. Est-ce l'occasion tant attendue de rénover le répertoire civil ?

En outre, comme précédemment souligné, l'unicité et l'unité sont deux notions bien différentes. Un régime unique doit, pour correspondre aux besoins de la personne, être individualisé et flexible. En réalité, cela ne peut se faire correctement que si le juge a les moyens de les connaître avec exactitude (sur la base d'informations dont les modalités de collecte ne pourront dépendre d'un seul médecin) afin de lister les domaines et actes

³⁵² Plusieurs auteurs s'étaient également interrogés, bien avant la réforme du 5 mars 2007, sur l'opportunité de prendre le droit allemand pour modèle. Certains y étaient favorables : T. Verheyde, *La nouvelle loi allemande en matière de tutelle des majeurs : un modèle pour une éventuelle réforme du droit français ?*, JCP N 1993, I, p.396 et s. ; J. Picard, *A l'est du nouveau... Die Betreuung. Protection des incapables majeurs. Incidences notariales*, JCP N 1994, I, p.77 et s. D'autres, au contraire, étaient plus réservés : A. Rieg, *L'« assistance » à des personnes handicapées : le modèle allemand*, in *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller*, PUS/LGDJ, 1994, p.379, spéc. p.388.

précis pour lesquels une représentation (si le principe en est admis) est nécessaire. Or, on peut légitimement douter que le juge français dispose de moyens et de temps suffisants pour le faire³⁵³. Et sans moyens, l'esprit de la loi à venir, comme celui de la loi de 2007, risque d'être sacrifié sur l'autel de l'efficacité ou pire, de la crainte de l'engorgement.

228. Enfin, l'autonomie est une notion très relative et il ne sert à rien de la valoriser si elle ne peut être réalisée en pratique. Une politique d'émancipation axée sur l'autodétermination et l'accompagnement, trouve forcément ses limites lorsqu'elle s'applique aux personnes les plus fragiles. Attribuer une part de responsabilité aux individus incapables de défendre eux-mêmes leurs intérêts relève sans contexte du paradoxe et amène indirectement à s'interroger sur la place que la société souhaite encore laisser à l'incapacité. Mon propos n'est pas de nier la pertinence de cette volonté juridique d'étayer l'autonomie individuelle. Les droits fondamentaux de la personne protégée doivent être respectés et l'affirmation de la capacité lorsqu'elle est caractérisée, est nécessaire. Mais il ne faudrait pas pour les cas où l'autonomie est illusoire, que la mise en œuvre juridique de la protection mène finalement à l'échec et à l'exclusion.

229. Autonomie, individualisme, contractualisation et déjudiciarisation sont, nous l'avons vu, des notions qui marquent les récentes réformes du droit des personnes et de la famille. Elles sont devenues d'usage courant – et même récurrent – dans le langage juridique et remplissent volontiers les discours de ceux qui conçoivent le Droit sur des objectifs de simplification et de modernisation. Elles sont surtout l'expression d'une idéologie sociale qui privilégie l'individu, l'identité autodéterminée et le droit de faire respecter et prévaloir ses intérêts personnels sur ceux de la collectivité. La famille s'en est trouvée logiquement affectée ; elle a changé de sens et de forme à mesure que la liberté individuelle s'est imposée sous l'effet conjugué d'un recours élargi au contrat et du recul du juge. Peut-on conclure pour autant que les fonctions familiales ont aussi changé ? La question a été débattue et il a été souvent avancé l'argument selon lequel le lien familial et plus restrictivement les rapports entretenus par les membres d'une même famille subissent les contrecoups des changements observés, lesquels altèrent la solidité du groupe et l'utilité sociale de l'institution. En réalité, la réponse doit être nuancée. Par-delà les mutations de la famille constatées à la faveur de l'individualisme et de la logique contractuelle, certains traits traditionnels demeurent et les réformes du droit de la famille continuent d'en attester, jusqu'à se reposer sur eux. Le plus important est la solidarité familiale ; ce lien fait d'un mélange de sentiments, de droits et de contraintes formelles et informelles. Si la famille est aujourd'hui perçue comme le lieu d'éclosion de l'identité individuelle, elle reste aussi le centre des échanges entre les générations. Elle continue d'abriter de multiples formes d'entraide et de don spontané. Et les politiques la valorisent toujours plus comme une source de solidarités alternatives à celles de l'Etat-providence, devant le constat que ce dernier ne peut assumer toutes les dépenses engendrées.

230. Mes travaux ont souvent mis en avant la vitalité et la permanence des solidarités diverses qui se manifestent dans la famille : les solidarités affectives fondées sur la

³⁵³ Les statistiques du ministère de la justice nous donnent malheureusement raison : le principe de proportionnalité n'est aujourd'hui pratiquement pas mis en œuvre et que l'on reste, comme par le passé, face à des mesures standardisées. *Infostat Justice*, juillet 2016, n° 143 : au 31 décembre 2014, sur 313.400 mesures de curatelle, seules 19.200 étaient simples et 4.100 aménagées. Quant aux tutelles, sur le chiffre total de 364.500, 2.700 seulement étaient allégées.

communauté d'intérêts et de sentiments comme les solidarités matérielles systématisées en grande partie par le droit. C'est ainsi, pour résumer mes recherches, le second niveau de l'analyse qui doit être maintenant présenté, après s'être longuement penché sur l'étude de la construction du lien familial et des configurations changeantes de la famille.

PARTIE III. LES FONCTIONS DE LA FAMILLE : LA PERMANENCE DES SOLIDARITÉS FAMILIALES

231. Le discours contemporain, qu'il soit politique, juridique, sociologique ou économique, mobilise fortement la solidarité familiale. Certains l'examinent à la lumière des facteurs qui la fragilisent, comme le repli individualiste et la contractualisation des rapports entre l'individu et l'Etat³⁵⁴, pour conclure qu'elle est en crise³⁵⁵. D'autres, en revanche, observent que les mutations de l'institution familiale ne l'ont pas affectée et l'ont au contraire renouvelée³⁵⁶.

232. Pourtant, la notion de « solidarité familiale », ne va pas de soi. Elle n'est en tout cas pas un concept juridique à part entière et aucune norme ne se réfère explicitement à elle. Le flou qui entoure la notion de « solidarité »³⁵⁷ explique que le juriste lui assigne généralement un sens technique et restreint aux rapports d'obligations entre créanciers et débiteurs. Au-delà de ce constat, la « solidarité familiale » questionne ; elle oblige en tout cas à en repérer les formes. Les sociologues l'évoquent parfois sous l'expression « esprit de famille »³⁵⁸ qui témoigne non pas d'une dimension spirituelle mais de l'existence d'une communauté sociale instituée à partir d'intérêts, d'engagements et de liens affectifs. Les juristes renvoient plutôt aux fonctions économiques – alimentaire et héréditaire – de la famille³⁵⁹, cette dernière étant à la fois « mécanisme d'assurance et réservoir de

³⁵⁴ Le modèle contractuel est souvent privilégié à la mise en place d'un dispositif de protection. A titre d'illustration, le contrat d'accompagnement social personnalisé (dans le cadre d'une MASP) est conclu entre l'intéressé et le département (CASF, art. L. 271-1). Selon certains auteurs, le contrat est le moyen de « contourner le corps intermédiaire constitué par la famille en doublant ou court-circuitant la relation de groupe à groupe, de la famille à la collectivité, par une relation individuelle. » : D. Everaert-Dumont, La contractualisation des prestations sociales : un nouveau rapport personne – famille – collectivité ?, in *Mélanges en l'honneur de F. Dekeuwer-Défossez, Liber amicorum*, Montchrestien, 2013, p.89.

³⁵⁵ V. not. : J.-J. Lemouland, L'obligation alimentaire : mythe ou réalité ?, in *La famille en mutation*, préc., p.159, spéc. p.172 : « On ne peut pas, dans le même temps, bouleverser les fondements de la famille et avoir la naïveté de croire que ce sera sans incidences sur ses fonctions sociale et économique » ; J.-H. Déchaux, Réalités et limites de l'entraide familiale, in *Repenser la solidarité*, ss. la dir. de S. Paugam, PUF, coll. Quadrige, 2011, p.205s.

³⁵⁶ V. not. : I. Théry, Transformations de la famille et « solidarités familiales » : questions sur un concept, in *Repenser la solidarité*, préc., p.147s.

³⁵⁷ A. Supiot (ss dir.), *La Solidarité. Enquête sur un principe juridique*, éd. Odile Jacob, 2015.

³⁵⁸ C. Attias-Donfut, N. Lapierre, M. Segalen, *Le nouvel esprit de famille*, éd. Odile Jacob, 2002.

³⁵⁹ Le *Vocabulaire de l'Association Henri Capitant* propose d'ailleurs deux définitions de la solidarité familiale qui peuvent d'ailleurs indistinctement servir à l'appréhender : elle est d'une part définie comme « l'impératif d'entraide qui, dans l'épreuve, soumet réciproquement à des devoirs élémentaires de secours et d'assistance et se prolonge, après la mort, par une vocation successorale réservataire » et définie d'autre part, comme étant « plus largement et plus vaguement, [le] lien moral, [l']esprit de famille qui rassemble toute la parenté autour de ses valeurs communes et anime une vie de famille » : G. Cornu, *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, PUF, coll. Quadrige, 3^{ème} éd., 2002. V. à ce sujet : R. Le Guidec, Regards sur les fonctions économiques de la famille, in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p.299 ; Quelles solidarités pour une famille renouvelée ?, Dossier, Dr. fam. 2016, Etudes n°15-22.

capital »³⁶⁰ dans un contexte de recul de l'Etat-providence. Les faiblesses de l'Etat social, la crise de l'emploi, la précarité qui en découle, le vieillissement de la population et la dépendance ont en effet conduit à porter une attention croissante aux liens de proximité et à promouvoir les mécanismes d'entraide familiale en complément ou en substitut de la solidarité nationale. Crédité d'une aptitude naturelle à la solidarité, la famille doit, dans l'esprit des politiques, participer à l'effort commun et pour cela, être posée dans les différentes réformes sociales comme une réponse aux attentes et aux problèmes qui viennent d'être évoqués³⁶¹.

233. En droit, cette conception fonctionnelle de la famille n'est pas nouvelle et s'appuie en partie sur des théories développées dans les années trente, qui ont particulièrement inspiré mes recherches lors de la rédaction de ma thèse consacrée à « la famille et la mort ». La première pose que certains droits ont une fonction spécifique et sont l'expression d'un altruisme institué pour servir l'intérêt d'un individu (comme par l'exemple les droits d'autorité parentale) ou celui d'une collectivité (comme les droits d'administration de la communauté conjugale)³⁶². Expression avant tout doctrinale, ces « droits-fonctions » « sont donnés à leur titulaire, personne physique ou, éventuellement, personne morale, en tant que chargé d'une fonction – et, en ce sens, organe – au service d'autrui, ce mot « autrui » pouvant signifier, au sens le plus large, soit une personne physique (ainsi l'enfant par rapport à ses père et mère ou tuteur), soit plusieurs personnes physiques (ainsi les membres de la famille par rapport au chef de famille) »³⁶³. Selon la seconde théorie, dite « personnalisante », l'exercice constant des solidarités et la vitalité des échanges formels et informels au sein de la famille justifient de la doter de la personnalité juridique et donc de lui reconnaître la qualité de sujet de droits. Certains auteurs, comme René Savatier³⁶⁴, se sont ainsi insurgés contre la « méconnaissance de l'existence juridique » de la famille en s'appuyant sur un faisceau d'indices incitant à conclure à la nécessaire reconnaissance de la collectivité familiale. Conduit par une vision inductive, l'auteur a ainsi démontré que, puisque celle-ci possède des droits propres et des organes en vue de les défendre, il est alors nécessaire que le pas vers la personnalisation explicite soit enfin franchi. Pour autant, le législateur et les juges n'ont pas suivi cette théorie, considérée finalement comme globalisante et non fondée. On ne peut en effet, comme le relève M. Millard, « mobiliser toutes les normes ayant trait de quelque manière que ce soit à la famille, pour conclure à une personnalisation globale »³⁶⁵, car même si l'argumentation est solide, on ne peut définitivement savoir, au regard de la diversité des structures familiales, de quoi réellement la famille se

³⁶⁰ J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2001, p.279.

³⁶¹ V. à ce sujet : F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, préf. de P. Murat, LGDJ, Biblio. de droit social, T. 67, 2016.

³⁶² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, Coll. Quadrige, 2002, v° Droit-fonction. Les droits-fonction sont aussi définis comme « le pouvoir et le devoir pour la personne qui en est titulaire de faire, d'exiger quelque chose dans l'intérêt d'une autre personne ou dans un intérêt commun ».

³⁶³ J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p.222 V. également L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2^{ème} éd., Paris, 1939, n°308.

³⁶⁴ R. Savatier, Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit », D. 1939, chron. 49.

³⁶⁵ V. également : E. Millard, Débats autour de la personnalisation juridique, in *Les implicites de la politique familiale, Approches historiques, juridiques et politiques*, ss. la dir. de M. Chauvière, M. Sassier, B. Bouquet, R. Allard et B. Ribes, Dunod, Paris, 2000, p.11 ; V. également : E. Millard, Brèves remarques théoriques sur le statut des solidarités familiales en droit français, in *Les solidarités familiales en questions, Entraide et transmission*, coord. par D. Debordeaux et P. Strobel, LGDJ, Série sociologie, 2002, p.215.

compose³⁶⁶. Ne disposant pas d'une définition juridique établie du groupe familial, il ne peut donc lui être attribué une personnalité.

234. Désavouer la personnalité de ce groupe ne revient pas cependant à lui dénier une quelconque protection juridique. A ce titre, la personnalité morale, en tant que simple construction juridique, n'est certes pas un impératif dès lors qu'il existe d'autres éléments de la technique juridique aboutissant à des résultats équivalents. C'est ainsi que dans une perspective plus large est apparue la notion d' « intérêt de la famille », dans laquelle on a vu, outre son effet compensatoire à l'absence de personnalité morale, « le pivot de la réglementation des effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux ». Présente de manière explicite dans la loi du 13 juillet 1965 réformant le droit des régimes matrimoniaux, on ne peut toutefois que constater sa relative imprécision et le manque d'informations quant à son étendue, ce qui, selon certains, semble avoir été voulu dès l'origine afin que les juges prennent en compte toutes les circonstances dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation. Il y a tout naturellement dans les rapports patrimoniaux au sein du couple une corrélation nécessaire entre la structure du réseau et l'intérêt familial. Il est effectivement évident que la prise en compte de l'intérêt familial n'appelle pas obligatoirement une solution identique et uniforme mais bien une solution évolutive et subjective qui se réinsère en toute logique dans une structure familiale changeante. Toutefois, appréhender l'intérêt de la famille comme une simple notion factuelle peut se révéler insuffisant. Car finalement, qu'est-ce que l'intérêt familial, sinon un intérêt supérieur, résumant en lui-même l'esprit de famille sur lequel s'adosent l'entraide et la solidarité intergénérationnelles. L'intérêt familial, en tant que notion de droit, serait ainsi l'intérêt sur lequel se cristallisent et s'aplanissent les intérêts particuliers, parfois fragmentés, de chaque membre de la famille.

235. Cependant, on peut regretter que l' « intérêt de la famille » ne nous soit présenté par le Code civil que d'une manière restrictive, caractérisé et limité au sein du couple dans ses rapports patrimoniaux obérés généralement par une gestion défailante et néfaste à la cohésion familiale. Nous pensons en réalité que l'intérêt de la famille ne peut se réduire au seul intérêt conjugal ou à l'intérêt de l'enfant. Une évolution s'est effectivement engagée sans que le législateur ne l'ait clairement entérinée. La preuve en est de la percée constante, aussi bien dans le domaine patrimonial qu'extrapatrimonial, de droits familiaux, qui se distinguent non pas comme étant une somme de droits individuels mais bien comme des droits communs à l'ensemble de la cellule familiale. Sans pour autant revenir sur la thèse personnalisante de Savatier, et recentrés sur la problématique qui est la nôtre, on ne peut nier que la défense de certains droits procède nécessairement de l'intérêt familial, la seule limite étant que la famille ne peut agir en tant que telle. Le droit positif et la doctrine illustrent par ailleurs ces propos par l'usage de notions reflétant une réalité non plus individuelle mais collective, telles que la « vie privée familiale », l' « affectation familiale », « l'habilitation familiale », la « copropriété familiale », et pour le point qui nous occupe, la « solidarité familiale ».

236. En dehors de cette problématique liée à la personnalisation de la famille et à l'appréhension de l'intérêt familial, mes travaux de recherche se sont concentrés sur les fonctions qu'elle remplit et les caractéristiques des pratiques d'entraide et de transmission en son sein. Comme nous l'avons précédemment relevé, la famille est un vecteur majeur de soutien des individus. La naissance d'un enfant, les difficultés à s'insérer sur le marché

³⁶⁶ F. Terré, Ch. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *Droit civil, La famille*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2018, p.17, n°17 : « c'est surtout la relativité de la notion de famille qui explique l'absence de personnalité morale ».

de l'emploi et à trouver un logement, le handicap, la maladie, la dépendance des personnes âgées, la perte d'un proche sont autant de situations qui mettent en jeu la solidarité. Certaines de ses formes sont institutionnalisées ou encore statutaires car juridiquement imposées, telles l'obligation alimentaire et la transmission du patrimoine qui permet à travers la propriété d'assurer la continuité des générations. D'autres sont informelles et relèvent de la charité, du don ou de l'entraide. Elles sont les plus nombreuses et pour s'en convaincre il suffit d'évoquer le rôle essentiel joué par les aidants familiaux, qu'ils soient grands-parents pour garder leurs petits-enfants, ou bien enfants auprès de leurs parents âgés malades ou dont les facultés mentales sont altérées. Selon le gouvernement, qui a lancé le 23 octobre 2019 « la stratégie de mobilisation et de soutien en faveur des aidants », afin de mieux reconnaître leur dévouement et leurs difficultés, ce sont près de dix millions de personnes qui aident quotidiennement un proche³⁶⁷. Parmi elles, quatre millions s'occupent d'un proche âgé vivant à domicile. Une étude de la Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques (DREES) publiée le 28 novembre 2019³⁶⁸, indique que dans 53% des cas, le proche aidant est l'enfant de la personne concernée et neuf aidants sur dix estiment « tout à fait normal » d'aider leur proche, que ce soit pour apporter un soutien moral ou, plus couramment, participer aux tâches de la vie quotidienne (ménage, courses, préparation des repas, etc.). Les générations dites « pivot » sont aussi particulièrement sollicitées. L'allongement de la durée de la vie, d'une part, et les difficultés d'insertion sur le marché du travail et la naissance plus tardive du premier enfant, d'autre part, expliquent que la génération intermédiaire soit mise à contribution tant pour aider les parents âgés en perte d'autonomie que les enfants voire les petits-enfants. Les formes d'entraide, régulière ou ponctuelle, sont multiples : pour les descendants, prêts familiaux, aides au logement, mise à disposition gratuite d'un logement, donations ou legs ; pour les ascendants, aide financière ou matérielle (hébergement à domicile, visites régulières, etc.).

237. Mes travaux de recherche ont entrepris d'étudier la famille par ses fonctions spécifiques de solidarité, qu'elle soit normative ou informelle, et ses indicateurs de soutien intra et intergénérationnels. Deux fonctions ont plus précisément été analysées dans mes contributions.

238. La première mobilise la famille confrontée à la vulnérabilité et à la dépendance de l'un de ses membres ; elle suppose disponibilité et engagement dans les aspects personnels et patrimoniaux. La loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs comme l'ordonnance du 15 octobre 2015 ont mis la famille au cœur des dispositifs de protection. Le principe de la primauté familiale dans l'exercice des mesures de protection a été réaffirmé ; la subsidiarité de la protection juridique par rapport au contrat, aux règles matrimoniales et au devoir de soutien entre époux a été posée, en même temps qu'un instrument de protection réservée uniquement à la cellule familiale – l'habilitation familiale – a été instaurée (Titre I).

239. La seconde fonction recouvre les pratiques de transmission du patrimoine. L'héritage, « opérateur de continuité entre le passé et le présent »³⁶⁹, est l'expression même de la solidarité familiale. Classiquement présenté comme le prolongement

³⁶⁷ <https://www.gouvernement.fr/aidants-une-nouvelle-strategie-de-soutien>

³⁶⁸ *L'aide et l'action sociales en France Perte d'autonomie, handicap, protection de l'enfance et insertion*, ss. la dir. d'I. Leroux, Panoramas de la DREES social, Ed. 2019. L'étude révèle également que près d'un aidant sur deux est retraité et presque 60% des aidants sont des femmes.

³⁶⁹ A. Gotman, *L'héritage*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2006, p.4.

indispensable de la propriété, il repose sur les impératifs altruistes de la famille et la nécessité de lui affecter des biens en vue d'assurer la survie de ses membres et par là même sa perpétuité. Les biens transmis deviennent ainsi « le lieu de fusion des générations successives, l'emblème de la permanence du groupe familial »³⁷⁰. Les réformes du droit patrimonial de la famille engagées avec les lois du 3 décembre 2001 et du 23 juin 2006, si elles ont pris acte des évolutions démographiques, sociales et économiques, n'ont pas altéré la dimension familiale de la succession. Elles l'ont revisitée, notamment par l'accroissement massif des droits du conjoint survivant et l'usage assoupli des mécanismes d'anticipation, dont les « pactes de famille », afin de conserver l'utilité économique de la succession. Certains regrettent que depuis, l'ordre public successoral recule à mesure que la volonté du disposant s'accroît ; que les prohibitions passées – comme celle frappant les pactes sur succession future – aient perdu en intensité ; que les atteintes à la réserve héréditaire soient plus nombreuses, d'autant plus qu'on lui reproche de faire obstacle à l'exercice de la liberté contractuelle et au développement de la philanthropie. Cependant, à notre sens, toutes ces évolutions, bonnes ou mauvaises, n'amorcent pas pour autant le démantèlement de la solidarité familiale dès lors qu'elles peuvent aussi s'inscrire dans un dessein collectif (Titre II).

³⁷⁰ M. Grimaldi, Succession et contrat, in *La contractualisation de la famille*, préc., p.197.

TITRE I. LA FAMILLE À L'ÉPREUVE DE LA VULNÉRABILITÉ ET DE LA DÉPENDANCE

240. « La famille reste pour la personne vulnérable, la première main tendue, car elle est la plus proche. La famille connaît son histoire, les gestes sont plus faciles, plus personnels et privés, sans expression verbale nécessaire. L'aide devient entraide silencieuse et active à la fois »³⁷¹. En disposant que la protection juridique des majeurs « est un devoir des familles et de la collectivité publique »³⁷², la loi du 5 mars 2007, comme la réforme de 1968 qui l'a précédée, affirme expressément le principe de la priorité familiale. Ce n'est en effet qu'à titre exceptionnel, en cas d'impossibilité ou s'il est démontré que le recours à la famille contrevient aux intérêts du majeur, qu'elle peut être écartée. « Il faut y voir là une symbolique très forte du point de vue de l'identité familiale qui repose sur une présomption de légitimité : quoi de plus logique, en effet, de confier l'exercice d'une mesure de protection à ceux qui connaissent *a priori* le mieux la personne à protéger ? »³⁷³

241. La question du rôle de la famille que ce soit à la mise en place de la mesure ou durant son exécution, est fréquemment au centre des discussions concernant les majeurs protégés³⁷⁴. Les statistiques régulièrement avancées depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2007 montrent que la place de la famille doit toujours être réinterrogée. Selon les chiffres les plus récents, ce sont un peu plus de la moitié des mesures judiciaires de protection qui sont confiées à titre principal à la famille³⁷⁵. C'est un chiffre honorable mais qui reste faible par rapport aux prévisions de la loi de 2007 et à son objectif de privilégier la désignation du mandataire dans la sphère familiale.

³⁷¹ *Les personnes vulnérables*, 102^{ème} Congrès des notaires de France, Strasbourg, 21-24 mai 2006, p.94, n°1154.

³⁷² C. civ., art. 415.

³⁷³ K. Lefeuvre et S. Moisson-Chataignier, Introduction, in *Protéger les majeurs vulnérables : quelle place pour les familles ?*, Hygée Éditions, 2015, p.16.

³⁷⁴ J. Hauser, La famille et l'incapable majeur, AJ Famille 2007, p.198 ; F. Fresnel, Le rôle de la famille dans le cadre de la nouvelle loi sur la protection des majeurs, AJ Famille 2009 p.16 ; N. Peterka, La famille dans la réforme de la protection juridique des majeurs, JCP G 2010, étude n°33 ; A. Batteur, La famille, alliée ou ennemie du majeur protégé ?, in *La famille en mutation*, Arch. phil. droit, t. 57, Dalloz, 2014, p.199 ; *Protéger les majeurs vulnérables : quelle place pour les familles ?*, ss. la dir. de K. Lefeuvre et S. Moisson-Chataignier, préc. ; M. Rebourg et F. Le Borgne-Uguen, Les régulations de l'entraide familiale par le droit de la protection juridique, CNAF, Informations sociales, 2015/2, n°188, p.100.

³⁷⁵ V. *Références Statistiques Justice, Année 2017*, Ministère de la justice, 2018 ; A. Caron-Dégliose, *Rapp. de mission interministérielle, L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, sept. 2018 : « Les mandataires familiaux sont principalement désignés en tutelle alors que le rapport s'inverse pour les curatelles : sur 100 mesures ouvertes, 34 sont des tutelles avec mandat familial et 21 avec mandats professionnels, tandis que 34 sont des curatelles avec mandat professionnel et 11 avec mandat familial. En tutelle, la place des mandataires familiaux a constamment été prépondérante entre 2000 et 2015 (plus de 50 %), et s'est régulièrement élargie jusqu'en 2009 avant de se stabiliser entre 2010 et 2015 à un niveau légèrement supérieur à 60 %. En curatelle, dont on ne peut observer le type de mandataire que depuis 2008, la part des mandataires familiaux fluctue en revanche autour de 25 % sans jamais dépasser 30 %. »

242. Par ailleurs, la loi du 5 mars 2007 a été ambivalente sur le rôle de la famille, « oscillant entre la confiance et la défiance »³⁷⁶. Le principe de la primauté familiale est certes renforcé. Mais il bat en brèche dès lors que le majeur lui-même ou les parents de l'enfant majeur handicapé ont souhaité privilégier un tiers à la famille. Sa valeur est également émuée face à un dispositif qui, dans l'exercice de la mesure, place sur le même plan le protecteur familial et le mandataire professionnel³⁷⁷.

243. Bien évidemment, ces mouvements de flux et reflux s'expliquent par le fait que ce ne sont pas les intérêts de la famille qui sont ici en jeu mais bien ceux de la personne à protéger³⁷⁸. La loi de 2007 a fait de l'intérêt du majeur et de la préservation de son autonomie l'axe central de son dispositif et il est logique que dans le prolongement de cet objectif, la famille soit envisagée comme devant servir la cause de l'un de ses membres et non la sienne en tant que réalité collective.

244. Plusieurs de mes contributions écrites analysent le rôle majeur de la famille dans la prise en charge des personnes vulnérables³⁷⁹, en saisissant tout d'abord sa dimension (Chapitre I). Sur ce point, la loi du 5 mars 2007 retient une conception élargie de la famille et assure une promotion du couple, marié ou non. L'évolution des textes, ensuite, a amené à reconsidérer sa place dans le dispositif. Celle-ci s'est particulièrement renforcée à mesure que celle de l'Etat a reculé sous l'effet combiné de la déjudiciarisation du droit des majeurs protégés et de l'instauration d'une mesure de protection exclusivement familiale. La conséquence est une responsabilisation accrue de la famille (Chapitre II).

CHAPITRE I. UN CERCLE FAMILIAL ÉLARGI

245. Les articles 448 à 451 du Code civil, issus de la loi du 5 mars 2007, établissent en ce qui concerne la désignation du curateur ou du tuteur, un ordre de priorité que le juge doit en principe respecter, sauf à ce que le majeur lui-même ait désigné à l'avance une ou

³⁷⁶ A. Bateur, *La famille, alliée ou ennemie du majeur protégé ?*, in *La famille en mutation*, préc., p.199, spéc. p.202.

³⁷⁷ De nombreux auteurs soulignent le fait que les règles d'exercice des mesures de protection sont les mêmes pour les familles et les mandataires professionnels alors que seuls ces derniers ont une qualification après avoir suivi une formation exigeante. En pratique, il est fréquemment constaté chez les aidants familiaux une méconnaissance des règles applicables et le regret d'une lourdeur procédurale qui les accompagne tout au long de l'exercice de la mesure. C'est la raison pour laquelle une meilleure information des familles en la matière est nécessaire. V. sur le sujet : M. Rebourg et F. Le Borgne-Uguen, *Les régulations de l'entraide familiale par le droit de la protection juridique*, préc., spéc. p.104.

³⁷⁸ Sur le terrain des droits familiaux, la loi du 23 mars 2019 a traduit un important reflux du rôle de la famille au profit du respect de l'autonomie du majeur protégé. Comme nous l'avons précédemment vu (v. *supra* n°222), la personne protégée peut désormais prendre seule la décision de se marier, de conclure un pacte civil de solidarité et de divorcer autrement que par un divorce contentieux. Ainsi pour le mariage, la condition d'autorisation préalable comme le recueil de l'avis des parents et de l'entourage en cas de tutelle, ont été supprimés.

³⁷⁹ N. Baillon-Wirtz, *L'habilitation familiale : adaptations attendues et difficultés récurrentes*, Defrénois, 2019, n°142s0 ; La réforme de la protection juridique des majeurs du 5 mars 2007 a dix ans : quel bilan ? avec la coll. de J. Combret, JCP N 2017, étude n°1119 ; L'habilitation familiale : une innovation à parfaire, avec la coll. de J. Combret, JCP N 2015, étude n°1248 ; *La réforme de la protection juridique des majeurs*, avec la coll. de A. Delfosse, Litec, coll. Pratique notariale, Paris, 2009 ; *Aspects patrimoniaux de la réforme de la protection juridique des majeurs*, avec la coll. de A. Delfosse, JCP N 2007, étude n°1196.

plusieurs personnes chargées de le protéger. Cette hiérarchie est une déclinaison du principe de primauté familiale qui profite en premier lieu au conjoint, partenaire ou concubin et en second lieu, au parent, allié ou personne résidant avec le majeur protégé ou entretenant avec lui des liens étroits et stables. Le recours à un organe professionnel de la protection – en l’espèce, le mandataire judiciaire à la protection des majeurs – n’est pour le juge³⁸⁰ que l’ultime solution.

246. On retient de ces règles au moins trois enseignements. Le premier est que la réforme de 2007 élargit le périmètre familial au profit du couple, affirmant ainsi la prévalence du lien conjugal sur les autres liens familiaux. La loi a surtout mis sur un pied d’égalité toutes les formes de conjugalité, en visant de manière indifférenciée le conjoint, le concubin et le partenaire lié par un Pacs³⁸¹. Sur ce point, le dispositif a institué un droit commun du couple, se différenciant ainsi d’autres branches du droit de la famille comme le droit des successions qui continue de réserver ses faveurs aux seuls époux. Cette préférence légale à l’égard du couple qui reflète tant la diversité des modes de conjugalité que les affections présumées de la personne à protéger envers son conjoint, partenaire ou concubin, se prolonge d’ailleurs dans la mise en jeu du principe de subsidiarité. La mesure de protection ne peut en effet être ordonnée par le juge dès lors qu’il peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l’application des dispositions relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux. Sont ici désignées les mesures du régime primaire (C. civ., art. 217 et art. 219) comme celles du régime communautaire (C. civ., art. 1426 et 1429) qu’il appartient au juge de mettre en œuvre. Ici, la pratique dédit malheureusement le principe car en dépit de sa consolidation tant par la loi de 2007 que par les textes qui l’ont suivie, la tendance chez les magistrats à écarter ces mécanismes propres au mariage, reste forte³⁸². Le constat est d’ailleurs le même pour le droit commun de la représentation qui pourrait pourtant parfaitement jouer entre partenaires ou concubins.

247. Le deuxième enseignement est l’ajout en 2007, parmi les personnes éligibles au déclenchement et à l’exercice des mesures de protection, de celle « résidant avec le majeur protégé ou entretenant avec lui des liens étroits et stables ». Le cercle s’est donc agrandi aux personnes hors de la famille et un vocabulaire qui jusque-là n’avait pas cours en droit des majeurs protégés, s’est fixé : « proche »³⁸³ ou encore « entourage »³⁸⁴ auquel la réforme a donné un rang tout particulier. En réalité, cette place laissée à la proximité affective se justifie non seulement à l’aune de la prise en compte des sentiments exprimés par le majeur à protéger mais aussi de la défense de ses intérêts, notamment s’il est isolé.

248. Enfin, la loi de 2007 a innové en assouplissant les règles de désignation de la personne en charge d’exercer la mesure de protection. Sous l’empire de l’ancienne

³⁸⁰ Le juge doit d’ailleurs toujours motiver sa décision d’écarter un membre de la famille en tant que protecteur du majeur vulnérable ; cette motivation est systématiquement contrôlée par la Cour de cassation : Cass. civ., 1^{re}, 9 décembre 2009, n° 08-14.023 ; Cass. civ. 1^{re}, 14 avril 2010, n° 08-21.560 et n° 09-10.092. V. à ce sujet : G. Raoul-Cormeil, L’exclusion de la famille dans la protection d’une personne majeure, LPA 2010, n°49, p.6.

³⁸¹ La seule condition posée par l’article 449 du Code civil est que la communauté de vie ne doit pas avoir cessé au moment de la désignation du curateur ou du tuteur par le juge ou qu’une autre cause n’empêche de confier la mesure à l’autre membre du couple.

³⁸² N. Baillon-Wirtz, Qu’apporte la loi du 16 février 2015 au droit des personnes et de la famille ?, avec la coll. de J. Combret, JCP N 2015, 288.

³⁸³ C. civ., art. 450.

³⁸⁴ C. civ., art. 449.

législation, le choix de l'organe de protection restait limité et il n'était possible de désigner qu'un tuteur ou un curateur. La loi de 2007 a notablement élargi les possibilités, en permettant au juge des tutelles ou mieux encore à la personne concernée, de désigner plusieurs tuteurs ou curateurs, voire un subrogé. Elle a ainsi proposé une solution aux parents d'un enfant handicapé qui se sont occupés de lui jusqu'à sa majorité, en leur évitant de choisir entre eux celui qui serait seul chargé de la mesure de protection. La réforme a surtout eu pour avantage de permettre au co-curateur ou co-tuteur d'agir quand l'autre est empêché ou encore d'associer également plusieurs membres de la famille. L'objectif est de faciliter les relations familiales en désamorçant les risques liés aux éventuelles dissensions, suspicions ou craintes d'une mauvaise gestion.

249. Malgré toutes ces évolutions que nous venons de rappeler, certaines problématiques récurrentes n'ont pas été prises en compte par la réforme de 2007 et les lois postérieures qui l'ont amendée. La principale d'entre elles qui revient fréquemment dans mes contributions et lors des formations de la profession notariale que j'assume régulièrement, est l'absence d'articulation du droit des majeurs protégés avec celui des régimes matrimoniaux ; absence qui se fait criante dès lors que le rôle dévolu à l'organe de la protection concurrence celui normalement assumé par le conjoint. On aurait d'ailleurs pu légitimement s'attendre à ce que le législateur résolve ces difficultés à l'instauration de l'habilitation familiale. Cependant, il n'en a rien été. Pire, le conjoint de la personne protégée a été totalement ignoré – ce dernier étant absent parmi les personnes susceptibles de déclencher et d'exercer l'habilitation familiale – jusqu'à ce que la loi du 18 novembre 2016 répare enfin cet oubli.

Il est regrettable que les relations entre l'époux doté de sa capacité et l'organe de protection ne soient pas mieux organisées car ce défaut d'articulation des règles a des incidences pratiques majeures.

Tout d'abord, au titre du régime primaire et en cas de tutelle ou d'habilitation familiale générale, le mandataire jouit des mêmes pouvoirs et est tenu des mêmes obligations que la personne vulnérable si elle avait été capable. Ensuite, il convient de distinguer les régimes communautaires des régimes séparatistes. Dans un régime séparatiste, la mission du mandataire n'est pas source de difficultés pour les biens appartenant personnellement à la personne protégée. Pour ceux détenus en indivision avec l'autre époux, les dispositions relevant du droit de l'indivision s'appliquent. En revanche, dans un régime communautaire, la situation est plus compliquée. On prend ici conscience que « l'introduction éventuelle d'un tiers dans les affaires du ménage est peu en harmonie avec la conception moderne de la famille qui renforce le rôle du couple, met l'accent sur son autonomie et sur la communauté d'intérêts qui existe entre époux »³⁸⁵. Puisqu'en vertu de l'article 1421, chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer (sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion), le tuteur ou la personne habilitée devrait pouvoir s'en prévaloir, ce qui est curieux si on se met à la place de l'autre époux. Bien entendu, les limitations à cette liberté résultant des articles 1422 à 1425 reçoivent également application. Le mandataire est ainsi tenu de solliciter l'accord de l'époux capable lorsque cela est nécessaire et vice versa. On comprend alors d'autant moins, au vu de ces difficultés, que les intérêts du conjoint capable aient été évincés par des lois qui entendent pourtant accentuer l'entraide familiale.

³⁸⁵ J. Massip, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n°267.

CHAPITRE II. UNE RESPONSABILISATION ACCRUE DE LA FAMILLE

250. Le mouvement de déjudiciarisation précédemment évoqué a pour avantage de remettre la famille au centre de l'attention et de renforcer ses fonctions. Le constat est évident avec la réforme de l'administration légale des biens de l'enfant mineur. Il l'est aussi avec la plus récente mesure de protection des majeurs : l'habilitation familiale. Celle-ci a en effet amorcé une revalorisation du rôle de la famille, notamment en la libérant en grande partie du contrôle des autorités administratives et judiciaires.

251. L'habilitation familiale que la loi n°2015-177 du 16 février 2015³⁸⁶ avait annoncée et que l'ordonnance du 15 octobre 2015 a formalisée n'est pas qu'une simple adaptation du droit des majeurs vulnérables. Elle a obligé à adopter de nouveaux réflexes dans une matière qui implique lourdement tout un ensemble d'auxiliaires de la loi, d'associations, de gérants et de proches concentrés autour de l'intérêt d'une seule personne : le majeur à protéger.

La loi du 16 février 2015 autorisait le Gouvernement à créer, sur le modèle de la représentation judiciaire au sein du couple marié (C. civ. art. 217 et art. 219), un dispositif consistant à habilitier par décision judiciaire les ascendants, descendants, frères et sœurs, partenaire d'un pacte civil de solidarité ou concubin « d'un majeur hors d'état de manifester sa volonté », aux fins « de le représenter ou de passer certains actes en son nom ». Nous nous interrogeons alors sur le succès pratique de cette mesure auprès des juges, alors même que la tendance à écarter l'habilitation judiciaire entre époux reste forte en dépit de la promotion qu'elle a connue lors de la réforme de 2007³⁸⁷.

252. Aujourd'hui, et comme l'ont souligné les premiers commentaires de l'ordonnance³⁸⁸, l'habilitation familiale qui en est issue s'est finalement détachée du modèle. Elle se définit comme un mécanisme de protection qui permet d'associer plus étroitement la famille à la protection du majeur vulnérable, « sans avoir à se soumettre au formalisme des mesures de protection judiciaires qui peut s'avérer pesant, en l'absence de conflit familial et de nécessité d'instaurer une mesure de protection suivie par un juge pour protéger les intérêts de la personne concernée »³⁸⁹. La justification avancée par le législateur est bienveillante à l'égard de la famille et nous nous sommes d'ailleurs réjoui que celle-ci soit ainsi valorisée. Cependant, il était important, à notre sens, de ne pas faire de cette habilitation familiale un mécanisme de protection *sui generis*, au risque de porter inutilement atteinte à la structure des mesures juridiques issue de la loi du 3 janvier 1968 et que la loi du 5 mars 2007, hormis la création du mandat de

³⁸⁶ Loi n°2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (JO 17 février 2015). J. Combret et N. Baillon-Wirtz, Qu'apporte la loi du 16 février 2015 au droit des personnes et de la famille ?, JCP N 2015, n° 8-9, 288 ; N. Peterka, Clarifications et reculs du droit des personnes et de la famille, JCP G 2015, act. 243, Aperçu rapide.

³⁸⁷ J. Combret et N. Baillon-Wirtz, op. cit.

³⁸⁸ N. Peterka, Déjudiciarisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs, JCP G 2015, 1160 ; G. Raoul-Cormeil, L'habilitation familiale : une tutelle adoucie, en la forme et au fond, D. 2015, p.2335 ; T. Verheyde, Réforme du droit de la famille : L'habilitation familiale, AJ Famille 2015, p.603 ; V. Montourcy, Le regard critique de l'avocat, AJ Famille 2015, p.605.

³⁸⁹ Etude d'impact, préc., p. 29 et le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015 (JO 16 oct. 2015).

protection future, n'a pas voulu bouleverser³⁹⁰. C'est malheureusement le résultat auquel a abouti l'ordonnance en instituant une mesure à la nature juridique incertaine, dont les modalités de mise en œuvre et les effets suscitent précautions et interrogations chez les praticiens.

253. En dépit des difficultés d'ordre pratique sur lesquelles nous ne reviendrons pas ici mais qui ont été envisagées en détail dans diverses contributions écrites et interventions orales, l'habilitation familiale promeut la famille à plusieurs titres.

Tout d'abord, le caractère exclusivement familial de la mesure détonne dans un dispositif où coexistent en principe l'Etat, les intervenants sociaux, le juge, les praticiens et la famille. Cet appel à la famille uniquement se traduit notamment par un resserrement spécifique à la mesure, de ses conditions d'ouverture. En effet, la demande aux fins de désignation d'une personne habilitée ne peut être présentée au juge que par les descendants, les ascendants de la personne vulnérable, ses frères et sœurs, son conjoint, son concubin ou son partenaire lié par un Pacs. Ne peut également être habilité que l'un d'entre eux, à la condition d'ailleurs que le juge se soit préalablement assuré de l'adhésion ou de l'absence d'opposition « légitime » tant à la mesure d'habilitation qu'au choix de la personne habilitée des « proches » qui entretiennent des liens étroits et stables avec la personne ou qui manifestent de l'intérêt à son égard et dont le juge connaît l'existence au moment où il statue³⁹¹.

Ensuite, la loi incite de manière générale à recourir à l'habilitation familiale plutôt qu'aux mesures judiciaires. La loi du 23 mars 2019 a ainsi tiré les conséquences du régime particulier de l'habilitation familiale qui se rapproche souvent du contrat de mandat, en restreignant l'étendue du principe de nécessité aux seules mesures judiciaires. L'article 428, alinéa 1^{er} du Code civil, modifié par la loi, prévoit en effet que « la mesure de protection *judiciaire* ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217, 219, 1426 et 1429, par le mandat de protection future conclu par l'intéressé ou par une mesure de protection moins contraignante prévue au présent chapitre ». Est ainsi affirmée la subsidiarité des mesures judiciaires par rapport à l'habilitation familiale. C'est ici la démonstration qu'une fois encore, le législateur a beaucoup mis sur cette dernière pour réduire le nombre des dossiers de curatelle et tutelle et la charge que représente leur gestion pour les juges et leur greffe.

Enfin, les formalités d'exécution de la mesure sont très assouplies. Mise à part l'obligation d'accomplir l'acte (ou les actes) pour lequel elle est habilitée dans le respect des intérêts du majeur protégé, la personne que le juge a désignée n'a pas à se soumettre aux obligations habituellement mises à la charge des organes de la protection juridique. Il n'existe ainsi aucune obligation d'établir un compte annuel de gestion, de le transmettre au greffe du tribunal et de se soumettre à un contrôle, qu'il soit interne sous l'égide d'une personne habilitée subrogée, ou externe par le biais du greffier et, le cas échéant, du juge.

³⁹⁰ A. Delfosse et N. Baillon-Wirtz, *La réforme du droit des majeurs protégés*, Litec, Pratique notariale, 2009, p.4 et s.

³⁹¹ C. civ., art. 494-4, al.2. Indépendamment des formalités lourdes que le juge sera tenu de respecter en présence de nombreux membres d'une famille unie, le texte ne règle également pas la question conflictuelle de l'opposition d'un membre de la famille à l'ouverture de la mesure. Sous quelle forme devra être faite l'opposition ? Et quelles en seront les conséquences ? De même, le silence de l'un des membres de la famille fera-t-il présumer de manière irréfragable son manque d'intérêt à l'égard de la personne à protéger ? : V. à ce sujet : N. Baillon-Wirtz, *L'habilitation familiale : une innovation à parfaire*, avec la coll. de J. Combret, JCP N 2015, étude n°1248.

C'est certainement sur ce point que l'habilitation familiale procède d'une vision très (voire trop³⁹²) bienveillante et conciliante à l'égard de l'institution familiale.

254. Ce caractère exclusivement familial et l'allègement des conditions d'exercice qui l'accompagne expliquent sans aucun doute le succès pratique de l'habilitation familiale. Les chiffres déjà évoqués³⁹³ montrent que le nombre de mesures judiciaires baisse alors que le nombre d'habilitations familiales augmente. Pour la rendre encore plus attractive, le législateur a d'ailleurs récemment étendu son régime d'application. Prenant appui sur les recommandations formulées par le Défenseur des droits³⁹⁴, la loi du 23 mars 2019 ne la définit plus seulement comme une mesure de représentation mais en fait aussi une mesure d'assistance dès lors qu'elle suffit à protéger les intérêts de la personne vulnérable. Le juge peut désormais, en application de l'article 494-1 modifié du Code civil, habiliter un proche pour représenter, assister (dans les conditions prévues pour la curatelle à l'article 467) la personne à protéger, ou à passer un ou des actes en son nom. Annoncé comme une mesure de simplification au bénéfice des familles et prémisse de ce que serait une mesure unique de protection, l'élargissement de l'étendue de l'habilitation familiale a surtout pour objectif de réduire le nombre de dossiers ouverts de curatelle familiale qui représente près d'un quart des mesures de curatelle³⁹⁵. Pourtant, la modification génère plusieurs difficultés pratiques que nous avons envisagées de manière détaillée dans plusieurs contributions consacrées à l'habilitation familiale³⁹⁶. L'une d'entre elles est liée à l'absence de disposition indiquant expressément dans quels cas (habilitation générale ? habilitation spéciale ?) et pour quels actes la personne habilitée sera amenée à assister le majeur protégé. Le juge risque également de connaître un certain embarras pour placer le curseur entre le besoin d'assistance et le besoin de représentation. Dans quels cas le juge sera-t-il amené à privilégier l'assistance sur la représentation ou la représentation sur l'assistance et quels seront les moyens mis à sa disposition pour lui permettre de faire ce choix ? De même, le notaire éprouvera des difficultés à connaître les termes de la décision rendue et à l'interpréter³⁹⁷. Et il engagera nécessairement sa responsabilité s'il instrumente un acte en contradiction avec les pouvoirs de la personne habilitée tels que définis par le jugement d'ouverture. Et ce d'autant plus, qu'en élargissant l'étendue de l'habilitation à l'assistance, la loi reprend la même sanction que celle prévue pour un acte irrégulier du curatelaire, à savoir la nullité s'il est établi que la personne protégée a subi un préjudice³⁹⁸. Autant de questions et de doutes émis par les praticiens qui empêchent actuellement l'habilitation familiale d'être aussi efficace que le législateur et les praticiens l'espéraient au moment de son instauration.

³⁹² En effet, cela ne saurait suffire à justifier cette décharge d'obligations et il serait bien naïf de penser que les détournements et actes répréhensibles n'ont pas leur place dans la famille : N. Baillon-Wirtz, *L'habilitation familiale : une innovation à parfaire*, préc.

³⁹³ V. *supra* n° 180.

³⁹⁴ Défenseur des droits, *Protection juridique des majeurs vulnérables*, Rapport, sept. 2016, p.20.

³⁹⁵ Etude d'impact, *Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, avril 2018, p.125.

³⁹⁶ N. Baillon-Wirtz, *L'habilitation familiale : adaptations attendues et difficultés récurrentes*, Defrénois, 2019, n°142s0 ; *La réforme de la protection juridique des majeurs du 5 mars 2007 à dix ans : quel bilan ?* avec la coll. de J. Combret, JCP N 2017, étude n°1119 ; *L'habilitation familiale : une innovation à parfaire*, avec la coll. de J. Combret, JCP N 2015, étude n°1248.

³⁹⁷ Si le régime d'assistance s'applique en cas d'habilitation spéciale, les difficultés pratiques seront accrues en raison de l'absence de publicité de la mesure. Il sera, en effet, très difficile pour le praticien de connaître dans quels cas la personne habilitée aura le pouvoir de représenter ou celui d'assister le majeur vulnérable.

³⁹⁸ C. civ., art. 494-9.

255. Quoiqu'il en soit, la famille est pour l'action publique une ressource indispensable lorsqu'il s'agit d'assurer la protection de l'un de ses membres fragilisé par l'âge, la maladie ou le handicap, et cela à toutes les étapes du processus : en amont, au déclenchement de la mesure et durant son exécution. Il est naturel, nous l'avons vu, qu'elle prenne en charge cette fonction tenant aux liens de filiation, d'alliance et même d'affection et exprime ainsi une solidarité de proximité que l'Etat-providence n'a plus les moyens d'assumer. Ces dernières années, les réformes du droit des majeurs protégés ont pris en compte ces données qui expliquent pourquoi la famille, prise dans une acception de plus en plus large, s'est vu octroyer de si nombreuses facilités. Certes, cette mise en avant de l'entité familiale implique des repositionnements en son sein dus au fait que l'un de ses membres reçoit légalement plus de pouvoirs (et d'obligations) que les autres ou qu'un tiers s'immisce dans la sphère familiale et bouleverse, sans nécessairement le vouloir, l'intimité des liens. Elle implique surtout si l'on veut conforter le délicat équilibre entre la protection de l'intérêt du majeur vulnérable et la reconnaissance du rôle de la famille, de mieux soutenir cette dernière par une meilleure information et un accompagnement pérenne et homogène sur l'ensemble du territoire. Malheureusement, et en dépit des nombreuses propositions formulées en ce sens par les acteurs de la protection³⁹⁹, cela reste pour l'instant un vœu pieux.

³⁹⁹ V. notamment : A. Caron-Dégliise, *Rapp. de mission interministérielle, L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, sept. 2018, p.52 : Les membres du groupe de travail dont j'ai fait partie, ont ainsi salué l'existence d'une enveloppe nationale depuis 2017 et ont appelé à la création d'outils homogènes pour les services d'information et de soutien aux tuteurs familiaux. Cependant, comme le relève le rapport, « cette enveloppe ne suffit pas à couvrir l'ensemble de l'activité des services existants à ce jour, eux-mêmes ne permettant pas de répondre totalement aux besoins partout en France. » Or, « dix ans après l'inscription de l'ISTF dans le CASF, il est indispensable que des moyens suffisants soient consacrés à exercer cette activité sur l'ensemble du territoire de façon pérenne ».

TITRE II. LES ENJEUX DE LA TRANSMISSION : L'HORIZON INTERGÉNÉRATIONNEL

256. La succession est traditionnellement⁴⁰⁰ conçue comme « l'emblème de la permanence du groupe familial »⁴⁰¹, « le ciment économique de la famille »⁴⁰². Ce n'est pas, disait aussi Carbonnier, « à l'échelle de l'homme qu'il faut bâtir la propriété, c'est à l'échelle de la famille »⁴⁰³ et « tout notre droit des successions et des libéralités est l'organisation de cet instinct qui pousse la propriété à s'allonger le long d'elle »⁴⁰⁴. L'idée ainsi répandue est que la famille est le lieu de la solidarité spontanée au décès de l'un de ses membres. En transmettant ses biens à ses proches, le défunt accomplit naturellement à leur égard un devoir d'entraide. Dans cet esprit, la succession et la famille sont étroitement liées, l'une étant consubstantielle de l'autre. Aussi est-il logique pour les juristes d'envisager la transmission successorale à l'aune des évolutions que connaît l'entité familiale⁴⁰⁵.

257. Classiquement, le droit français des successions et libéralités repose sur deux conceptions élémentaires du lien familial : la première fondée sur le sang, la filiation ; la seconde fondée le mariage. Mais point n'est besoin de revenir en détail sur le fait que ces conceptions ne traduisent plus à elles seules la réalité et l'évolution des mœurs et de la famille. La famille contemporaine est aussi faite de liens affectifs, recomposés et électifs qui ne correspondent pas, dans leurs manifestations, à l'architecture globale d'un droit des successions et des libéralités qui en dépit des rénovations entreprises par les lois du 3 décembre 2001 et du 23 juin 2006, reste ancré sur des piliers, que certains voudraient voir vacillés pour les raisons évoquées. Nous ne faisons pas partie de ceux qui considèrent que le droit patrimonial de la famille a un temps de retard sur le droit extrapatrimonial. Cependant, il faut aussi faire preuve de flexibilité pour ajuster au mieux les transmissions héréditaires à la composition des familles et des patrimoines, et mener, selon l'expression de Cornu, la « révolution tranquille » des successions et libéralités pour leur permettre de faire face aux changements.

258. Sans les reprendre en détail, ces changements sont bien connus. L'évolution démographique, tout d'abord, avec l'allongement de la durée de la vie, la baisse de la fécondité et l'âge plus élevé des couples à la naissance du premier enfant, pèse sur les

⁴⁰⁰ Pour revenir sur les principes du Code de 1804, V. not. : C. Brenner, La succession, in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p.427.

⁴⁰¹ M. Grimaldi, Succession et contrat, in *La contractualisation de la famille*, préc., p.197.

⁴⁰² F. Gény, cité par L. Leveneur, Rapport de synthèse, in *Les enjeux de la transmission entre générations. Du don pesant au dû vindicatif*, ss. la dir. de F. Dekeuwer-Défossez et Ch. Choain, LERADP, Presses universitaires du Septentrion, 2005, p.181, spéc. p.183.

⁴⁰³ J. Carbonnier, *Flexible Droit*, LGDJ, 7^{ème} éd., p.282.

⁴⁰⁴ J. Carbonnier, *Flexible Droit*, LGDJ, 10^{ème} éd., p.384.

⁴⁰⁵ C. Pérès, Les successions à l'heure des nouvelles mutations de la famille, in *La famille en mutation*, préc., p.173 ; S. Gaudemet, Solidarités familiales et transmission successorale, Dr. fam. 2016, étude n°16 ; D. Martel, Le droit successoral, miroir des mutations familiales ? Du « devoir être » de la famille aux « façons d'être » des familles, in *Le droit patrimonial, Miroir des mutations familiales*, ss. la dir. de E. Putman, J.-Ph. Agresti et C. Siffrein-Blanc, PUAM, coll. Inter-normes, 2012, p.83.

règles de la transmission successorale. A l'ouverture de la succession, il arrive fréquemment que les générations coexistent, entre les enfants du défunt qui sont déjà en retraite, ses petits-enfants d'ores et déjà engagés dans la vie professionnelle et les arrière-petits-enfants dont il faudrait assurer l'avenir ; le tout en présence d'un conjoint survivant que son âge et sa condition rendent particulièrement vulnérable et appellent la préservation de ses droits et surtout de son cadre de vie.

L'autre évolution est idéologique. Aux devoirs « sacrés » du défunt d'entretenir les générations auxquelles il donne la vie⁴⁰⁶, se sont progressivement ajoutées d'autres préoccupations telles que le souci de conservation du patrimoine et, plus récemment, de transmission de l'entreprise, et encore, l'individualisme aidant, la nécessité de régler, par des dispositions purement supplétives, la succession des biens en veillant à ce qu'ils soient attribués aux personnes qu'une affection présumée lie au défunt. Par ailleurs, on veut aussi voir dans l'héritage un droit tourné vers « l'épanouissement des individus ». Cela signifie que « l'on ne raisonne plus en partant de la qualité d'héritier pour se demander à quoi a droit cet héritier mais de la consistance de la succession pour s'interroger sur le point de savoir qui a des droits dessus »⁴⁰⁷. Autrement dit, la fonction spécifique de la succession n'est plus forcément d'établir un successeur, un « continuateur », capable de recevoir et de faire fructifier entre ses mains le patrimoine héréditaire⁴⁰⁸, mais de déterminer les besoins de l'héritier qui délimiteront ensuite ses droits⁴⁰⁹.

259. Toutes ces évolutions qui encouragent une conception individualiste et élective de la succession, amènent à repenser les contours de la solidarité familiale, qu'elle soit informelle ou institutionnelle, intergénérationnelle, intragénérationnelle ou horizontale au sein du couple. Les réformes de 2001 et 2006 ont beaucoup œuvré à renouveler les manifestations de l'entraide familiale, d'une part, en resserrant le cercle des successibles autour du conjoint et des enfants sans distinction et, d'autre part, en encourageant la dévolution volontaire de la succession par une refonte des libéralités et l'élargissement des pactes successoraux permis.

260. Dans cette perspective, ma réflexion s'est engagée autour de deux axes. Certains de mes travaux – en premier lieu, ma thèse et, en second lieu, des contributions écrites ultérieures – ont mesuré l'influence des mutations familiales sur les ressorts de la transmission successorale légale (Chapitre I) et apprécié la pertinence des orientations prises par le législateur, notamment la libéralisation assumée du droit des libéralités par le jeu combiné d'un pouvoir accru de la volonté individuelle et la mise en œuvre de régimes de faveur pour les stratégies patrimoniales au sein de la famille (Chapitre II).

⁴⁰⁶ Cette approche est celle de l'Eglise catholique. V. à ce sujet l'encyclique *Rerum novarum* de Léon XIII (1891), cité par M. Grimaldi, *Droit des successions*, Litec, 7^{ème} éd., 2017, n°28.

⁴⁰⁷ B. Beignier, *Le droit des successions, entre droits de l'homme et droit civil*, Dr. fam. 2002, chron. n°3.

⁴⁰⁸ M. Beaubrun, *Fondements du droit de l'héritage et recomposition de l'ordre successif par la loi du 3 décembre 2001*, in *Justice et droits fondamentaux, Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p.17, spéc., p.24, n°10.

⁴⁰⁹ B. Beigner, préc.

CHAPITRE I. LA TRANSMISSION SUCCESSORALE AU CŒUR DE LA FAMILLE

261. « La dévolution du patrimoine successoral dévoile [...] la conception que l'Etat se fait de la famille en un moment donné de l'Histoire »⁴¹⁰. Les choix opérés entre la famille-lignage et la famille-ménage, entre la famille de droit et la famille de fait, entre la prépondérance des liens personnels ou des liens patrimoniaux⁴¹¹, ont en effet conditionné les mesures que le législateur a prises depuis 1804. Aujourd'hui, la variété des structures familiales est telle qu'il en résulte inévitablement une inégalité de traitement⁴¹². Même si après la loi du 3 décembre 2001 portant amélioration des droits successoraux de l'enfant adultérin et du conjoint et celle du 23 juin 2006 réformant l'ensemble du droit des successions et des libéralités, la tentation a été grande de voir la réalisation finale et trop longtemps attendue de l'égalité des modèles familiaux, elle est vite relativisée au vu des inégalités subsistantes au moment du décès de l'un des membres de la famille. Comme le rappellent certains, « il est habituel de relever que c'est au moment du décès que l'inégalité des modèles familiaux apparaît le plus nettement. La raison en est simple. Autant il est possible, quoique périlleux, de prévoir des droits sociaux ou des droits civils d'équivalence, sans définir préalablement le modèle qui doit en bénéficier, autant il n'est pas possible de fonder des droits successoraux sans se prononcer sur ce modèle préalable »⁴¹³. Il est vrai qu'aujourd'hui encore, alors que les familles monoparentales et les familles recomposées sont courantes et que le nombre de mariages recule, un seul modèle familial prédomine – la famille étroite qui soude conjoints mariés et enfants – au détriment de la famille-lignée et des autres modes de conjugalité.

262. Cette reconfiguration de la transmission au sein de la famille a maintes fois été décrite et on peut en donner ici trois illustrations.

263. **L'accroissement des droits du conjoint survivant.** Prenant contre-pied de la solution traditionnelle qui faisait du conjoint survivant un indésirable du seul fait de son extranéité de la cellule familiale d'origine, la loi successorale du 3 décembre 2001, rédigée en accord avec l'attente sociale dominante, constitue l'exemple privilégié du développement de la solidarité conjugale. L'augmentation sans précédent de ses droits successoraux *ab intestat* et para-successoraux n'étonne pas tant les données familiales ont changé. Aujourd'hui, la famille est resserrée sur le couple et la source principale de la richesse procède avant tout du travail des époux plus que du capital transmis. Leur union reposant de leur vivant sur l'affection⁴¹⁴, la solidarité et la coopération, les époux

⁴¹⁰ P. Catala, Le patrimoine successoral, in *Famille et patrimoine*, PUF, coll. Doctrine juridique, 2000, p.141.

⁴¹¹ J. Hauser et D. Huet-Weiller, *La famille, Dissolution de la famille*, in *Traité de droit civil*, ss. la dir. de J. Ghestin, LGDJ, 1991, p.17, n°6.

⁴¹² « A chacun sa famille, à chacun son droit » selon la formule du Doyen Carbonnier : *Essai sur les lois*, Defrénois, 2^{ème} éd., 1995, p.181.

⁴¹³ J. Hauser et D. Huet-Weiller, préc., p.16, n°5.

⁴¹⁴ On peut notamment reprendre les propos de M. Vidalies, lors du vote final de la loi : « Je voudrais observer ici que les droits nouveaux et importants reconnus au conjoint survivant sont légitimés, fondés sur l'affection, sur l'amour du défunt (...). Quand on passe de la logique du sang à la logique de l'affection, on tire des conséquences importantes sur le plan patrimonial de l'engagement affectif de l'individu ».

souhaitent logiquement transmettre au survivant des deux le résultat d'un labeur commun. « Cette prolétarisation du droit des successions »⁴¹⁵ explique donc que le législateur ait voulu améliorer le sort du conjoint en faisant survivre le mariage au-delà de son terme naturel⁴¹⁶. Ainsi a-t-il écarté les parentés lointaines en concours avec le conjoint afin de ne pas émietter de manière excessive la composition des biens successoraux que le couple a généralement acquis au cours de l'union. De même, a-t-il octroyé au conjoint des droits calculés non plus seulement en usufruit mais aussi en pleine propriété⁴¹⁷. A l'instar des autres héritiers, le conjoint a donc une vocation de principe à hériter en pleine propriété à moins d'y préférer l'usufruit de la totalité des biens existants qui convient particulièrement à une population vieillissante dont l'intérêt se limite à préserver ses conditions de vie. Mieux encore, le conjoint survivant, outre sa vocation au maintien de son cadre de vie (assuré par les droits spécifiques sur le logement et le mobilier) et à l'attribution de moyens de survie (comme la créance alimentaire contre la succession, la réversion de la pension de retraite et les prestations sociales liées au veuvage), accède, selon les termes de l'article 914-1 du Code civil, à la dignité d'héritier réservataire lorsque l'ordre des descendants reste vacant. Nul doute donc qu'une telle mesure ait opéré un véritable bouleversement de l'image et de l'économie de la dévolution successorale sachant que la réserve servait jusque-là à conserver les biens dans la famille, à garantir l'égalité des souches et non à prolonger le devoir de solidarité dû entre époux.

264. La réserve héréditaire du conjoint survivant a été particulièrement discutée à l'occasion des travaux du groupe de travail dirigé par Cécile Pérès et Philippe Potentier, menés entre avril et décembre 2019 sur la réserve héréditaire, et auxquels j'ai été associée. Ses fondements sont délicats à identifier⁴¹⁸ et on ne peut transposer ceux qui justifient habituellement celle des descendants. Son caractère subsidiaire a en outre été jugé insatisfaisant. N'étant réservataire qu'à défaut de descendant, le conjoint survivant est privé de réserve dès lors qu'il a donné une descendance au défunt. « A cela s'ajoute que la réciprocité n'est pas systématique entre les époux puisque le prémourant doté d'une descendance non commune ne fera pas de son conjoint un héritier réservataire alors même que celui-ci pourrait faire de lui un réservataire en l'absence de toute descendance propre »⁴¹⁹.

Il a été surtout relevé que la réserve n'est pas un outil juridique adéquat pour protéger le conjoint survivant et que d'autres mesures sont plus adaptées à répondre à ses besoins. Aussi le groupe de travail a-t-il proposé dans le rapport remis à la Ministre de la justice

⁴¹⁵ Ph. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2018, n°14.

⁴¹⁶ Le Doyen Carbonnier parlait à ce sujet de « projection du mariage au-delà de la mort » : *Droit civil, La famille, l'enfant, le couple*, préc., p.522.

⁴¹⁷ La loi du 3 décembre 2001 a fixé les droits successoraux du conjoint survivant à travers trois hypothèses de concurrence. Lorsqu'il est en concurrence avec les enfants ou les descendants issus de son propre mariage, il peut opter entre l'usufruit de la totalité ou la propriété du quart des biens existants. En concurrence avec des enfants ou descendants du défunt issus d'une précédente union, le conjoint a exclusivement droit au quart des biens existants en pleine propriété, une vocation en usufruit pouvant, lorsque le conjoint est d'un âge voisin voire inférieur de celui des descendants d'un premier lit, rendre dérisoire leur émolument. Enfin, lorsque le défunt laisse, à défaut d'enfants ou descendants, ses père et mère, la moitié des biens existants est dévolue au conjoint en propriété, et le quart en présence du père ou de la mère seulement. En l'absence des deux ordres des descendants et ascendants, le conjoint survivant recueille toute la succession en propriété, éliminant ainsi les collatéraux même privilégiés.

⁴¹⁸ *Rapport sur la réserve héréditaire*, ss. la dir. de C. Pérès et Ph. Potentier, décembre 2019, n°201 : « La réserve héréditaire du conjoint survivant procède sans doute plus simplement de la volonté du législateur, pour des raisons économiques et sociales, d'en faire le complément de sa politique générale de promotion du conjoint survivant dans un contexte d'horizontalisation de la transmission successorale. »

⁴¹⁹ *Rapport sur la réserve héréditaire*, préc., n°203.

le 13 décembre 2019, de supprimer la réserve héréditaire du conjoint survivant tout en envisageant par ailleurs une amélioration conséquente de ses droits sur le logement.

265. **Le recul des droits successoraux des ascendants.** En portant le conjoint « au-devant de la scène successorale »⁴²⁰, le droit français a corrélativement amoindri la vocation successorale des ascendants privilégiés et a même évincé les ascendants ordinaires et les collatéraux privilégiés du défunt auxquels la loi, pour compenser l'absence de tous droits successoraux, reconnaît pour les premiers, tombés dans le besoin, une créance alimentaire contre l'hérédité et, pour les seconds, un droit de retour légal sur les biens de famille.

266. La promotion du conjoint survivant s'est surtout accentuée en 2006 avec la suppression de la réserve des ascendants. L'article 914 du Code civil qui en était le siège a été abrogé pour divers motifs : protection suffisante des ascendants par l'obligation alimentaire ; moindre attachement des Français à cette réserve qu'à celle des descendants, anormalité économique des successions remontantes ; existence de conflits successoraux avec le conjoint survivant⁴²¹.

Pour remédier à cette suppression, la loi du 23 juin 2006 a offert aux parents le bénéfice d'un droit de retour légal sur les biens qu'ils ont eux-mêmes transmis à leur enfant décédé sans descendance (C. civ., art. 738-2). Ce substitut à la réserve héréditaire, parfois appelé « petite réserve »⁴²², pose un certain nombre de difficultés relevées par la profession notariale. En premier lieu, il s'articule difficilement avec le droit de retour conventionnel qui, en pratique, est plus utile. En deuxième lieu, il est difficile à exécuter, fragilise le règlement successoral et conduit à un certain immobilisme préjudiciable à l'entretien et la conservation du patrimoine familial. Il entre parfois en conflit avec les droits impératifs reconnus au conjoint survivant, par exemple sur le domicile du couple, lorsque ce dernier a été donné au défunt par ses parents. Enfin, sa fonction compensatrice de la suppression des droits réservataires des ascendants ne peut jouer que si ces derniers ont pu donner un ou des biens à leur enfant. Pour ces raisons, la profession notariale a proposé à plusieurs reprises la suppression de ce droit de retour légal⁴²³.

⁴²⁰ S. Ferré-André, Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 (analyse raisonnée de quelques difficultés), Defrénois 2002, art. 37572, p.863.

⁴²¹ Extrait du compte rendu intégral de la 2^{ème} séance du mercredi 22 février 2006, Travaux préparatoires, Assemblée nationale, 1^{ère} lecture :

M. Sébastien Huyghe, rapporteur : « Cet amendement (n°162) vise à supprimer la réserve dont disposent les ascendants du défunt, qui sont de toute façon protégés par l'obligation alimentaire prévue par le code civil. Ce mécanisme est souvent mal vécu par certains conjoints lors des successions, notamment s'agissant de familles au sein desquelles les liens entre le défunt et les ascendants étaient distendus. Je pense notamment aux familles recomposées où le lien avec l'enfant a été rompu dès le plus jeune âge, les conjoints considérant qu'il n'est pas normal qu'un parent qu'ils n'ont jamais connu puisse hériter obligatoirement d'un quart de leur patrimoine. Je vous proposerai, par un autre amendement, d'accompagner la suppression de la réserve d'un droit de retour systématique pour les biens qui avaient été donnés au défunt par ses ascendants. »

M. le garde des sceaux : « Le Gouvernement est favorable à cet amendement, car l'idée nouvelle qu'il introduit permettra de moderniser le code en termes de successions, en proposant d'autres voies que la remontée vers les parents de la moitié du patrimoine. C'est une liberté plus grande donnée à la personne. »

⁴²² A.-M. Leroyer, *Droit des successions*, Dalloz, coll. Cours, 2009, n°181, qui qualifie le droit de retour légal des père et mère de « petite réserve » pour souligner le caractère impératif de ce droit.

⁴²³ V. la première proposition de la 4^{ème} commission du 106^{ème} Congrès des notaires de France, *Couples, patrimoine, Les défis de la vie à 2*, Bordeaux, 30 mai au 2 juin 2010. V. plus récemment : *Livre blanc des simplifications du droit*, Conseil supérieur du notariat, 2014, proposition n°7.

267. Dans le cadre des travaux du groupe de travail sur la réserve héréditaire, mes recherches ont notamment porté sur la question de savoir s'il faut, dans le même esprit que le législateur en 2006, compenser la suppression d'un droit par la création d'un droit de nature différente. Dans la mesure où le groupe de travail a proposé de supprimer le droit de retour légal des ascendants privilégiés, il a été question d'introduire en contrepartie une créance alimentaire à leur profit. En l'état du droit, une telle créance alimentaire ne leur est pas ouverte. Elle ne l'est qu'au bénéfice des ascendants autres que les père et mère (C. civ., art. 758)⁴²⁴, dès lors qu'ils sont dans le besoin et lorsque le conjoint survivant recueille la totalité ou les trois-quarts de la succession. Ainsi, au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi de 2006, certains commentateurs ont regretté qu'une créance alimentaire ne soit pas également reconnue aux ascendants privilégiés⁴²⁵ au motif notamment que cette impossibilité d'agir contre la succession les place dans une situation inférieure à celle des ascendants ordinaires qui pourtant font partie d'un ordre successoral plus éloigné.

268. L'une des problématiques envisagées par le groupe de travail a été de déterminer si l'attribution d'un droit alimentaire serait la solution idoine. Selon nous, plusieurs arguments militent en faveur d'une réponse positive. En premier lieu, une aide financière (notamment le versement d'une rente mensuelle) est plus à propos que l'attribution successorale d'un bien qui retourne dans le patrimoine des parents. La pratique, en second lieu, révèle que l'exécution de l'obligation alimentaire par l'enfant à l'égard du parent âgé se limite essentiellement à la prise en charge du coût de l'hébergement collectif (établissement médicalisé, maison de retraite, etc.). Ces deux arguments sont d'autant plus pertinents qu'ils s'inscrivent dans un contexte de changement démographique et de difficultés économiques. Le vieillissement de la population et l'augmentation du nombre personnes âgées dépendantes amènent à reconsidérer la place de la créance d'assistance.

269. Cette argumentation doit cependant être nuancée sur plusieurs points. Premièrement, les droits alimentaires ont un champ d'action plus limité que les droits successoraux. Les premiers ne trouvent leur cause que dans l'existence d'un besoin du créancier alors que les seconds existent sans que le successible ait à démontrer que la succession à laquelle il est appelé, est nécessaire à son existence. Deuxièmement, il y a un risque de dévaluer l'obligation alimentaire. Pour reprendre les mots de Jean Hauser, compenser la perte d'un droit successoral par un droit alimentaire contre la succession revient à privilégier « une sorte de repentir alimentaire », à tirer l'obligation alimentaire « vers la notion de minimum vital »⁴²⁶ et finalement à en faire un simple lot de consolation. Troisièmement, la reconnaissance d'un droit alimentaire au profit des ascendants privilégiés ramène le juge sur le devant de la scène dans un contexte de forte déjudiciarisation du droit familial. Outre le risque de conflits liés à l'existence et l'exécution de la créance, à la caractérisation du besoin, etc., c'est un renvoi automatique au contentieux alimentaire qui s'opère, avec son lot d'incertitudes sur la détermination du

⁴²⁴ Nous mettons volontairement de côté pour l'instant la créance alimentaire du conjoint survivant prévue à l'article 767 du Code civil.

⁴²⁵ Ph. Malaurie et Cl. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, Defrénois, coll. Droit civil, 8^{ème} éd., 2018, p.93, n°98 : « Il n'est pas normal que l'obligation alimentaire qui pèse sur les enfants à l'égard des père et mère s'éteigne au décès de leur débiteur sans trouver un vrai relais dans sa succession. Désormais, la loi n'a plus à l'égard des parents de sens familial : malheur aux vieux ! S'ils sont dans le besoin et que leurs enfants sont prédécédés, même si la succession est opulente, leur seule ressource est la solidarité nationale. »

⁴²⁶ J. Hauser, Diversité et actualité des aliments en droit moderne, in *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de J. Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p.621, spéc. p.625.

quantum de l'obligation et les critères retenus par le juge pour appréhender la limite des besoins du créancier (ce qui ramène à la proposition d'introduire des barèmes). Sur le plan pratique également, et comme c'est déjà le cas pour la créance alimentaire du conjoint, le juge devra souvent attendre la fin des opérations de liquidation de la succession pour prendre en considération les droits successoraux de l'ascendant privilégié et déterminer si ces droits ne peuvent lui suffire pour faire cesser l'état de besoin. Enfin, il est probable que ce droit ne puisse s'appliquer dans un grand nombre de situations. Ce sera le cas notamment en présence d'une succession déficitaire, sachant que l'on considère traditionnellement que les créanciers alimentaires ne priment pas sur les créanciers successoraux puisque la créance se calcule habituellement sur l'actif net (c'est-à-dire l'actif retransché des dettes successorales). Ils ne peuvent également se prévaloir, comme les héritiers réservataires, des mécanismes de rapport et de réduction des libéralités pour accroître la masse d'exercice de leur droit alimentaire (sauf le cas du legs à titre particulier).

270. Au-delà de la pertinence des argumentations en faveur ou en défaveur du recours à l'obligation alimentaire, le groupe de travail a considéré « qu'il faut cesser de moins bien traiter les père et mère dans le besoin que les ascendants ordinaires »⁴²⁷. Dans la mesure où cette différence de traitement n'est pas justifiée, il a proposé d'accorder aux parents dans le besoin une créance alimentaire.

271. **Le nécessaire maintien de la réserve des descendants.** Comme le relève Yvonne Flour, la réserve héréditaire « nous rappelle que transmettre ses biens à ses héritiers n'est pas essentiellement une tentative de se survivre après sa mort, un prolongement de soi-même. Mais c'est d'abord un acte de solidarité et de responsabilité envers ceux qui viendront après nous. La succession n'est pas seulement le lieu ultime de la liberté de l'individu, elle intéresse la société toute entière, parce qu'elle en conditionne le devenir »⁴²⁸.

272. Le droit des successions et des libéralités est un édifice dont la réserve constitue la clé de voute. Elle est « le noyau central autour duquel toute la réglementation de la transmission patrimoniale s'ordonne »⁴²⁹. Compromis entre le principe d'égalité et le droit de disposer librement, entre la logique communautaire (l'intérêt familial) et la logique individuelle (l'intérêt personnel du disposant), la réserve exprime avant tout la solidarité familiale envers ceux que l'on a fait venir au monde. Elle procède ainsi du devoir que les parents ont à l'égard de leurs enfants et qui consiste à leur transmettre ce qu'ils ont eux-mêmes reçu et créé. En cela, la réserve est comme un maillon dans l'ordonnement des générations. Elle se pose corrélativement, par ses vertus pacificatrices, comme un moyen de protection de l'enfant. Effet légal de la filiation, elle contribue à la construction de son identité, fait obstacle à son exhérédation et donc à son exclusion de la cellule familiale et lui assure, s'il s'insère dans une fratrie, une part équivalente à celle des autres, indépendamment de sa situation personnelle (notamment de l'origine de sa filiation ou encore de son sexe), de ses mérites ou de ses démérites.

273. La réserve est aussi au service de la liberté du futur défunt, qu'elle protège contre le risque de captation d'héritage, accentué en raison du vieillissement de la population et

⁴²⁷ Rapport sur la réserve héréditaire, préc., n°351.

⁴²⁸ Y. Flour, Remarques sur la généralisation de la réduction en valeur, Dr. fam. 2019, dossier 21, n°1

⁴²⁹ M. Beaubrun, *L'ordre public successoral*, thèse Paris II, 1979, p.16.

de la multiplication du nombre des personnes vulnérables. C'est notamment lorsque la libéralité est établie dans des circonstances qui font douter de la lucidité du disposant ou de l'intégrité de son consentement, que la réserve héréditaire est un frein nécessaire. La libéralité ne peut en effet s'exécuter que dans la limite de la quotité disponible. Et les héritiers réservataires, s'ils ne peuvent user des moyens à leur disposition pour anéantir l'acte, faute de pouvoir prouver les conditions de son établissement, ont au moins l'assurance de recevoir une partie des biens et droits de leur auteur. Les risques de remises en cause systématiques de la validité de la libéralité sont ainsi fortement atténués.

274. En dépit des garanties qu'elle offre, la réserve héréditaire est aujourd'hui controversée. Certains demandent sa suppression au nom d'une liberté absolue de disposer de ses biens ou au moins, son évolution, notamment pour favoriser une philanthropie, dont la tendance est au déclin depuis la suppression de l'impôt sur la fortune. On discute ainsi de l'avenir de la réserve⁴³⁰ alors pourtant qu'elle continue de correspondre à un besoin profond du corps social. Le groupe de travail sur la réserve héréditaire dirigé par Cécile Pérès et Philippe Potentier, dont j'ai fait partie, a constaté, à l'instar des données sociologiques, l'attachement général des Français à la réserve héréditaire ainsi qu'aux valeurs dont elle porte le symbole. Elle n'est pas contrairement à ce que certains lui reprochent, la survivance d'un lointain passé, l'expression d'un conservatisme voire une institution isolée sur la scène internationale. Les travaux du groupe de travail ont d'ailleurs montré combien elle est largement répandue dans le monde, certains pays comme l'Allemagne allant jusqu'à lui reconnaître une valeur constitutionnelle⁴³¹. Et pour les pays où elle fait défaut, des équivalents fonctionnels existent. Dans les droits de Common Law, il appartient au juge de déterminer au cas par cas si un proche du défunt, au regard de son état de besoin, a reçu une part raisonnable de la succession. Comme le relève justement le rapport du groupe de travail, « l'orientation de notre droit vers un tel mécanisme alimentaire et judiciaire conduirait à importer les faiblesses inhérentes à cet instrument : coût des procès pour les justiciables, judiciarisation des successions, aléa judiciaire, imprévisibilité des critères et des solutions, possible remise en cause des dispositions du défunt à la faveur des transactions entre les parties pour éviter le procès. Ce serait renoncer à de précieux avantages attachés à la réserve héréditaire : si le contentieux successoral est marginal dans notre pays, cela tient notamment au fait que la réserve héréditaire fixe, dans la loi, des bornes claires et connues de tous à la liberté de disposer gratuitement de ses biens. Chacun peut ainsi agir en conséquence et déployer une stratégie patrimoniale selon les objectifs qu'il poursuit. La sécurité juridique est assurée et elle l'est uniformément pour tous. »⁴³²

275. Pour ces raisons, le groupe de travail a unanimement conclu que la réserve héréditaire des descendants doit être fermement maintenue en son principe. Un tel maintien n'interdit pas en revanche d'apporter des améliorations à l'institution, même si la loi du 23 juin 2006 a déjà amorcé d'importants changements que la pratique notariale

⁴³⁰ La Cour de cassation a d'ailleurs accentué les incertitudes sur l'avenir de la réserve, en affirmant qu'elle n'est pas en elle-même d'ordre public international. Selon son raisonnement, elle ne l'est que dans sa dimension alimentaire, l'exception d'ordre public n'étant susceptible d'être mise en œuvre que dans l'hypothèse où l'application de la loi étrangère laisserait un héritier dans une situation de précarité économique ou de besoin : Cass. civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n°16-17198 et n°16-13151, *D.* 2017, Dr. fam. 2017, comm. 230, M. Nicod ; *AJ fam.* 2017. 598 obs. P. Lagarde, A. Meier-Bourdeau, B. Savouré et G. Kessler ; *RTD civ.* 2018, p.189, obs. M. Grimaldi. *Adde* : C. Deneuille et S. Godechot-Patris, *Le choix d'une loi étrangère ignorant la réserve héréditaire*, *JCP N* 2018, 1239.

⁴³¹ Cour constitutionnelle fédérale, 19 avril 2005, *Bvr* 1644/00, n°53, n°75.

⁴³² *Rapport sur la réserve héréditaire*, préc., n°4.

n'a pas encore pleinement mesurés. Le groupe de travail a ainsi, autour de sept axes de réflexion (les bénéficiaires de la réserve héréditaire, son taux, son assiette, sa sanction, le pouvoir de la volonté, la philanthropie et les dispositions transitoires), proposé d'augmenter le taux de la quotité disponible en limitant à deux branches le montant de la réserve héréditaire de manière à ce qu'elle soit de la moitié de la succession en présence d'un enfant et des deux tiers en présence de deux enfants ou plus⁴³³.

276. Enfin, s'agissant de la philanthropie, la réflexion menée par le groupe de travail l'a conduit à considérer que la réserve héréditaire, dans ses modalités actuelles, n'est pas un obstacle à son développement. Les auditions des représentants des milieux philanthropiques ont montré que ceux qui disposent gratuitement de leurs biens au profit de fondations ou associations le font soit parce qu'ils n'ont pas de descendant, soit dans des proportions nettement inférieures à la quotité disponible actuelle⁴³⁴. Ils ont également souligné l'utilité de la réserve héréditaire en présence de dispositions à cause de mort dans la mesure où elle désamorce fréquemment les tentatives de remises en cause par les héritiers légaux⁴³⁵. Le rapport du groupe de travail a ainsi estimé que les propositions qu'il a faites « permettent pour l'essentiel de répondre aux préoccupations des milieux philanthropiques tout en respectant la nécessaire généralité de la loi civile »⁴³⁶.

CHAPITRE II. LES STRATÉGIES PATRIMONIALES AU SERVICE DE LA SOLIDARITÉ FAMILIALE

277. La liberté de disposer à titre gratuit s'est fortement accrue sous l'effet de dispositions civiles et fiscales incitatrices que le législateur a prises à compter de 2006. Sur le plan civil, il n'existe plus aujourd'hui que deux catégories d'héritiers réservataires dont l'une n'est appelée que subsidiairement. A cela s'est ajoutée une autre évolution induite du mouvement de contractualisation des rapports familiaux que nous avons déjà évoqué.

Certains de mes travaux ont porté sur les stratégies matrimoniales et successorales mises en place pour ajuster au mieux les transmissions héréditaires à la composition des familles et des patrimoines ainsi qu'aux préoccupations et intérêts individuels. Deux d'entre elles m'ont plus particulièrement occupée lors de recherches collectives auxquelles j'ai participé : la première est la renonciation à la succession qui permet concrètement à un enfant du défunt de s'effacer volontairement au profit de ses propres enfants et de réaliser ainsi un saut de génération⁴³⁷. La seconde est la transmission transgénérationnelle, aidée par l'usage de pactes familiaux⁴³⁸.

⁴³³ *Rapport sur la réserve héréditaire*, préc., n°379s, proposition n°19.

⁴³⁴ *Rapport sur la réserve héréditaire*, préc., n°589s.

⁴³⁵ *Rapport sur la réserve héréditaire*, préc., n°595s.

⁴³⁶ *Rapport sur la réserve héréditaire*, préc., n°9.

⁴³⁷ N. Baillon-Wirtz, Le statut juridique du renonçant, in *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, ss. la dir. de C. Pérès, Ed. Defrénois, coll. Expertise notariale, 2017, pp.205-225.

⁴³⁸ *Rapport sur la réserve héréditaire*, préc. ; V. également : N. Baillon-Wirtz, Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ?, N° spécial « La loi portant réforme des successions et des libéralités – Acte I », Dr. fam. 2006, Etude n°44 ; N. Baillon-Wirtz, *La famille et la mort*, Defrénois, 2006.

278. **La renonciation successorale, instrument de transmission.** La renonciation successorale a longtemps été une figure juridique figée dans sa forme et ses effets, présentée de manière immuable comme le refus d'une succession déficitaire ou le calcul arithmétique et égoïste du renonçant bénéficiaire de donations antérieures, au regard de considérations économiques. A cette longue période d'immutabilité, la loi du 23 juin 2006 portant réforme du droit des successions et des libéralités a mis fin. Le changement paraît subtil mais il est en réalité majeur. Des facteurs idéologiques, démographiques, politiques et économiques qui ne sont pas exempts d'interférences réciproques⁴³⁹, ont eu leur part d'influence dans les étapes de la construction nouvelle du droit successoral.

279. Pour la renonciation à la succession, de nouvelles perspectives ont été ouvertes, en admettant notamment la représentation du renonçant ou en cessant de le comptabiliser parmi les héritiers réservataires afin d'accroître le disponible. Sous son nouveau visage, la renonciation est altruiste, offrant l'image d'un acte réfléchi à l'endroit d'héritiers choisis. Certes, les renonciations faites en faveur d'une personne, dites *in favorem*, ne sont pas nouvelles. Néanmoins, la jurisprudence y a fréquemment vu des cas d'acceptation tacite pure et simple⁴⁴⁰ de la succession et non de « véritables renonciations »⁴⁴¹, ces dernières devant invariablement emporter abdication pure et simple et non aliénation de la part de succession⁴⁴². Depuis la loi du 23 juin 2006, le champ de vision s'est élargi et l'analyse doit être plus nuancée. La renonciation n'est plus nécessairement abdicative et libératoire ; elle peut également, sans pour autant être qualifiée de « prétendue renonciation »⁴⁴³, être translative et s'inscrire dans une démarche complémentaire de transmission du patrimoine du défunt.

280. **L'anticipation successorale et le consensus familial.** Les travaux parlementaires à l'origine de la loi du 23 juin 2006 ont très largement mis en avant la nécessité de donner à la famille une certaine capacité de décision par la mise en œuvre d'instruments d'anticipation successorale contractualisés autrefois prohibés et par l'extension du champ d'application de ceux antérieurement permis. La « loi familiale » est ainsi souvent privilégiée sur la « loi individuelle » tirée de la volonté, même altruiste, du futur défunt. Inspiré en partie par l'*Offre de loi* proposée en 2003 par le groupe réuni autour du doyen Carbonnier⁴⁴⁴ et les attentes de la pratique notariale, le législateur a reculé plus loin les limites de la prohibition des pactes sur succession future en étendant corrélativement le champ d'application de la donation-partage et en créant des instruments permettant de

⁴³⁹ B. Beignier, Succession : une révolution ? non, une réforme, RLDC déc. 2006, p.5.

⁴⁴⁰ Cass. civ., 18 juin 1846 : DP 1846, 1, p. 331 ; Cass. req., 15 févr. 1882 : DP 1882, 1, p. 413 ; Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1953 : Bull. civ. 1953, I, n° 5 ; Cass. civ., 1^{re}, 23 février 1994, Defrénois 1995, art. 36122, note J. Bernard de Saint Affrique.

⁴⁴¹ P. Raynaud, La renonciation à un droit, sa nature et son domaine en droit civil, RTD. civ. 1936, p.763, spéc. p.770.

⁴⁴² Selon P. Voirin, « le trait distinctif de la renonciation translative à titre gratuit, c'est qu'elle implique l'*animus donandi* (l'intention libérale), qu'au contraire la renonciation abdicative ne comporte pas. En rejetant sa qualité de successible, le renonçant s'en débarrasse sans se soucier de savoir quelles seront les conséquences. Au contraire, en renonçant pour gratifier, il manifeste son intention libérale à l'égard de ses cohéritiers ou des héritiers de l'ordre subséquent » : obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1961, JCP 1963, II. 12973.

⁴⁴³ P. Raynaud, préc., p.768.

⁴⁴⁴ J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint-Affrique, G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi*, Defrénois, 2003.

composer avec la réserve héréditaire, telle que la renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR).

281. Tirant les conséquences de l'allongement de la durée de la vie, la loi de 2006 a ouvert la donation-partage aux descendants de degrés différents, qu'ils soient ou non les héritiers présomptifs du disposant. Cette mesure, empruntée aux auteurs de *l'Offre de loi*, constitue l'une des plus importantes exceptions à la prohibition des pactes sur succession future ainsi qu'aux règles d'appréciation de la réserve héréditaire dans la mesure où il s'agit tout à la fois d'anticiper la succession du disposant et celle de la génération intermédiaire qui consent à ce que la génération la plus jeune soit allotie en ses lieu et place, en tout ou en partie (C. civ., art. 1078-4). Par ce « saut de génération », la réserve, actuellement générationnelle, s'apprécie différemment pour devenir de souche, chaque enfant de l'ascendant constituant une souche, et chaque souche pouvant accepter ou, au contraire, renoncer à ses droits, en totalité ou en partie, au profit de la génération qui suit. De même, certaines souches peuvent être alloties et d'autres ne pas être servies, accentuant plus encore la liberté de décision du disposant. Cet outil transgénérationnel « sied bien aux familles d'aujourd'hui » et « paraît convaincant pour transmettre l'entreprise, les biens immobiliers, encore plus facilement l'argent, les valeurs mobilières »⁴⁴⁵.

282. Au nombre déjà conséquent des pactes successoraux expressément permis, la loi du 23 juin 2006 a aussi ajouté deux nouveaux pactes de renonciation : la renonciation à l'action en retranchement des avantages matrimoniaux des enfants non issus des deux époux et surtout l'une des innovations les plus marquantes de la réforme : la renonciation anticipée à l'action en réduction des libéralités excessives.

Eu égard à la consistance particulière de certains patrimoines (transmission d'une entreprise notamment) et aux aspirations de familles multiformes pour lesquelles la rigidité de la réserve ne garantit pas nécessairement une meilleure solidarité familiale, le législateur autorise un pacte de renonciation anticipée à l'action en réduction au profit d'une ou de plusieurs personnes déterminées (C. civ., art. 929, al. 1). Pour s'en tenir à l'essentiel, cet acte, inspiré d'exemples étrangers, notamment allemand et suisse, permet à un héritier réservataire de renoncer, avec l'accord de celui dont il a vocation à hériter, à exercer sans contrepartie (C. civ., art. 929, al. 3) une action en réduction à l'encontre d'une libéralité portant atteinte à sa réserve. Une grande liberté est alors laissée au renonçant, celui-ci pouvant décider de supporter une atteinte à la totalité de sa part réservataire ou seulement à une fraction de celle-ci ou encore de ne viser que la réduction d'une seule libéralité portant sur un bien déterminé (C. civ., art. 929, al. 2). Un tel acte a également des conséquences sur les représentants de l'héritier réservataire renonçant qui seront tenus de respecter le pacte successoral lorsqu'ils viendront en ses lieu et place à la succession du disposant (C. civ., art. 930-5). Cette renonciation ne vaut donc pas uniquement pour son auteur mais également pour toute une souche.

283. Les dangers de la RAAR ont particulièrement retenu l'attention de la doctrine au lendemain de l'entrée en vigueur de la réforme de 2006⁴⁴⁶. Un auteur a ainsi relevé le

⁴⁴⁵ R. Le Guidec, La donation-partage élargie et transgénérationnelle, JCP N 2016, 1194. V. aussi du même auteur : La donation-partage transgénérationnelle : pour une nouvelle solidarité familiale, RLDC, nov. 2006, n°32, étude 2279 : la donation-partage transgénérationnelle y est présentée comme une « invention inspirée pour conserver, dans les temps qui changent, sa fonction sociale à la succession familiale ».

⁴⁴⁶ P. Catala, La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple, Dr. fam. 2006, étude 43 ; Prospective et perspectives en droit successoral, JCP N 2007, n°1206 ; Ph. Malaurie, La réforme des successions et des libéralités, Defrénois 2006, p.1719.

risque que « sous l'influence notamment de traditions rurales, aristocratiques ou étrangères, [la RAAR] ne serve à restaurer en toute légalité en France des pratiques inégalitaires que la législation moderne avait condamnées, tels les privilèges d'aînesse et de masculinité. Plus généralement, on peut redouter que l'exacerbation du pouvoir de la volonté individuelle en matière successorale ne favorise, par excès d'autorité ou de faiblesse, des pratiques discriminatoires qui pourraient être inspirées par des ressentiments parfois injustifiés, des erreurs de jugement ou des pressions diverses »⁴⁴⁷.

284. Si ces dangers ont été largement décrits d'un point de vue théorique, il était nécessaire de déterminer s'ils étaient avérés en pratique. Une recherche collective entreprise de 2014 à 2016 avec le soutien de la Mission de recherche « Droit et Justice » du ministère de la Justice et de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), et dirigée par Cécile Pérès, professeur dans cette même université, a cherché à retracer cette pratique⁴⁴⁸. Le groupe de recherche dont j'ai fait partie, s'était fixé comme objectif de mesurer les usages et utilités de ces outils juridiques à la mise en œuvre duquel un héritier participe en renonçant, et de déterminer si la pratique, en particulier notariale, se les est appropriée. Il en est ressorti plusieurs enseignements. L'un d'entre eux, s'agissant de la RAAR, est qu'elle reste exceptionnelle, et lorsqu'il en est fait usage c'est de façon très prudente, en renonçant à agir en réduction à l'endroit d'une libéralité déterminée et non pas plus largement d'un bénéficiaire donné. Une telle prudence illustre notamment l'attachement des notaires et de leurs clients à la réserve héréditaire et à l'égalité successorale qu'elle permet d'assurer entre les héritiers.

285. Plus récemment, le groupe de travail sur la réserve héréditaire dirigé par Cécile Pérès et Philippe Potentier, a aussi dégagé plusieurs constats qui l'ont amené à proposer des améliorations à la RAAR.

286. Avant tout, la nature juridique de ce pacte de renonciation reste controversée : acte juridique unilatéral ou contrat unilatéral ?⁴⁴⁹ « Ces hésitations sont plus largement liées au fait que la RAAR a été pensée non pas tant comme le fruit d'un réel accord entre le *de cuius* et ses héritiers réservataires présumptifs »⁴⁵⁰ que comme une sorte de « blanc-seing que l'héritier présumptif renonçant délivre à son auteur, afin que celui-ci puisse le déshériter par des libéralités »⁴⁵¹. Ainsi, l'un des inconvénients majeurs de la RAAR est son caractère gratuit. Il est en effet interdit en vertu de l'article 929, alinéa 3, du Code civil, de subordonner sa conclusion à un acte ou à un engagement du disposant : « l'acte de renonciation ne peut créer d'obligations à la charge de celui dont on a vocation à être héritier ou être conditionné à un acte émanant de ce dernier ». En cela, le droit français se distingue des droits allemand et suisse, dans lesquels la renonciation peut être à titre onéreux ou à titre gratuit.

Ainsi que le relève le rapport sur la réserve héréditaire remis à la ministre de la Justice le 13 décembre 2019, les inconvénients de cette interdiction sont doubles⁴⁵². Tout d'abord, le système actuel est déséquilibré au détriment des héritiers réservataires présumptifs. Cela a été souligné à plusieurs reprises au cours des auditions menées par le groupe de

⁴⁴⁷ C. Brenner, *Juris-Cl. civ.*, art. 912 à 930-5 C. civ., fasc. n°50, n°8.

⁴⁴⁸ *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, ss. la dir. de C. Pérès, Defrénois, 2017.

⁴⁴⁹ Sur ce point, v. not. : J.-F. Hamelin, *Les renonciations successorales et la théorie générale de l'acte juridique*, in C. Pérès (dir.), *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, préc., p. 269s., spéc. n°404s., p. 277s.

⁴⁵⁰ *Rapport sur la réserve héréditaire*, préc., n°460.

⁴⁵¹ F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions, Les libéralités*, Dalloz, 2013, n° 699, p. 616.

⁴⁵² *Rapport sur la réserve héréditaire*, préc., n°462.

travail, notamment par Guillaume Wicker selon qui « dans son régime actuel, la RAAR a été moins conçue comme un véritable pacte de famille que comme le moyen pour le *de cuius* d'obtenir de ses héritiers présomptifs qu'ils lui accordent le droit d'organiser sa succession en s'affranchissant de la réserve »⁴⁵³. De même, Claude Brenner a observé lors de son audition que « le système actuel est consubstantiellement déséquilibré en ce qu'il donne primauté aux volontés du *de cuius* alors que celle-ci ne devrait logiquement avoir pleine licence que dans la mesure du disponible » : « présentée comme un pacte de famille, elle [la RAAR] n'est, en réalité, traitée comme tel que du point de vue de sa formation, dans la mesure où elle requiert étrangement le consentement de celui dont elle élargit la liberté de disposition, tout en excluant tout engagement de sa part »⁴⁵⁴. Ensuite, la pratique révèle combien la RAAR a vocation à s'inscrire « dans une politique de gratification, réalisée ou à venir »⁴⁵⁵. En réalité, et malgré l'interdiction énoncée à l'article 929 précité, il existe des contreparties à la renonciation. « Souvent, la renonciation visera à consolider une stratégie de transmission » et « sera pour le renonçant la contrepartie d'une libéralité reçue ou attendue du *de cuius* : les enfants d'une précédente union renonceront à demander la réduction des libéralités que leur auteur a pu faire ou fera à son nouveau conjoint en considération d'une donation-partage qui leur a été consentie ou promise »⁴⁵⁶.

287. Aussi le groupe de travail a-t-il proposé de faire glisser l'actuelle renonciation anticipée à l'action en réduction vers la figure, proprement conventionnelle, d'un pacte de famille. En pratique, l'évolution permettrait de prévoir des contreparties. Le renonçant pourrait ainsi conditionner sa renonciation à l'établissement d'une libéralité à son profit ou à celui de ses propres enfants en ses lieu et place. L'avantage serait également de pouvoir réunir autour d'un même acte les enfants, petits-enfants... qui, allotis au titre d'une donation-partage, renonceraient à agir en réduction à l'encontre d'une libéralité faite à un beau-parent, à une association, etc. Enfin, cet élargissement de la RAAR en véritable pacte de famille permettrait au disposant de mieux anticiper sa succession.

⁴⁵³ V. contribution reproduite en annexe du rapport sur la réserve héréditaire.

⁴⁵⁴ V. contribution reproduite en annexe du rapport sur la réserve héréditaire.

⁴⁵⁵ J. Combret et S. Gaudemet, La pratique des renonciations anticipées, in C. Pérès (dir.), *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, préc., n° 249, p. 198.

⁴⁵⁶ M. Grimaldi, *Droit des successions*, LexisNexis, 2017, n°908, p. 696.

CONCLUSION GÉNÉRALE ET PERSPECTIVES DE RECHERCHE

288. **Conclusion.** « Quelle société voulons-nous construire à travers la personne et la famille, par quels moyens juridiques si on recourt encore au droit ? L'importance croissante de la jurisprudence et l'instabilité législative montrent que la réponse à cette question n'est pas proche et pourtant elle est une condition *sine qua non* de toute reconstruction »⁴⁵⁷. Ces mots de Jean Hauser illustrent combien il est difficile d'appréhender la famille et à travers elle, l'individu, et ce d'autant plus dans une société qui évolue au rythme des revendications de liberté, d'autonomie et d'égalité.

289. Comme nous l'avons souvent souligné dans ce rapport de synthèse, le mot famille recouvre plusieurs acceptions. Entre le modèle de la famille étendue englobant toutes les personnes descendant d'un auteur commun et celui du ménage réduit au couple et aux enfants, coexiste une multitude de modèles intermédiaires, tels que la famille monoparentale réduite à un parent et à l'enfant ou encore la famille recomposée juxtaposant deux familles désunies. Cette variabilité du phénomène familial explique l'embarras que chacun éprouve à lui donner une définition unique. A tel point qu'il est souvent enseigné que juridiquement, la famille ne peut se voir conférer, en dépit des efforts circonstanciés de certains⁴⁵⁸, la personnalité morale au même titre que toute institution juridiquement organisée autour de personnes et de biens. Il est vrai qu'une appréhension globale de la famille n'est pas chose simple au regard de la diversité des liens familiaux dont l'articulation est encore une des difficultés constantes auxquelles le droit se trouve confronté. La famille est, rappelons-le, tissée de liens « entrelacés » ou « isolés »⁴⁵⁹ : les liens de sang, tout d'abord, qui constituent la famille dite biologique composée des parents et de leurs enfants, les liens de droit, ensuite, du seul fait qu'ils sont juridiquement reconnus et constatés (lien de filiation, lien conjugal, et lien d'alliance) et, enfin, les liens d'affection qui, s'ils se développent de manière présumée entre les membres d'une même famille, peuvent également naître en dehors d'elle (union libre et cohabitation).

290. **Perspectives de recherche.** Un constat s'impose naturellement à l'issue de cette synthèse qui fait l'unité de mes recherches : le droit des personnes et de la famille n'est pas un droit de tout repos. L'affirmation est peut-être commune mais malgré tout fondée. Durant les deux dernières décennies, les évolutions ont été constantes, qu'elles soient venues du législateur, de l'observation ou de l'influence des droits étrangers ou, enfin, de la jurisprudence de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme. La source des thèmes des recherches ne saurait donc se tarir. Deux d'entre eux retiendront dans un avenir proche mon attention.

⁴⁵⁷ J. Hauser, Rapport de synthèse, in *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, ss. la dir. de H. Fulchiron, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p.251, spéc. p.260.

⁴⁵⁸ V. not. : R. Savatier, Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit, D. 1939, chron. p.49.

⁴⁵⁹ G. Cornu, *Droit civil, La famille*, préc., p.22, n°9.

I. LE NOTAIRE ET LA BIOÉTHIQUE

291. Le premier thème est en lien avec la réforme de la loi bioéthique et des conséquences à attendre sur la pratique notariale.

En tant que juristes de proximité et interlocuteurs privilégiés des familles, les notaires prennent souvent part aux débats portant sur la bioéthique. Leur positionnement au cœur de la société leur permet de disposer de l'expérience nécessaire pour appréhender les questions éthiques, sociales et juridiques que soulève le développement des sciences de la vie et de la santé. En informant, par exemple, les couples sur les incidences de la procréation exogène d'un enfant sur leur situation familiale, qu'elle soit patrimoniale ou extrapatrimoniale, ou encore en réfléchissant sur l'opportunité d'insérer des directives anticipées dans un acte qu'ils établissent, les notaires mesurent quotidiennement dans leur pratique, l'équilibre difficile à maintenir entre la raison du droit et les progrès scientifiques. La profession notariale a été auditionnée par les parlementaires à l'occasion de la discussion de la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique et a également formulé des propositions lors de ses congrès annuels⁴⁶⁰. En prise directe avec les conséquences que les évolutions scientifiques ont sur le droit des personnes et de la famille, la profession notariale a souhaité apporter, à l'occasion de la révision du dispositif relatif à la bioéthique, une contribution utile à la protection des intérêts familiaux. A cette occasion, j'ai été consultée par le Conseil supérieur du notariat aux fins de préparer les argumentations qui suivent et qui alimenteront mes recherches et contributions individuelles au cours de l'année 2020. Une intervention orale sur « le rôle du notaire » en matière d'assistance médicale à la procréation est d'ores et déjà programmée le 26 juin 2020 à l'Université de Reims Champagne Ardenne sous la direction de Clotilde Brunetti-Pons, Maître de conférences HDR à cette même université.

292. A cette occasion, deux points seront successivement abordés. Le premier est un retour d'expérience sur les conditions de recueil du consentement du couple à l'AMP avec tiers donneur, qui consistera à présenter le rôle du notaire en tant que conseil et rédacteur de l'acte. Le second point portera sur la proposition d'élargir les conditions d'ouverture de l'AMP et ses incidences sur le droit de la filiation. Il sera plus précisément abordé le rôle que la loi attribue au notaire en tant que rédacteur de l'acte de reconnaissance anticipée.

293. **Le consentement devant notaire à l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur.** Selon une étude de l'INED (2018)⁴⁶¹, l'AMP avec tiers donneur ne concerne en France que 5 % des enfants nés d'AMP, soit environ 1.250 enfants par an (4 % avec don de sperme et 1 % avec don d'ovocytes). Quant au don d'embryons, cela ne

⁴⁶⁰ 113^{ème} Congrès des notaires de France, *Familles, Solidarités, Numérique, Le notaire au cœur des mutations de la société*, Lille, 17-20 septembre 2017, 1^{ère} commission « Familles » ; 100^{ème} Congrès des notaires de France, *Code civil, Les défis d'un nouveau siècle*, Paris, 16-19 mai 2004, 3^{ème} Commission « Science et raison du droit » ; 95^{ème} Congrès des notaires de France, *Demain la famille*, Marseille, 9-12 mai 1999, 1^{ère} Commission « Demain la famille, quel concept ? ».

⁴⁶¹ Institut national d'études démographiques, Population et Sociétés n° 556, juin 2018 : L'AMP avec tiers donneur concerne très largement le don de spermatozoïdes (4 % des naissances AMP, soit environ 1 000 enfants par an) et de manière marginale le don d'ovocytes (1 % des naissances AMP, soit environ 250 enfants par an). L'accueil d'embryons est statistiquement négligeable (0,01 % des naissances AMP, soit environ 25 à 30 enfants chaque année).

concerne que 25 à 30 naissances par an. Les statistiques du ministère de la justice révèlent quant à elles, qu'en 2017, 1976 demandes ont été présentées auprès du président du Tribunal de grande instance (TGI) par des couples souhaitant consentir à une AMP exogène⁴⁶². Le Conseil supérieur du notariat a également mené une enquête en octobre 2019 et interrogé les études notariales sur le nombre d'actes reçus de consentement à l'AMP exogène et d'actes de consentement de don d'embryon. La tendance annuelle 2019 est de 500 à 1.000 actes de consentements à l'AMP et de 30 à 60 actes de consentement à l'accueil d'embryon. Ces chiffres seront à confirmer lors des futures enquêtes annuelles menées par la profession sur ces actes sachant qu'une augmentation significative du nombre d'actes notariés est attendue dans la mesure où le notaire est désormais seul compétent.

294. **L'ouverture élargie des conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation et ses conséquences sur le droit de la filiation.** Comme nous l'avons précédemment relevé, la réforme prévoit que les couples ou la femme non mariée qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur doivent préalablement donner leur consentement à un notaire qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation ainsi que des dispositions relatives à la levée de l'anonymat du don (C. civ., art. 342-10 nouveau). Les règles d'établissement de la filiation sont corrélativement modifiées.

Pour le couple composé d'un homme et d'une femme, les règles d'établissement de la filiation biologique s'appliquent (présomption de paternité du mari, reconnaissance de l'enfant par le père biologique non marié et établissement de la filiation maternelle en application de l'article 311-25 du Code civil, soit par la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant).

Pour la femme non mariée, le lien de filiation maternelle s'établit selon les conditions de l'article 311-25 du Code civil (mention de son nom dans l'acte de naissance de l'enfant). Pour le couple composé de deux femmes, la filiation est établie, à l'égard de chacune d'elles, par la reconnaissance qu'elles ont faite conjointement devant le notaire lors du recueil du consentement mentionné à l'article 342-10. La reconnaissance conjointe est remise par l'une d'elles ou, le cas échéant, par la personne chargée de déclarer la naissance à l'officier de l'état civil qui l'indique dans l'acte de naissance de l'enfant.

295. Ces nouvelles règles posent un certain nombre de difficultés juridiques relatives à la **construction du lien de filiation entre le couple de femmes et l'enfant** issu de l'AMP avec tiers donneur.

296. La première difficulté réside dans l'instauration d'une reconnaissance conjointe. Il est prévu que la filiation est établie, à l'égard de chacune des femmes, par la reconnaissance qu'elles ont faite conjointement devant le notaire lors du recueil du consentement à l'AMP. L'acte de reconnaissance conjointe vaut donc pour les deux femmes : celle qui a accouché et sa compagne. Cela implique que le lien de filiation à l'égard de celle qui accouche ne peut pas être établi indépendamment du lien à l'égard de la compagne. Or cette indivisibilité du lien emporte un certain nombre d'inconvénients. D'une part, cela rompt avec le principe selon lequel la mère de l'enfant est celle qui accouche (« *mater semper certa est* »). Le déni de ce principe fondateur du droit de la filiation est très problématique, notamment dans un contexte où l'on s'interroge sur le

⁴⁶² Références Statistiques Justice, Année 2017, publié en 2018. Le rapport fait état d'un traitement moyen de la demande de moins d'un mois.

rapport juridique en cas de gestation pour le compte d'autrui entre l'enfant, la mère-porteuse qui en accouche et la mère d'intention. D'autre part, cela crée une incohérence. Pourquoi dans ce cas spécifique d'un couple de femmes recourant à l'AMP avec tiers donneur, recourir à la volonté de la mère biologique et non plus au simple fait de l'accouchement ? Par ailleurs, cela empêche, même si c'est certainement une hypothèse théorique, la femme de pouvoir accoucher sous X dès lors qu'elle a fait une reconnaissance anticipée qui la contraint à assumer un lien qu'elle ne souhaite pourtant pas établir. Enfin, cela rompt avec le principe selon lequel un lien de filiation ne peut s'établir qu'à l'égard d'un enfant conçu. Dans le cas présent, l'enfant n'existe pas encore et il n'existera peut-être jamais en cas d'échec de l'AMP.

Pour résumer, cette proposition rompt l'équilibre entre la vérité biologique et la volonté au profit de la volonté seulement. Il serait plus opportun de prévoir que l'acte de reconnaissance anticipée, tel qu'il est envisagé par la réforme, ne soit établi que par la compagne de la mère biologique et, par conséquent, de continuer à appliquer à l'égard de cette dernière les règles de droit commun, à savoir l'établissement du lien de filiation par la mention de son nom sur l'acte de naissance de l'enfant (C. civ., art. 311-25).

297. La deuxième difficulté réside dans l'usage du terme « reconnaissance » pour désigner l'acte établi conjointement par les deux femmes après avoir donné leur consentement à l'AMP. De nombreux commentateurs du projet de réforme ont souligné la confusion terminologique que cela génère avec l'acte de reconnaissance établi dans les conditions de l'article 316 du Code civil. Cette confusion est d'autant plus importante que les dispositions nouvelles et celles de l'article 316 sont insérées dans un même titre, le titre VII⁴⁶³.

Sur le fond et comme nous venons de l'indiquer, la « reconnaissance » conjointe pose des problèmes de délimitation et de différence avec la reconnaissance de l'article 316 qui est par essence un acte unilatéral, strictement personnel qui trouve sa source dans le caractère divisible de la filiation : cette dernière n'est établie qu'à l'égard de son auteur et ce principe jusqu'à présent ne connaissait aucune exception. Faut-il alors voir dans ces nouvelles dispositions sur la reconnaissance conjointe, une exception ?

298. La troisième difficulté réside dans cet équilibre fragile entre les fondements biologique, d'un côté, et volontaire, de l'autre, de la filiation. La réforme donne beaucoup de poids à la filiation volontaire. Sans émettre un jugement de valeur sur ce point, nous soulignons le danger possible qu'un fondement uniquement volontaire est susceptible de créer, à savoir la possibilité pour un enfant d'avoir plus de deux parents juridiques. Ce que l'on dénomme la pluriparenté et qui est déjà une figure juridique connue dans d'autres pays européens (comme au Royaume-Uni), a une incidence toute particulière sur le droit de la filiation, mais également de manière consécutive sur le droit des successions et des libéralités. Certes, les hypothèses de pluriparenté existent déjà avec l'adoption (adoption simple ou adoption de l'enfant du conjoint). Il n'en demeure pas moins que les hypothèses pourraient s'accroître à l'avenir et amener à modifier nos règles successorales alors qu'elles ont besoin d'être sécurisées.

Sur le plan pratique, la pluriparenté peut poser des difficultés que le notaire est susceptible de rencontrer après le recueil de la reconnaissance conjointe. Nous visons ici le cas d'un couple de femmes qui établirait auprès d'un notaire une reconnaissance conjointe préalablement à la réalisation d'une AMP, mais qui finalement recourrait à une AAP (assistance amicale à la procréation, pour reprendre un terme reconnu au Québec) avec

⁴⁶³ V. *supra* n°138.

un donneur qui est connu – ami du couple ou non – et qui pourrait souhaiter lui aussi établir sa filiation avec l'enfant une fois né. Dans ce cas, la filiation de l'enfant serait plus fragile (avec un risque important de contestation et dans ce cas, c'est la vérité biologique qui servirait à arbitrer, au profit du donneur de gamètes) car elle ne rentrerait pas dans le cadre légal. L'hypothèse qui vient d'être évoquée (et qui n'est pas une hypothèse d'école) est une manière de détourner la loi puisque l'on utiliserait le mécanisme mis en place pour l'AMP pour créer un lien de filiation dans le cas tout à fait différent et hors du droit de l'AAP. Il y aurait là sans conteste un problème à faire produire des effets à l'acte notarié de reconnaissance conjointe pour des hypothèses qui seraient délibérément placées en dehors du cadre légal.

299. S'agissant des conséquences sur le droit de la filiation de *l'ouverture de l'AMP exogène aux femmes non mariées*, elles sont à première vue moins importantes. Dans ce cas en effet, le lien de filiation maternelle à l'égard de l'enfant s'établit dans les conditions de l'article 311-25 du Code civil (mention de son nom dans l'acte de naissance). Toutefois, cette ouverture pose aussi plusieurs difficultés juridiques.

300. La première difficulté est d'ordre sémantique mais elle concerne aussi le fond du droit. Les mots « femme non mariée » ne sont pas identiques aux mots « femme célibataire » ou « femme seule », formules que l'on retrouve généralement dans des présentations sommaires de la réforme. Juridiquement, une femme « non mariée » peut en réalité avoir conclu un pacte civil de solidarité ou être en concubinage, auquel cas elle forme un couple avec l'autre partenaire ou concubin. La question se pose alors de savoir si l'AMP peut être réalisée par la femme en concubinage ou pacsée sans l'accord de son concubin ou partenaire. Si le projet parental est malgré tout mené seul par la femme en concubinage ou ayant conclu un PACS et qu'un enfant naisse, ce dernier sera donc inséré au sein d'un couple sur décision unilatérale de la femme, sans rattachement possible au concubin ou au partenaire puisque l'enfant est issu des gamètes d'un tiers donneur. En effet, à l'égard du concubin ou du partenaire, la présomption de paternité ne peut s'appliquer (puisque'il n'y a pas de mariage). La reconnaissance qu'il pourrait établir sur le fondement de l'article 316 du Code civil serait mensongère. Et la possession d'état qui pourrait être constatée, serait fragilisée et pourrait être contestée dans les conditions des articles 335 et 336 du Code civil.

Et plus concrètement, comment devra réagir le notaire face à une femme non mariée qui souhaitera consentir seule à l'AMP alors qu'elle est en concubinage ou liée par un Pacs ? Devra-t-il malgré tout recevoir l'acte ? informer le concubin ou le partenaire ? demander son accord ? recueillir finalement le consentement des deux membres du couple ? Autant de questions pratiques que le notaire va devoir se poser après l'adoption de la loi.

301. La seconde difficulté concerne la femme mariée cette fois. La réforme, en ouvrant la possibilité de recourir seule à l'AMP à une femme non mariée, exclut *de facto* la même possibilité à la femme mariée. Cette dernière ne peut en l'état du texte, bénéficier d'une AMP avec tiers donneur dans l'hypothèse où son conjoint (homme ou femme) ne donnerait pas aussi son consentement à l'assistance. Certains auteurs estiment difficilement justifiable le fait qu'une femme mariée ne puisse pas recourir seule à une AMP alors que les autres femmes (célibataire, en concubinage ou pacsée) pourraient le faire. Sur le plan juridique, si l'extension des dispositions à la femme mariée seule était retenue, se poserait surtout la question du jeu de la présomption de paternité de son mari. Cette présomption jouerait automatiquement (sauf à l'écarter dans les conditions de l'article 313, en n'inscrivant pas le nom du mari dans l'acte de naissance de l'enfant) alors

que l'époux n'aurait pas consenti à l'AMP. Et la filiation de l'enfant ainsi établie serait forcément fragilisée.

302. Concernant la *procréation posthume*, l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes ou aux femmes célibataires peut amener à poser de nouveau la question du maintien de son interdiction. Il serait en effet difficile d'avancer l'argument selon lequel il ne peut être envisagé de faire naître un enfant sans père parce que décédé avant l'insémination ou le transfert d'embryon s'il est admis qu'un enfant puisse être conçu au sein d'un couple de femmes (aucun lien de filiation paternelle ne serait en effet établi puisque l'enfant serait issu des gamètes d'un donneur anonyme) ou par une femme « non mariée ».

Le Conseil d'Etat dans son étude rendue en juillet 2018 « Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ? » a considéré qu'aucun obstacle juridique ne s'oppose à la levée, par le législateur, de l'interdiction de l'AMP *post mortem* et propose de lever l'interdiction tant pour le transfert d'embryon que pour l'insémination artificielle.

Nous ne partageons pas cette analyse surtout pour le cas de l'insémination artificielle *post mortem*. En effet, dans cette hypothèse, seules des gamètes sont transférées (avant tout le sperme car pour les ovocytes, cela supposerait la possibilité de les transférer sur le corps d'une autre femme que celle qui est décédée et ce serait un cas de gestation pour le compte d'autrui). Il n'y a par conséquent au moment du décès de l'un des membres du couple, aucun enfant conçu. Or, si l'insémination *post mortem* était autorisée comme le préconise le Conseil d'Etat, il serait possible d'établir un lien de filiation entre le défunt et l'enfant une fois né alors même que ce dernier n'était pas conçu au jour de l'ouverture de la succession. On admettrait ainsi un régime dérogatoire au principe essentiel de l'article 725 du Code civil qui reste encore l'un des piliers du droit des successions.

Dans le cas du transfert d'embryons *post mortem*, ces derniers ont été conçus (soit de manière endogène, soit de manière exogène) avant le décès de l'un des membres du couple. L'article 725 précité ouvre une vocation successorale à l'enfant conçu. La question est alors de savoir si l'enfant conçu est celui qui est d'ores et déjà implanté dans le corps de sa mère ou celui qui ne l'est pas encore au moment du décès de son conjoint.

303. La profession notariale a souvent été opposée tant à l'insémination qu'au transfert d'embryon *post mortem*. Outre le risque que certains évoquent de créer un « enfant-prothèse » ou un « enfant-remède » au deuil subi, l'admission d'une procréation posthume aurait des conséquences sur les règles relatives à la dévolution successorale du parent prédécédé : incertitude liée à la dévolution, à son calendrier, aux qualités respectives des différents successibles, remise en question des partages successoraux, etc. Enfin, s'agissant de l'embryon déjà conçu et en attente de réimplantation, il n'est pas un sujet de droits par rapport à ses géniteurs et le législateur n'a pas entendu anticiper l'autorité parentale à sa conception.

304. S'il était cependant envisagé d'autoriser la procréation posthume, nous insistons sur le fait qu'un grand nombre de conditions à sa réalisation devrait être posée : notamment la nécessaire vérification du consentement du père de son vivant et un indispensable encadrement temporel de la possibilité d'y recourir. Cela supposerait cependant des aménagements importants du droit de la filiation et du droit des successions afin de permettre à l'enfant de bénéficier de l'ensemble des effets juridiques résultant de sa filiation avec le défunt.

N'oublions pas également le risque de dérives que l'on peut constater soit à l'étranger soit en France. Depuis longtemps, la problématique s'est concentrée sur le cas de la

paternité *post mortem* qui vise le cas douloureux de la femme endeuillée dont le mari ou compagnon est mort après avoir déposé son sperme au CECOS ou contribué à la création d'embryons *in vitro* et qui souhaite malgré tout donner naissance à un enfant. Or, comme nous l'avons précédemment souligné dans ce rapport de synthèse, cette vision est incomplète car la maternité *post mortem* peut aussi donner lieu aux mêmes difficultés. Les affaires qui illustrent ce fait sont certes peu nombreuses mais suffisamment médiatisées pour avoir attiré l'attention des juristes à travers le monde, et dernièrement en France où une femme a souhaité récupérer le sperme de son fils décédé aux fins d'inséminer une mère-porteuse en Israël⁴⁶⁴.

II. QUEL AVENIR POUR LA PROTECTION DES MAJEURS ? APPROCHES THÉORIQUES ET RÉALITÉS PRATIQUES

305. De janvier 2020 à la fin de l'année 2021, Dominique Fenouillet et Jean Garrigue dirigent une recherche, dans le cadre du laboratoire de sociologie juridique de l'Université Panthéon-Assas, sur le thème « Quel avenir pour la protection des majeurs ? De la protection pro intérêt à la protection versus volonté ? D'une protection étatique à une protection privée ? Approches théoriques et réalités pratiques ». L'objectif général de cette recherche est d'analyser le droit positif pour vérifier si les règles actuelles (principes directeurs, rôle du juge et des acteurs, pouvoirs des organes et incapacité éventuelle du majeur, contrôles et responsabilités) donnent satisfaction et, dans le cas contraire, de déterminer quelles directions nouvelles et quels instruments techniques particuliers il est possible de proposer. Elle comportera donc un volet bilan, suivi d'une analyse prospective.

306. La recherche sera donc conduite sous un angle théorique et pratique. Une analyse des textes et de la jurisprudence sera nécessaire, notamment en creusant la question de l'articulation entre droit commun et droits spéciaux et en portant sur le droit positif un double éclairage historique et comparatiste. Seront associés les principaux acteurs de la protection des majeurs : les personnes vulnérables elles-mêmes et leurs familles, les professionnels de la protection (juges, greffiers, médecins, avocats, notaires), et les professionnels tiers (banques, assurances, assistantes sociales, directions départementales de la cohésion sociale, etc.). Les méthodes de la sociologie juridique seront également mobilisées (analyses statistiques, enquêtes et sondages).

307. Cinq grands thèmes de recherche ont été dégagés : la volonté ; les mesures judiciaires (ce qui inclut l'habilitation familiale, judiciaire par sa source) ; le mandat de protection future ; le majeur protégé en relation ; le budget de la protection (et plus généralement les moyens de la protection).

Nathalie Peterka, professeur à l'Université Paris XII et en charge du groupe sur « les mesures judiciaires », m'a sollicitée pour intégrer l'équipe de recherche afin notamment d'identifier les questions à creuser sur le terrain du droit comparé mais aussi de la pratique notariale.

⁴⁶⁴ CEDH, 5 décembre 2019, *Petithory Lanzmann c. France*.

308. Les problématiques traitées par ce groupe sur les mesures judiciaires sont multiples. Les interrogations porteront sur **la finalité des mesures** : ces mesures sont-elles exclusivement destinées à pallier une volonté défaillante ou tendent-elles encore parfois à remédier à des difficultés sociales ? Si oui, pourquoi ? Il conviendra notamment de s'interroger sur le rôle effectif de l'accompagnement judiciaire et des mesures sociales qui précèdent cette protection civile. Par ailleurs, quelle doit être la mission confiée aux protecteurs ?

Le rôle du juge sera également analysé (ouverture, renouvellement, levée, désignation des organes, contrôle du fonctionnement, autorisations, etc.) : on se demandera en particulier si le juge a seulement vocation à déclencher la protection et à contrôler épisodiquement la mise en œuvre de celle-ci ou s'il doit être un véritable acteur tout au long de la mesure.

Seront aussi développés le déroulement de la procédure, le rôle des avocats, l'opportunité de la création d'un mandat d'observation, la rédaction et la motivation des décisions, les recours, les pouvoirs ; l'adaptation des règles procédurales aux moyens dont disposent les juges et les greffiers.

Une analyse approfondie **des différentes mesures** sera nécessaire : quelles sont celles actuellement utilisées ? Dans quels cas ? Faut-il préserver le pluralisme ou mettre en place une mesure unique ? Faut-il marginaliser les mesures dites substitutives ? Quel est le contentieux de l'incapacité et quelles sont les difficultés pratiques liées aux pouvoirs et responsabilités des organes ?

En ce qui concerne **les acteurs de la protection**, on se demandera notamment comment est opéré le choix entre famille et mandataire judiciaire à la protection des majeurs ; quelle est la compétence réelle des uns et des autres ; quelle est la formation dispensée et quelles sont ses limites ; quels sont les moyens affectés, les règles déontologiques applicables, les contrôles effectués, et quelle responsabilité ?

Il sera bien évidemment traité de **la place du majeur protégé** dans le dispositif actuel. La réalité pratique est-elle conforme au dispositif théorique ?

309. Pour répondre à ces nombreuses problématiques, le groupe de travail associera sous la forme d'une participation au groupe ou plus simplement d'audition, des civilistes, des processualistes, des juges du contentieux de la protection, des greffiers, des avocats, des médecins, des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, des représentants des personnes intéressées et des familles, etc.

Les conclusions du groupe seront livrées en septembre 2021. L'objectif est de publier un ouvrage collectif fin 2021, et d'organiser pour l'occasion un colloque.

BIBLIOGRAPHIE

I - TRAITÉS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

BINET J.-R.,

- *Droit de la bioéthique*, LGDJ-Lextenso, 1^{ère} éd., 2017.

CARBONNIER J.,

- *Introduction*, PUF, coll. Thémis, 27^{ème} éd., 2002.

- *Droit civil, Les personnes, Personnalité, incapacités, personnes morales*, t.1, PUF, coll. Thémis, 21^{ème} éd., 2000.

- *Droit civil, La famille, l'enfant, le couple*, t.2, PUF, Coll. Thémis, 21^{ème} éd., 2002.

- *Les notions à contenu variable en droit*, Etudes publiées par Ch. Perelman et R. Vander Elst, Bruxelles, 1984.

- *Essais sur les lois*, LGDJ-Lextenso, coll. « Anthologie du droit », 2014.

- *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, coll. Forum, 1996.

- *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001.

CORNU G.,

- *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Domat, Droit privé, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2003.

- *Droit civil, La famille*, Domat, Droit privé, Montchrestien, 8^{ème} éd., 2003.

- *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, Coll. Quadriga, 3^{ème} éd., 2002.

GRIMALDI M.,

- *Droit des successions*, Litec, 7^{ème} éd., 2017.

HAUSER J. et HUET-WEILLER D.,

- *La famille, Dissolution de la famille*, in *Traité de droit civil*, GHESTIN J. (ss. la dir.), LGDJ, 1991.

JOSSERAND L.,

- *Cours de droit civil positif français*, t.I., Librairie du Recueil Sirey, 3^{ème} éd., 1938.

LABRUSSE-RIOU C.,

- *Droit de la famille, 1. Les personnes*, Masson, coll. Droit - Sciences économiques, Paris, 1984.

LEFEBVRE-TEILLARD A.,

- *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996.

MALAUURIE Ph et BRENNER C.,

- *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ Lextenso, coll. Droit civil, 8^{ème} éd., 2018.

MALAUURIE Ph. et FULCHIRON H.,

- *Droit de la famille*, LGDJ Lextenso, coll. Droit civil, 6^{ème} éd., 2018.

MASSIP J.,

- *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009.

MAZEAUD H., L., et J., CHABAS F.,

- *Leçons de droit civil*, t.I., 3^{ème} vol., *La famille*, 7^{ème} éd., par L. LEVENEUR, Montchrestien, 1995.

PERES C. et VERNIERES Ch.,

- *Droit des successions*, PUF, 2018.

STAUDINGER/BIENWALD.,

- *BGB §§ 1896-1921, Rechtliche Betreuung und Pflegschaft*, Sellier/de Gruyter Verlag, 2017.

TERRE F., GOLDIE-GENICON Ch. et FENOUILLET D.,

- *Droit civil, La famille*, 9^{ème} éd., Dalloz, 2018.

TERRE F., LEQUETTE Y., et GAUDEMET S.,

- *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2013.

TEYSSIE B.,

- *Droit des personnes*, LexisNexis, 21^{ème} éd., 2019.

ZENATI-CASTAING F., et REVET T.,

- *Manuel de droit des personnes*, PUF, coll. Droit fondamental, 2006.

II - OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, OUVRAGES COLLECTIFS, RAPPORTS

A. OUVRAGES SPÉCIAUX

AGACINSKI S.,

- *Corps en miettes*, éd. Flammarion, 2009.

- *L'homme désincarné. Du corps charnel au corps fabriqué*, Tracts, Gallimard, 2019.

BAUDOUIN J.-L., et LABRUSSE-RIOU C.,

- *Produire l'homme : de quel droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, PUF, coll. Les voies du droit, 1987.

BORILLO D.,

- *La famille par contrat*, PUF, Génération libre, 2018.

CATALA P.,

- *Famille et patrimoine*, PUF, coll. Doctrine juridique, Paris, 2000.

COOPER D.,

La mort de la famille, Ed du Seuil, Paris, 1972.

COULMONT B.,

- *Changer de prénom. De l'identité à l'authenticité*, PUL, 2016.

DABIN J.,

- *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952.

DE SINGLY F.,

- *Sociologie de la famille contemporaine*, 3^{ème} éd., Armand Colin, 2007.

DUPONT S.,

- *La famille aujourd'hui, entre tradition et modernité*, Ed. Sciences humaines, 2017.

ELIAS N.,

- *La société des individus*, Fayard, 1^{ère} éd., 1987.

FABRE-MAGNAN M.,

- *La gestation pour autrui, Fictions et réalité*, Fayard, 2013.

- *L'institution de la liberté*, PUF, 2018.

- GOTMAN A.,
- *L'héritage*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2006.
- HERITIER F.,
- *Masculin/Féminin. La pensée de la différence*, Ed. O. Jacob, 1996.
- JOSSERAND L.,
- *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1939.
- LEGENDRE P.,
- *L'ineestimable objet de la transmission. Etude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, 1985.
- MEULDERS-KLEIN M.-T.,
- *La personne, La famille et le droit, 1968-1998, Trois décennies de mutations en Occident*, préf. G. CORNU, Bruylant-LGDJ, 1999.
- POUSSON J. ET A.,
- *L'affection et le droit*, Préf. F. RIGAUD, éd. du CNRS, Paris, 1990.
- ROUSSEL L.,
- *La famille incertaine*, Ed. Odile Jacob, Paris, 1989.
- SULLEROT E.,
- *La crise de la famille*, Fayard, coll. Pluriel, Paris, 2000.
- SUPIOT A.,
- *La solidarité. Enquête sur un principe juridique*, éd. O. Jacob, 2015.
- THERY I.,
- *Le démariage*, Ed. O. Jacob, 1989.
- *Recomposer une famille, des rôles et des sentiments*, Textuel, 1995.
- WARLET F.-J.,
- *La capacité protégée. Analyse de la loi du 17 mars 2013*, Kluwer, Waterloo, 2014.

B. THÈSES

- BEAUBRUN M.,
- *L'ordre public successoral*, thèse Paris II, 1979.
- BEIGNIER B.,
- *L'honneur et le droit*, préf. J. FOYER, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 234, Paris, 1995.
- CARBONNIER J.,
- *Le régime matrimonial, Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, th. Bordeaux, 1932.
- DESCHAMPS V.,
- *Le fondement de la filiation. De la biologie à l'engendrement, étude sur la cohérence du Titre VII du livre premier du Code civil*, LGDJ, coll. Thèses Bibliothèque de droit privé, 2019.
- GATTI L.,
- *La contractualisation, mode nouveau de protection de la personne*, Presses universitaires juridiques Université de Poitiers, LGDJ, 2016.

GUTMANN D.,

- *Le sentiment d'identité, Etude de droit des personnes et de la famille*, préf. TERRE F., LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 327, Paris, 2000.

HAMADI H.,

- *Recherches sur l'ordre public familial*, Toulon, 2009.

KONDYLI I.,

- *La protection de la famille par la réserve héréditaire en droit français et grec comparé*, préf. de CATALA P., t. 275, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1997.

MAISONNASSE F.,

- *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, préf. MURAT P., LGDJ, Biblio. de droit social, T.67, 2016.

MILLARD E.,

- *Famille et droit public, Recherches sur la construction d'un objet juridique*, préf. MAZERES J.-A. et avant-propos de COHENDET M.-A., LGDJ, Bibl. dr. public, t.182, Paris, 1995.

C. OUVRAGES COLLECTIFS

- 95^{ème} Congrès des notaires de France, *Demain la famille*, Marseille, 9-12 mai 1999.
- 100^{ème} Congrès des notaires de France, *Code civil, les défis d'un nouveau siècle*, Paris, 16-19 mai 2004.
- 102^{ème} Congrès des notaires de France, *Les personnes vulnérables*, Strasbourg, 21-24 mai 2006.
- 106^{ème} Congrès des notaires de France, *Couples, patrimoine, Les défis de la vie à 2*, Bordeaux, 30 mai-2 juin 2010.
- 107^{ème} Congrès des notaires de France, *Le financement : les moyens de ses projets - la maîtrise des risques*, 5-8 juin 2011.
- 108^{ème} Congrès des notaires de France, *La transmission*, Montpellier, 23-26 septembre 2012.
- 113^{ème} Congrès des notaires de France, *#Familles #Solidarités #Numérique, Le notaire au cœur des mutations de la société*, Lille, 17-20 septembre 2017.

ALLAND D. et RIALS S.,

- *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/ Lamy-PUF, 2003.

ATTIAS-DONFUT C., LAPIERRE N., et SEGALIN M.,

- *Le nouvel esprit de famille*, Ed. O. Jacob, Paris, 2002.

BEVIERE-BOYER B., DIBIE D., et MARAIS A.,

- *La procréation pour tous ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015.

BOSKOVIC O.,

- *La déjudiciarisation*, Ed. Mare et Martin, 2012.

BRUNETTI-PONS CI.,

- *La notion juridique de couple*, Economica, coll. Etudes juridiques, n°4, 1998.
- *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Ed. Mare et Martin, 2014.
- *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le Monde*, Ed. Lexis Nexis, 2018.
- *Quel statut juridique pour l'enfant ? Assistance médicale à la procréation, gestation pour le compte d'autrui*, Ed. Mare et Martin, 2019.

CADIET L.,

- *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004.

CARBONNIER J., CATALA P., de SAINT-AFFRIQUE J. et MORIN G.,

- *Des libéralités. Une offre de loi*, Defrénois, 2003.

- CATALA P.,
- *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001.
- CHASSAGNARD-PINET S. et HIEZ D.,
- *Approche critique de la contractualisation*, t. 16, coll. « Droit et société. Recherches et travaux », Paris, LGDJ, 2007.
- CORNU G.,
- *Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994.
- DABIN J.,
- *Mélanges Jean Dabin*, Sirey, 1963.
- DAVID G., HENRION R., JOUANNET P., BERGOIGNAN-ESPER C.,
- *La gestation pour autrui*, Académie de médecine, Lavoisier, 2011, p. 105.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ F. et CHOAIN Ch.,
- *Les enjeux de la transmission entre générations, Du don pesant au dû vindicatif*, LERADP, Presses universitaires du Septentrion, 2005.
- DIONISI-PEYRUSSE A. et MAUGER-VIELPEAU L.,
- *Les fondements de la filiation*, Institut Universitaire Varenne, Coll. Colloques et Essais, 2017.
- FENOUILLET D. et DE VAREILLES-SOMMIERES P.,
- *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001.
- FEUILLET-LIGER B. et AOUIJ-MRAD A.,
- *Corps de la femme et biomédecine. Approche internationale*, (sous la dir. de), Collection Droit, bioéthique et société, éd. Bruylant, 2013.
- FULCHIRON H. et SOSSON J.,
- *Parenté, filiation, origine : le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruylant, 2013.
- GOBERT M.,
- *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004.
- HAUSER J.,
- *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Dalloz, Lexis Nexis, 2012.
- LEFEUVRE K. et MOISDON-CHATAIGNIER S.,
- *Protéger les majeurs vulnérables : quelle place pour les familles ?*, Hygée Editions, 2015.
- LEROYER A.-M.,
- *Droit des successions*, Dalloz, coll. Cours, 2009.
- MONEGER F.,
- *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, Société de législation comparée, (sous la dir. de), 2011.
- MOREL B. et SBAIHI M.,
- *Supprimer la réserve héréditaire. Pour la liberté, le mérite et la philanthropie*, Rapport Génération Libre, mars 2019.
- MOSTOWIK P.,
- *Fundamental legal problems of surrogate motherhood, vol. I*, Global perspective, IWS, Varsovie, 2019.
- NORMAND J.,
- *Justices et droits fondamentaux, Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003.
- PERES C.,
- *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, Ed. Defrénois, coll. Expertise notariale, 2017.

PERES C. et POTENTIER Ph.,

- *Rapport sur la réserve héréditaire*, remis à la ministre de la Justice le 13 décembre 2019.

RAOUL-CORMEIL G. et CARON-DEGLISE A.,

- *La vie privée du majeur protégé*, *Journée en hommage au juge Thierry Verheyde*, Ed. Mare et Martin, 2019.

SEVE R. et FENOUILLET D.,

- *La famille en mutation*, Arch. phil. droit, t. 57, Dalloz, 2014.

TERRE F.,

- *L'avenir du droit*, *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, éd. du Jurisclasseur, 1999.

THERY I. et LEROYER A.-M.,

- *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Ed. Odile Jacob, 2014.

D. RAPPORTS ET AVIS

1. Rapports officiels

AGENCE DE BIOMEDECINE,

- *Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique*, 2014.

- *Rapport médical et scientifique de l'assistance médicale à la procréation et de la génétique humaines en France*, 2017.

- *Rapport sur l'application de la loi de bioéthique*, janvier 2018.

ASSEMBLEE NATIONALE,

- *Rapport d'information déposé par la mission d'information sur la révision de la loi relative à la bioéthique*, n°1572, t. I, janvier 2019.

CARON-DEGLISE A.,

- *Rapport de mission interministérielle, L'évolution de la protection juridique des personnes, Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, septembre 2018.

CONSEIL D'ETAT,

- *La révision des lois de bioéthique*, La documentation française, 2009.

- *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, juillet 2018, Bibliothèque des rapports publics, la Documentation française.

COUR DES COMPTES,

- *La protection juridique des majeurs, une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante*, septembre 2016.

DEFENSEUR DES DROITS,

- *Protection juridique des majeurs vulnérables*, septembre 2016.

GUINCHARD S.,

- *Rapport de la commission de répartition du contentieux, L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La Documentation française, Paris, 2008.

INSPECTION GENERALE DES FINANCES,

- *Le rôle économique des fondations*, rapport n°2017-M-008, avril 2018.

SENAT,

- *Rapport n°409, DETRAIGNE Y. et TASCA C., « Défendre les principes, veiller à l'intérêt de l'enfant. Quelles réponses apporter au contournement du droit français par le recours à l'AMP et à la GPA à l'étranger ? »*, 17 février 2016.

2. Avis

COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE,

- Avis n° 40 du 17 décembre 1993 sur le transfert d'embryons après décès du conjoint (ou du concubin).
- Avis n° 60 du 25 juin 1998, Réexamen des lois de bioéthique.
- Avis n° 67 du 18 janvier 2001 sur l'avant-projet de révision des lois de Bioéthique.
- Avis n° 113 du 10 février 2011, La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple.
- Avis n°126 du 15 juin 2017 portant sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation.
- Avis n°129 du 25 septembre 2018, « Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi bioéthique 2018-2019.

CONSEIL SUPERIEUR DU NOTARIAT,

- *Livre blanc des simplifications du droit*, 2014.

III - ARTICLES DE DOCTRINE

AMRANI MEKKI S.,

- « Déjudiciarisation et évolution des professions juridiques », in *La déjudiciarisation*, BOSKOVIC O., (ss. la dir.), Ed. Mare et Martin, 2012, p.183.

ANCEL B.,

- « L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de P. Courbe*, Dalloz, 2012, p.1.

BADINTER R.,

- « Les droits de l'homme face au progrès de la médecine, de la biologie et de la biochimie », *Le Débat*, septembre 1985, n°36, p.4.

BATTEUR A.,

- « La famille, alliée ou ennemie du majeur protégé ? », in *La famille en mutation*, Arch. phil. droit, t. 57, Dalloz, 2014, p. 199.

BAUDEL M.,

- « Repenser la protection des majeurs protégés au regard de la Convention relative aux droits des personnes handicapées », *Dr. fam.* 2018, Etude 8.

BEAUBRUN M.,

- « Fondements du droit de l'héritage et recomposition de l'ordre successif par la loi du 3 décembre 2001 », in *Justice et droits fondamentaux, Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p.17.
- « Le nouvel ordre public successoral. Réflexions autour des réformes de 2001 et de 2006 », in *Mélanges en l'honneur du Professeur G. Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, 2009, p.1.
- « Vers une déstabilisation de la fonction notariale ? », *Defrénois* 2010, n° 10, p.1128.

BEIGNIER B.,

- « Le droit des successions, entre droits de l'homme et droit civil », *Dr. fam.* 2002, chron. n°3.
- « La loi du 3 décembre 2001 : achèvement du statut du logement familial », *Dr. fam.* 2002, chron. n°5.
- « Le conjoint héritier », *Dr. fam.* 2002, chron. n°8.
- « Succession : une révolution ? non, une réforme », *RLDC* déc. 2006, p.5.

BINET J.-R.,

- « Circulaire Taubira. Ne pas se plaindre des conséquences dont on hérite les causes », *JCP G.* 2013, p.161.

- « Insémination avec tiers donneur et droit à la connaissance des origines : l'enfant impensé du droit de la bioéthique », *Dr. fam.* 2016, étude 1.

BLANC N.,

- « La procréation *post mortem* ouverte aux veuves ? », in *La procréation pour tous*, ss. la dir. de MARAIS A., Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p.43.

BRENNER C.,

- « La succession », in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p.427.
- J.-Cl. Code civil, art. 912 à 930-5, fasc. n°50.

BRUNET L.,

- « La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui : les excès du droit », in *La gestation pour autrui*, DAVID G., HENRION R., JOUANNET P. et BERGOIGNAN-ESPER C., Académie nationale de médecine, Lavoisier, 2011, p. 105.

CADIET L.,

- « La déjudiciarisation, Rapport introductif », in *La déjudiciarisation*, BOSKOVIC O. (ss. la dir.), Ed. Mare et Martin, 2012, p.9.

CARBONNIER J.,

- « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984, p.99.
- « Préface », in *Réformes du droit de la famille*, Archives de philosophie du droit, t. 20, Sirey, 1975, p.1.

CATALA P.,

- « L'évolution du droit de la famille, Rapport de synthèse », in *Aspects récents du droit de la famille*, Association H. Capitant, Economica, 1988, p.1.
- « Le patrimoine successoral », in *Famille et patrimoine*, PUF, coll. Doctrine juridique, 2000, p.141.
- « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. fam.* 2006, étude 43.
- « Prospective et perspectives en droit successoral », *JCP N* 2007, n°1206.

CHAIGNEAU A.,

- « Pour un droit du lien : le débat sur la gestation pour autrui comme catalyseur d'un droit de la filiation renouvelé », *RTD. civ.* 2016, p. 263.

CHENEDE F.,

- « Et demain, la gestation pour autrui ? », *Dr. fam.* 2013, p.27.
- « Protection et autonomie des personnes vulnérables entre droit des incapacités et droits de l'incapable », in *Les solidarités entre générations*, FULCHIRON H. (ss. la dir.), Bruylant, 2013, p.993.

COMBRET J. et GAUDEMET S.,

- « La pratique des renoncements anticipés », in *Renoncements et successions : quelles pratiques ?*, PERES C. (ss. la dir.), Ed. Defrénois, coll. Expertise notariale, 2017.

DABIN J.,

- « Le problème de la personnalité morale de la famille », *Bull. de la classe des lettres et des sc. morales et politiques de l'Académie royale de Belgique*, vol.35, 1949, p.329.

DECHAUX J.-H.,

- « Dynamique de la famille : entre individualisme et appartenance », in *La nouvelle société française. Trente années de mutations*, ss. la dir. de GALLAND O. et LEMEL Y., éd. A. Colin, 1998, p.60.
- « Réalités et limites de l'entraide familiale », in *Repenser la solidarité*, PAUGAM S. (ss. la dir.), PUF, coll. Quadrige, 2011, p.205.
- « Les défis des nouvelles techniques de reproduction : comment la parenté entre en politique », in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, FEUILLET-LIGER B. et CRESPO-BRAUNER M.-C. (ss. la dir.), éd. Bruylant, 2014, p. 313.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F.,

- « La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation », in *Approche critique de la contractualisation*, CHASSAGNARD-PINET S. et HIEZ D. (ss. la dir.), t. 16, coll. « Droit et société. Recherches et travaux », Paris, LGDJ, 2007, p.167.

DELAISI DE PARSEVAL G.,

- « To FIV or not to FIV » : les enjeux psychiques de l'AMP, in *La maîtrise de la vie, Les procréations assistées interrogent l'éthique et le droit*, ss. la dir. de KHAÏAT L. et MARCHAL C., Erès, Toulouse, 2012, p.49.

DENEUVILLE C. et GODECHOT-PATRIS S.,

- « Le choix d'une loi étrangère ignorant la réserve héréditaire », JCP N 2018, 1239.

DEPADT-SEBAG V.,

- « La procréation *post mortem* », D. 2011, 2213.

DE SAINT-PERN L.,

- « Le droit anglais », in *La famille en mutation*, Arch. phil. droit, t. 57, Dalloz, 2014, p.413.

DIJON X.,

- « Chronique d'une avalanche annoncée : les présupposés philosophiques de la gestation pour autrui », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, SCHAMPS G. et SOSSON J. (ss. la dir.) Bruylant, 2013, p. 61.

- « La filiation, de l'institution à la disposition », in *Instituer la filiation, Être fils ou fille aujourd'hui*, ARENES J. (ss. la dir.), Les Editions du Cerf, 2018, p.41.

DOUCHY-OUDOT M.,

- « Les étapes juridiques de la déconstruction familiale », in *La réforme du mariage, Perspectives en matière familiale*, DMN, 2013, p.11.

EVERAERT-DUMONT D.,

- « La contractualisation des prestations sociales : un nouveau rapport personne – famille – collectivité ? », in *Mélanges en l'honneur de F. Dekeuwer-Défossez, Liber amicorum*, Montchrestien, 2013, p.89

FENOUILLET D.,

- « Le mandat de protection future ou la double illusion », *Defrénois* 2009, art. 38882.

- « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté, Adoption, procréation et parenté à l'épreuve de la toute-puissance du sujet », in *La famille en mutation*, Arch. phil. droit, t. 57, Dalloz, 2014, p.37.

- « L'assistance médicale à la procréation. Propos introductifs », in *La famille en mutation*, Arch. phil. droit, t. 57, Dalloz, 2014, p. 277.

FERRE-ANDRE S.,

- « Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 (analyse raisonnée de quelques difficultés) », *Defrénois* 2002, art. 37572, p.863.

FINE A.,

- « Avoir deux pères ou deux mères : révolution ou révélation du sens de la filiation ? », in *Mariage de même sexe et filiation*, THERY I., (ss. la dir.), EHESS, coll. « Cas de figure », 2013, p. 118.

FLOUR Y.,

- « Remarques sur la généralisation de la réduction en valeur », *Dr. fam.* 2019, dossier 21.

FOSSIER T.,

- « Projet de réforme des incapacités. Un objectif à ne pas oublier : protéger sans jamais diminuer », *Defrénois* 15 janvier 2005, n°1, p.3.

FOYER J.,

- « Du nom patronymique au nom de famille. Progrès ou régression », in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à André Decocq*, Litec, 2004, p.241.

FULCHIRON H.,

- « GPA : une nouvelle lecture *a minima* des arrêts *Labassée* et *Menesson* », *Dr. fam.* 2016, étude 9.

FULCHIRON H. et BIDAUD-GARON C.,

- « Dans les limbes du droit. À propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse », D. 2013, 2349.
- « Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts *Labassée*, *Menesson* et *Campanelli-Paradiso* de la Cour EDH », Rev. crit. DIP 2015, p.1.

FURKEL F.,

- « Le corps féminin et la biomédecine en Allemagne, un vent d'espoir pour la femme malgré quelques signes d'instrumentalisation », in *Corps de la femme et biomédecine*, FEUILLET-LIGER B. et AOUIJ-MRAD A. (ss. la dir.), Bruylant, Droit bioéthique et société, 2013, p.7.

GALLUS N.,

- « La protection des majeurs vulnérables et le respect de la vie privée en droit belge », in *La vie privée de la personne protégée, In memoriam Thierry Verheyde*, RAOUL-CORMEIL G. et CARON-DEGLISE A. (ss. la dir.), Ed. Mare et Martin, 2019, p.107.

GAUDEMET S.,

- « Solidarités familiales et transmission successorale », Dr. fam. 2016, étude n°16.

GOBERT M.,

- « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution) », RTD. civ. 1992, p. 489.

GRIMALDI M.,

- « Succession et contrat », in *La contractualisation de la famille*, FENOUILLET D. et DE VAREILLES-SOMMIERES P., Economica, 2001, p.197.

HAMELIN J.-F.,

- « Les renonciations successorales et la théorie générale de l'acte juridique », in *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, PERES C. (ss. la dir.), Defrénois, 2017, p.269.

HAUSER J.,

- « Des incapables aux personnes vulnérables », Dr. fam. mai 2007, étude 14.
- « La famille et l'incapable majeur », AJ. fam. 2007, p.198.
- « Rapport de synthèse », in *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, FULCHIRON H. (ss. la dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p.251.
- « La gestation pour autrui : aspects juridiques et éthiques », in *La liberté de la personne sur son corps*, MUZNY P. (ss. la dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, p.85.
- « L'adoption est-elle devenue le *factotum* de la filiation ? », JCP G. 2012, doct. 1429.
- « Diversité et actualité des aliments en droit moderne », in *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de J. Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p.621.
- « Libres propos », in *La famille en mutation*, Arch. phil. droit, t. 57, Dalloz, 2014, p. 373.
- « Synthèse intermédiaire, Identité-Identités », in *Qui suis-je ? Dis-moi qui tu es. L'identification des différents aspects juridiques de l'identité*, MUTELET V. et VASSEUR-LAMBRY F. (ss. la dir.), Artois Presses université, 2015, p.157.

JEAMMAUD A.,

- « Judiciarisation/Déjudiciarisation », in *Dictionnaire de la justice*, CADIET L., (ss. la dir.), PUF, 2004.

LECUYER H.,

- « Rapport de synthèse », in *Lien familial, lien obligationnel, lien social, Livre I*, PUTMAN E., AGRESTI J.-Ph. et SIFFREIN-BLANC C. (ss. la dir.), coll. Inter-normes, PUAM, 2013, p.225.
- « Pour la juridiction gracieuse », Defrénois 1^{er} mars 2018, n° 132z3, p.1.

LEFEBVRE-TEILLARD A.,

- « Famille », in *Dictionnaire de la culture juridique*, ss. la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, Quadrige/ Lamy-PUF, 2003.

LE GUIDEC R.,

- « La donation-partage transgénérationnelle : pour une nouvelle solidarité familiale », RLDC, nov. 2006, n°32, étude 2279.
- « Regards sur les fonctions économiques de la famille », in *Mélanges J. Hauser*, Dalloz, 2012, p.299.
- « La donation-partage élargie et transgénérationnelle », JCP N 2016, 1194.

LEMOULAND J.-J.,

- « L'obligation alimentaire : mythe ou réalité ? », in *La famille en mutation*, Arch. phil. droit, t. 57, Dalloz, 2014, p.159.

LEROYER A.-M.,

- « L'état civil au prisme du genre : un révélateur des discriminations », in *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, BOLLEE S. et PATAUT E. (ss. la dir.), IRJS Editions, t. 72, 2016, p.129.

LETELLIER H.,

- « La fiducie, outil de protection des majeurs vulnérables », Dr. et pat. mars 2012, p.52.

LEVENEUR L.,

- « Rapport de synthèse », in *Les enjeux de la transmission entre générations, Du don pesant au dû vindicatif*, DEKEUWER-DEFOSSEZ F. et CHOAIN Ch. (ss. la dir.), LERADP, Presses universitaires du Septentrion, 2005.

LIBCHABER R.,

- « Où va le droit ? - Là où la société le conduira... », JCP G, 2018, doct. 813.

LINDON R.,

- « La famille « accordéon » », JCP. 1963, I., 1965.

MALAUURIE Ph.,

- « La réforme des successions et des libéralités », Defrénois 2006, p.1719.

MARAIS A.,

- « La procréation *post mortem* », Revue de droit sanitaire et social, 2018, n°3, p.498.

MARIA I.,

- « L'aspect subversif des droits de l'homme en cause dans le domaine de la protection juridique », Dr. fam. 2016, comm. 248.

MARTEL D.,

- « Le droit successoral, miroir des mutations familiales ? Du « devoir être » de la famille aux « façons d'être » des familles », in *Le droit patrimonial, Miroir des mutations familiales*, PUTMAN E., AGRESTI J.-Ph. et SIFFREIN-BLANC C. (ss. la dir.), PUAM, coll. Inter-normes, 2012, p.83.

MATTEI J.-F.,

- « De la gestation pour autrui », in *Mélanges en l'honneur de G. Mémenteau, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, LEH Edition, 2016, p. 271.

MEHL D. et GROSS M.,

- « Infertilité : double don de gamètes ou don d'embryon ? », Dialogue, 2018/4, n°222, Ed. Erès, p.93.

MILLARD E.,

- « Débats autour de la personnalisation juridique », in *Les implicites de la politique familiale, Approches historiques, juridiques et politiques*, CHAUVIERE M., SASSIER M., BOUQUET B., ALLARD R. et RIBES B. (ss. la dir.), Dunod, Paris, 2000, p.11.
- « Brèves remarques théoriques sur le statut des solidarités familiales en droit français », in *Les solidarités familiales en questions, Entraide et transmission*, DEBORDEAUX D. et STROBEL P. (ss. la dir.), LGDJ, Série sociologie, 2002, p.215.

MIRKOVIC A.,

- « Le désir d'enfant contrarié par la mort masculine ; la procréation *post mortem* en question », RLDC 2010, 76.

MONTOURCY V.,

- « Le regard critique de l'avocat », AJ Fam. 2015, p.605.

MORACCHINI-ZEIDENBERG S.,

- « La contractualisation du droit de la famille », RTD. civ. 2016, p.773.

MORIN P.,

« L'interdiction opportune de l'implantation *post mortem* d'embryon », Defrénois 2004, 355.

MURAT P.,

- « Décès périnatal et individualisation de l'être humain », RDSS 1995, p.451.

- « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Dalloz, Lexis Nexis, 2012, p.405.

- « Enjeu de structures sociales ou logique de droits fondamentaux », in *La famille en mutation*, Arch. phil. droit, t. 57, Dalloz, 2014, p.285.

NEIRINCK C.,

- « Le couple et la contractualisation de la rupture », RRJ Droit prospectif 2009-1, p.107.

NICOD M.,

- « Le réveil des libéralités substitutives : les libéralités graduelles et résiduelles », Dr. fam. 2006, 45.

NOGUERO D.,

- « Pour la protection à la française des majeurs protégés malgré la Convention des Nations-Unies relative aux droits des personnes handicapées », RDSS 2016-5, p.964.

NORMAND J.,

- « Droit judiciaire de la famille et contrat », in *La contractualisation de la famille*, FENOUILLET D. et DE VAREILLES-SOMMIERES P., Economica, 2001.

PATARIN J.,

- « Les groupements sans personnalité juridique en droit civil français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, Les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit français, Journées italiennes, Trieste, 5-7 juin 1969*, t. XXI, Dalloz, 1974, p.36.

PECQUEUR E., CARON-DEGLISE A. et VERHEYDE Th.,

- « Capacité juridique et protection juridique à la lumière de la Convention des Nations-Unies relative aux droits des personnes handicapées. La loi n°2007-308 du 5 mars 2007 est-elle compatible avec l'article 12 de cette Convention ? », D. 2016, chron. p.958.

PERES C.,

- « L'article 6-1 du code civil : heurs et malheurs du titre préliminaire », D. 2013, p.1370.

- « Les successions à l'heure des nouvelles mutations de la famille », in *La famille en mutation*, Arch. phil. droit, t. 57, Dalloz, 2014, p.173 ;

- « Lien biologique et filiation : quel avenir ? », D. 2019, p.1184.

PETERKA N.,

- « La famille dans la réforme de la protection juridique des majeurs », JCP G 2010, étude n°33.

- « Clarifications et reculs du droit des personnes et de la famille », JCP G 2015, act. 243.

- « Déjudiciarisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs », JCP G 2015, 1160.

PICARD J.,

- « A l'est du nouveau... Die Betreuung. Protection des incapables majeurs. Incidences notariales », JCP N 1994, I., p.77.

POTENTIER Ph.,

- « Forces et faiblesses du mandat de protection future », in *Famille et Patrimoine*, Lamy Axe Droit, 2010, p.133.

RAOUL-CORMEIL G.,

- « L'exclusion de la famille dans la protection d'une personne majeure », LPA 2010, n°49, p.6.
- « Le sort des embryons *in vitro, post mortem patris* », JCP. G. 2011, 608.
- « L'habilitation familiale : une tutelle adoucie, en la forme et au fond », D. 2015, p.2335.

RAYNAUD P.,

- « La renonciation à un droit, sa nature et son domaine en droit civil », RTD. civ. 1936, p.763.

REBOURG M. et LE BORGNE-UGUEN F.,

- « Les régulations de l'entraide familiale par le droit de la protection juridique », CNAF, Informations sociales, 2015/2, n°188, p.100.

RENCHON J.-L.,

- « Le nouveau régime de protection judiciaire des incapables majeurs : présentation générale », Rev. tr. dr. fam., 2014, p.241.

RIEG A.,

- « L'« assistance » à des personnes handicapées : le modèle allemand », in *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller*, PUS/LGDJ, 1994, p.379.

SAVATIER R.,

- « Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit », D. 1939, chron., p.49.

SUPIOT A.,

- « La contractualisation de la société », Courrier de l'environnement de l'INRA, n°43, mai 2001, p.51.

THERY I.,

- « La transformation des années soixante/soixante-dix, in *Les implicites de la politique familiale*, Dunod, 2000, p.195.
- « Transformations de la famille et « solidarités familiales », in *Repenser la solidarité*, PAUGAM S. (ss. la dir.), PUF, coll. Quadrige, 2011, p.147.

VERHEYDE Th.,

- « La nouvelle loi allemande en matière de tutelle des majeurs : un modèle pour une éventuelle réforme du droit français ? », JCP N 1993, I., p.396.
- « Réforme du droit de la famille : L'habilitation familiale », AJ. Fam. 2015, p.603.

TABLE DES MATIÈRES

(Les numéros renvoient aux pages)

Principales abréviations.....	3
Sommaire.....	6
Remerciements.....	8
Préambule.....	9
INTRODUCTION.....	11
Tableau récapitulatif des publications retenues pour la construction des axes de recherche...	22

PREMIÈRE PARTIE LA FAMILLE EN CONSTRUCTION : PROCRÉATION, FILIATION ET PARENTÉ

Titre I. La procréation et le « droit à l'enfant ».....	28
Chapitre I. L'ouverture des conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation.....	31
Section I. Un accès élargi aux couples de femmes et aux femmes non mariées.....	33
I. Le coût social de l'AMP.....	34
II. Le don de gamètes.....	36
III. Le droit d'accès aux origines.....	37
Section II. La procréation posthume.....	40
Chapitre II. Le recours à la gestation pour le compte d'autrui.....	43
Titre II. La filiation et la parenté : vers une reconstruction des règles.....	48
Chapitre I. La filiation de l'enfant à l'épreuve de la gestation pour le compte d'autrui.....	49
Section I. La réception en France de la filiation créée à l'étranger.....	51
Section II. Une réception incohérente et limitée.....	54
Chapitre II. Vers une nouvelle filiation ?.....	57
Section I. L'adaptation du droit de la filiation ?.....	58
I. L'adaptation des règles de la filiation biologique.....	58
II. L'adaptation des règles de la filiation adoptive.....	61
Section II. La reconnaissance juridique d'une parenté volontaire.....	64

DEUXIÈME PARTIE
LA FAMILLE EN MUTATION :
ENTRE CONSENSUALISME ET INDIVIDUALISME

Titre I. La contractualisation et la déjudiciarisation du droit de la famille.....	70
Chapitre I. La contractualisation des rapports personnels et familiaux.....	71
Section I. Le contrat, outil de protection.....	72
Section II. Le contrat, outil de transmission.....	76
Chapitre II. Les enjeux et incidences d'une déjudiciarisation accrue.....	82
Section I. La déjudiciarisation du droit des personnes vulnérables.....	83
I. La déjudiciarisation du droit de l'administration légale.....	83
II. La déjudiciarisation du droit des majeurs protégés.....	85
Section II. La déjudiciarisation du droit du divorce.....	87
I. Le divorce « sans juge ».....	88
II. Le rôle renforcé des auxiliaires de justice : l'intervention du notaire.....	89
Titre II. L'influence de l'individualisme : d'un statut assigné à un statut choisi.....	92
Chapitre I. La construction de l'identité personnelle.....	93
Section I. Une souplesse à la création de l'état.....	94
Section II. Une souplesse lors du changement de l'état.....	96
Chapitre II. Le droit à l'autonomie de la personne protégée.....	100

TROISIÈME PARTIE
LES FONCTIONS DE LA FAMILLE :
LA PERMANENCE DES SOLIDARITÉS FAMILIALES

Titre I. La famille à l'épreuve de la vulnérabilité et de la dépendance.....	113
Chapitre I. Un cercle familial élargi.....	114
Chapitre II. Une responsabilisation accrue de la famille.....	117

Titre II. Les enjeux de la transmission : l'horizon intergénérationnel.....	121
Chapitre I. La transmission successorale au cœur de la famille.....	123
Chapitre II. Les stratégies patrimoniales au service de la solidarité familiale.....	129
CONCLUSION GÉNÉRALE ET PERSPECTIVES DE RECHERCHE.....	134
Bibliographie.....	142
Table des matières.....	155