

## *Le contraste entre la filiation et ses fondements*

Cassandra SPERDUTO\*

**Sommaire:** 1. Prémisse 2. La filiation face à une pluralité de fondements 2.1. La difficulté des filiations transfrontalières 2.2. La filiation en droit français 3. La filiation face aux diverses évolutions 3.1. La filiation face aux changements sociétaux 3.2. La filiation face aux progrès scientifiques

### 1. Prémisse

La notion de filiation constitue une notion stable, sa définition est cohérente, claire et constante. Elle dispose d'une définition qui a perduré à travers le temps. En effet, sous l'antiquité, le Moyen-âge et aujourd'hui au XXI<sup>ème</sup> siècle, la signification de la filiation demeure inchangée. Selon les termes du Professeur Patrice Hilt, «La filiation est un lien de droit qui unit l'enfant à ses père et mère ou à l'un d'eux et qui, comme telle, repose sur un fondement juridique»<sup>1</sup>. Ce lien revêt une importance particulière en ce qu'il permet l'attribution de nombreux droits et devoirs tant à l'égard du parent que de l'enfant. Bien que diverses formes de filiation aient existé, la définition même de la filiation n'a pas changé. En effet, on retrouve les filiations dites légitimes, naturelles, adoptives, ou encore les filiations par assistance médicale à la procréation (AMP). Par opposition aux filiations qui laissent présumer un lien biologique, les filiations adoptives permettent à un enfant d'être rattaché juridiquement à une famille sans lien de sang et ce, par le biais d'une décision de justice.

Toutes ces filiations diffèrent l'une de l'autre quant aux modalités de leur établissement et de leur contestation, cependant le lien entre le parent et l'enfant demeure identique. Le droit français permet l'établissement non contentieux de la filiation par l'effet de la loi, par la reconnaissance ou encore par la possession d'état pour les procréations dites naturelles, et prévoit d'autres dispositions spécifiques qui concernent les procréations par assistance médicale à la procréation notamment lorsqu'en présence d'un don de gamète. Les différentes modalités édictées sont fortement influencées par les normes sociales ainsi que par les évolutions scientifiques. Quel que soit les modalités empruntées, l'aboutissement reste le même, c'est-à-dire un lien de filiation est légalement établi entre l'enfant et le parent, mais malgré la diversification des fondements de la filiation la caractérisation du parent s'avère parfois difficile (II). Par ailleurs, les évolutions sociétales et scientifiques sont venues accentuer ces difficultés (III).

### 2. La filiation face à une pluralité de fondements

Bien qu'en droit français l'établissement d'une filiation semble, de prime à bord, relativement simple (B), face à la globalisation et à l'accroissement des filiations transfrontalières des difficultés peuvent se présenter (A).

---

\* Doctorante, Université de Strasbourg. Cet article prend appui sur un projet de thèse en cours de rédaction intitulé *L'indispensable évolution du droit français en matière de gestation pour autrui*, URL: <https://www.theses.fr/s270596>.

<sup>1</sup> P. Hilt et F. Granet-Lambrechts, *Droit de la famille*. 6<sup>e</sup> éd., Presses universitaires de Grenoble, «Droit en +», 2018, p. 121.

### 2.1. La difficulté des filiations transfrontalières

Une grande difficulté émerge lorsque certains individus bravent l'interdit en droit interne pour réaliser leur rêve à l'étranger. En effet, les ressortissants d'États n'acceptant pas diverses pratiques médicales se livrent parfois au *forum shopping* et se dirigent vers des destinations plus permissives. Ce phénomène est plus spécifiquement connu sous l'appellation de «tourisme procréatif». Selon le Professeur Lemouland, cette pratique «couvre les situations dans lesquelles des ressortissants français se rendent à l'étranger dans l'unique but d'obtenir un enfant en ayant recours à des pratiques exclus ou, à tout le moins, strictement conditionnées par le droit français»<sup>2</sup>.

En effet, les situations comprenant un élément d'extranéité peuvent souvent conduire à des situations d'insécurité juridique. En matière de filiation et d'état civil, une pratique qui met en évidence ces difficultés est celle de la gestation pour autrui (GPA), puisque cette pratique ne fait pas l'unanimité. En effet, lorsqu'en présence d'une GPA jusqu'à cinq protagonistes peuvent revendiquer le statut de «parent»: la mère génétique qui fournit les gamètes, la mère gestatrice qui porte l'enfant, et la mère d'intention qui est à l'origine du projet parental, le père génétique qui fournit les gamètes, ainsi que le père d'intention qui est à l'origine du projet parental<sup>3</sup>.

Face à l'absence de consensus en la matière, chaque État adopte une position qui lui est propre. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a eu l'occasion de mettre cela en évidence à plusieurs reprises en statuant sur le sort d'enfants nés d'une gestation pour autrui, et ce notamment suite à une étude de droit comparé<sup>4</sup>. Le choix de l'attribution de la maternité et de la paternité dépend largement des coutumes et mœurs d'un territoire donné et diverge ainsi d'un État à un autre, créant des situations d'insécurité juridique et mettant en péril l'intérêt supérieur de l'enfant.

En guise d'exemple, l'état de la Californie qui détient l'un des régimes les plus libéraux en matière de gestation pour autrui, est l'une des destinations les plus prisées dans ce domaine car elle permet l'établissement de la filiation à l'égard des parents d'intention. Dans l'affaire *Johnson v. Calvert*<sup>5</sup>, la Cour suprême de Californie a dégagé le critère déterminant dans le cadre de l'établissement de la filiation d'un enfant né d'une gestation pour autrui. Les juges ont attribué une importance prépondérante à la volonté initiale et au projet parental, faisant ainsi de la mère d'intention la mère légale de l'enfant. Cette jurisprudence a été confirmée à plusieurs reprises et son applicabilité a été élargie<sup>6</sup>.

Cependant, les difficultés n'émergent qu'au retour des parents d'intention dans leur pays d'origine, en particulier lorsqu'ils demandent la reconnaissance des liens établis à l'étranger. Le résultat diffère d'un État à un autre, selon les fondements nationaux prévus pour l'établissement d'un lien de filiation. En droit français, la filiation maternelle ne s'établit, en principe, qu'à l'égard de la femme ayant accouchée<sup>7</sup>. Ainsi, les juridictions françaises ont longtemps refusé de reconnaître la filiation maternelle de la mère d'intention. De nombreuses affaires portées devant les juridictions françaises en matière de GPA viennent de couples commanditaires ayant voyagé en Californie pour avoir recours à une mère porteuse. Cela a notamment été le cas des époux Mennesson. La situation des époux Mennesson et de leurs jumelles a donné lieu à plus de dix-huit ans de combat judiciaire et est devenue une affaire<sup>8</sup> emblématique en droit français en la matière.

<sup>2</sup> J.J. Lemouland, *Le tourisme procréatif, LPA*, Lextenso, 2001, n° 62, p. 84.

<sup>3</sup> Il peut également s'agir de deux mères d'intention ou de deux pères d'intention.

<sup>4</sup> Voir notamment, CEDH, 5<sup>e</sup> sect., 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, req. n° 65192/11, §§ 78-79.

<sup>5</sup> *Johnson v. Calvert*, 5Cal. 4<sup>th</sup> 84. 19 Cal. Rptr. 2d 494, 851 P.2d 776 (1993).

<sup>6</sup> Élargie aux parents d'intention n'ayant pas de lien génétique avec l'enfant avec l'arrêt *In re Marriage of Buzzanca*, 61 Cal. App. 4<sup>th</sup> 1410, 72 Cal. Rptr. 2d 280 (1998), et aux couples de personnes de même sexe avec l'arrêt *Elisa B c. Superior Court*, 37 Cal. 4<sup>th</sup> 108, 33 Cal. Rptr 3d 46, 117 P.3d 660 (2005).

<sup>7</sup> Sauf dans le cas d'une adoption, ou d'une AMP par un couple de femmes depuis la loi du 2 août 2021.

<sup>8</sup> Cass., ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053.

Par ailleurs, face aux problématiques sérieuses que cela soulève, la CEDH a eu l'occasion de préciser, par le biais d'un avis consultatif émit au cours de l'affaire *Mennesson*, qu'elle exige la reconnaissance du lien établi à l'étranger afin de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant, mais laisse les modalités et le choix de son exécution aux États membres<sup>9</sup>.

Face à ces GPA transfrontalières, les autorités françaises ont, sous l'influence de la CEDH, admis la reconnaissance du lien de filiation correspondant à la filiation biologique, et ont imposé le passage par l'adoption pour l'autre parent.

## 2.2. *La filiation en droit français*

Le droit français offre diverses modalités d'établissement de la filiation. Les trois fondements majeurs sont la biologie, le vécu social ainsi que la volonté et le projet parental. Le fondement biologique de la filiation se caractérise par l'existence d'un lien biologique entre le parent et l'enfant. En droit français, deux principes issus du droit romain laissent présumer l'existence d'un tel lien dans le cadre de l'établissement de la filiation. Il s'agit des adages *Mater semper certa est*<sup>10</sup> et *Pater is est quem demonstrant*<sup>11</sup>, qui se trouvent édictés aux articles 311-25 et 312 du Code civil. De ce fait, la mère est désignée par l'accouchement et, en cas de mariage, le père est présumé être le mari de la mère. À l'époque romaine les fonctions génétiques et utérines de la maternité étaient indissociables, ainsi la désignation de la mère par l'accouchement semblait évidente. Ainsi, l'adage *Mater semper certa est*, en désignant la mère, facilitait également la désignation du père, puisqu'il était difficile de rapporter la preuve de la paternité. Il est important de souligner que sous le droit romain, la filiation s'établissait uniquement à l'égard du père puisqu'il jouissait d'une place prépondérante, la mère disposait simplement d'un lien naturel avec l'enfant qui n'emportait aucune conséquence juridique<sup>12</sup>.

Un autre fondement de la filiation est celui du vécu social qui se manifeste par l'existence d'un lien affectif (art. 317 du Code civil). Nombreux sont les États qui ne l'admettent pas<sup>13</sup>, cependant en France, la possession d'état est un mode autonome d'établissement d'un lien de filiation depuis la loi n° 82-536 du 25 juin 1982. Pour ce faire, il faut la réunion de trois éléments, à savoir la *fama* (réputation), le *nomen* (nom) et le *tractatus* (traitement). En outre, la possession d'état doit présenter les caractéristiques suivantes: continue, paisible, publique et non équivoque.

Par ailleurs, la volonté peut également permettre l'établissement d'un lien filial entre un enfant et un parent. C'est notamment le cas de la reconnaissance, acte par lequel un individu reconnaît être le parent d'un enfant. Elle constitue un mode d'établissement de la filiation basé sur la volonté, le consentement de l'individu étant une condition indispensable. Dans le cadre de l'établissement de la filiation par l'effet de la loi ou par le biais d'une reconnaissance, l'existence du lien biologique est uniquement supposée, la preuve d'un véritable lien génétique entre le parent et l'enfant n'intervient qu'en cas de conflit, notamment dans le cadre d'une action en recherche ou en contestation de la filiation.

En outre, l'interrogation concrète sur la place réelle de la volonté au sein de la filiation ne s'est véritablement posée qu'avec l'apparition des techniques d'AMP, telle que la fécondation *in vitro* qui permet la dissociation des fonctions de la maternité. Cependant, le consentement a pris une place plus importante qu'auparavant avec la loi du 2 août 2021. Avec cette loi, l'existence d'un projet parental devient la condition impérative à remplir afin de bénéficier de ces techniques. Ce faisant, le législateur accepte et reconnaît la diversification des modèles familiaux. Par ailleurs, face à l'élargissement de l'accès à ces techniques aux couples de femmes, le législateur était contraint de créer un nouveau

---

<sup>9</sup> CEDH, gr. ch., 10 avr. 2019, avis n° P16-2018-001.

<sup>10</sup> La mère est toujours certaine.

<sup>11</sup> Le père est celui que les noces désignent.

<sup>12</sup> En droit romain, l'*adanatio* désignait le lien de filiation entre l'enfant issu d'une union matrimoniale et son père; la *cognatio* fait référence au lien de sang entre l'enfant et sa mère. Voir: A. Lefebvre-Theillard, *Approche historique d'un grand concept juridique: la filiation*, Sarton. Sarton chair of the History of Sciences, University of Gent, t. 20, 2007, p. 111-130. (<https://www.sartonchair.ugent.be/file/238>).

<sup>13</sup> C'est notamment le cas de l'Allemagne ou encore du Royaume-Uni.

mode d'établissement de la filiation. Il s'agit de la reconnaissance conjointe anticipée prévue à l'article 342-11 du Code civil qui est exclusivement basé sur le consentement et le projet parental. La loi permet désormais à la femme n'ayant pas accouché d'établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant par le biais d'une reconnaissance conjointe anticipée, ce qui jusqu'alors était impossible.

Comme le souligne Isabelle Corpart, «Avec cette nouvelle réforme bioéthique, ce n'est pas seulement l'AMP qui évolue mais tout le droit de la famille. Au gré des mutations sociétales, on est passé de la famille aux familles, de la filiation aux filiations et, à présent, de la maternité aux maternités»<sup>14</sup>.

### 3. La filiation face aux diverses évolutions

Le droit de la famille constitue un droit mouvant, fortement imprégné des évolutions sociologiques, sociétales et scientifiques, le droit de la filiation faisant partie intégrante n'y échappe pas. En effet, la filiation est à la fois confrontée aux évolutions sociétales (A) ainsi qu'aux progrès de la science (B).

#### 3.1. La filiation face aux changements sociétaux

La forte influence de la conception traditionnelle de la famille d'autrefois se traduisait au sein du Code civil de 1804 par une distinction entre les modalités d'établissement de la filiation selon le statut matrimonial des parents. Contrairement à l'établissement de la filiation des enfants légitimes, la mère d'un enfant naturel devait, outre sa désignation dans l'acte de naissance, procéder à la reconnaissance de l'enfant. Le père quant à lui conservait le choix de le reconnaître ou non, et l'action en recherche de paternité naturelle était interdite jusqu'à la loi du 16 novembre 1912. Par ailleurs, la loi du 3 janvier 1972 ainsi que l'ordonnance de 2005 ont mis fin à la distinction entre filiation naturelle et légitime. La CEDH est également intervenue sur cette thématique par le biais de l'affaire *Marckx c. Belgique*<sup>15</sup> en 1979.

Cette distinction entre enfants naturel et légitime trouve son affirmation dans un contexte où la norme des relations familiales se constitue d'un couple hétérosexuel marié au sein duquel naissent des enfants. Cependant, le déclin du mariage et la hausse des naissances hors mariage ont bouleversé le droit en supprimant la distinction entre enfants naturel et légitime au sein du Code civil. En effet, selon les statistiques de l'INSEE<sup>16</sup>, depuis 2006 plus de la moitié des naissances ont lieu hors mariage, et en 2022 ce nombre dépasse les 63%.

Outre le déclin de l'institution matrimoniale comme modèle familial à privilégier, la création du Pacte civil de solidarité en 1999 et la légalisation du mariage homosexuel ont également contribué à la diversification des modèles familiaux. L'ouverture du mariage pour tous a également eu des répercussions en matière de droit de la filiation, puisqu'il a permis concomitamment l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe. Ainsi, pour la première fois, un enfant pouvait avoir deux parents de même sexe; la filiation bisexuée qu'on connaissait jusqu'alors évoluait.

Par ailleurs, la simplification de la procédure de changement de sexe comporte également des conséquences en matière de filiation. Sous l'influence de la CEDH<sup>17</sup>, la France a supprimé la condition de stérilisation qui a longtemps conditionné l'accès à la procédure. C'est la loi de

<sup>14</sup> I. Corpart, *De l'élargissement de l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux révolutions en droit de la filiation*, in C. Brunetti-Pons (dir.), *La filiation face aux évolutions de l'assistance médicale à la procréation*, Éditions Mare & Martin, 2021, p. 52.

<sup>15</sup> CEDH, plénière, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req n° 6833/74.

<sup>16</sup> Insee, statistiques de l'état civil, "Naissances hors mariages Données annuelles de 1994 à 2022", paru le 17/01/2023 (<https://www.insee.fr/fr/statistiques/2381394#:~:text=p%20%3A%20données%20provisoires%20arrêtées%20à,vivants%20ont%20nés%20hors%20mariage>).

<sup>17</sup> CEDH, plénière, 25 mars 1992, *B c. France*, req n° 13343/87.

modernisation de la Justice du XXI<sup>ème</sup> siècle du 18 novembre 2016 qui a ensuite démedicalisée la procédure de changement de sexe. Avec cette évolution, une personne née homme et qui devient par la suite femme à l'état civil tout en conservant ses capacités reproductives pourra mettre au monde un enfant naturellement. Cependant, se pose la question de savoir la nature du lien entre l'enfant et le parent, la femme ayant contribué à la grossesse en fournissant les spermatozoïdes doit-elle être considérée comme mère ou père de l'enfant<sup>18</sup>? Parallèlement, l'individu né femme qui devient ensuite homme à l'état civil en conservant ses organes génitaux, et mettant au monde un enfant, doit-il être désigné comme mère en application de l'adage romain *Mater semper certa est*? La CEDH a pu intervenir récemment sur la question de la parenté transgenre à l'occasion des arrêts *O.H et G.H c. Allemagne* du 4 avril 2023<sup>19</sup>, et *A.H et autres c. Allemagne*<sup>20</sup>, dans lesquelles la CEDH a fait prévaloir le sexe biologique sur l'identité de genre. Qu'en est-il alors de la reconnaissance effective du changement de sexe du transsexuel?

### 3.2. *La filiation face aux progrès scientifiques*

Outre les changements sociétaux, de nombreuses avancées dans le domaine scientifique bouleversent également le droit de la filiation. La fécondation *in vitro*, une technique d'assistance médicale à la procréation qui permet la rencontre du spermatozoïde et de l'ovule en laboratoire, a été une pratique marquante en la matière. En effet, avec cette pratique il est désormais possible de féconder un œuf hors du corps de la femme, le don d'ovocytes devient possible et permet de différencier l'aspect génétique et utérin de la maternité. Là où uniquement une femme était capable de procréer, la science a permis à une autre d'apporter son concours à l'engendrement. C'est en 1982 que né le premier enfant par fécondation *in vitro* en France, et sa naissance a bouleversé le domaine de la procréation. Cela s'est notamment traduit par la création du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé dans le but de réfléchir aux questions posées par les divers progrès scientifiques<sup>21</sup>. L'adage romain qui fonde la filiation maternelle ne pouvait tenir compte d'une hypothèse dans laquelle les différentes fonctions de la maternité pouvaient être dissociées. Ainsi se pose la question de la pertinence de cet adage aujourd'hui.

Par ailleurs, l'avènement de l'ectogénèse, terme employé par John B.S Haldane pour désigner une pratique qui permettra de mettre au monde des nouveau-nés sans aucune gestation intracorporelle<sup>22</sup>, bouleversera le droit de la filiation de nombreux États, en particulier ceux qui font application de l'adage *Mater semper certa est* puisqu'aucune femme n'accouchera. Le biologiste français, Henri Atlan, a prédit en 2005 que cette pratique verrait le jour d'ici un siècle. En effet, selon ses termes, «Quoi qu'il en soit, il semble donc bien que, dans un délai maximal de cinquante à cent ans, l'utérus artificiel permettant d'éviter une grossesse du début à la fin sera une réalité»<sup>23</sup>. Les recherches s'intensifient en la matière, et la limite de 14 jours imposée pour la recherche sur l'embryon par la Société internationale de recherche en cellules souches (ISSCR)<sup>24</sup> a été levée en 2021. Face à ces avancées scientifiques, comment continuer à affirmer que la maternité résulte exclusivement de l'accouchement?

Ces divers phénomènes contribuant à la faiblesse apparente de l'adage *Mater semper certa est*, l'individualisation des rapports familiaux, ainsi que les progrès scientifiques concourent à la remise

---

<sup>18</sup> Cass., Civ 1<sup>ère</sup>, 16 sept. 2020, n° 18-50.080, 19-11.251.; Dans cette affaire, la Cour de cassation impose le recours aux modalités d'établissement de la filiation paternelle, cependant la Cour d'appel de renvoi CA [Toulouse], ch. 6, 9 fév. 2022, n° RG 20/03128, a statué autrement en établissant judiciairement la filiation maternelle.

<sup>19</sup> CEDH, 4<sup>e</sup> sect., *O.H et G.H c. Allemagne*, 4 avril 2023, n° 53568/18 et 54741/18.

<sup>20</sup> CEDH, 4<sup>e</sup> sect., *A.H et autres c. Allemagne*, 4 avril 2023, n° 7246/20.

<sup>21</sup> A. Benmakhlouf, *Préface*, in *La bioéthique, pour quoi faire?*, par les membres du Comité consultatif national d'éthique, Presses Universitaires de France, 2013, p. 19.

<sup>22</sup> H. Atlan, *L'utérus artificiel*, Paris Seuil, 2005, p. 12.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>24</sup> Il s'agit de l'autorité qui fixe le cadre international en la matière.

en cause des fondements de la filiation tels qu'établis auparavant. De cette manière, la nécessité de prendre en compte les diverses évolutions sociales et scientifiques ainsi que la nécessité d'une réévaluation de la place du consentement et du projet parental dans l'établissement de la filiation se font ressentir.

---

**Abstract**

*La filiation désigne le lien juridique qui unit un enfant à son parent, cependant la caractérisation du 'parent' peut être source de discordance, principalement à la lumière des évolutions scientifiques et sociales. En effet, à l'ère des prouesses médicales, de la remise en cause de la hiérarchie des modèles familiaux et de la pluralisation des familles, la pertinence des fondements de la filiation est remise en cause.*

**Mots-clés:** filiation, filiation transfrontalières, diverses évolutions

\*

*Filiation is the legal bond that unites a child with its parent, but the characterization of the 'parent' can be a source of discordance, especially in the light of scientific and social developments. In an age characterized by medical prowess, the questioning of the hierarchy of family models and the pluralization of families, the relevance of the foundations of filiation is called into question.*

**Key words:** filiation, cross-border filiation, various evolutions