

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG



Faculté de Droit
de Sciences Politiques
et de Gestion

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

Pour une meilleure intégration du père biologique dans le dispositif de l'accouchement sous X

Mémoire présenté par
Pauline VOYAT

Dans le cadre du
Master 2 Droit privé fondamental – Mention droit privé

Sous la direction de
Monsieur Patrice HILT

2017-2018

REMERCIEMENTS

Je tiens particulièrement à remercier Monsieur Patrice Hilt pour avoir accepté de diriger ce mémoire. Je lui témoigne ma gratitude pour ses conseils et sa disponibilité.

Mes remerciements vont ensuite à Madame Dominique D'Ambra pour ses séminaires de méthodologie qui ont constitué une solide formation au travail de recherche, m'ayant permis d'en comprendre l'intérêt et les enjeux.

Je remercie également chacun de mes relecteurs pour leur temps et leur patience. Leurs avis critiques et extérieurs auront su être profitables à ce mémoire.

Enfin, il m'importe de remercier ma mère qui, outre son soutien indéfectible, m'a aussi apporté son point de vue d'assistante sociale qui a su enrichir mon travail.

SOMMAIRE

Liste des principales abréviations

Introduction

Chapitre 1 : La nécessité d'une réforme intégrant le père biologique

Section 1. État actuel du droit : L'accouchement sous X pensé en terme de maternité

Section 2. Une évolution rendue nécessaire par les évolutions de la famille

Chapitre 2 : La mise en œuvre de l'intégration du père biologique

Section 1. Une réforme délicate : Une pluralité de droits à concilier

Section 2. Des propositions et des pistes d'évolution

Conclusion

Bibliographie

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES

Acad. Natle Méd : Académie Nationale de Médecine
AMP : Assistance Médicale à la Procréation
Art. : Article
ASE : Aide Sociale à l'Enfance
C.civ : Code civil
CA : Cour d'appel
CASF : Code de l'Action Sociale et des Familles
CE : Conseil d'Etat
Chro. : Chronique
Civ. : Chambre civile
CNAOP : Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles
Comm. : Commentaire
ConventionEDH : Convention Européenne des Droits de l'Homme
CourEDH : Convention Européenne des Droits de l'Homme
CSP : Code de la Santé Publique
D. : Dalloz
Dir. : Sous la direction de
Dr. fam. : Droit de la famille
Fasc. : Fascicule
Ibidem : Citation précédente
In. : Dans
JCI : JurisClasseur
JO : Journal Officiel
Obs. : Observation
Op.cit : Cité précédemment
PUF : Presse Universitaire de France
QPC : Question prioritaire de constitutionnalité
RDSS : Revue de droit sanitaire et social
Rep.civ : Répertoire civil
RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'Homme
ss. : Sous
v. : Voyez

INTRODUCTION

«Lorsque l'enfant paraît, le cercle de famille applaudit à grands cris»¹ écrivait Victor Hugo. Il est pourtant des naissances bien plus silencieuses. C'est précisément le cas de l'accouchement sous X.

Être fragile et démunie, l'enfant a, dès sa naissance, besoin d'une protection et de repères, qu'il va trouver à travers l'établissement de sa filiation. Ce lien revêt une importance juridique et sociale toute particulière, aussi bien pour l'enfant -qui va se voir conférer une place non interchangeable dans une chaîne généalogique constituant son repère dans la vie en société²- que pour le parent, qui va jouir de la légitimité et des pouvoirs nécessaires pour l'éducation de son enfant. Les parents ne méritent-ils alors pas, eux aussi, une protection dans l'établissement de ce lien? Une décision de la femme peut-elle priver le père de sa qualité de parent ? Autant de questions qu'appelle l'étude de l'accouchement sous X.

Étymologiquement, le terme parent est issu du latin «pareo», signifiant littéralement «qui a mis au monde», ce qui ne renvoie donc qu'à la mère, parturiente. Pourtant, notre droit de la filiation institue légalement deux parents. En effet, à l'inverse des modèles de filiation unilinéaire, que l'on retrouve chez les indiens Omaha ou les Nuers du Soudan, où seul un parent est pris en considération pour l'établir; dans le système bilinéaire caractérisant nos sociétés occidentales, la filiation relie l'individu à ses deux parents³. Elle n'en n'est pas moins divisible, s'établissant séparément pour chacun des pères et mères, qui méritent donc tous deux protection. La définition même du parent peut susciter des difficultés, tant les évolutions familiales et médicales amènent à distinguer parents biologiques, légaux et sociaux, balayant toute certitude sur la question. Dans le cadre de cette étude, le père sera essentiellement entendu en son sens biologique, c'est-à-dire comme le géniteur, homme dont les gamètes ont permis d'engendrer l'enfant. Ainsi qu'en témoigne l'adage «mater semper certa est pater numquam», si la maternité est toujours certaine, ce n'est pas le cas de la paternité. Cette différence biologique justifie une différence dans l'établissement de la filiation. Pourtant, cette affirmation n'a plus la même force, à l'heure où des examens génétiques permettent aisément d'accéder à la vérité biologique, que l'ordonnance du 4 juillet 2005 a ainsi fait primer⁴. Ce n'est donc

1 V.Hugo, *Lorsque l'enfant paraît*, Les feuilles d'automne, 1831

2 C.Neirinck, *La filiation une question juridique*, in C. Neirinck, M.Gross, *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ?*, La documentation française, Paris, 2014, p.19

3 A. Golse, D. Le Gall, *Les enjeux actuels de la filiation : point de vue sociologie*, in A.Dionisi-Peyrusse, L. Mauger-Vielpeau (dir), *Les fondements de la filiation, acte de colloque*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p.19

4 Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation

plus tant la réalité biologique qui complexifie l'établissement d'un lien de filiation, la preuve de celle-ci n'étant jamais nécessaire pour son établissement non contentieux. La filiation paternelle, qui peut se définir comme le lien de droit unissant l'enfant à son père et l'inscrivant dans sa lignée, peut donc se faire aisément en l'absence de conflit dans le couple. C'est ainsi qu'elle peut s'établir par l'effet de la loi – grâce à la présomption de paternité bénéficiant au mari de la mère si l'enfant est né ou conçu durant le mariage⁵-, par possession d'état constatée dans un acte de notoriété⁶, par jugement ou, plus simplement, par une reconnaissance de paternité⁷. Caractérisée par sa grande simplicité, cette dernière peut être antérieure à la naissance, et sera ainsi qualifiée de reconnaissance prénatale ou anténatale. Concrètement, l'homme n'aura qu'à déclarer être le père de l'enfant, né ou à naître, dans un acte authentique, qu'il s'agisse d'un acte de l'état civil, d'un jugement ou d'un acte notarié, établi en quel que lieu que ce soit. Toutes les naissances ne sont pourtant pas entourées par tant de simplicité. Pour s'appliquer, la présomption de paternité suppose, outre le mariage, que la mère indique le nom du mari dans l'acte de naissance, ce qu'elle est libre de ne pas faire. La possession d'état, au delà de caractères précis à réunir⁸, implique que l'homme ai eu l'opportunité de se comporter comme le père de l'enfant. La reconnaissance suppose, quant à elle, que l'homme ai eu connaissance de la grossesse puis de la naissance de l'enfant. L'établissement de la filiation paternelle peut donc souffrir de troubles affectant le couple et ainsi se complexifier. Père biologique qui conçoit l'enfant, père affectif qui aime l'enfant et père juridique qui est légalement institué comme tel, trois fonctions qui se recoupent dans la majorité des cas mais qui impliquent de déterminer ce qui institue le véritable père lorsqu'elles sont dissociées. En ce sens, père et enfant constituent deux points à relier, par un chemin tantôt paisible, tantôt parsemé d'obstacles. La volonté de la mère de ne pas créer de lien en est un, organisé par le droit à travers la pratique de l'accouchement secret.

En l'absence de définition légale, l'accouchement, phénomène naturel, se définit par des termes techniques et médicaux comme «l'acte par lequel une femme se délivre (ou est délivrée) du produit de la conception à une époque où le fœtus est viable»⁹. Cette définition ne fait apparaître que deux acteurs, à savoir la femme et l'enfant. Mécanisme juridique, l'accouchement secret - dit sous X par référence à la pratique consistant à remplacer le nom de la femme par cette lettre dans le dossier de l'enfant- est quant à lui défini comme «l'accouchement voulu anonyme par la parturiente

5 A condition que l'acte de naissance désigne le mari, art. 314 C.civ.

6 Art. 317 C.civ

7 Art. 316 C.civ

8 La possession d'état implique trois composantes : le tractatus (le parent prétendu doit avoir traité l'enfant comme le sien et réciproquement) , la fama (société, la famille, les administrations doivent reconnaître l'enfant comme celui du parent prétendu) et le nomen (l'enfant porte le nom du parent). Elle doit en outre réunir trois conditions cumulatives, à savoir être paisible continue et non équivoque

9 Dictionnaire des termes techniques de médecine Garnier et Delamare. Maloine édit. Paris

qui a demandé que le secret de son admission et de son identité soit préservé»¹⁰. Absent de ces deux définitions, le père l'a également été des nombreux débats concernant la réglementation de l'accouchement sous X. Il est désormais temps de lui conférer une place véritable, en pensant le dispositif à la lumière de la filiation paternelle.

Si elle n'a pas toujours été juridiquement consacrée, la pratique de l'accouchement secret et de l'abandon est ancienne. Sous l'Ancien Régime, la femme avait déjà la possibilité de donner naissance puis d'abandonner son enfant tout en demeurant anonyme, pratique clandestine tolérée par l'Eglise mais non réglementée, compensant la prohibition de toute technique contraceptive et abortive et la prohibition morale des naissances hors mariage. Matériellement, cela s'est d'abord concrétisé au seizième siècle par la création d'un asile à l'Hôtel Dieu à Paris, permettant de déposer l'enfant, avant que des «tours» ne soient créées à cet effet au dix-huitième siècle, à proximité des hospices et des Églises¹¹. La consécration juridique aura été plus tardive puisque ce n'est qu'à la Révolution qu'un cadre législatif a été posé par un décret-loi du 28 juin 1793, imposant à l'Etat d'assurer la prise en charge matérielle de la mère ainsi que la conservation et l'inviolabilité de son secret. C'est sous le gouvernement de Pétain que l'accouchement sous X a pris sa forme actuelle, pensé pour résoudre le problème d'enfants issus de relations entre femmes françaises et soldats allemands et éviter les avortements et accouchements clandestins. Le décret-loi du 2 septembre 1941 a ainsi organisé et entériné la pratique de l'accouchement sous X dans le Code de la famille et de l'aide sociale¹², avant que la loi du 8 janvier 1993¹³ ne vienne l'inscrire dans le Code civil. Celle-ci l'a érigé en fin de non recevoir à toute action en recherche de maternité, ensuite supprimée par la loi du 16 janvier 2009¹⁴. C'est aujourd'hui une spécificité pratiquement propre à la France, figurant parmi les rares pays Européen, aux côtés de l'Italie et du Luxembourg¹⁵, à connaître un tel dispositif. Les articles 326 du Code civil et L 222-6 et suivants du Code de l'Action Sociale et des Familles (CASF) permettent ainsi à la femme de ne pas indiquer son identité sur l'acte de naissance de l'enfant, qui pourra être admis en qualité de pupille de l'Etat à l'issue d'un délai de deux mois sans revendication de ses parents biologiques. La mère apparaît donc maîtresse de l'anonymat.

10 Lexique des termes juridiques, 25ème édition, Dalloz

11 C.Ensellem, *Chapitre I. Avant 1993 : le secret de la filiation dans l'histoire* In : *Naître sans mère ? Accouchement sous X et filiation*, op.cit, p.35

12 Remplacé par le Code de l'action sociale et des familles (ci après CASF) par l'ordonnance n° 2000-1249 du 21 décembre 2000

13 Loi n° 93-22, 8 janvier 1993, art. 341-1

14 Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation

15 La législation Luxembourgeoise devrait évoluer pour tempérer très fortement le secret voulu par la mère, promesse du gouvernement ayant annoncé un renforcement de l'accès aux origines depuis 2013

Du grec «anonymos», l'anonymat se définit littéralement comme l'état d'une personne ou d'une chose dont on ignore l'identité. Il se rapproche du secret, correspondant à l'inaccessibilité d'une information que l'on souhaite demeurée cachée. Dans l'accouchement sous X, la femme choisit le secret en souhaitant demeurer inconnue et est donc, au yeux de l'enfant, anonyme. Ce procédé se distingue donc de la procédure d'abandon après la naissance¹⁶, dans laquelle l'identité des parents de naissance est connue et la filiation établie. Une pratique à la frontière de l'anonymat et de l'abandon consistait, comme le permettait l'article L 224-5 du CASF, à demander le secret de l'identité des parents jusqu'à un an après la naissance, soit après l'établissement de la filiation. Qualifiée de «monstre juridique» en ce qu'elle permettait une «véritable négation identitaire, la filiation de l'enfant étant littéralement annulée après avoir pourtant été établie», cette faculté a été supprimée par la loi du 22 janvier 2002. Désormais, l'anonymat ne peut être demandé qu'à la naissance. Or, s'il est voulu par la mère, il est subi par l'enfant et parfois même par le père. De surcroît, il peut être subi par l'ensemble de la famille d'origine, au sens large, incluant ainsi les grands-parents biologiques de l'enfant. L'enfant né sous X pouvait en effet bénéficier d'un environnement familial d'origine prêt à l'accueillir, en dépit de la décision de la mère. La difficulté est alors de prendre en compte la volonté de la famille, contre celle de la mère. Au delà du père, plusieurs affaires ont amené à s'interroger sur le point de savoir si la volonté d'une mère de ne pas établir la filiation de son enfant à son égard empêche nécessairement les grands-parents biologiques de créer un lien avec lui. Des juges ont pu admettre, en se fondant sur l'intérêt de l'enfant, qu'il existait un lien affectif entre ce dernier et ses grands-parents, parents de la mère biologique, pour conclure qu'ils pouvaient solliciter l'annulation de l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat¹⁷ et se voir confier l'enfant à charge de requérir l'organisation d'une tutelle¹⁸. En tout état de cause, penser l'intégration du père biologique dans l'accouchement sous X servira indirectement les grands-parents, dès lors qu'il s'agit de redonner une place à la famille d'origine. Pour autant, et afin de se concentrer sur la filiation paternelle, ce mémoire ne s'attardera pas sur la question des grands-parents; leur intégration dépendant davantage des circonstances de l'espèce que du droit, dès lors qu'en l'absence de filiation établie avec les parents, les grands-parents ne sauraient être légalement institués comme tels. Au contraire, le père existe légalement en tant que tel, indépendamment de la filiation maternelle, ce pourquoi le droit ne peut l'ignorer en s'en remettant aux faits. C'est pourtant encore majoritairement le cas en l'état actuel.

16 Devenue procédure de déclaration judiciaire de délaissement parental réglementée aux articles 381-1 et suivants du Code civil depuis la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016

17 CA Anger, 26 janv.2011, n° 10-01339, JurisData n° 2011000717

18 CA Metz, 22 janv.2013, n°11/04085

Concrètement, la femme qui souhaite accoucher sous X n'a qu'à en informer l'équipe médicale de l'établissement de santé qu'elle a choisi, qui ne pourra lui demander de justifier de son identité ni mener aucune enquête. Il s'agit d'un choix purement personnel ne nécessitant aucune capacité juridique particulière, ainsi offerte à une mineure comme à une majeure protégée. Elle sera prise en charge par une sage-femme qui assurera le suivi de la grossesse et l'accouchement, un assistant social qui l'accompagnera dans ses démarches administratives ainsi qu'un psychologue, sans jamais qu'aucun d'eux ne lui impose de révéler son identité ou celle du père. Lors de l'accouchement, elle sera informée par l'équipe médicale des conséquences de l'abandon sur l'enfant, de sa possibilité de laisser des informations -identifiantes ou non- sous pli fermé, des aides financières accordées pour l'éducation d'un enfant, du régime des tutelles des pupilles de l'Etat ainsi que des délais et conditions de reprise de l'enfant. Aucun renseignement n'est jamais exigé quant à la filiation paternelle. L'enfant est ensuite pris en charge par les services de l'Aide Sociale à l'Enfance (ASE) puis placé en famille d'accueil. A l'expiration d'un délai de deux mois à compter de sa naissance, et sans retour des parents de naissance, l'enfant sera admis en qualité de pupille de l'Etat et pourra bénéficier d'un projet d'adoption. L'arrêté d'admission pourra faire l'objet d'un recours dans un délai de 30 jours¹⁹. Ce recours a été précisé par la loi du 26 juillet 2013²⁰, pour y inclure «le père de naissance ou les membres de la famille de la mère ou du père de naissance» de l'enfant né sous X parmi les personnes admises à le contester et imposer que l'arrêté leur soit notifié pour faire courir le délai. Cependant encore faut-il que la famille d'origine puisse être identifiée, ce qui constitue toute la difficulté en cas d'accouchement sous X. A défaut et à compter de son placement, aucune revendication de la famille biologique ne sera prise en compte, le placement en vue de l'adoption mettant obstacle à toute restitution de l'enfant et à toute déclaration de filiation²¹. Seul le Conseil de famille deviendra donc compétent pour consentir à l'adoption. Or, si la mère a pu pleinement bénéficier du délai de deux mois pour asseoir sa décision, il est probable que le père n'ait quant à lui reçu aucune information sur la procédure en cours. Passé ce court délai, il se verra pourtant imposer le secret voulu par la mère. Il en ressort ainsi une faculté entièrement discrétionnaire aux mains de la femme. Les revendications en faveur de l'accès aux origines personnelles ont tout de même permis une évolution pour faciliter la levée du secret. Ainsi la loi du 22 janvier 2002²² portant création du Conseil National de l'Accès aux Origines Personnelles (ci-après CNAOP) a permis aux enfants nés sous X d'obtenir des informations sur leurs parents de

19 Art. L 224-8 CASF

20 Loi n° 2013-673, JO 27 juillet 2013, faisant suite à une déclaration d'inconstitutionnalité par décision QPC n° 2°12-268, 27 juillet 2012 où le Conseil censure la législation comme contraire au droit à un recours effectif en ce que la loi n'établit pas la liste des personnes ayant qualité à agir pour contester l'arrêté et ne leur permet pas de recevoir individuellement notification de cet arrêté

21 Art.352 C.civ

22 Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat

naissance sous réserve de leur accord²³. Cependant, ce dernier étant uniquement saisissable par l'enfant, cette évolution n'a guère profité au père.

Face à cette législation, partisans et adversaires de l'accouchement sous X s'opposent, essentiellement autour de la problématique de l'accès aux origines, que la loi de 2002 n'a pas tarie. La confrontation des droits de l'enfant aux droits de la mère a ainsi fait – et continue de faire – l'objet de très larges développements, les débats sur la question étant aussi riches que vifs. Si intéressante soit-elle, il semble qu'il n'y ait plus véritablement de nouveauté à apporter en la matière. A l'inverse, la question du père, tout aussi sensible, mobilise encore trop peu les débats. Ainsi, puisque tout semble avoir été dit en ce qui concerne la mère et l'enfant, un changement de point de vue paraît nécessaire. Il s'agit donc de repenser la législation actuelle à la lumière des droits du père. Pour autant, ce mémoire ne sera pas un plaidoyer pour la remise en cause de l'accouchement sous X. Il ne s'agira pas d'user des droits du père pour justifier l'abolition de ce dispositif, mais bien de le maintenir tout en les y intégrant.

Ce changement de perspective implique de s'éloigner de l'idée pré-conçue selon laquelle toute femme abandonnant son enfant à la naissance aurait nécessairement elle-même fait l'objet d'un abandon ou de violences par le père de l'enfant. Il importe de sortir de la logique du père coupable, pour admettre qu'il peut aussi être victime, aux côtés de l'enfant, de l'anonymat voulu par la mère. Pour autant, il ne saurait être question de nier que le comportement de l'homme, absent ou violent, peut être à l'origine de la grande détresse de la femme l'amenant à se diriger vers l'accouchement sous X. Il convient simplement de ne pas raisonner comme s'il s'agissait du seul cas de figure. Les professionnels interrogés sur la question s'accordent d'ailleurs pour affirmer qu'il n'existe pas de profil type de la femme accouchant dans le secret, tant chaque situation est singulière²⁴. Ce même constat ressort d'une étude statistique réalisée entre 2007 et 2009²⁵. Il apparaît que dans 80% des cas, le choix de l'accouchement sous X est celui de la mère seule, sachant que la moitié d'entre elles n'en n'ont pas informé le père. Il est vrai que parmi les raisons données, la majorité se rapportent au père biologique, 43% d'entre elles affirmant avoir fait ce choix pour des raisons qui lui sont liées, entre séparation, refus d'enfant et violence. Cependant, si ce chiffre est important, il ne doit pas occulter les 57% restants, où le comportement du père n'a aucun lien avec le choix de la mère. Un récent

23 Art. L 147-1 et suivants CASF

24 En ce sens, Nathalie Lancelin, psychologue, in *Né sous X : le poids du secret*, France 3, diffusé le 20 février 2018, avec M. Le Goff Gautier, cadre sage-femme, N. Lancelin, psychologue spécialisée en périnatalité et J-P. Bourély, secrétaire général du CNAOP

25 Etude réalisée par l'Institut national d'études démographiques (INED) en partenariat avec le CNAOP, à partir de l'analyse de 835 questionnaires remplis anonymement par les correspondants du CNAOP au moment d'un accouchement secret. Elle a fait l'objet d'un rapport d'étape de Catherine Villeneuve-Gokalp en juin 2010, ainsi que d'une parution dans la revue *Population*, Catherine Villeneuve-Gokalp, « Les femmes qui accouchent sous le secret en France, 2007-2009 », *Population*, 66 (1), 2011, p. 135-17

reportage sur le sujet a par exemple permis de recueillir le témoignage d'une femme, en concubinage stable et paisible depuis de nombreuses années, qui a dissimulé sa grossesse puis son accouchement sous X à son partenaire, avec qui elle avait déjà un enfant²⁶. La situation où une femme accouche dans le secret alors qu'un homme était prêt à assumer sa paternité n'est donc pas une hypothèse d'école. En tout état de cause, si le père biologique est absent dans la majorité des cas, cette absence n'est pas toujours volontaire et n'est pas une raison suffisante pour nier les droits de la minorité qui est présente ou aurait voulu l'être.

A l'heure des réseaux sociaux et de la numérisation croissante des données, où quelques clics peuvent fournir de nombreuses informations, il n'est plus cohérent de laisser les individus seuls dans leurs quêtes de leurs généalogies. Il importe donc de fournir les moyens légaux nécessaires au père qui ne cherche rien d'autre que son propre enfant. Cependant, aussi nécessaire soit-elle, l'intégration du père biologique dans le dispositif de l'accouchement sous X n'est pas chose aisée, tant il est difficile d'avoir le recul suffisant pour confronter théorie et pratique. En effet, l'accouchement sous X demeure une situation marginale, représentant environ 625 naissances par an, soit moins d'une sur mille²⁷. Puisqu'il se caractérise par la discrétion et le secret, il est complexe d'obtenir des informations utiles sur les mères de naissance qui y ont recours, et à fortiori sur les pères. Cette difficulté ne doit pourtant pas amener à fermer les yeux sur les incohérences actuelles et condamner à l'inaction.

Ainsi, après avoir offert un cadre juridique à la femme ne souhaitant assumer sa maternité, il est temps pour le législateur d'en offrir un à l'homme revendiquant sa paternité. Même si la loi et la jurisprudence ont su le faire évoluer en réponse à différentes critiques, le dispositif de l'accouchement sous X demeure inadapté à la réalité vécue par les pères. Il y a aujourd'hui une part d'hypocrisie à considérer qu'il est équilibré alors que l'un de ses acteurs est occulté. De nombreuses raisons rendent alors nécessaire une réforme visant à y intégrer utilement les droits du père biologique (Chapitre 1). On ne saurait se contenter de décrier les insuffisances du système actuel, sans tenter d'y remédier. Des solutions sont possibles pour améliorer la place du père, mais ne doivent pas créer de nouvelles incohérences au détriment des autres acteurs. Au contraire, il importe de penser un système préservant les droits de chacun. C'est ainsi que les pistes d'évolution proposées pour mettre en œuvre l'évolution souhaitée s'attacheront à ne sacrifier aucun intérêt (Chapitre 2).

26 *Né sous X : le poids du secret*, France 3, op.cit

27 *Situation des pupilles de l'Etat*, enquête au 31 décembre 2014, Observatoire nationale de l'enfance en danger, La documentation française, février 2016

Chapitre 1: La nécessité d'une réforme intégrant le père biologique

Si la famille est présentée comme l'un des trois piliers du Code civil, elle n'en est pas moins une notion mouvante, reflet d'une société et de ses valeurs. En la matière, le droit est directement influencé par les aspirations sociétales, de sorte qu'il ne précède pas le comportement mais s'y adapte. La dernière partie du vingtième siècle s'est accompagnée de revendications égalitaires, appelant à un renforcement du droit des femmes. La femme s'est ainsi affirmée dans de nombreux domaines, qu'ils soient politiques, économiques ou culturels. Loin de constituer l'exception, le droit de la famille a également vu croître les droits des femmes en son sein. Sans occulter la persistance de nombreuses inégalités à leur détriment, et c'est là un tout autre débat, ces évolutions ont permis de recentrer la famille autour du couple parental. Ou ne serait-ce autour de la femme, mère ? Peut-être trop soucieux de ne pas heurter les esprits, encore épuisés par la lutte en faveur des droits des femmes, le législateur semble avoir délaissé les droits des hommes en la matière. L'accouchement sous X n'y fait pas exception, étant, en l'état actuel du droit, essentiellement pensé en terme de maternité, sans que les quelques avancées ne consacrent une véritable égalité (Section 1). Pourtant, les nombreuses évolutions en droit de la famille commandent une meilleure intégration du père dans ce dispositif, afin qu'il traduise juridiquement sa complexité (Section 2).

Section 1. Etat actuel du droit: L'accouchement sous X pensé en terme de maternité

Il est indéniable qu'en raison des limites de la nature, doublées de celles de la science, l'accouchement ne peut qu'être le fait de la femme. Celle-ci a donc logiquement la place centrale dans ce phénomène naturel. Or, l'accouchement sous X est quant à lui un dispositif juridique créé par l'Homme, une fiction pour laquelle rien n'impose une toute puissance maternelle. Les évolutions législatives, jurisprudentielles et réglementaires en la matière illustrent bien la place des pouvoirs publics sur cette question. Cependant l'ensemble des actions semble avoir été limité à la recherche d'un équilibre entre mère et enfant, occultant le père biologique (I), ce que de timides avancées ont tenté de tempérer, demeurant pourtant insuffisantes (II).

I. Recherche d'un équilibre occultant le père

Les réflexions et évolutions sur l'accouchement sous X qui ont été menées jusqu'alors ont essentiellement été dictées puis validées par la volonté d'assurer un équilibre entre les droits de la mère et ceux de l'enfant (A), menant à une rupture d'égalité dans la possibilité d'assumer sa filiation, au détriment du père (B).

A. Evolutions dictées et validées par la conciliation entre mère et enfant

Il serait tentant de se contenter de la législation actuelle en matière d'accouchement sous X, sous prétexte qu'elle n'a pas été remise en cause par les plus hautes juridictions qui ont été amenées à en connaître. L'équilibre ménagé par la loi de 2002 (1) aurait ainsi amené le Conseil Constitutionnel et la Cour Européenne des Droits l'Homme à purger le dispositif français du vice d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité (2). Pourtant, dans les deux cas les droits du père semblent avoir été occultés du débat.

1. Un équilibre ménagé sans égard au père

L'accouchement secret a subi une longue évolution en France, longtemps guidé par le seul souci de préserver la santé et la vie du nouveau-né et de la femme. Ses justifications se sont affaiblies²⁸, ce qui n'a pourtant pas totalement tari le contentieux en la matière. L'essor des droits fondamentaux a alors conduit à repenser le débat en d'autres termes, essentiellement au regard du droit d'accès aux origines personnelles. Ainsi, si la loi du 5 juillet 1996 relative à l'adoption n'est pas revenue sur la possibilité d'accoucher dans le secret, elle a tenté d'en tempérer les conséquences, par de légères modifications. Elle a ainsi consacré le droit pour la mère de laisser des éléments non identifiants et de lever le secret, ainsi que celui de choisir les prénoms de l'enfant, tout en réduisant le délai de rétractation de sa décision de trois à deux mois. Les modifications les plus significatives sont apparues par la loi du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat. Le législateur y a créé le CNAOP, saisissable par l'enfant, tout en maintenant la possibilité d'accoucher dans le secret, la mère étant seulement invitée - et non obligée- à laisser des éléments non identifiant et son identité sous pli fermé. Le secret de la naissance a ainsi été tempéré, mais ce n'était nullement par faveur aux pères. En effet, il ressort des débats que si la

28 v. Chap 2, Sect.1, II.A, p.44

réglementation a évolué, c'est essentiellement en faveur des droits de l'enfant. Pour cause, la place de ce dernier s'est accrue dans les débats, notamment à la suite de l'adoption de la Convention relative aux droits de l'enfant par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989, aussitôt ratifiée par la France, où elle est entrée en vigueur dès le 6 septembre 1990. Son article 7.1 posant le droit de l'enfant de « connaître ses parents et d'être élevé par eux » a ainsi contribué à repenser le dispositif de l'accouchement sous X en terme d'accès aux origines. De la même manière, à partir des années 1990, de nombreux rapports²⁹ ont mis en lumière l'importance de la connaissance des origines personnelles, comme élément essentiel de la construction identitaire, tout en se montrant favorables au maintien de l'accouchement anonyme. Tous repris dans les débats autour du projet de loi relatif à l'accès aux origines personnelles, qu'ils ont largement inspirés, ces travaux sont révélateurs de l'orientation de cette réforme, que l'on comprend tournée vers les droits de l'enfant et non du père.

Des voix se sont tout de même élevées pour attirer l'attention sur la situation fragile des pères au sein du dispositif mis en place. Le sénateur M. Robert del Picchia soulignait ainsi les inégalités persistantes, malgré le fait que « le Gouvernement et l'Assemblée nationale (aient) constamment cherché à traiter de la même manière la mère et le père de naissance dans les articles relatifs au CNAOP »³⁰. Comme lui, on peut déplorer le « silence fait sur l'établissement de la filiation paternelle d'un enfant né sous X ». De la même manière, le sénateur M. Henri de Richemont attirait l'attention sur le caractère trompeur de la symétrie établie entre père et mère de naissance³¹. Il appelait ainsi à ce que des « procédures soient mises en place mettant en relation les enfants non reconnus par leur mère et les reconnaissances prénatales des pères, de manière à permettre à un père ayant reconnu son enfant avant sa naissance de pouvoir désigner son enfant dans le délai de deux mois après sa naissance ». Ces mises en garde n'ont permis qu'une faible amélioration en faveur des droits du père qui seront précisées dans un second paragraphe³².

En conséquence, au regard de l'esprit général de cette réforme, les droits du père semblent, pour l'essentiel, avoir été mis en suspens. Un tel silence en 2002 pouvait s'expliquer par une volonté d'apaiser les débats, en ce sens qu'il était déjà complexe de faire admettre que le secret voulu par la

29 En ce sens, rapport « *statut et protection de l'enfant* » adopté, section du rapport et des études du Conseil d'Etat, mai 1990 ; rapport du groupe de réflexion sur « *l'accès des pupilles et anciens pupilles de l'Etat, adoptés ou non, à leurs origines* », sous la présidence de M. Pierre Pascal, remis au Gouvernement en février 1996 (préconisant la création d'une instance nationale indépendante assurant un rapprochement entre les anciens pupilles de l'Etat et leur famille de naissance, sur le modèle de la médiation) ; rapport « *Droits de l'enfant en France* », mai 1998, sous la direction de M. Jean-Paul Bret ; Rapport, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, sous la direction d' I. Théry , Paris, O. Jacob, La Documentation française, 1998

30 Rapport d'information n° 65 (2001-2002) de M Robert del PICCHIA, fait au nom de la délégation aux droits des femmes, déposé le 8 novembre 2001

31 Rapport n° 72 (2001-2002) de M. Henri de RICHEMENT, fait au nom de la commission des lois, déposé le 14 novembre 2001

32 v. p. 21 et s.

mère puisse être tempéré par les droits de l'enfant. Pour autant, l'ensemble des mises en garde sur les droits des pères dans les travaux parlementaires pouvait être considéré comme des pistes d'évolution, dans l'idée que la réforme se poursuive. Or, seize ans plus tard le législateur n'est toujours pas intervenu en ce sens. Une réaction n'aura pas été précipitée par les différentes décisions des plus hautes juridictions, n'ayant jamais remis en cause la législation française en la matière.

2. Un équilibre approuvé sans égard au père

Si le dispositif français de l'accouchement sous X a pu être soumis tant au contrôle de conventionnalité (a) que de constitutionnalité (b), ces décisions ne permettent pas de s'en contenter, dès lors que la question des droits du père n'était pas soulevée.

a) Position de la Cour Européenne des Droits de l'Homme

La Cour Européenne des Droits de l'Homme (ci-après CourEDH) a rapidement pu prendre position sur la législation française telle que résultant de la loi du 22 janvier 2002, à travers l'arrêt Odièvre contre France du 13 février 2003³³. Qu'ils l'approuvent au fond ou non, la grande majorité des commentateurs lui accorde la même portée : par cet arrêt, la Cour de Strasbourg aurait validé la législation française sur l'accouchement sous X. La prudence impose pourtant de ne pas en tirer de conclusions trop générales. En effet, la Cour ne s'y est nullement prononcée par rapport aux droits du père. Elle était saisie par une requérante née sous X, ayant en vain tenté d'obtenir des informations sur sa famille d'origine, qui arguait que l'impossibilité d'obtenir des éléments identifiants sur ses parents et ainsi de connaître son histoire violait le droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (ci-après ConventionEDH). Telle qu'elle était posée à la Cour, la question ne l'invitait qu'à mettre en balance les droits de l'enfant et ceux de la mère. Les droits du père ont donc très peu été mobilisés par les parties, qui n'y avaient pas intérêt³⁴. C'est ainsi que si la Cour a jugé que «la législation française tente d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisants entre les intérêts en cause», il ne faut pas oublier que les intérêts du père ne l'étaient pas. On ne saurait donc considérer que la Cour a validé l'ensemble de la législation, en considération de toutes les données.

33 CEDH, 13 févr. 2003, req. n° 42326/98, D. fam. 2003, chron. n° 14, obs. H. Gaumont-Prat ; D. fam. 2003, comm. n° 58, obs. P. Murat ; JCP G 2003, II, 10049, note F. Sudre et A. Gouttenoire ; JCP G 2003, I, 120, note Ph. Malaurie ; RTD civ. 2003, 276, obs. J. Hauser et 375, obs. J.-P. Marguénaud ; RJP 2003, n° 4, p. 19, note M.-Ch. Le Boursicot ; D. 2003, chron., p. 1240, note B. Mallet-Bricout

34 La requérante n'avait pas d'intérêt à invoquer les droits du père car il ressortait du dossier qu'il avait également voulu l'anonymat, de sorte qu'il n'en n'était pas victime à ses côtés. Le Gouvernement français n'y avait pas plus d'intérêt dès lors qu'il justifiait le dispositif de l'accouchement sous X par la seule protection de la santé de la mère et de l'enfant, argument étranger à la question du père.

S'il ne saurait être reproché à la Cour de Strasbourg de ne pas s'être prononcée sur les droits du père biologique dont il n'était pas question, cela n'empêche pas de le regretter. Elle aurait pu saisir l'occasion pour mettre en garde sur ce point, ce qu'elle n'a pas fait. Comme Françoise Monéger, on peut donc regretter que « l'argumentation ait occulté le fait que le droit donné à la mère prive le père biologique en pratique, de son droit à reconnaître sa paternité »³⁵. Cela est d'autant plus déplorable que, si la Cour réserve tout de même une phrase à la question du père biologique, c'est en occultant la moitié du problème. En effet, elle relève que « la levée non consensuelle du secret de naissance (de l'enfant) pourrait comporter des risques non négligeables (...) pour son père et pour sa fratrie biologique, qui tous ont également droit au respect de leur vie privée et familiale »³⁶. Ce faisant, elle envisage la seule hypothèse où le père biologique se verrait imposer la levée du secret qu'il a voulu et ne songe aucunement à la situation inverse, où il serait, au côté de l'enfant, victime du secret décidé par la mère seule. Le droit au respect de la vie privée et familiale du père se résoudrait donc au droit de ne pas connaître et de ne pas être connu de son enfant. La rupture d'égalité dans l'établissement de la filiation avait pourtant été soulevée par l'opinion dissidente commune aux sept juges ayant conclu à la violation de l'article 8, ne se satisfaisant point de la concession de la majorité et déplorant l'existence « d'un droit purement discrétionnaire » entre les mains de la mère. Ils y utilisaient une expression forte, évoquant un véritable « droit de veto (...) pouvant paralyser les droits des tiers, notamment ceux du père biologique ». Ces critiques n'ont pourtant pas empêché la Cour de maintenir sa position, que ce soit dans l'arrêt Kearns contre France en 2008³⁷ ou dans l'arrêt Godelli contre Italie en 2012³⁸ où elle va jusqu'à prendre la législation française pour exemple, toujours sans égard aux droits du père. Ceux-ci n'ont pas davantage été pris en compte par le Conseil constitutionnel français.

b) Position du Conseil constitutionnel

Comme la Cour de Strasbourg, les sages n'ont pas saisi l'occasion d'appeler à une modification de la législation actuelle, qu'ils ont déclaré constitutionnelle dans leur décision du 16 mai 2012³⁹. Le requérant, né sous X, y arguait que les dispositions du CASF permettant à la femme de garder le secret de son identité lors de l'accouchement et conditionnant toute levée ultérieure du secret à son accord privait les enfants nés dans ses conditions de connaître leurs origines, violant

35 Françoise Monéger, *L'accouchement sous X devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'affaire Odièvre c/ France*, RDSS 2003. 219

36 Considérant 44

37 CEDH, 10 janv. 2008, req. n° 35991/04 ; D. 2008, p. 415, obs. P. Guiomard ; AJF 2008, p. 78, obs. F. Chénéde

38 CEDH, 25 sept. 2012, req. 33783/09 ; D. 2012, 2309, et 2013, 798, obs. M. Douchy-oudot ; RTD civ. 2013, 104, obs. J. Hauser ; RTDH, 2014, n° 97, pp. 153-166, note Bonnet

39 Décision QPC n° 2012-248 : le Conseil y était saisi aux fins de voir déclarer inconstitutionnels les articles L. 222-6 et L. 147-6 du Code de l'action sociale et des familles, portant respectivement sur le droit de toute femme d'accoucher dans le secret et sur la procédure permettant la levée du secret à la demande de l'enfant telle que résultant de la loi de 2002

ainsi le droit au respect de la vie privée, le principe d'égalité ainsi que le droit de mener une vie familiale normale. La décision du Conseil était attendue en ce qu'il était amené à se prononcer sur l'accouchement sous X pour la première fois depuis la création du CNAOP. Les crispations autour de ce dispositif renforçaient les attentes. En effet, cette décision est intervenue dans un contexte de remise en cause de la légitimité de l'accouchement sous X, tant politiques que jurisprudentielles⁴⁰. Dans ce climat de doutes, sa décision déclarant les dispositions contestées conformes à la Constitution a donc été accueillie avec soulagement par les défenseurs du droit au secret. Après le contrôle de conventionnalité, la loi française aurait passé le cap du contrôle de constitutionnalité⁴¹. Or, ici aussi, la prudence dans l'interprétation de cette décision s'impose. En effet, comme la Cour européenne, pour juger la législation contestée conforme à la Constitution, le Conseil se fonde uniquement sur le respect de la volonté de la mère, concilié avec les droits de l'enfant, grâce aux aménagements de l'accès à la connaissance de ses origines, sans égard aux droits du père qui n'étaient, une fois encore, pas mobilisés.

Il est vrai que les arguments utilisés par le Conseil constitutionnel laissent à penser que la question du respect des droits du père n'aurait pas permis d'aboutir à un autre constat. En effet, en affirmant que, par la possibilité d'accoucher dans le secret, « le législateur a entendu éviter le déroulement de grossesses et d'accouchements dans des conditions susceptibles de mettre en danger la santé tant de la mère que de l'enfant et prévenir les infanticides ou des abandons d'enfants ; qu'il a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé » , le Conseil valide le dispositif au regard de l'objectif de protection de la santé de la mère et de l'enfant. Cet objectif pourrait difficilement céder face à la seule volonté du père, aussi importante soit-elle. Cependant, en fondant quasiment exclusivement sa décision sur un argument sanitaire, et non sur un droit garanti aux femmes⁴², le Conseil constitutionnel n'a pas saisi l'occasion d'offrir un véritable ancrage constitutionnel au droit au secret. Or l'argument sanitaire tend à devenir désuet dès lors que les « risques d'accouchement clandestins diminuent par une meilleure maîtrise de la fécondité et l'évolution des moeurs sur les enfants nés hors mariage »⁴³. Dans cette logique, une meilleure prise en compte des droits du père devient possible et nécessaire.

40 Une proposition de loi venait d'être déposée quelques mois plus tôt, le 7 décembre 2011, par la députée Brigitte Baret, visant à remplacer l'accouchement sous X par un accouchement dans la discrétion, fondé sur la levée de l'anonymat à la majorité de l'enfant. En outre différentes décisions jurisprudentielles, qui seront analysées ci-après, avaient commencé à relativiser le droit au secret absolu de la mère, tentant de le concilier avec les revendications d'autres membres de la famille, notamment du père et des grands-parents.

41 Roseline Letteron, *Libertés publiques*, édition 2017

42 V. Chapitre 2, Sect.1, II. A

43 Tatiana Gründler, *Les droits des enfants contre les droits des femmes : vers la fin de l'accouchement sous X* ?*, La Revue des droits de l'homme , mis en ligne le 01 juin 2013

Partant et pour toutes ces raisons, les décisions des deux hautes juridictions ne permettent pas de considérer que notre dispositif actuel est exempt de toute critique. L'équilibre se définissant comme la « juste proportion entre des éléments opposés, entre des forces antagonistes, d'où résulte un état de stabilité, d'harmonie »⁴⁴, il n'apparaît pas légitime de prôner un dispositif comme équilibré lorsque l'un de ces éléments – en l'occurrence les droits du père- a été occulté. Les juges ne se prononçant que dans le contexte dans lequel ils sont saisis, c'est au contraire au législateur de prendre position pour un choix sociétal. C'est ce qui est attendu de lui dans un domaine aussi sensible que la filiation, ne pouvant demeurer incertain. Ainsi, et comme l'a mis en avant Blandine Mallet-Bricout , si « tout a déjà été dit (...) aussi bien en ce qui concerne la mère qu'en ce qui concerne l'enfant (...) reste à imaginer un droit cohérent avec lui même, préservant les intérêts de chaque protagoniste et non les seuls intérêts de la mère, ce qui n'est assurément pas chose facile »⁴⁵. C'est en cela qu'une intervention législative est nécessaire pour ne plus se contenter d'un dispositif inégalitaire.

B. Une rupture d'égalité dans le droit d'être parent

S'il existe inévitablement une inégalité biologique entre l'homme et la femme en matière de conception de l'enfant, rien n'impose qu'elle se prolonge dans une inégalité juridique. Le législateur s'est partiellement saisi de la question, assurant une plus grande égalité dans l'obligation d'assumer sa filiation (1), mais a laissé perdurer une inégalité contestable dans la volonté de l'assumer (2).

1.Égalité partiellement rétablie dans l'obligation d'assumer sa filiation

Comme le met en avant Jean-Pierre Marguénaud, ce sont les « rôles que la nature a respectivement confié à la mère et au père dans le processus de procréation » qui expliquent que la femme, en plus d'être « déjà la seule à pouvoir décider de subir un avortement, (puisse) détenir un droit au secret qui n'appartiendrait pas à l'homme »⁴⁶. La liberté de disposer de son corps, comme la protection de l'intégrité physique, et plus largement la dignité humaine empêchent, fort heureusement, l'homme d'imposer une interruption de grossesse à la mère ou de s'y opposer. Ce faisant, seule cette dernière peut mettre un terme à une grossesse dont elle ne souhaite, ou ne peut, assumer les conséquences. L'inégalité se poursuit lorsque la grossesse est menée à son terme. En effet, seule la femme, maîtresse de l'accouchement, bénéficie des dispositions protectrices de son anonymat. A l'inverse, le père qui ne souhaiterait pas être connu de son enfant ne peut pas

44 Définition du dictionnaire Larousse

45 Mallet-Bricout B., *Droits du père et accouchement sous X : la Cour de cassation prend position*, D. 2006, tribune, p. 1177

46 J-P. Marguénaud, *Quand la Cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'accouchement sous X*, RTD civ.2003.375

légalement officialiser cette volonté⁴⁷. Des voix se sont élevées contre cette inégalité. C'est ainsi que le législateur a supprimé la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité tirée de l'accouchement sous X par la loi du 16 janvier 2009⁴⁸. Désormais, maternité et paternité hors mariage peuvent toutes deux être « judiciairement déclarées (...) dans les mêmes conditions procédurales, y compris en cas d'accouchement dans le secret », ce qui a permis à la Cour de cassation de refuser de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité soulevée à l'égard de l'article 327 du Code civil⁴⁹. Il est tout de même à noter que cette modification peut avoir pour effet pervers de desservir, un peu plus encore, la situation précaire des pères souhaitant assumer leur paternité. En effet, sachant que son choix d'accoucher anonymement ne la protégera plus contre une éventuelle action en recherche de maternité, la mère pourrait être dissuadée de laisser le maximum d'informations sous pli -et notamment des informations relatives au père- par crainte que, une fois retrouvé par l'enfant, il ne lui révèle son identité⁵⁰. Une plus grande égalité dans le choix de ne pas assumer sa parentalité aurait pu être instaurée en ce sens inverse. Ainsi, plutôt que d'empêcher la mère de faire échec à toute action en recherche de maternité, certains auteurs proposaient au contraire d'offrir une possibilité similaire au père. Or, ni le législateur ni le juge n'ont été jusqu'à consacrer ces revendications en faveur d'une procédure de « géniteur sous X » qui permettrait à un homme de s'opposer à une action en recherche de paternité voire d'exclure la présomption de paternité dans le cadre du mariage⁵¹. Cette idée avait été portée jusqu'à la Cour d'appel de Versailles qui l'a expressément rejetée⁵².

En tout état de cause, cette évolution demeure plus théorique que pratique, en raison des difficultés à retrouver la mère ayant accouché sous X, rendant peu efficiente une action en recherche de maternité. Pour autant, elle révèle que le maintien de l'accouchement anonyme n'empêche pas de rechercher une plus grande égalité entre le père et la mère. Le législateur étant intervenu en ce sens quant à l'obligation d'assumer sa filiation, il se doit de poursuivre son intervention pour assurer une plus grande égalité dans le droit de l'assumer.

47 L'article 326 du Code civil ne permettant qu'à la mère de « demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé » lors de l'accouchement. Aucune disposition similaire n'existe pour le père.

48 Loi n° 2009-61 : JO 18 janv. 2009, op.cit.p. 1062

49 Civ. 1re, 9 nov. 2016, n° 15-20.547

50 F.Granet-Lambrechts, Le choix de donner la vie sans qu'une filiation soit établie, in. Philippe Jacques, dir., *Etre parent aujourd'hui*, Dalloz, 2010, p.34

51 Idée notamment portée par la juriste Marcela Iacub, proposant que le géniteur puisse souscrire une déclaration faisant connaître sa volonté de ne pas voir sa paternité judiciairement déclarée (M.Iacub, *L'empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, Paris, Fayard, coll. Histoire de la pensée, 2004, 359 p. ; M.Iacub, *Géniteur sous X*, Libération, Paris, 25 janvier 2005 (ISSN 0335-1793))

52 CA Versailles, 1re chambre, 1ere section, 10 oct. 2016, n° 15/07061

2. Égalité non rétablie dans la volonté d'assumer son rôle de parent

Les différences biologiques empêchent que l'établissement de la filiation paternelle ne s'opère de la même manière que la filiation maternelle. Hors contentieux, la paternité ne pouvant pas être établie avec autant de certitude que la maternité, le droit doit en tenir compte, ce pourquoi il use de présomptions. Cependant, dans le cadre de l'accouchement sous X ce n'est pas la certitude de la paternité qui pose problème, mais le fait que l'on n'offre pas véritablement au père la possibilité de la faire valoir. Il est vrai que l'hypothèse de l'accouchement sous X n'est pas la seule où un homme peut être privé de la possibilité d'établir sa paternité. En effet, les actions en contestation de paternité – préalable nécessaire à l'établissement d'une nouvelle filiation- sont enfermées dans un strict délai de cinq à dix ans, selon qu'il y ai ou non possession d'état conforme au titre. Passé ce délai, le géniteur ne pourra définitivement plus faire établir sa paternité, quand bien même son inaction prolongée ne serait que le fruit de l'ignorance de l'existence même de l'enfant, qui ne saurait lui être imputable. Le problème est que le dispositif actuel de l'accouchement sous X rend ce cas de figure fortement probable, si ce n'est quasiment automatique.

Certains auteurs contestent l'idée selon laquelle la femme qui accouche dans l'anonymat priverait le père biologique du droit d'établir sa paternité⁵³. Il est vrai que cette affirmation est juridiquement inexacte dès lors que l'établissement de la filiation paternelle de l'enfant né sous X est possible, en droit. Or, en fait, elle se heurte à de nombreux obstacles, résidant essentiellement dans les difficultés à identifier l'enfant⁵⁴.

Pour que l'enfant puisse être placé puis adopté, son abandon doit être devenu irrévocable. C'est le cas lorsque le délai de deux mois suivant l'accouchement sous X s'est écoulé sans que le père ou la mère n'exerce son droit de repentir. Or, et comme le relève Caroline Siffrein-Blanc, « l'acte d'abandon est un acte volontaire (...) caractéris[ant] une véritable volonté de renoncer à assumer les charges qui découlent de la naissance »⁵⁵. Dès lors, il semble difficile de parler d'abandon lorsque la décision ne vient que de la mère, le père n'ayant simplement pas réussi à faire valoir sa volonté d'assumer cette naissance dans le court délai de deux mois. Pourtant, c'est bien toutes les conséquences de l'abandon que va pouvoir produire cette décision unilatérale, empêchant, après ce délai, tout établissement de la filiation par le sang. La volonté de la mère prime donc celle

53 En ce sens, J. Rubellin-Devichi, *La recherche des origines personnelles et le droit à l'accouchement sous x dans la loi du 22 janvier 2002 - À la mémoire de Brigitte Trillat*, Droit de la famille n°5, mai 2002, chron.11

54 V. Chapitre 1, Sect1. II, A.

55 C. Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français : Étude critique*, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009, point 342

du père, créant une « inégalité dans la maîtrise de l'établissement de la parenté (qui) ne peut être cautionnée »⁵⁶. Le législateur doit donc intervenir pour restaurer une égalité dans le droit d'assumer son statut de parent.

Il ne s'agirait nullement de remettre en cause la possibilité pour la femme de « priver (l'homme) de tout espoir d'être père par une décision d'avortement à laquelle il n'est pas associé »⁵⁷ ni l'absence de droit d'être parent⁵⁸. En effet -à considérer que l'on devient parent à la naissance de l'enfant - au stade du projet parental comme à celui de la décision d'avortement il n'y a pas de parenté à proprement parler, donc pas de parenté à protéger. Il en va différemment après l'accouchement. L'enfant né, ce ne sont plus les considérations liées à la santé physique et psychique de la femme qui permettent de faire obstacle à la volonté du père. Il est donc possible de défendre un véritable « droit fondamental de reconnaître sa paternité »⁵⁹, différent d'un droit à être père. Une modification en ce sens du dispositif de l'accouchement sous X permettrait une plus grande égalité dans le droit au respect de la vie privée de l'homme et de la femme, et ainsi une plus grande conformité au dispositif de la Convention, ce que ne permettent pas réellement les quelques avancées qui ont été faites en faveur du père.

II. Timides avancées en faveur du père

Sans la nier totalement, le droit français ne prend que très peu en compte la volonté paternelle dans la législation de l'accouchement sous X. Des efforts peuvent certes être soulignés, mais doivent aussitôt être tempérés par leur insuffisance. Ainsi, ni l'aide apportée au père par l'article 62-1 du Code civil (A) ni le revirement en faveur de l'efficacité d'une reconnaissance prénatale malgré l'accouchement secret (B) ne suffisent à véritablement préserver les droits du père.

A. Faiblesse du correctif de l'article 62-1

Prenant conscience des difficultés auxquelles un père est confronté en cas d'accouchement sous X, le législateur lui a offert l'aide du Procureur de la République pour retrouver l'enfant qu'il a reconnu (1), une initiative louable mais se heurtant à des obstacles persistants (2).

56 Ibidem, point 349

57 Jean-Pierre Marguénaud, *Quand la Cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'accouchement sous X*, op.cit

58 La ConventionEDH ne consacre aucun droit d'être parent. En ce sens, CEDH, gr. ch. 24 janv. 2017, Paradiso et Campanelli c/ Italie, n° 25358/12 » (§ 215). La CourEDH rappelle fréquemment que « le droit au respect d'une vie familiale présuppose l'existence d'une famille et ne protège pas le simple désir de fonder une famille » (CEDH 13 juin 1979, Marckx c/ Belgique, n°6833/74)

59 S. Aubin, Petites affiches, 20 mars 2003, n° 57, p. 6

1. L'aide du Procureur pour retrouver l'enfant reconnu

Invités en ce sens par le Gouvernement, les sénateurs ont proposé d'introduire dans la loi de 2002 une disposition visant à faciliter les démarches des pères ayant effectué une reconnaissance prénatale mais se trouvant dans l'impossibilité de la faire transcrire sur l'acte de naissance de l'enfant du fait du secret imposé par la mère. Cette disposition a été adoptée sans modification, transposée à l'article 62-1 du Code civil disposant que « si la transcription de la reconnaissance paternelle s'avère impossible, du fait du secret de son identité opposé par la mère, le père peut en informer le procureur de la République. Celui-ci procède à la recherche des dates et lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant ». Si, dans son rapport pour la commission des lois, Mme Véronique Neiertz qualifie cette disposition d'« opportune, contribu(ant) à renforcer l'équilibre subtil réalisé par le projet de loi », l'avancée reste légère. A ce titre, les avis sur l'efficacité de cet article divergent. Marie-Christine Le Boursicot, ancienne secrétaire générale du CNAOP, considère que ce « dispositif de recherche des dates et lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant par le procureur de la République est une solution efficace » pour contrer les difficultés auxquelles l'auteur d'une reconnaissance prénatale peut faire face. Au contraire, le professeur Blandine Mallet-Bricout le juge imparfait et considère que si le droit français choisit de faire perdurer l'accouchement anonyme, cela ne peut se faire sans une amélioration de cet article « afin de donner toutes garanties au père biologique souhaitant faire valoir ses droits »⁶⁰. En réalité, force est de constater que ce correctif paraît assez faible, eu égard aux obstacles auxquels le père continue de se heurter.

2. Obstacles persistants

Tout d'abord, et contrairement à ce que plusieurs auteurs préconisaient⁶¹, il n'est pas prévu que les auteurs d'une reconnaissance prénatale soient systématiquement informés de l'existence de cette disposition, ce qui leur permettrait de saisir le Procureur de la République au plus tôt, pouvant ainsi espérer obtenir les informations utiles avant le placement de l'enfant en vue de son adoption.

Ensuite, quand bien même le père serait informé de cette possibilité qu'il mettrait immédiatement en œuvre, les investigations pourraient demeurer vaines tant le Procureur de la République ne dispose pas des moyens adéquats pour assurer des recherches effectives. D'une manière générale, le rôle du Procureur se résume à tenter de contacter la mère, alors que rien n'assure qu'il dispose des informations nécessaires pour le faire⁶². A l'aide des éléments fournis par

60 B.Mallet-Bricout, *Droits du père et accouchement sous X : la Cour de cassation prend position*, D. 2006, tribune, p. 1177

61 En ce sens E. Poisson Drocourt, *Accouchement sous X : reconnaissance prénatale par le père et adoption*, D. 2004. 2249, également opinion de Mme Chantal Lebatard exprimée dans le rapport Pécresse de la Mission Famille et droits de l'enfant remis le 27 janvier 2006

62 G.Launoy, *Fasc. unique : ACTES DE L'ÉTAT CIVIL – Acte de reconnaissance*, n° 31 JCI. Civil Code, 15/08/2017

le père quant à la date et au lieu approximatifs de l'accouchement⁶³, il lui est certes possible de recenser l'ensemble des enfants nés sous X à la période donnée, or à défaut d'indication du nom de la mère dans les actes de naissance rien ne pourra assurer qu'il s'agit de l'enfant recherché. Aucun rapprochement certain n'est donc possible⁶⁴. Ce manque d'information ne saurait être comblé par les agents de l'aide sociale à l'enfance, tenus au secret professionnel, en vertu de l'article L 221-6 du CASF. Quand bien même l'article L 221-7 du dit Code permet au Procureur, à l'occasion d'une procédure d'adoption, de « prendre connaissance des dossiers concernant les enfants recueillis par le service », il poursuit en lui interdisant expressément de révéler ces renseignements « à l'occasion d'une procédure quelconque ». Ils ne pourront donc nullement être utilisés dans le cadre de ces recherches. De même, le CNAOP ne saurait être d'aucune aide, puisque, comme le déplore Claire Nierinck, son « intervention (...) est à sens unique »⁶⁵, seul l'enfant pouvant le saisir pour obtenir des informations sur ses parents de naissance.

Ces mêmes critiques nuancent aussi largement l'amélioration apportée par la loi du 26 juillet 2013. En effet, si elle a imposé la notification de l'arrêté d'admission au père pour qu'il puisse - théoriquement- le contester et faire valoir sa paternité, cette notification ne peut être rendue effective dès lors que l'administration ne connaît pas le père de naissance. En plus d'empêcher le père, même aidé du Procureur, de retrouver son enfant, ces obstacles empêchent donc aussi l'administration d'identifier utilement le père.

En conséquence, il apparaît que la garantie offerte aux pères par l'article 62-1 est essentiellement théorique. En outre, elle ne fait sens qu'à condition que le père puisse effectivement faire valoir la reconnaissance prénatale. Ceci n'a été rendu possible que plus tardivement encore, par l'arrêt Benjamin de 2006, pourtant lui aussi impropre à résoudre toutes les difficultés.

B. L'effectivité de la reconnaissance prénatale sous condition d'identification

La Cour de cassation a amorcé une évolution favorable aux droits des pères à travers l'arrêt Benjamin reconnaissant l'efficacité de la reconnaissance prénatale(1), cependant cette avancée demeure elle aussi insuffisante (2).

63 Selon une étude statistique sur l'accouchement sous X, seuls 42% des pères connaissaient la date prévue de l'accouchement : C.Villeneuve-Gokalp , Les femmes qui accouchent sous le secret en France, 2007-2009, Population, 66 (1), 2011, p. 135-169

64 G.Launoy,, op.cit, n°41

65 C.Neirinck, *La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat : la découverte de la face cachée de la lune ?*, RDSS 2002. 189

1.L'apport de l'arrêt Benjamin

En 2002 déjà, Claire Nierinck regrettait que « le législateur n'ait pas écarté l'application de l'article 352⁶⁶ du code civil lorsque la reconnaissance (paternelle) intervient avant le placement en vue de l'adoption mais n'est transcrite qu'après ». Si cet article demeure aujourd'hui, la Cour de cassation en a tempéré les effets par l'arrêt « Benjamin » du 7 avril 2006⁶⁷ en reconnaissant la pleine efficacité d'une reconnaissance prénatale en dépit du placement. Les faits de cette affaire ont largement été relayés dans la presse et par les commentateurs. Il importe tout de même d'y revenir brièvement afin de comprendre les dysfonctionnements du système actuel. Benjamin, né sous X, avait fait l'objet d'une reconnaissance paternelle prénatale par un père qui souhaitait assumer sa paternité mais qui s'est heurté à la volonté de la mère d'accoucher dans l'anonymat. Il a donc été empêché d'obtenir des informations sur la naissance de l'enfant et ainsi de faire valoir l'établissement de sa filiation. Cette reconnaissance n'ayant pas pu être connue des services de l'ASE, l'enfant a été admis comme pupille de l'Etat puis placé en vue de son adoption, alors que le père avait entre temps entrepris les démarches auprès du Procureur de la République pour le retrouver. Ainsi au moment où le père a pu l'identifier et réclamer sa restitution, sa demande s'est heurtée au placement de l'enfant faisant échec à toute restitution. Le Conseil de famille des pupilles de l'Etat a alors, en connaissance de cause, donné son consentement à l'adoption d'un enfant qui a pourtant été préalablement reconnu et identifié par son père biologique. Il est à noter que lorsqu'ils ont déposé leur demande d'adoption plénière, les époux en charge de l'enfant n'ont nullement été informés des démarches entreprises par son père ni même de son existence. Le Tribunal de grande instance de Nancy a alors rejeté la demande d'adoption et ordonné la restitution de l'enfant à son père biologique, jugeant que la reconnaissance prénatale était valable et avait ainsi établi le lien de filiation. Les juges de première instance se sont donc écartés d'un raisonnement ancien, retenu par la Cour d'appel de Riom, qui consistait à considérer que la reconnaissance prénatale d'un enfant né sous X ne peut avoir ni valeur ni effet juridique « puisqu'elle concerne l'enfant d'une femme qui, selon la loi, n'a jamais accouché »⁶⁸. Reprenant ce raisonnement, la Cour d'appel de Nancy a infirmé cette décision en jugeant que la reconnaissance prénatale était « privée de toute efficacité par la décision de la mère d'accoucher anonymement ». Elle a ensuite jugé régulier le consentement à l'adoption donné par le conseil de famille et estimé l'adoption plénière conforme à l'intérêt de l'enfant. Au contraire, soucieuse de faire produire effet à la reconnaissance prénatale, la Cour de

66 En vertu de l'alinéa 1er de cet article, « Le placement en vue de l'adoption met obstacle à toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine. Il fait échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance.»

67 Civ. 1re, 7 avr. 2006, n° 05-11.285, D. 2006. Jur. 2293, note Poisson-Drocourt, Mallet-Bricourt, D. 2006. Tribune. 1177, Revel, Une nouvelle famille unilinéaire : l'enfant né sous X et son père D. 2006. Chron. 1707 ; Salvage-Gerest, Un autre regard sur l'affaire « Benjamin », D. 2007. Chron. 879 ; AJ fam. 2006. 249, obs. Chénédy

68 CA Riom, 16 dec. 1997. RTD civ.: 1998.891,obs. J. Hauser

cassation a retenu qu'elle « avait établi la filiation paternelle de l'enfant avec effet au jour de sa naissance, de sorte que le conseil de famille des pupilles de l'Etat, qui était informé de cette reconnaissance, ne pouvait plus consentir valablement à l'adoption de l'enfant, ce qui relevait du seul pouvoir de son père naturel ». Elle a ainsi consacré un revirement de jurisprudence favorable aux auteurs d'une reconnaissance prénatale.

A l'instar de Madame Odièvre qui est devenue, à son insu, porte parole des enfants né sous X à la recherche de leurs origines, ce père est quant à lui devenu le symbole des hommes à qui on dénie leur droit d'assumer leur paternité. L'apport majeur de cette jurisprudence réside dans le fait que, désormais, la reconnaissance prénatale est valable dès lors que l'enfant a été identifié avant le consentement à l'adoption. Cette solution est logique puisque, comme Pierre Murat le relevait, « il n'est pas douteux que la reconnaissance soit valable, même privée provisoirement d'efficacité faute d'identification de l'enfant, ni que l'identification de l'enfant donne, avec la rétroactivité habituellement attachée aux actes déclaratifs plein effet à cette reconnaissance (...) non plus que, du fait du caractère divisible de la filiation naturelle, une reconnaissance paternelle puisse être opérée, même en cas d'accouchement anonyme de la mère »⁶⁹. Le véritable problème, que cette décision ne résout pas, est de concilier l'établissement de la filiation paternelle avec la procédure d'adoption en cours, voire achevée.

Le Garde des Sceaux a souhaité attirer l'attention sur cette solution. Alors qu'elle avait pour seul objet d'exposer les conséquences de l'ordonnance du 4 juillet 2005, la circulaire du 30 juin 2006⁷⁰ dédie une partie à « la reconnaissance paternelle en cas d'accouchement secret », dont il n'est pourtant pas question dans l'ordonnance. Elle y inscrit ainsi la solution de l'arrêt Benjamin, précisant que « l'accouchement secret ne peut avoir pour conséquence de priver le père de sa paternité, lorsqu'il a reconnu et identifié l'enfant avant le placement en vue de son adoption ». Cela pouvait être perçu comme le signal d'une volonté politique de se saisir de la question des droits du père biologique. Pour autant, douze ans plus tard, leur situation demeure, en pratique, tout aussi complexe.

69 P. Murat, note ss. Cass. 1^{re} civ., 7 avr. 2006, JurisData n° 2006-033113 ; Dr.famille n°6, juin 2006, comm.124

70 Circulaire du 30 juin 2006 de présentation de l'ordonnance no 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation

2. Les obstacles juridiques et factuels persistants

En dépit de cette jurisprudence, des obstacles tant factuels que juridiques persistent. Tout d'abord, l'avancée découlant de l'arrêt Benjamin ne concerne que les pères ayant pu reconnaître l'enfant avant sa naissance. Elle ne règle nullement la situation des pères n'ayant pu effectuer de reconnaissance prénatale. Ce cas de figure n'est pourtant pas rare, et ce pour plusieurs raisons. D'une part parce que, par définition, la démarche de reconnaissance prénatale d'un enfant suppose que le père ait connaissance de la grossesse, or des études statistiques révèlent que près de la moitié des femmes accouchant sous X n'ont pas informé le père de leur grossesse⁷¹. D'autre part puisque, même lorsqu'il en est avisé, le père n'a pas toujours le réflexe, ni même la possibilité, d'effectuer une reconnaissance anticipée. Sur ce point, une rupture d'égalité entre le père marié et le simple concubin ou partenaire peut être décriée. En effet, en vertu de l'article 316 du Code civil, la reconnaissance, y compris prénatale, n'est qu'un mode subsidiaire d'établissement de la filiation. La reconnaissance maritale est conçue comme un simple palliatif à une éventuelle exclusion de la présomption de paternité, et non comme un mécanisme d'anticipation qui serait offert à tout père⁷². Cette présomption écarte donc la possibilité d'effectuer une reconnaissance prénatale⁷³, or rien n'empêche la femme mariée d'accoucher dans le secret, de sorte que la présomption de paternité ne pourra jouer. Ainsi, alors qu'elle a vocation à faciliter l'établissement de la filiation paternelle dans un couple marié, la présomption de paternité peut paradoxalement complexifier, voire empêcher, l'établissement d'un tel lien. Alors qu'il était censé être mieux protégé dans l'établissement de ses droits de père, l'homme marié peut donc se retrouver dans une situation plus fragile que le père non marié, seul ce dernier pouvant prévenir le risque lié à un éventuel départ précipité de la mère.

Ensuite, il serait illusoire de considérer que la reconnaissance prénatale suffise à préserver les droits du père biologique. Tout le problème est qu'au moment de la naissance, puis de la suite de la procédure, il est fort probable que personne n'en ait connaissance. En témoignent les faits de l'arrêt Benjamin. Or, si la Cour de cassation a eu le souci d'assurer l'efficacité d'une telle reconnaissance, elle l'a subordonné à la condition que l'enfant soit identifié par le père avant que le conseil de famille ne donne son consentement à l'adoption⁷⁴. Pourtant, le plus complexe est bien de parvenir à identifier l'enfant. Si cette difficulté n'est pas levée avant le prononcé de l'adoption, le père sera définitivement privé de son droit d'établir sa filiation. Cette situation semble pourtant la

71 Recherche conduite entre 2007 et 2009 par l'Institut national d'études démographiques (INED) en partenariat avec le CNAOP, à partir de l'analyse de 835 questionnaires remplis anonymement par les correspondants du CNAOP au moment d'un accouchement secret. Résultats retranscrits dans : C.Villeneuve-Gokalp, *Les femmes qui accouchent sous le secret en France, 2007-2009*, op.cit

72 C.Higy, *Le temps en droit de la filiation*, Presse universitaire de Strasbourg, 2012, p.83

73 La circulaire du 30 juin 2006, 1ère partie, II. 2.1.1.a) prévoit expressément que la présomption de paternité rend impossible la reconnaissance prénatale par le mari.

74 Civ. 1re, 7 avr. 2006, Benjamin, op.cit

plus probable tant, on l'a vu, les moyens au service de cette identification sont faibles. La doctrine n'a pas manqué de critiquer une telle solution, Jacques Massip relevant en ce sens qu'il « n'est pas sain de faire dépendre l'efficacité (de la reconnaissance anté-natale) d'un élément purement factuel qui lui est extérieur »⁷⁵. Pour autant, elle se justifie par des raisons d'opportunité, évitant des « conséquences humainement dramatiques »⁷⁶ que pourrait produire la rétroactivité de la reconnaissance, pouvant amener à retirer un enfant aux « personnes qui l'ont recueilli depuis des mois, voire des années (...) pour un homme qu'il ne connaît pas ». C'est donc davantage le manque de moyens donnés au père pour identifier l'enfant que la solution retenue qui est à critiquer.

Enfin, quand bien même les deux premiers obstacles auraient été levés, c'est à dire que le père ai pu effectuer une reconnaissance prénatale et identifier l'enfant avant son adoption, le retour de ce dernier dans sa famille biologique n'est pas automatique. En effet, encore faut-il qu'elle soit dans l'intérêt de l'enfant, le but étant de lui éviter d'avoir à subir une nouvelle séparation avec la famille dans laquelle il a pu être temporairement intégré. A cet égard, le temps peut jouer contre le père, qui aurait pourtant accompli toutes les diligences nécessaires. Ce cas de figure a pu être illustré dans l'affaire dite « Célestin »⁷⁷. Dans cette espèce, c'est une succession d'irrégularités⁷⁸, non imputables au père, qui a conduit au placement prématuré de l'enfant qui avait fait l'objet d'une reconnaissance prénatale par le père qui était incarcéré. Pour refuser la restitution de l'enfant malgré la levée des deux obstacles, à l'appui d'avis d'experts, les juges insistent sur le fait que l'enfant évolue favorablement au sein de sa famille d'accueil, particulièrement investie et avec laquelle il a pu construire des liens, de sorte qu'une nouvelle séparation pourrait gravement compromettre son équilibre. Parallèlement, ils semblent s'inquiéter des aptitudes parentales du père, « ne justifi(ant) d'aucun projet particulier », étant décrit comme « très immature ». La lecture de telles considérations fait naître le sentiment d'une évaluation de la capacité à être parent, nouvel obstacle aux droits du père biologique. Cet obstacle semble inévitable tant les considérations de fait ont nécessairement une place considérable dans tout contentieux ayant trait à l'autorité parentale et au placement de l'enfant, s'agissant de protéger au mieux son intérêt et sa sécurité. Cependant cela ne doit pas empêcher le législateur de fixer des règles propres à assurer le respect des droits de chacun, en dehors de circonstances particulières de chaque espèce. Il ne peut donc se satisfaire de la législation actuelle, d'autant plus face aux évolutions du droit de la famille, imposant une réflexion renouvelée sur la parenté et la filiation, dans laquelle il apparaît incohérent de nier la place du père biologique.

75 J. Massip note ss. Cass. 1ère civ. 7 avril 2006, op.cit

76 C. Higy, op.cit, p.125

77 CA Rennes, 25 nov. 2014, n° 14/04384 : JurisData n° 2014-02824, C. Neirinck, Dr.fam, janvier 2015, comm.8

78 L'admission en qualité de pupille de l'Etat n'a pas été notifiée au père, le conseil de famille a consenti à l'adoption de l'enfant malgré cette absence de notification et a rejeté la demande de restitution de l'enfant malgré la transcription de la reconnaissance

Section 2. Une évolution rendue nécessaire par les évolutions de la famille

S'il est bien une matière qui ne saurait être figée, c'est le droit de la famille. Les évolutions de ces dernières décennies ont remis en cause les quelques évidences qui demeuraient. Il n'apparaît alors plus tolérable de nier les droits d'un acteur qui cherche à trouver sa place au sein de ce système complexe. Les fondements de la famille et de la filiation ont été progressivement bouleversés, et c'est dans cette logique qu'il importe de pouvoir y intégrer le père biologique (I). Si cette intégration peut apparaître en faveur des droits de l'enfant, il est également temps de la penser en terme de droits du père (II).

I.Réflexion renouvelée sur les fondements de la filiation et de la famille

La famille contemporaine – ou devrait-on dire les familles - s'est largement éloignée de l'idéal voulu par le Code civil de 1804 sur le modèle de la famille nucléaire composée d'un couple marié et des enfants issus de ce mariage⁷⁹. Les configurations familiales sont de plus en plus diversifiées, resserrant la famille autour de l'enfant (A), ce qui a déjà eu des conséquences sur les fondements même de la filiation (B). Ces évolutions rendent possible, et nécessaire, l'intégration du père biologique dans l'accouchement sous X.

A. La fin d'un modèle familial unique

Les différentes évolutions du droit de la famille ayant resserré cette dernière autour de l'enfant (1) et redéfini la figure paternelle (2) devraient impliquer une meilleure intégration du père biologique dans l'accouchement sous X.

1.Du couple vers l'enfant

Tout d'abord, face au déclin du mariage et à la multiplicité des unions libres, dont l'avenir est incertain, il est devenu nécessaire de repenser la famille à partir du lien de filiation et non plus du lien conjugal⁸⁰. Ainsi le mariage ne définit plus la famille, celle-ci ne reposant plus nécessairement

79 Insee première n° 1435, février 2013 : En 2011 seuls 71% des enfants résidaient dans le modèle familial classique avec ces deux parents

80 M. Boisson, *Penser la famille comme institution, penser l'institution de la filiation. La recherche contemporaine en quête de sens commun*, Informations sociales, 2006/3, n° 131, p.102

sur un couple uni. Un père n'est donc pas moins légitime à fonder une famille, même sans la mère biologique. En outre, cette fragilisation du couple entraîne une complexification du lien de filiation⁸¹. Deux difficultés majeures découlent de cette mutation. D'une part, la simplicité de l'établissement de la filiation paternelle par présomption de paternité du mari devient plus rare. Les reconnaissances de paternité trouvent donc une importance nouvelle, ce pourquoi il importe de les rendre véritablement effectives, indépendamment du choix de la mère. D'autre part, la redéfinition des liens conjugaux entraîne une plus grande précarité, à travers une fragilisation des liens paternels après la séparation⁸². Un renforcement de la protection des droits du père apparaît donc essentiel, d'autant plus en cas d'accouchement sous X.

Parallèlement, les familles recomposées se sont multipliées, illustrant la pluralité d'acteurs pouvant être présents dans la vie de l'enfant. Comme le relevait le psychiatre et psychanalyste Serge Hefez lors de son intervention au Forum bioéthique européen du 26 janvier 2016, « on peut recomposer une famille à tous les stades de l'évolution de l'enfant »⁸³. En ce sens, un adulte peut prendre en charge un enfant sans qu'il ne soit légalement considéré comme son parent. On parle alors de « parent domestique »⁸⁴ ou de « parent social »⁸⁵. Si des tiers peuvent coexister dans le quotidien de l'enfant, son père biologique devrait également pouvoir y avoir une place. Il sera précisé dans le chapitre suivant de quelle manière on pourrait s'inspirer des revendications des beaux-parents pour concevoir l'intégration du père biologique. Pour l'heure, ce qu'il importe de retenir de ces évolutions c'est qu'il n'apparaît plus cohérent de demeurer dans un modèle exclusif, impropre à prendre en compte les schémas familiaux plus complexes. Il est ainsi essentiel de reconnaître et de protéger juridiquement les différentes formes de parentés qui coexistent aujourd'hui, dont celle du père dans l'accouchement secret. Si les configurations familiales ont évolué, il en va de même de la place du père au sein même de la famille.

2.L'évolution de la figure paternelle

Repenser l'accouchement sous X à l'aune des droits du père apparaît d'autant plus nécessaire que la place du père au sein de la famille a évolué pour revêtir une importance sociologique et psychologique grandissante. Notre décennie a été marquée par une importance

81 Gaëlle Guernalec-Lévy, discours de clôture du Colloque *Construire un projet pour l'enfant*, Enfance Famille et Adoption, Paris, 20 novembre 2017, discours de clôture

82 A.Martial, *Famille recomposée : Les familles recomposées : le point de vue de l'ethnologue*, AJ fam. 2007. 288

83 Forum Bioéthique Européen, *Nouvelles familles, nouvelles filiations. Comment va l'Œdipe ?*, 25- 30 janvier 2016, Strasbourg, 6ème édition

84 Terme utilisé par M.Boisson, *Penser la famille comme institution, penser l'institution de la filiation. La recherche contemporaine en quête de sens commun*, Informations sociales, 2006/3, n° 131

85 Terme utilisé par I.Corpart Isabelle, in. *La pluriparentalité en chantier*, Cités, 2006, n° 28

croissante des femmes au travail, amenant à l'idée de « co-parentage, de parentalisation réciproque »⁸⁶ et redéfinissant ainsi le rôle du père. A l'heure où des pères montent sur des grues ou entament une grève de la fin pour revendiquer leurs droits en cas de séparation⁸⁷, où l'on envisage une augmentation du congé paternité⁸⁸, où un enfant peut légalement avoir deux pères, il n'est plus possible d'ignorer sa place dans l'épanouissement familial et affectif. Il importe donc de sortir de la logique où le père n'est pensé qu'en sa dimension autoritaire, illustrée par les termes employés par le professeur et psychologue américain Michael Lamb dès 1975: « *Forgotten Contributors to Child Development* »⁸⁹, littéralement l'acteur oublié dans le développement de l'enfant. Au contraire, il apparaît aujourd'hui comme un « acteur dont le rôle monte en puissance »⁹⁰, un parent à part entière qui a donc droit à une protection, y compris face à la volonté de la mère. Le droit de la filiation doit prendre acte de l'ensemble de ces changements. Dès lors qu'il a déjà su faire preuve de souplesse pour s'adapter à une diversité nouvelle, l'intégration du père biologique dans l'accouchement sous X apparaît comme une suite logique.

B. Une plus grande adaptabilité de la filiation en faveur de l'intégration du père biologique

Qu'est-ce qu'un père et une mère ? Le droit peine à trouver une réponse. De manière générale, le droit de la filiation est tiraillé entre deux fondements, se fondant tantôt sur la volonté tantôt sur la biologie. Volonté et biologie concordent pourtant chez le père qui souhaite établir sa filiation dans l'accouchement sous X.

L'évolution des sciences, suivie de celle du droit, a « multiplié les possibilités de manipulations ou de bricolage des filiations »⁹¹. Avec l'adoption, suivie du développement de l'assistance médicale à la procréation (AMP), la famille ne repose plus nécessairement sur l'union sexuelle de l'homme et la femme. Elle n'est plus automatiquement adossée à la biologie. Ces évolutions permettent aujourd'hui de s'éloigner du schéma classique dans lequel géniteur et parent ne font qu'un. Or s'éloigner de cette logique n'est légitime que dans l'hypothèse où le géniteur ne souhaite pas être parent. C'est le cas du donneur de sperme ou des géniteurs abandonnant leur enfant

86 Noël Raphaële, Francine Cyr. *Le père : entre la parole de la mère et la réalité du lien à l'enfant*, La psychiatrie de l'enfant, vol. 52, n° 2, 2009, p.542

87 En février 2013, à Nantes un père divorcé s'était perché sur une grue refusant d'en descendre pour réclamer le rétablissement d'un droit de visite. Son initiative a été imitée par plusieurs pères depuis, le dernier exemple étant très récent, à Nantes, où un père a entamé une grève de la fin avant de se retrancher au sommet d'une grue en janvier 2018 après s'être vu retirer son droit de visite.

88 La secrétaire d'Etat à l'égalité entre les femmes et les hommes, Marlène Schiappa, a indiqué, le 22 janvier 2017, avoir commandé un rapport à l'inspection générale des affaires sociales sur le congés paternité afin d'en étudier l'allongement et la rémunération.

89 Michel E. Lamb, *Fathers: Forgotten Contributors to Child Development*, in *Human Development*, vol.18, n°4, 1975

90 Lianos Florence, « L'avenir de l'accouchement dans le secret en France », *Droit et société*, vol.82, n°3, 2012, p.643

91 F.Kernaleguen, *Filiation - « Vos enfants ne sont pas vos enfants » : être institué parent ?*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 7-8, 13 Février 2017, doct. 185

à l'adoption, mais ce n'est pas celui du père biologique dans l'accouchement sous X qui revendiquerait son statut. Ainsi, la conclusion à tirer de ces évolutions n'est pas tant un recul général du fondement biologique mais davantage une plus grande adaptabilité du droit de la filiation, pouvant tenir compte des différentes circonstances entourant la naissance. Dans cette logique, le droit doit également pouvoir s'adapter à la situation particulière où le père biologique revendique l'établissement de sa filiation contre la volonté de la mère de garder l'anonymat. Dans ce cas, il n'y a pas lieu de recourir à une fiction mais de consacrer la réalité biologique qui cherche à s'affirmer.

Un autre argument au sein de cette dualité de fondement de la filiation est en faveur d'une meilleure prise en compte des droits du père biologique. En effet, même lorsqu'il a consacré la volonté par delà la biologique dans l'adoption et l'AMP, le droit de la filiation est longtemps demeuré dans une logique de mimétisme de la procréation. Comme le soulevait Martine Gross, le législateur a tenté de « contenir toutes les configurations où les enfants ne sont pas nés de l'union sexuelle de leur parent dans le modèle exclusive d'un père/une mère »⁹². L'adoption a ainsi été conçue comme une « nouvelle naissance », de la même manière qu'il ressort des conditions d'accès à l'AMP une véritable volonté d'imitation de la procréation naturelle, qui se prolonge dans le fait que les tiers donneurs sont totalement occultés. Le droit ayant ainsi usé d'artifices pour maintenir une vraisemblance de parents géniteurs, il n'est pas cohérent d'occulter le géniteur qui souhaite assumer son rôle de parent. Et si l'accès au mariage des couples homosexuels a modifié cette logique de « modèle pseudo-procréatif »⁹³, ce n'en n'est pas moins un nouvel argument en notre sens. En effet, l'ouverture du mariage – et par la même de l'adoption- aux couples de même sexe a amené à envisager la filiation dans l'indifférence des sexes. La logique de la filiation par imitation de la procréation en a été bouleversée, dès lors que les parents homosexuels ne cherchent- et ne peuvent- nullement se faire passer pour géniteurs. Cela est d'autant plus vrai qu'il est aujourd'hui question d'étendre l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes de même sexe⁹⁴. Acceptant de détacher la filiation de toute référence à la procréation, ces évolutions amènent à la reconstruire autour de l'« intention parentale ouvertement assumée »⁹⁵ et à « privilégier l'engagement dans un projet parental »⁹⁶. Or le père ayant effectué une reconnaissance prénatale

92 Intervention au Forum Européen de Bioéthique, 25- 30 janvier 2016, op.cit

93 M.Gross, *Dénouer la filiation de la procréation*, in C.Neirinck, M.Gross, *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ?*, op.cit. p.118

94 A l'heure actuelle, l'AMP est réservée aux couples composés d'un homme et d'une femme, en âge de procréer, souffrant d'une infertilité médicalement constatée ou risquant de transmettre une maladie grave à l'enfant (Article L2141-2 CSP). Le Président de la République s'est annoncé favorable à l'ouverture de l'AMP à toutes les femmes. Le Comité Consultatif National d'Ethique a donné un avis favorable en juin 2017. L'ouverture de l'AMP aux couples de femmes homosexuels pourrait devenir effective avec la révision de la loi bioéthique prévue début 2019.

95 P.Murat, *L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif*, Les petites affiches,, n°200, 7 octobre 2010

96 C.Neirinck, M.Gross, *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ?*, op.cit., p.12

n'est-il pas ainsi engagé en ce sens ? Et celui à qui on a caché l'existence même de l'enfant ne l'aurait-il pas été ? Cette place croissante de la volonté confirme donc la nécessité d'une réforme. Dès lors que projet parental et procréation coïncident, il n'y a pas lieu de refuser l'établissement de la filiation.

Il ressort de cette complexité croissante du droit de la famille que le législateur s'attache à proposer des options plus qu'à imposer un modèle familial unique. Ces mutations imposent de ne plus être « otages de postures idéologiques », de sortir du « huit clos d'un cercle vertueux de la vie familiale traditionnelle »⁹⁷. Cela ne peut se faire en continuant de nier la place du père biologique dans l'accouchement secret, position actuelle qui n'est pas des plus conformes aux droits de l'enfant comme du père.

II. Des droits de l'enfant aux droits du père

Il est possible de défendre l'intégration du père biologique à travers le prisme des droits de l'enfant (A), cependant, pour les renforcer, il semble également important de penser les droits du père de manière autonome (B).

A. Droits de l'enfant pour une intégration du père biologique

Les droits de l'enfant peuvent être invoqués à l'appui de ceux du père. En effet, les engagements internationaux de la France en la matière (1) tout comme les revendications croissantes pour l'accès aux origines (2) paraissent en faveur d'un renforcement de la place du père biologique en cas d'accouchement sous X.

1. Engagements internationaux en faveur du droit de connaître le père

Au niveau international d'abord, l'article 7.1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant⁹⁸ dispose que l'enfant a, « dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux ». Indépendamment des réflexions sur ce qui fait un parent, il est admis que cet article consacre la primauté de la famille d'origine, présument que « les parents par le sang sont les mieux à même d'agir selon l'intérêt de l'enfant »⁹⁹. Pourquoi cette présomption serait remise en cause pour le père biologique dans l'accouchement sous X ? Cette disposition impose

97 P.Murat, ibidem

98 Convention adoptée à New York le 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, ratifiée par la France le 7 août 1990

99 P.Murat, L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif, op.cit

ainsi aux Etats de faire en sorte que l'enfant puisse connaître ses parents et grandir à leur côté, ce qui peut paraître en contradiction avec le dispositif actuel. Il est vrai que ces deux droits ne sont reconnus que « dans la mesure du possible », vaste expression couvrant différents obstacles. Or à partir de quand n'est-on plus dans cette mesure du possible ? Le droit de connaître ses parents peut certes se heurter à l'anonymat voulu par la mère ou à l'obligation d'anonymat des donneurs de gamètes. Cependant, dans ces cas, c'est la volonté même du parent ou la loi et l'éthique qui justifient la restriction. A l'inverse, aucun obstacle absolu ne semble justifier la restriction au droit de connaître son père biologique et d'être élevé par lui alors même que tel est son souhait. Assurer au père la possibilité de retrouver son enfant et d'établir des liens avec lui irait donc dans le sens d'une plus grande effectivité de ces droits de l'enfant. C'est d'ailleurs ce qui explique que la Cour de cassation ait rendu sa décision dans l'arrêt Benjamin au visa de cet article 7.1, même si elle n'y cite que le droit de connaître ses parents, omettant celui d'être élevé par eux. Ce texte impose pourtant d'aller plus loin, afin que le législateur fasse véritablement son « possible » pour en assurer toute l'effectivité.

Au niveau européen ensuite, le droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant, posé à l'article 8 de la ConventionEDH, peut lui aussi justifier une meilleure intégration du père biologique. Selon la Cour de Strasbourg, «le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain»¹⁰⁰, formule qu'elle a complétée en précisant que «le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personne»¹⁰¹. Elle va jusqu'à qualifier de «vital» cet intérêt à «obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle»¹⁰². Il en va donc du respect de la vie privée de l'enfant que de donner les moyens au père de le retrouver et ainsi assurer son droit de connaître son identité. Plus qu'un simple droit de connaître ses parents, la jurisprudence européenne a également forgé un véritable droit pour l'enfant d'entretenir des relations avec eux, malgré leur séparation. Elle considère ainsi que l'intérêt supérieur de l'enfant commande de « maintenir ses liens avec sa famille, sauf dans les cas où celle-ci s'est montrée particulièrement indigne, car briser ce lien revient à couper l'enfant de ses racines »¹⁰³. A priori, aucun comportement indigne ne peut être reproché au père biologique qui ne fait que subir l'anonymat voulu par la mère, de sorte que rien ne justifie de briser son lien avec l'enfant. Pour protéger les droits de l'enfant, le législateur doit donc lui offrir la possibilité d'entretenir des relations avec son père biologique qui le revendique.

100 CEDH, Gaskin c. Royaume-Uni, 7 juil. 1989, req. n° 10454/83, § 39

101 CEDH, Mikulić c. Croatie, 7 févr. 2002, req. n° 53176/99, § 54

102 *ibidem* § 64

103 CEDH, Mamousseau et Washington c. France, 6 déc. 2007, n° 39388/05, § 67, *AJ famille* 2008, p. 83, obs. A. Boiché

2.Revendications croissantes pour l'accès aux origines

Au delà des textes internationaux, c'est un aspect psychologique et identitaire qui entre en jeu. Comme l'explique Charlotte Blanc-Fily, docteure en droit, la filiation est un élément clé de la « construction personnelle et intime de l'individu »¹⁰⁴. Connaître ses origines peut ainsi devenir essentiel pour l'épanouissement de l'individu. Les revendications en la matière ne cessent de croître, de plus en plus d'enfants, devenus adultes, exprimant sur la scène politique et médiatique leur « souffrance identitaire, liée à leur impossibilité de connaître les circonstances exactes de leur abandon par leurs parents de naissance »¹⁰⁵. Une meilleure intégration du père biologique qui souhaite connaître l'enfant permettrait d'atténuer cette souffrance. Une évolution apparaît d'autant plus souhaitable que la question de l'importance de l'accès aux origines revient dans les débats à l'occasion de l'ouverture des Etats généraux de la bioéthique en janvier 2018, face aux revendications d'enfants nés de don de gamètes, sollicitant la fin de l'anonymat des donneurs. La question ne se pose évidemment pas dans les mêmes termes dans l'accouchement sous X que dans le don de gamète. Dans le premier cas, l'enfant souffre de l'idée que ses parents de naissance n'ont pas souhaité l'élever alors que dans le second il est aux côtés de parents qui l'ont désiré¹⁰⁶. Les revendications ne sont donc pas les mêmes. En réalité, cette différence ne fait qu'augmenter la nécessité de repenser la filiation paternelle dans l'accouchement sous X. En effet, dans le cadre du don de gamète, il n'y a pas de doute sur la volonté du géniteur qui sait qu'il demeurera anonyme et qui en a fait le choix. A l'inverse dans l'accouchement sous X le père peut ne pas avoir eu le choix, ne pas avoir accepté d'être réduit au rôle de géniteur. Finalement dans le don de gamète tout le monde a donné son accord à l'anonymat, sauf l'enfant alors que dans l'accouchement sous X seule la femme intervient dans la majorité des cas. Si le Conseil d'Etat a jugé l'anonymat du donneur conforme au respect de la vie privée et familiale¹⁰⁷, son raisonnement n'est donc pas transposable à l'accouchement sous X. En tout état de cause, les revendications croissantes en faveur de la levée de l'anonymat des donneurs ne font qu'illustrer l'importance de la connaissance des origines pour l'enfant, rendant légitime la réforme souhaitée dans l'accouchement secret. Au delà des seuls droits de l'enfant, il est également important de se recentrer sur les droits du père lui même.

104C. Blanc-Fily *L'influence des effets de la filiation sur ses fondements* in A.Dionisi-Peyrusse, L. Mauger-Vielpeau (dir), *Les fondements de la filiation, acte de colloque*, op.cit, p.160

105 C.Ensellem, *Accouchement sous X et assistance médicale à la procréation avec donneur: prises de position sur l'accès aux origines et les fondements de la parentalité*, Recherches familiales, Union nationale des associations familiales, 2007, p.116

106 Rapport final *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde*, Sous la responsabilité scientifique de Clotilde Brunetti-Pons, Convention de recherche n° 14.19 ,5 janvier 2015 - 5 janvier 2017

107 CE, 28 déc. 2017, n° 396571 ; déjà pour une conformité de l'anonymat des donneurs dans CE, 12 nov.2015,n° 372121

B. Droits du père au respect de la vie privée et familiale

S'il ne semble pas exister de droit à l'enfant -et donc de droit à être parent- il en va autrement d'un droit d'assumer son statut de parent. Un véritable droit d'établir sa descendance pourrait être déduit de l'article 8 de la Convention EDH, en ses deux aspects. Le père peut ainsi se prévaloir d'une vaste conception de la vie familiale (1) ou, a minima, d'une protection du droit au respect de sa vie privée (2).

1. Droit au respect de la vie familiale

Toute la question est de déterminer si le père biologique peut pleinement être considéré comme un parent, dont la relation avec l'enfant doit être protégée. La loi de 2002 utilise à de nombreuses reprises les termes de « père et mère de naissance », dans une logique assimilant géniteurs et parents¹⁰⁸. Il est alors paradoxal de faire référence au père de naissance, de le nommer comme tel, pour ensuite ne le traiter que comme un simple géniteur. La jurisprudence européenne commande elle aussi de l'appréhender comme un parent à protéger.

Si le droit au respect de la vie familiale du père peut être invoqué, c'est car la Cour de Strasbourg fait preuve de souplesse quant à la nature du lien de parenté qu'elle protège. Sa jurisprudence apparaît en faveur de la consécration de la volonté du père biologique, pouvant être considéré comme parent méritant protection de sa vie privée et familiale, indépendamment de l'établissement de la filiation. En effet, pour le protéger, la Cour n'exige pas que le lien de parenté soit consacré par le droit¹⁰⁹, pas plus qu'elle n'impose l'effectivité de la relation. Elle retient ainsi une large conception de la vie familiale, acceptant d'y inclure la simple potentialité de relation. Elle a par exemple pu étendre la protection de vie familiale « à la relation qui pourrait se développer entre un enfant né hors mariage et son père naturel » qui n'ont pu se connaître¹¹⁰, de même qu'elle a reconnu l'existence d'une vie familiale à protéger entre un enfant abandonné à la naissance sans le consentement de son père et ce dernier quand bien même il n'avait pas reconnu l'enfant et n'avait jamais eu de contact avec lui¹¹¹. Poursuivant cette logique, dans une affaire concernant une mère ayant accouché sous X et souhaitant obtenir la restitution de son enfant malgré l'expiration du délai de rétractation de deux mois, elle a admis que le « lien entre la requérante et son enfant relève de la

108 C. Neirinck, *La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat : la découverte de la face cachée de la lune ?*, op.cit

109 A. Gouttenoire, *La relation parent-enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Informations sociales, vol. 149, n°5, 2008 p.42

110 CEDH, *Nylund c. Finlande*, 29 juin 1999, n° 27110/95

111 CEDH, *Gorgulu c/ Allemange*, 26 fév. 2004, n°74969/01

vie familiale, au sens de l'article 8 »¹¹², malgré l'absence d'établissement juridique de la filiation. De manière générale, la Cour de Strasbourg impose aux Etats de permettre la consécration juridique de la relation entre un parent et son enfant, afin de « permettre à ce lien de se développer et instaurer une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille »¹¹³, ainsi que de prendre les mesures nécessaires afin de faciliter la réunion de la famille. Une réforme permettant l'intégration du père biologique dans l'accouchement sous X apparaît être une mesure nécessaire.

Pour autant, il ne s'agit pas d'affirmer que tout géniteur peut se prévaloir de cette protection par la seule existence d'un lien biologique. D'autres critères entrent en jeu. En effet, la Cour estime qu'« une simple parenté biologique entre un parent naturel et un enfant, dépourvue de tous éléments juridiques ou factuels indiquant l'existence d'une relation personnelle étroite, est insuffisante pour entraîner la protection de l'article 8 »¹¹⁴. Le père ne saurait donc arguer du seul lien biologique pour se prévaloir de l'existence d'une vie familiale. Cependant, il peut faire valoir sa volonté, clairement manifestée, d'établir des liens avec son enfant. En effet, la Cour accorde une importance particulière à cette volonté. Pour protéger une vie familiale à venir, elle tient ainsi compte de « l'intérêt et l'attachement manifestés par le père naturel pour l'enfant avant et après la naissance »¹¹⁵. Il y a tout lieu de considérer que les démarches de reconnaissance prénatale comme de recherche de l'enfant par saisine du Procureur de la République manifestent un tel intérêt, devant donc être pris en compte.

Ainsi, puisqu'un lien familial peut exister entre un enfant né sous X et son père biologique avant qu'il n'ait pu le retrouver, l'Etat ne peut l'occulter et doit le protéger. Une réforme de l'accouchement sous X paraît nécessaire pour que cette protection ne demeure pas théorique et illusoire, d'autant que le père peut aussi se prévaloir du droit au respect de sa vie privée.

2.Reconnaissance de paternité comme élément du droit au respect de la vie privée

Même lorsqu'elle ne retient pas l'existence d'une vie familiale à protéger, la Cour Européenne considère que les procédures en reconnaissance de paternité relèvent du droit au respect de la vie privée du père présumé, en ce qu'elles « englobent des aspects importants de l'identité de ce dernier »¹¹⁶. L'Etat a donc l'obligation positive de procurer au père biologique les moyens alternatifs d'établir sa paternité. L'impossibilité de faire établir sa paternité biologique peut ainsi constituer une violation du droit au respect de la vie privée du père. Elle a retenu une telle

112 CEDH, *Kearns c/France*, 10 janv.2008,n°35991/04, Dr.Fam.2008, §72

113 CEDH, *Róžański c. Pologne*, 18 mai 2006, n°55339/00

114 CEDH, 2e Sect. *Lebbink c. Pays-Bas*, 1er juin 2004, n° 45582/99, dans le même sens CEDH, *Toth c.Hongrie*, 12 févr. 2013, n° 4849/06

115 CEDH, *Nylund c. Finlande*, op.cit

116 En ce sens, CEDH, *Rasmussen c.Danemark*, 28 nov.1984, n° 8777/79, § 33 ; *Nylund c. Finlande*, 29 juin 1999,op.cit

violation dans une espèce où celui qui se prétendait le père biologique d'un enfant, préalablement reconnu par un autre homme, ne pouvait contester cette reconnaissance pour établir sa propre paternité¹¹⁷. Ce raisonnement est transposable à la législation française en matière d'accouchement secret où le père biologique, même auteur d'une reconnaissance prénatale, se voit dans l'impossibilité absolue d'établir sa paternité après le consentement à l'adoption. Une violation du droit au respect de la vie privée du père pourrait donc être imputée à la France si les juges de Strasbourg étaient saisis de la question en ce sens. La tendance récente de la Cour de cassation à opérer un contrôle de proportionnalité dans les cas où les actions relatives à la filiation se heurtent à la prescription va déjà en ce sens. En effet, l'argument tiré de l'atteinte à la vie privée et familiale est de plus en plus invoqué par les demandeurs empêchés d'établir leur lien biologique. Même si, pour l'heure, elle a toujours admis leur but légitime, la Cour de cassation a reconnu que les délais de prescription constituent une ingérence dans la vie privée du demandeur¹¹⁸. La législation actuelle empêchant le père biologique de voir sa filiation établie en raison du secret souhaité par la mère et à l'issue du délai légal pourrait donc s'analyser en une telle ingérence.

A l'issue de ces développements, il n'apparaît donc plus cohérent de ne penser l'accouchement sous X qu'en terme de maternité. Ni la jurisprudence sur la question ni les évolutions en matière familiale ne permettent de se contenter du dispositif actuel. Il est vrai que la complexité pour parvenir à un dispositif équilibré croît corrélativement au nombre d'acteurs à concilier, de sorte qu'il est tentant de réduire l'équation au minimum. Pour autant, une telle solution réductrice ne trouve pas sa place en droit. Mère, enfant et père sont autant d'acteurs que de droits à prendre en compte. La difficulté de l'intégration du père biologique ne saurait donc empêcher de la mettre en œuvre. L'institution de la filiation étant « disponible à la créativité juridique »¹¹⁹, c'est au législateur de se saisir de la question afin d'affirmer un choix politique en la matière. Plusieurs pistes d'évolution deviennent alors possibles pour mettre en œuvre l'intégration souhaitée.

117 CEDH, L.D et P.K c. Bulgarie, 8 déc.2016, n° 7949/11 ; 45522/13

118 En ce sens Civ.1ère, 5 oct.2016, n° 15-25.507 ; Civ.1ère, 6 juil.2016, n° 15-19.853 ; Civ.1ère, 9 nov.2016, n° 15-25.068

119 M. Boisson, Penser la famille comme institution, penser l'institution de la filiation. La recherche contemporaine en quête de sens commun, op.cit

Chapitre 2: La mise en œuvre de l'intégration du père biologique

Face à la prise de conscience de l'inégalité et des incohérences inhérentes au dispositif actuel de l'accouchement sous X, qui devrait découler des développements précédents, deux réactions sont envisageables. La première consisterait à user de l'argument des droits du père pour servir les revendications en faveur de la fin de l'accouchement secret. L'accouchement sous X disparaissant, le père ne pourrait plus en souffrir. La seconde implique au contraire de penser les droits du père dans le dispositif de l'accouchement sous X, cherchant des solutions pour préserver cette faculté offerte à la femme. La première ne présenterait qu'une simplicité apparente, ne permettant pas de résoudre la véritable difficulté liée aux cas où une femme décide seule de l'avenir de l'enfant qu'elle porte. Quand bien même il perd de son intérêt et apparaît comme une exception juridique pratiquement propre à la France, l'accouchement secret reste une faculté utile que cette étude ne vise pas à supprimer. C'est donc la seconde voie qui a été choisie, impliquant de mettre en œuvre l'intégration du père biologique dans le dispositif existant. Il s'agit désormais de prendre en compte l'ensemble des données afin de penser un système plus équilibré, prenant acte de la multitude d'intérêts à préserver, de ceux de la mère à ceux de l'enfant, sans oublier ceux de la famille l'ayant pris en charge (Section 1). La difficulté de cette tâche ne saurait empêcher de proposer des solutions, une amélioration étant possible à différents stades, tant pour éviter le conflit que pour le résoudre (Section 2).

Section 1. Une réforme délicate : une pluralité de droits à concilier

Si une réforme est nécessaire, elle n'est pas moins délicate, dès lors qu'il s'agit de faire face à des situations familiales sensibles et complexes. Améliorer les droits du père ne saurait se faire au détriment de l'ensemble des autres acteurs concernés. Il importe donc de penser un modèle propre à concilier la pluralité de droits et intérêts en présence. Au cœur même de la problématique, l'enfant est le premier sujet à protéger afin de préserver son intérêt, souvent pensé en terme de stabilité juridique (I). Cet enfant gravite alors autour de plusieurs adultes, mère de naissance et famille adoptive, dont les droits sont également à prendre en compte (II).

I.Intérêt de l'enfant et stabilité juridique

Malgré son caractère flou, l'intérêt de l'enfant est une notion essentielle et centrale en droit de la famille, que la réforme devra nécessairement protéger (A), gardant à l'esprit l'objectif majeur de stabilité juridique en matière de filiations (B).

A.La notion floue d'intérêt de l'enfant

Dans la loi comme dans les prétoires, la protection de l'intérêt de l'enfant apparaît comme la ligne directrice de toute évolution et de toute décision en matière familiale. L'article 3 de la Convention de New York impose en effet d'en faire la «considération primordiale» dans toutes les décisions concernant l'enfant. Renforcer la place du père biologique dans l'accouchement sous X ne saurait donc se faire en sacrifiant cet intérêt.

Selon la CourEDH, il importe de donner «plus de poids aux intérêts de l'enfant et de la famille dans laquelle il vit qu'à ceux d'un demandeur cherchant à faire établir un fait biologique »¹²⁰. C'est ainsi que, dans l'arrêt Nylund contre Finlande, elle a pu justifier le refus d'examiner la prétention du requérant, père biologique de l'enfant, au motif qu'elle n'était pas dans l'intérêt de l'enfant. Dans la même logique, elle a eu l'occasion d'approuver des juges d'avoir rejeté les demandes d'enregistrement d'une reconnaissance paternelle d'un père qui avait «l'intention de bouleverser la situation familiale de sa fille (...), changement (qui) serait préjudiciable aux intérêts de l'enfant»¹²¹. Elle rappelle ainsi que «lorsque sont en jeu les droits garantis aux parents par l'article 8 et ceux d'un enfant, les cours et tribunaux doivent attacher la plus grande importance aux droits de l'enfant»¹²². Dans l'optique d'une réforme, l'intérêt de l'enfant devra donc toujours prévaloir sur celui du père biologique.

Pourtant, aussi importante soit-elle, cette notion n'est pas définie juridiquement. Il importe alors de ne pas l'instrumentaliser et de l'utiliser à bon escient. Le problème est que l'intérêt de l'enfant peut justifier tout et son contraire. La jurisprudence en matière de gestation pour autrui l'illustre bien. En effet, l'intérêt supérieur de l'enfant a amené la Cour de Strasbourg à imposer la transcription sur les registres d'Etat civil d'une filiation établie en contrariété avec la prohibition de cette pratique¹²³ alors qu'il n'a pas empêché cette même Cour d'approuver le retrait de l'enfant à ses

120 CEDH, Nylund c. Finlande, 29 juin 1999, op.cit

121 CEDH, Youssef R. c. Pays Bas, 5 nov.2002, n°33711/96, § 71

122 ibidem, § 73 ; déjà en ce sens : Elsholz c. Allemagne n° 25735/94, § 52, K.M. c. Royaume-Uni n° 28945/95, § 72

123 CEDH 26 juin 2014, n° 65192/11, Mennesson c/ France, et n° 65941/11, Labassée c/ France, D. 2014. 1376 ; AJ fam. 2014. 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse

parents d'intention « malgré l'existence d'un projet parental et la qualité des liens affectifs »¹²⁴. Ainsi que le relevait Jean-Jacques Lemouland, « les conceptions antagonistes qui peuvent se développer autour d'un concept aussi flou conduisent parfois à ce résultat paradoxal de voir les droits de l'enfant méprisés au profit de ceux des adultes »¹²⁵. Il ne faut donc pas instrumentaliser cette notion pour défendre à tout prix la paix des familles ou un modèle familial traditionnel. L'enfant ne doit pas apparaître comme un objet de droit qui verrait son intérêt prédéfini de manière objective, tant ce système « n'invite pas à un contrôle étroit de l'intérêt de l'enfant »¹²⁶. En ce sens, on ne peut considérer par avance que l'intérêt de l'enfant sera nécessairement de demeurer dans la famille qui l'a adopté ou accueilli dès son plus jeune âge, pas plus qu'on ne peut affirmer qu'il sera automatiquement de connaître et de vivre avec son parent biologique.

En outre, si l'intérêt de l'enfant revêt une importance particulière, tout ne doit pas en dépendre, la filiation ne devant pas être entièrement « livrée à l'arbitraire du juge »¹²⁷. C'est en cela que l'on ne saurait opposer par principe l'intérêt de l'enfant à une meilleure prise en compte des droits du père biologique. Finalement, la conciliation des droits du père avec l'intérêt de l'enfant est une question de fait, propres aux circonstances de chaque espèce mais ne devant pas empêcher le législateur d'améliorer ces droits. En édictant des règles abstraites, celui-ci devra nécessairement les penser en faveur de l'enfant mais c'est davantage le juge qui préservera son intérêt, par l'octroi d'une marge de manœuvre, propre à tout contentieux familial. Cependant, puisque cet intérêt est généralement conçu de paire avec la stabilité juridique, intégrer le père biologique ne pourra remettre en cause tous les repères établis.

B.L'objectif majeur de stabilité juridique

Une réforme de l'accouchement sous X ne pourra pas se faire au détriment de la sécurité qui, selon les termes du doyen Carbonnier, répond à un « besoin animal »¹²⁸. L'objectif de stabilité juridique clairement réaffirmé dans l'ordonnance de 2005 risque alors d'entrer en conflit avec les droits du père à voir sa filiation consacrée. Il pourrait constituer un obstacle à deux niveaux : en imposant une certaine rapidité dans la création d'un lien entre l'enfant et des adultes assurant sa prise en charge puis un maintien de ce lien, tout deux au détriment du père qui n'aura pas eu le temps de faire valoir sa place.

124 CEDH 27 janv.2015, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, n° 25358/12 obs. A. Dionisi-Peyrusse ; Rev. crit. DIP 2015. 1, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; RTD civ. 2015. 325, obs. J.-P. Marguénaud.

125 J.-J. Lemouland, Répertoire de droit civil – Famille , Septembre 2015, Actualisation février 2017, 362

126 F.Bellivier, L.Brunet , C.Labrusse-Riou, *La filiation, la génétique et le juge : où est passée la loi ?* , RTD civ., 1999, chr., p. 529.

127 H.Fulchiron, *Les différents fondements de la filiation dans la jurisprudence de la Cour EDH*, in A.Dionisi-Peyrusse, L. Mauger-Vielpeau (dir), *Les fondements de la filiation, acte de colloque*, op.cit, p. 151

128 J.Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 1992, 7ème édition, p.172

Concernant la création du lien, il ressort de la jurisprudence européenne que la CourEDH comprend généralement l'intérêt de l'enfant comme le fait de pouvoir voir sa situation stabilisée rapidement, impliquant alors une possibilité d'adoption dans les mois suivant son abandon. En ce sens, dans l'arrêt *Kearns contre France*, où la mère biologique souhaitait récupérer l'enfant plus de deux mois après l'avoir abandonné, elle estime « pertinents les arguments avancés par le Gouvernement français (...) qui ont souligné que l'intérêt de l'enfant était de bénéficier le plus rapidement possible de relations affectives stables dans sa nouvelle famille »¹²⁹. La même logique prime dans l'arrêt *Zambotto Perrin contre France*, où une femme ayant accouché sous X, atteinte de troubles psychiatriques et placée sous curatelle, demandait l'annulation de la décision du tribunal ayant constaté son désintérêt pour l'enfant et prononcé l'adoption plénière, ce que les juges nationaux ont refusé. La Cour y conclut à la non violation de l'article 8 en jugeant que « l'intérêt supérieur de l'enfant était de voir sa situation personnelle stabilisée et sécurisée par l'établissement d'un lien légalement reconnu et garanti avec sa famille nourricière »¹³⁰. Ces décisions concernaient un retour de la mère biologique mais les solutions sont transposables au père puisqu'elles ne sont pas motivées par le caractère volontaire de l'abandon mais par la nécessité de sécuriser rapidement la situation de l'enfant. Dans l'optique d'une réforme, l'objectif de stabilité juridique devra donc dicter la gestion des délais. Il ne pourra pas s'agir de faire perdurer un vide juridique quant à la filiation de l'enfant tout le temps que le doute sur la volonté du père biologique n'est pas levée.

Le maintien du lien de filiation créé ne posera pas moins de problème. La question de la stabilité juridique transcende celle de l'intérêt de l'enfant, la CourEDH allant jusqu'à reconnaître un « intérêt général à la protection de la sécurité juridique »¹³¹. En ce sens, la filiation répond à une fonction de repérage social, « à l'inverse du contrat, elle crée un lien perpétuel dont l'objet est la vie humaine elle-même et l'identité de chacun »¹³². C'est pourquoi le système de parenté attribue à chaque individu une place déterminée et censée être définitive. La difficulté d'une réforme en matière d'accouchement sous X sera alors de ne pas bouleverser ce système. Dans cette logique, la Cour de Strasbourg a pu justifier le maintien de liens de filiation contraires à la vérité biologique par « l'intérêt légitime de garantir la sécurité juridique et la stabilité des liens familiaux »¹³³, faisant apparaître un droit de l'enfant à conserver sa filiation. C'est ainsi que la filiation se cristallise avec le temps, « la vérité du sang s'effaçant au profit de la stabilité de l'état de l'enfant (...) mais aussi de la sécurité juridique à laquelle les tiers peuvent légitimement aspirer »¹³⁴. Ces questions se posaient

129 CEDH, *Kearns c/France*, op.cit, §60

130 CEDH, *Zambotto Perrin c.France*, 26 sept.2013, n°4962/11, §108

131 CEDH, *Pascaud c.France*, 16 juin 2011, n°19535/08, § 60

132 F.Bellivier, L.Brunet, C.Labrusse-Riou, *La filiation, la génétique et le juge : où est passée la loi ?*, op.cit

133 CEDH, *Paulik c.Slovaquie*, 10 oct. 2006, n° 10699/05, §44

134 C.HIGY, *Le temps en droit de la filiation*, op.cit

surtout en matière de reconnaissance mensongère ou de filiation acquise par possession d'état. Les termes du débat ne sont évidemment pas les mêmes en cas d'adoption puisqu'on y sait par avance que la filiation ne sera pas conforme à la vérité biologique. Cependant cela montre que la sécurité juridique empêchera de consacrer un droit absolu du père à la consécration de sa filiation biologique ; d'autant que ce droit devra être concilié avec d'autres. Ainsi la difficulté ne réside pas uniquement dans la conciliation avec l'intérêt de l'enfant mais aussi dans la préservation des droits de la mère et de la famille adoptive.

II. Des droits et intérêts à préserver au delà du père et de l'enfant

Repenser le dispositif de l'accouchement sous X à la lumière des droits du père ne permet évidemment pas de s'y limiter, puisqu'il s'agit de penser un modèle n'occultant aucun acteur. Réintégrer le père biologique risquerait tout d'abord de perturber la volonté de la mère, dont les intérêts – qui ne peuvent pas nécessairement être pensés en terme de droit- doivent être pris en compte (A), de même que ceux de la famille adoptive ou plus largement de l'institution de l'adoption (B).

A. Les intérêts de la mère : un véritable droit à l'anonymat ou un fondement sanitaire désuet ?

Si chacun des assouplissements en faveur de l'accès aux origines ont suscité de vives oppositions des défenseurs d'un droit au secret absolu de la mère, une réforme pour améliorer la place du père biologique n'en provoquera pas moins. Pour autant, se soucier des intérêts de la mère n'implique pas de lui reconnaître un droit absolu à l'anonymat.

Depuis la création du CNAOP en 2002, le secret de la mère n'est plus absolu dès lors que, avec son accord ou à son décès, des informations sur son identité peuvent être révélées à l'enfant. Le droit offre toujours la possibilité à la mère de conserver son anonymat mais ne le garantit plus, notamment depuis la suppression de la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité. Dans cette logique, on ne saurait considérer qu'il existe un véritable droit au maintien de l'anonymat qui s'opposerait à une réforme en faveur des droits du père. Cela ne signifie pas qu'il n'y a aucun intérêt à prendre compte. Il y a bien une volonté protégée, mais non un véritable droit. En effet, l'accouchement sous X est davantage justifié par un fondement sanitaire que sur la base d'un droit reconnu aux femmes, ayant été conçu pour offrir une alternative aux interruptions de grossesses ou aux accouchements clandestins. Les arguments en faveur de son maintien sont

d'ailleurs rarement juridiques. L'Académie de médecine, qui n'a de cesse de faire connaître son opposition à une levée de l'anonymat¹³⁵, insiste sur cet aspect sanitaire, considérant que « la mise en cause de l'anonymat serait lourde de conséquences en compromettant la confiance des femmes en grande difficulté, leur faisant fuir les maternités et les services sociaux avec les risques que cela comporte pour les mères, les nourrissons et les enfants »¹³⁶. Dans le même sens, pour Adeline Gouttenoire, professeure spécialisée en droit de la famille, il s'agit d'un « impératif de santé publique », visant à « éviter les accouchements en dehors de tout suivi médical et les abandons d'enfants sur la voie publique »¹³⁷. Ce n'est donc ni un droit autonome à l'accouchement secret ni même une conséquence du droit au respect de la vie privée ou à l'autonomie personnelle qui viendrait heurter une meilleure intégration des droits du père. Ceci est d'autant plus vrai que, lorsqu'ils ont validé le dispositif français dans les arrêts sus-cités, ni la CourEDH ni le Conseil constitutionnel n'ont saisi l'occasion de consacrer un véritable droit subjectif de la femme à accoucher dans le secret¹³⁸. Tous deux se concentrent sur l'objectif de protection de la santé de la femme et de l'enfant pour ne valider le dispositif que « sur sa fonction protectrice de l'intérêt général »¹³⁹. Contrairement à sa prise de position sur l'interruption volontaire de grossesse¹⁴⁰, le Conseil Constitutionnel n'a donc pas souhaité garantir un droit constitutionnel à l'accouchement anonyme. Cette logique facilitera l'intégration du père puisque l'absence de véritable droit permettra de surmonter les critiques affirmant qu'une fois retrouvé, le père pourrait ruiner l'anonymat voulu par la mère en révélant son identité à l'enfant. En outre, elle fragilise le dispositif puisque son utilité se réduit à mesure que les risques d'accouchements ou d'avortements clandestins diminuent grâce à une meilleure maîtrise de la fécondité, à l'ouverture de l'interruption volontaire de grossesse et à l'évolution des mœurs sur les enfants nés hors mariage. Selon les avocats Maître Pierre Verdier et Maître Lauren Berrue par exemple, « l'argument du maintien de l'accouchement sous X comme condition pour éviter des infanticides ne tient pas », dès lors qu'« il existe des mères renonçant à tuer leur enfant, grâce à la possibilité d'accoucher dans l'anonymat comme des mères infanticides, malgré l'existence de l'accouchement sous X »¹⁴¹. Une approche en terme de droit comparé permet aussi de s'interroger, comme l'a fait Claire Neirinck suite à la décision du Conseil constitutionnel, jugeant la justification sanitaire « d'un autre âge » et réfutée par le constat selon lequel « les pays

135 Prise de position en 2000 lors des débats précédant la loi du 22 janvier 2002 portant création du CNAOP, en 2006 à l'occasion d'une proposition de loi n°3224 du 28 juin 2006 pour la levée de l'anonymat, puis en 2011 après la proposition n°4043 de Brigitte Barèges pour un accouchement dans la discrétion

136 Bull. Acad. Natle Méd., 2011, 195, no 3, 729-732, séance du 8 mars 2011

137 A.Gouttenoire, *rapport du groupe de travail « protection de l'enfance et adoption »*, Ministère des affaires sociales et de la santé et Ministère délégué chargé de la famille, février 2014, p.97

138 T. Gründler, Les droits des enfants contre les droits des femmes : vers la fin de l'accouchement sous X ?, op.cit

139 ibidem

140 Décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001

141 P.Verdier, L.Berrue, *L'intérêt de l'enfant en cas d'accouchement sous X*, Journal du droit des jeunes, vol. 303, no 3, 2011, p. 52-62

qui imposent la désignation de la mère à la naissance ne connaissent pas un taux d'infanticides ou d'abandons supérieurs »¹⁴².

Il convient tout de même de nuancer ces propos, dès lors qu'il est difficile d'évaluer le nombre d'infanticides et d'abandons, d'autant que le nombre d'infanticides serait sous-évalué¹⁴³. En outre, le système des « boîtes à bébés »¹⁴⁴ se multiplie dans les Etats ne connaissant pas de possibilité d'accoucher dans le secret. Il a été réintroduit en Europe pour la première fois en Allemagne dès 2000, suivi de dix autres Etats européens comme la Belgique, la Suisse ou la Pologne¹⁴⁵. Aujourd'hui certains de ces Etats envisagent la mise en place d'un accouchement dans la discrétion pour y palier¹⁴⁶. Il ne semble donc pas cohérent de supprimer entièrement la possibilité d'accoucher dans le secret. Finalement, même s'ils ne sont pas systématiques ni majoritaires, les situations de détresse de la mère et les risques sanitaires existent et ne peuvent être totalement écartés du débat. Il importe donc de prendre en compte les hypothèses de violence émanant du père et amenant la femme à opter pour l'accouchement sous X, ainsi que celles où l'environnement ou la culture de la mère ne tolère pas les « filles-mères », celles où la femme n'a pas eu, en pratique, accès à une contraception ou que celle-ci n'a pas été efficace ou encore celles où la grossesse est le fruit d'un adultère ou même d'un viol. Autant de situations où l'accouchement secret peut rester la meilleure option pour la sécurité de la femme et de l'enfant. C'est pourquoi il ne s'agira pas d'imposer un consentement préalable du père et les propositions qui seront faites ci-après tenteront de concilier droits du père et intérêts de la mère. Reste alors à ne pas non plus porter une atteinte excessive à ceux de la famille adoptive.

B. Préservation de l'institution de l'adoption

Lorsque le père biologique réapparaît alors que l'enfant a déjà fait l'objet d'une adoption, ou a minima d'un placement en vue de l'adoption, se pose inévitablement la question de protection de l'avenir de la famille adoptive. L'intégration du père biologique pourrait fragiliser l'adoption à deux titres. De manière générale, admettre un retour du biologique pourrait constituer une atteinte à l'institution même de l'adoption. En outre et concrètement, c'est une famille au sein de laquelle des liens se sont créés, qui pourrait s'en trouver totalement bouleversée.

142 C. Neirinck, *Le Conseil constitutionnel, l'accouchement secret et l'accès aux origines personnelles de l'enfant*, Droit de la famille, juillet 2012, comm. 120

143 D'après A. Tursz, M. Crost, P. Gerbouin-Rerolle, *Synthèse du rapport à la mission de recherche Droit et Justice*, Ministère de la justice, Juillet 2005

144 Sur le modèle des « tours d'abandon » connues en France au XIXème siècle : ce sont des coffres vitrés dotés d'une caméra et d'un signal d'alarme, généralement à l'entrée des hôpitaux, devant des mairies ou à proximité des églises, dans lesquels les femmes peuvent abandonner leur bébé

145 C. Chabas, *En Europe, les « boîtes à bébés » se multiplient*, Le Monde, 11 juin 2012

146 V. p.52 et s. pour les propositions de lois en ce sens en Belgique et en Allemagne

In abstracto, une réforme intégrant le père biologique risque de se heurter aux critiques de ceux qui considèrent que l'adoption repose nécessairement sur une logique d'exclusivité et sur le silence des origines, incompatibles avec la présence du père biologique. C'est généralement la position défendue par les tenants d'un modèle « traditionnel » de la famille, souhaitant rapprocher au mieux la famille adoptive de la famille naturelle, excluant donc toute « parenté biologique de la sphère parentale (...) au risque de brouiller les repères »¹⁴⁷. Contre l'accès aux origines, certains avancent ainsi que « l'enfant a besoin d'amour et d'équilibre » plus que de « connaître ses géniteurs qui n'ont pas souhaité être ses parents »¹⁴⁸. Pourtant, cet argument ne saurait valoir pour le père qui, au contraire, souhaite assumer son statut de parent. Des réticences à l'intégration du père biologique se devinent par exemple lorsque le député Jean-Jacques Descamps affirme que « l'anonymat constituerait la colonne vertébrale de la famille adoptive »¹⁴⁹. Dans cette logique l'anonymat s'étend, et même s'impose, au père, dont l'intégration est incompatible avec la stabilité recherchée de la famille adoptive. De la même manière qu'on craint qu'accorder des droits à un beau-parent réduirait la place du parent¹⁵⁰, on craint qu'accorder des droits au père biologique ne réduise celle des parents adoptifs. Entre alors en compte une notion importante, mais pourtant non juridique : la tranquillité des familles.

In concreto, il importera de ne pas nier la famille qui s'est créée ou était entrain de se créer. Pour la CourEDH, « les relations entre un adoptant et un adopté sont en principe de même nature que les relations familiales protégées par l'article 8 »¹⁵¹. En ce sens, la famille adoptive ne se réduit pas à une famille d'accueil, ce qui serait pourtant le cas si « l'adoption pouvait à tout instant être remise en cause par la survenance ou la recherche de parents biologiques »¹⁵². Dans cette logique, la loi de 2002 marque sa volonté de défendre les intérêts des parents adoptifs¹⁵³. Dans l'arrêt Odièvre, la Cour de Strasbourg est soucieuse d'assurer leur protection, précisant que « la problématique de l'accouchement anonyme ne saurait se poser sans que la question de la protection des tiers, essentiellement les parents adoptifs (...) ne soit soulevée », consciente des « risques non négligeables (...) pour la famille adoptive qui a élevé » l'enfant. Il importe de rappeler ici que la CourEDH adopte une conception souple de la famille en ne la faisant pas nécessairement dépendre

147 C.Ensellem, *Chapitre VII. L'espace des représentations comme révélateur de modèles et de tensions contemporains* In : *Naître sans mère ? Accouchement sous X et filiation*. op.cit, p.260

148 C. Ensellem, *Naître sans mère ? Accouchement sous X et filiation*.,op.cit.

149 Ibidem. p.130

150 En ce sens M.Gross, *Dénouer la filiation de la procréation*, in C.Neirinck, M.Gross, *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ?*, La documentation française, op.cit., p.136

151 En ce sens, Commission, X. c., 5 oct.1982, n° 9993/82 ; Commission, X. c. Belgique, 10 juil. 1975, n° 6482/74 ; CEDH, Manera et Atripadi c/Roumanie , 22 juin 2004, n°78030/01

152 A.Mirkovic, *Don de gamètes et accueil d'embryon : quelle considération pour la transmission du patrimoine génétique ?* , in. *Les fondements de la filiation*, op.cit, p.111

153 C. Ensellem, *Naître sans mère ? Accouchement sous X et filiation*, op.cit

d'une filiation légalement établie. En conséquence, il convient également de se soucier de la protection des futurs adoptants chez qui l'enfant était placé dans le cadre d'un projet d'adoption. La procédure préalable au prononcé de l'adoption plénière repose sur une logique d'intégration progressive de l'enfant au sein de la famille, sur une période minimale de six mois¹⁵⁴. A ce stade, si aucun lien de filiation n'est encore légalement établi, des liens affectifs se sont incontestablement construits.

Pourtant, inclure le père biologique ne fragilise pas nécessairement l'institution de l'adoption. Il est tout d'abord important de s'éloigner de l'idée selon laquelle les parents adoptifs seraient nécessairement opposés à toute intégration d'un parent biologique. A ce titre, une étude réalisée sur la qualité de vie des pupilles de l'Etat ayant retrouvé leur parent de naissance a révélé que 67% des parents adoptifs estiment que la rencontre avec un l'un d'eux est une réussite¹⁵⁵. En outre, comme on l'a vu avec les différentes évolutions sur la filiation désormais détachée d'un mimétisme de la procréation, l'adoption ne devrait plus être conçue comme une nouvelle naissance mais comme un engagement. C'est ainsi que, comme l'explique Martine Gross, « loin de se faire passer pour des géniteurs, les parents adoptifs d'aujourd'hui revendiquent l'adoption pour elle même, comme une façon légitime de construire la filiation sur l'engagement d'élever comme sien un enfant qu'ils ne prétendent pas avoir conçu »¹⁵⁶. Réintégrer celui qui l'a conçu ne remet nullement en cause cet engagement parental. Puisque c'est cet engagement parental qui fonde la filiation adoptive (et non l'imitation de la procréation), celle-ci pourrait survivre au côté de la filiation charnelle. Ainsi c'est parce que la famille adoptive ne cherche plus à mimer le modèle procréatif qu'il devient possible de donner une place à la filiation charnelle sans détruire la filiation adoptive, qui existe par elle même. Faire coexister ces deux types de filiation ne sera pas aisée mais peut être conçue comme une piste d'évolution pour une amélioration des droits du père. L'ensemble des difficultés pesées, il devient ainsi possible d'envisager des solutions.

154J. Bassoul, *Le placement en vue d'adoption. De l'agrément à la coopération*, Informations sociales 2008/2, n° 146, pp. 66-77.

155M. Duyme, F. Perriard, *Qualité et satisfaction de vie des personnes pupilles de l'Etat ou enfants adoptés ayant rencontré leurs parents de naissance à l'âge adulte et qualité de vie des parents adoptifs et de naissance*, Etude réalisée à la demande de la Direction Générale de la Cohésion Sociale et du CNAOP, Octobre 2014, p.76

156 M. Gross, *Dénouer la filiation de la procréation*, in C. Neirinck, M. Gross, *Parents-enfants: vers une nouvelle filiation ?*, op.cit. p.173

Section 2. Des propositions et des pistes d'évolution

Les propositions doivent prendre acte des difficultés qui existent à chaque stade. Dans l'idéal, il s'agirait d'éviter toute situation dans laquelle un père n'aurait pas connaissance de la naissance sous X de l'enfant qu'il a reconnu – ou souhaite reconnaître- afin d'assurer l'effectivité de sa volonté d'assumer sa filiation. Malgré la volonté d'anonymat de la mère, l'enfant né sous X pourrait être rattaché à son père, sans qu'il y ai donc lieu de trouver une autre famille à l'enfant. C'est en ce sens que des propositions seront faites pour éviter la naissance du conflit (I). Or, s'il est permis d'être optimiste quant à l'efficacité de telles propositions, il importe de demeurer réaliste. Le conflit ne pouvant pas toujours être évité, il s'agit donc aussi de le résoudre. Des propositions curatives seront ainsi faites pour les cas où la prévention n'aura su suffire, consistant à penser des solutions pour que le père puisse trouver sa place dans la vie de l'enfant déjà avancée, dans une logique de complémentarité et non d'exclusion (II)

I.Solutions préventives : éviter le conflit

A sa naissance, l'enfant ne saurait demeurer sans repère. Si la volonté de sa mère ne devrait pas le priver de son père, elle ne doit pas non plus le priver d'une stabilité émotionnelle et juridique. Il s'agit donc d'offrir les moyens pratiques nécessaires au père pour faire valoir efficacement sa volonté tout en préservant la sécurité de l'enfant. La solution peut donc être recherchée en amont de l'accouchement par une meilleure articulation entre les recherches du père et de l'administration (A). Elle doit se poursuivre après la naissance afin de ménager un temps utile pour effectuer ce rapprochement, ce qui implique de ne pas se diriger automatiquement vers un projet d'adoption (B).

A.Une meilleure articulation des informations en amont de l'accouchement : un effort social et administratif national

Comme il a pu être démontré, en dépit des quelques évolutions qui prennent théoriquement en compte les droits du père, la pratique est toute autre. On peut préconiser d'inscrire dans le Code civil ou dans le CASF la règle posée par l'arrêt Benjamin afin de lui offrir une assise textuelle mais la véritable évolution ne réside plus dans des énoncés de principe. Elle ne peut se faire concrètement sans une véritable amélioration des moyens à disposition du père pour identifier l'enfant né sous X et de l'administration pour s'assurer de l'absence de filiation paternelle.

Aussi, la création de fichiers nationaux permettant une mise en relation des informations peut être défendue (1), mais leur efficacité semble nécessiter un minimum de coopération de la mère (2).

1. Créations de fichiers nationaux

Seul un travail administratif d'ampleur paraît à même d'assurer efficacement la liaison entre un père recherchant son enfant né sous X et ce dernier. Un fichier national des reconnaissances permettrait aux services sociaux accueillant l'enfant de vérifier efficacement qu'il n'a pas fait l'objet d'une reconnaissance paternelle (a), de même qu'un fichier des enfants nés sous X et l'intervention d'un organe saisissable par le père aideraient celui-ci à identifier l'enfant le plus rapidement possible (b).

a. Fichier national des reconnaissances

Puisque le véritable problème n'est pas la validité des reconnaissances prénatales d'un enfant né sous X mais leur efficacité, subordonnée à la connaissance de leur existence, il faudrait concevoir un système assurant la visibilité de ces actes. Dans cette logique, le rapport de la Mission Famille et droits de l'enfant avançait l'idée d'introduire une disposition dans le Code civil imposant de « diligenter toutes les recherches nécessaires afin de s'assurer que (l'enfant) n'a pas été l'objet d'une reconnaissance prénatale »¹⁵⁷. L'administration devrait donc rechercher le père. Pour permettre une recherche efficace, il pourrait a minima être préconisé de créer un fichier national des reconnaissances. C'est notamment une idée qu'a avancé Pierre Murat à la suite de l'affaire Benjamin¹⁵⁸. Avant lui et en dehors de la réflexion sur l'accouchement secret, le docteur en droit et spécialiste en généalogie, Jean Claude Roehrig, préconisait déjà la création d'un « casier civil des reconnaissances (...) entouré d'une publicité suffisante »¹⁵⁹. S'il portait cette idée pour améliorer les règlements successoraux, elle peut être reprise pour améliorer les droits du père dans l'accouchement sous X. Cette proposition est cohérente à l'heure de la numérisation des données et de l'informatisation des démarches administratives. En effet, si auparavant « ni les services de l'état civil, ni les Parquets chargés de la surveillance des registres (n'avaient) les moyens nécessaires pour corréler les reconnaissances prénatales et les actes de naissance »¹⁶⁰, ce n'est aujourd'hui plus un problème de moyens techniques. Il ne s'agit donc plus que d'une question de budgets qui devraient être accordés pour se doter de logiciels qui permettraient la tenue d'un registre national des

157 Rapport n°2832 fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 janvier 2006 p.204

158 P. Murat, note ss Cass. 1re civ., 7 avr. 2006, op.cit

159 J.-C. Roehrig, *A propos des enfants naturels reconnus : vers la création d'un casier civil des reconnaissances ?*, Defrénois 15 juin 1992, n°11, p. 694

160 C.HIGY, *Le temps en droit de la filiation*, op.cit, p.127

reconnaisances.

Si cette idée a déjà été avancée il y a de nombreuses années sans jamais aboutir, c'est essentiellement en raison de critiques tenant au respect de la vie privée. Ces arguments peuvent pourtant être contestés. En effet, il existe d'autres fichiers ayant surmonté cette critique, que ce soit le registres des naissances, des mariages, ou plus récemment le registre des PACS ou encore celui des dernières volontés. Pour ne citer qu'un exemple, les registres des PACS ont été maintenus par la loi du 23 juin 2006 puis par le décret n° 2017-889 du 6 mai 2017 malgré cet argument du respect de la vie privée¹⁶¹. Il ne devrait pas en être différemment d'un fichier des reconnaissances. En outre, la CourEDH n'a pas condamné de tels fichiers, en reconnaissant une large marge d'appréciation aux Etats en la matière¹⁶², qui serait vraisemblablement également octroyée pour la création d'un fichier des reconnaissances. De surcroît, il ressort de la jurisprudence européenne à propos de la mention du sexe dans l'acte de naissance, que l'introduction d'une mention destinée à y refléter la situation réelle de la personne considérée ne viole pas le droit de celle-ci au respect de sa vie privée, dès lors que cette ingérence reste proportionnelle au but légitime poursuivi¹⁶³. Le but poursuivi par le fichier des PACS est essentiellement de protéger les créanciers des partenaires qui, pour se prévaloir de la solidarité, doivent pouvoir connaître l'identité du partenaire de leur débiteur¹⁶⁴. Sans dire qu'il est supérieur, le but d'un fichier des reconnaissances ne serait au moins pas purement économique, puisqu'il permettrait le respect de la vie privée et familial du père en assurant l'effectivité de sa reconnaissance ainsi que du droit de l'enfant de connaître ses parents. La redondance d'un tel fichier par rapport aux règles de publicité de l'état civil a également été avancée comme argument propre à s'y opposer. En ce sens, un fichier des reconnaissances serait d'une lourdeur inutile tant la reconnaissance est transcrite dans les actes d'état civil de l'enfant. Pourtant, cet argument ne peut être soutenu dans la logique de l'accouchement sous X puisque c'est précisément la transcription de la reconnaissance qui y pose problème. En outre, il est d'autant moins recevable qu'une telle redondance avec les registres d'état civil n'a pas empêché la création d'un registre national des mariages. Ainsi il n'y a pas de raison que le fichier des reconnaissances cède face à ces deux arguments, là où d'autres fichiers ont résisté. Reste alors à déterminer sa mise en œuvre.

En vertu de l'article 316 alinéa 3 du Code civil, la reconnaissance « est faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique ». Elle est donc reçue par un officier d'état civil, un notaire ou éventuellement par un juge dans le cadre d'une

161 Frédérique Granet-Lambrecht Art. 515-1 à 515-7-1 - Fasc. unique : Le pacte civil de solidarité, JCI Civil.Code point 42

162 CEDH, *Rees c/ Royaume Uni*, 0 oct. 1986, n° 9532/81 ; CEDH, 7 déc.2004, *Mentzen alias Mencena c/ Lettonie*, n° 71074/01

163 CEDH, *B. c/ France*, 25 mars 1992, n°13343/87, JCP G 1992, II, 21955

164 F.Granet-Lambrecht Art. 515-1 à 515-7-1 - Fasc. unique : LE PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ Jurisclasseur civil Code

instance judiciaire. Concrètement, chacun de ces trois acteurs aurait accès au registre national des reconnaissances et n'aurait qu'à y inscrire la reconnaissance prénatale qu'il reçoit. A minima, un compromis pourrait être trouvé avec les opposants à un tel fichier au nom du respect de la vie privée en envisageant un système où l'auteur de la reconnaissance prénatale aurait le choix d'accepter ou non une telle inscription. Il ne saurait être question de créer une nouvelle inégalité en sens inverse en permettant à la mère de ne pas voir sa filiation établie tout en imposant cet établissement au père, auteur de la reconnaissance qui serait ainsi retrouvé. Le père pourrait simplement être contacté afin de déterminer s'il souhaite faire valoir la reconnaissance prénatale. Il aurait ainsi la même possibilité que la mère, que ce soit pour établir sa filiation ou pour préserver son anonymat.

La création d'un tel fichier serait donc la première étape, offrant un support aux services de l'aide sociale à l'enfance et à l'administration pour tenter de s'assurer que l'enfant qu'ils reçoivent n'a pas de filiation paternelle établie. Ce premier pas ne semble cependant pas suffisant dès lors qu'un problème persisterait pour relier l'enfant né sous X à l'une des reconnaissances paternelles effectuées. Parallèlement, la création d'un fichier des pères recherchant leur enfant potentiellement nés sous X pourrait donc être pensée. Sur le même modèle qu'un fichier des reconnaissances, les pères pourraient demander à y être inscrits afin d'avoir plus de visibilité dans leur recherches. Avant toute démarche en vue d'une adoption, les services sociaux pourraient ainsi consulter ces deux fichiers pour s'assurer qu'un père ne cherche pas à faire valoir sa paternité. Réciproquement, des moyens devraient également être offerts au père pour mener à bien ses recherches.

b. Fichiers des nés sous X et organes saisissables par le père

Aujourd'hui seul le CNAOP a accès aux informations laissées sous pli par la mère de naissance. Or il ne peut être saisi que par l'enfant à la recherche de ses origines. On pourrait alors penser une procédure en sens inverse, permettant aux pères recherchant leur enfant – ou au Procureur de la République les assistant dans leur démarche – de le saisir pour obtenir de telles informations. Il est vrai que ce n'est pas le rôle qui a été assigné au CNAOP, qui, comme son nom l'indique, n'a été créé que pour améliorer le droit des enfants à la connaissance de leurs origines. Il importerait donc soit de faire évoluer son rôle, soit de penser un autre organe officiel qui pourrait être saisi par les parents. Un Conseil national de l'accès à sa descendance pourrait ainsi être mis en place. Il disposerait des mêmes informations que celles confiées au CNAOP et pourrait donc dévoiler les données non identifiantes au père qui en fait la demande et celles identifiantes avec accord de la mère, voire les communiquer au Procureur sans cet accord uniquement pour les besoins des recherches de l'article 62-1. Afin de protéger la mère contre des actions malveillantes, il est

envisageable de subordonner l'accès à cet organe à la présentation d'une reconnaissance prénatale ou, a minima, d'éléments rendant vraisemblables la paternité du requérant.

Parallèlement ,et toujours pour faciliter les recherches du père, un fichier des enfants nés sous X pourrait être créé, et éventuellement confié à cet organe. Il relaterait les informations de naissance, notamment les dates et lieux et informations que la mère a accepté d'y faire figurer.

En réalité de tels fichiers de recherche regroupant les coordonnées de naissance de personnes recherchées et recherchant leur origine existent déjà, de manière informelle. Ils sont créés et gérés par des associations cherchant à faire évoluer la législation sur l'anonymat¹⁶⁵. Ils sont ainsi librement accessibles sur internet, dans des conditions qui n'assurent pas le respect du droit à la vie privée ni la protection de ces données. Il s'agirait donc d'encadrer cette pratique existante à travers un cadre formel plus protecteur. L'argument tiré du respect de la vie privée pourrait donc, au contraire, être utilisé pour solliciter une prise en charge officielle de ces fichiers. Cependant, pour être véritablement efficace, ce système devrait se doubler d'une coopération minimum de la mère.

2. Coopération demandée à la mère

Puisque, avant sa naissance, un enfant ne peut être identifié que par rapport à sa mère, l'amélioration est aussi à rechercher par une coopération avec cette dernière. Elle pourrait ainsi être sollicitée pour informer le père ou fournir des informations à son sujet (a), sur un modèle de coopération demandée plus qu'imposée (b).

a. *Objet de la coopération : De l'information du père à l'information sur le père*

Il ne s'agit pas ici de prôner la suppression pure et simple de la possibilité pour une femme de demander le secret de son identité. A elle seule, une telle solution serait impropre à résoudre le problème des droits du père. Comme le soulevait Pierre Murat, « même une transparence législative absolue n'apporterait rien puisque si l'obstacle de droit était levé, il demeurerait l'obstacle de fait, par des pratiques irrationnelles et non maîtrisables dues à la grande détresse qui entoure les refus de maternité.»¹⁶⁶ La solution résiderait davantage dans un compromis, consistant à demander une coopération à la mère tout en lui concédant le droit de ne pas voir sa filiation établie. Les

165 Exemple fichiers en ligne tenus par l'Association pour le Droit aux Origines des enfants Nés sous X (ADONX), par la Coordination des Actions pour le Droit à la Connaissance des Origines (CADCO) ou encore de l'association X en colère

166 P.Murat, *L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif*, op.cit

propositions pour un accouchement dans la discrétion¹⁶⁷ rejoignent cette logique, mais dans la seule optique d'améliorer les droits de l'enfant et non ceux du père. Il s'agirait ici, au contraire, de penser directement en termes de préservation des droits du père et non d'accès aux origines. La coopération de la mère pourrait alors être sollicitée de deux façons, en lui demandant d'informer le père et d'informer sur le père.

A propos de l'information du père, Amélie Dionisi Peyrusse, spécialiste en droit de la famille et bioéthique, envisageait l'idée d'une « responsabilité de la mère qui n'informerait pas le père biologique d'une grossesse et de la naissance d'un enfant »¹⁶⁸. Sa responsabilité civile délictuelle pourrait être engagée sur le terrain de la faute. La mère aurait le droit de demeurer anonyme lors de l'accouchement mais le devoir d'informer le père, si compter qu'elle le puisse. Pour ne pas informer le père sur son accouchement, elle pourrait tenter d'objecter qu'elle n'a fait qu'exercer son droit. Or, même à considérer qu'il s'agisse d'un véritable droit subjectif – ce qui, on l'a vu, ne semble pas être la solution à retenir – on pourrait lui opposer l'abus de ce droit utilisé pour imposer l'anonymat au père.

A propos de l'information sur le père, il serait envisageable de demander à la mère de décliner son identité, non pas pour l'inscrire sur l'acte de naissance de l'enfant et lui refuser l'anonymat, mais uniquement pour vérifier efficacement que l'enfant n'a pas fait l'objet d'une reconnaissance prénatale. On peut ici se référer à la pratique québécoise, consistant à « demander à la mère de communiquer le nom de celui qu'elle considère être le père, afin de le contacter aussitôt et de s'assurer de ses intentions ; reconnaissance ou déni de sa paternité. »¹⁶⁹ Il serait ainsi proscrit de communiquer ce renseignement à l'enfant. A cet égard il pourrait être prescrit de supprimer cette information une fois la vérification opérée, si la mère le demande. Reste à déterminer comment rendre cette coopération efficiente.

b. Forme de la coopération : D'une coopération forcée à une coopération proposée

Deux solutions sont envisageables pour assurer la communication des éléments nécessaires, entre une coopération imposée ou seulement sollicitée. Parmi d'autres, Pierre Verdier est en faveur de la première option, préconisant que la mère soit obligée de désigner le père pour qu'il soit

167 V. Pecresse, proposition n°3224 instaurant un accouchement dans la discrétion, Assemblée nationale 28 juin 2006 ; A. Lardeux, proposition n° 109 visant à instaurer un accouchement dans la confidentialité, Sénat, 21 nov. 2008 ; B. Barège, proposition n°4043 visant à « la levée de l'anonymat » et à l'organisation de « l'accouchement dans le secret », Assemblée nationale, 7 déc. 2011

168 A. Dionisi-Peyrusse, *La faute du département est présumée lorsqu'une femme ayant accouché sous X a connaissance de la nouvelle identité de l'enfant et de sa famille adoptive*, note ss. CE 17 oct. 2012, n°348440, AJ fam. 2012. 616

169 C. Siffrein-Blanc, *Chapitre I. La parenté hors contentieux conditionnée par un système de lien accepté*, In C. Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français : Étude critique*, op.cit, point 352

informé de la naissance par lettre recommandée¹⁷⁰. On pourrait envisager une action en révélation de l'identité d'un géniteur, s'inspirant du modèle allemand dans lequel des juges ont pu contraindre la mère à révéler le nom du père¹⁷¹. Cependant, il existe indéniablement un risque que la mère refuse de décliner l'identité du père, et a fortiori la sienne, quand bien même il lui serait assuré qu'elle ne serait pas utilisée pour être divulguée à l'enfant. En effet, les femmes accouchant sous X recherchent avant tout à ne pas pouvoir être identifiées, rares sont donc les cas où elles se présentent avec leur papier d'identité. Prévoir une coopération forcée ne résoudrait pas cette difficulté en fait, puisque rien n'assurerait que la mère donne sa véritable identité ni celle du père. De surcroît un tel modèle fondé sur une obligation pourrait être critiqué en ce qu'il augmenterait le risque d'un retour à des accouchements clandestins. A ce titre, l'Académie nationale de médecine a témoigné à plusieurs reprises son opposition à une telle obligation. C'est pourquoi une coopération proposée semble préférable. Même s'il y a un risque qu'elle soit refusée, elle pourrait résoudre le problème dans les meilleurs cas où la mère l'accepterait. C'est en cela qu'on peut rejoindre Pierre Murat qui considérait que « la réponse est sans doute plus dans le travail social que dans la loi, (...que) la vraie marge de progrès est peut être davantage dans les moyens et la formation de tous les relais sociaux (travailleurs sociaux, médiateurs, éducateurs, enseignants, psychologues, avocats, magistrats, etc.) que dans la norme elle même »¹⁷². Dans la même logique, l'Académie Nationale de Médecine recommande d'améliorer les conditions de l'accouchement anonyme par la mise en place de structures d'accompagnement, d'une meilleure information des mères ainsi que des efforts sur la formation des professionnels de santé¹⁷³. Il s'agirait donc de former l'ensemble des personnes amenées à être en contact avec les mères souhaitant accoucher dans l'anonymat afin de les sensibiliser sur l'importance de ne pas nier les droits du père. Une première étape serait donc d'exiger de ces services qu'ils tentent, à minima, d'obtenir des informations sur le père de la part de la femme.

La solution pourrait également être puisée dans d'autres systèmes juridiques. On pourrait ainsi s'inspirer du droit allemand à travers sa loi sur l'accouchement confidentiel (dit *vertraulich geburt*)¹⁷⁴ visant à lutter contre la pratique des « babyklappens »¹⁷⁵. Depuis le 1er mai 2014, le droit allemand permet à une femme d'accoucher à l'hôpital ou auprès d'une sage-femme en gardant provisoirement l'anonymat. Il ne s'agit pas d'un accouchement sous X, le refus de maternité étant

170 Rapport n°2832, op.cit

171 P.Murat, *L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif*, op.cit

172 ibidem

173 Bull. Acad. Natle Méd., 2011, op.cit

174 Loi votée à l'été 2013 et entrée en vigueur le 1er mai 2014, pour plus de précisions, V. L. Marguet, *Accouchement confidentiel* (projet de loi) : RDH, 14 nov. 2013

175 Boîtes à bébés

considéré comme contraire à l'article 2 de la Loi fondamentale allemande garantissant l'accès aux origines et l'article 6 posant le droit d'entretenir des relations avec ses parents¹⁷⁶. La mère peut donc garder provisoirement l'anonymat mais l'enfant acquiert le droit de connaître son identité à son seizième anniversaire. On pourrait s'en inspirer en ce que cette législation prévoit que la femme qui souhaite accoucher de manière confidentielle doit demander un entretien anonyme à un centre de consultation qui - outre apporter aides et conseils- vérifiera son identité, sa date de naissance ainsi que son adresse, conservées sous pli fermé. Un système similaire de vérification pourrait donc être pensé pour les besoins de l'identification du père. De la même manière, on pourrait trouver des pistes de réforme à travers les propositions de loi récurrentes en Belgique pour l'instauration d'un « accouchement discret »¹⁷⁷. Il y est proposé de maintenir l'obligation de déclaration de naissance, qui se ferait alors non pas auprès de l'officier d'état civil mais d'un administrateur du « registre central des accouchements discrets »¹⁷⁸ qui se chargerait de déclarer la naissance à l'officier d'état civil sans fournir les informations relatives à la filiation de l'enfant. Comme en Allemagne, ce dernier pourrait y avoir accès à partir de ses seize ans. Dans ces deux cas, les informations sur l'identité de la mère sont consignées afin de pouvoir être communiquées plus tard à l'enfant. Au contraire, dans notre idée, il ne s'agirait pas d'imposer la levée de l'anonymat en les communiquant à l'enfant mais uniquement d'en user pour les besoins d'identification du père. On pourrait donc s'inspirer de ces systèmes dans une moindre mesure, simplement pour s'assurer de pouvoir relier efficacement père et enfant.

Certains pourraient objecter qu'un tel dispositif encouragerait les comportements malveillants d'hommes qui ne souhaiteraient retrouver l'enfant que dans le but de nuire à la mère. Un tel risque existe mais doit aussitôt être tempéré. En effet, l'ensemble de ces propositions vise à permettre l'établissement d'un lien de filiation, avec toutes les conséquences juridiques que cela implique, notamment en terme d'obligation et de responsabilité. On peine alors à concevoir qu'un homme soit prêt à assumer toutes ces conséquences avec un objectif purement malveillant. En tout état de cause, l'homme qui use de ces mécanismes dans un but frauduleux et de mauvaise foi pourrait voir sa responsabilité engagée.

En définitive, l'ensemble de ces premières propositions visent à mettre en place un système efficace reposant sur une coopération globale entre administration, père et mère de naissance. Concrètement si la mère a accepté de décliner son identité ou que des informations ont pu

176 C.Neirinck, *Filiation - Accouchement confidentiel allemand et accouchement secret français*, Dr.Famille, Repère n°5, Mai 2014

177 En ce sens : *Proposition de loi modifiant le Code civil afin de permettre l'accouchement discret* n°5-228/1, octobre 2010

178 Art.2 proposition de loi n° 5-228/1 op.cit

être recueillies, les services de l'aide sociale à l'enfance en useraient pour vérifier sur le registre des reconnaissances qu'une reconnaissance n'a pas été effectuée pour un enfant identifié par le nom de cette femme. Dans le cas où aucune information utile ne pourrait être obtenue, le fichier des pères recherchant leur enfant potentiellement né sous X leur permettrait de vérifier si des éléments pourraient laisser à penser que l'enfant est celui de l'un des pères y figurant. Ces derniers pourraient eux même effectuer des recherches utiles. Il n'en demeure pas moins que toutes ces vérifications pourraient nécessiter du temps, ce pourquoi il importe de ne pas précipiter la création d'un lien de filiation adoptif qui réduirait à néant ces efforts de recherche.

B. Le temps dans la création du lien de filiation par un projet de vie distinct de l'adoption

Il est vrai que son droit à une vie familiale impose de « limiter au maximum le temps nécessaire pour donner une famille »¹⁷⁹ à l'enfant. Pour autant, il ne s'agit pas de se précipiter pour figer au plus vite sa situation juridique, empêchant tout retour en arrière. Dès lors qu'il existe un doute sur la filiation paternelle, l'adoption plénière comme premier choix ne semble pas être le plus pertinent (1), d'autres projets de vie étant à même d'offrir le soutien affectif nécessaire à l'enfant (2).

1. Le projet d'adoption plénière : d'un principe à une simple possibilité

L'admission en qualité de pupille de l'Etat, le placement puis l'adoption plénière offrent la protection juridique nécessaire à l'enfant. C'est pourquoi cette procédure est celle généralement suivie suite à un accouchement sous X. Or, en vertu de l'article 352 du Code civil, le placement en vue de l'adoption fait échec à tout retour de l'enfant dans sa famille d'origine. Un tel placement ne devrait donc intervenir que lorsqu'il est certain que « l'environnement préexistant n'est plus de nature à offrir une famille »¹⁸⁰ à l'enfant. Ce n'est pourtant pas le cas lorsque le père biologique souhaite assumer cette fonction. Le danger réside alors dans les lourdes conséquences du déclenchement de la procédure d'adoption. Le contrôle de l'« adoptabilité »¹⁸¹ des pupilles de l'Etat est certes, théoriquement, assuré par la possibilité d'un recours contestant l'opportunité ou la légalité de l'arrêté d'admission, or, on l'a vu, son effectivité est limitée en l'absence d'information du père. De manière générale, il apparaît donc dangereux de rendre adoptable un enfant parce qu'il n'a pas de filiation

179 Selon les termes de Mme Annie Le Houérou, in L. Gourjade, *Rapport n° 1224 fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat*, Assemblée Nationale, 4 juillet 2013

180 L. Gourjade, *Rapport n° 1224*. op.cit

181 C. Neirinck, *La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat : la découverte de la face cachée de la lune ?*, op.cit

connue, sans pouvoir s'assurer qu'un père n'a pas établi sa filiation -ou ne cherche pas à le faire. En conséquence, l'adoption n'apparaît pas comme le projet le mieux adapté à l'enfant né sous X en l'absence de certitude sur la volonté du père biologique. Pour autant, le réflexe français reste celui de l'adoption plénière.

Cette tendance à privilégier l'adoption peut s'expliquer par le manque d'enfants adoptables, très largement inférieur au nombre de demandes d'adoption. L'enfant né sous X apparaît alors comme le « parfait enfant adoptable », en très bas âge et vierge de tout passé familial, « correspondant aux souhaits de la majorité des adoptants »¹⁸². C'est pourtant oublier que l'adoption vise à donner une famille à un enfant qui en est privé, et non l'inverse¹⁸³. Comme le relevait très justement Jean Hauser, « la pénurie d'enfants à adopter est un réel problème qu'il faudrait traiter autrement qu'en facilitant l'abandon accéléré des enfants »¹⁸⁴. Il n'est donc pas soutenable de se précipiter dans une procédure d'adoption après une naissance sous X.

La loi du 14 mars 2016¹⁸⁵ a initié une partie du changement souhaité. Afin d'adapter les réponses de protection aux besoins de l'enfant, le législateur a ouvert de nouvelles perspectives en proposant la valorisation du statut de pupille, indépendamment de la construction d'un projet d'adoption. Les enfants pupilles de l'Etat peuvent toujours être directement placés en vue de leur adoption mais ce qui était autrefois posé comme le principe n'est désormais présenté que comme une possibilité parmi d'autres. Ainsi, là où l'ancien article L 225-1 du CASF imposait en principe un « projet d'adoption dans les meilleurs délais » pour les pupilles de l'Etat, le nouvel article se contente d'un « projet de vie, défini par le tuteur avec l'accord du conseil de famille, qui peut être une adoption, si tel est l'intérêt de l'enfant ». La logique est donc inversée, de sorte que l'adoption n'est à envisager que si elle est dans l'intérêt de l'enfant, ce qui ne semble pas être le cas en présence d'un doute sur la filiation paternelle. Cette modification intervient dans le premier des deux axes principaux de la loi de 2016, à savoir celui visant à assurer plus de protection et de stabilité dans les parcours de l'enfant. Il n'est pas anodin qu'une disposition s'éloignant du principe de projet d'adoption se situe dans une partie dédiée à plus de sécurité. En ce sens, l'adoption n'offrirait qu'une sécurité apparente, risquant au contraire de figer trop tôt une situation qui n'était pas stabilisée. Cependant, il ressort des débats ayant précédé l'adoption du texte que cette évolution n'a nullement été dictée par le souci d'améliorer la situation en cas de retour du père biologique dans l'accouchement sous X. En effet, ce sont davantage des raisons liées à l'âge ou à l'état

182 J.Halifax, C. Villeneuve-Gokalp, *L'adoption en France : qui sont les adoptés, qui sont les adoptants ?*, Population et société, 2005

183 J.Revel, *Une nouvelle famille unilinéaire : l'enfant né sous X et son père*, D. 2006. 1707

184 J.Hauser, *Accouchement anonyme : satisfecit provisoire au droit français*, RTD civ. 2008. 285

185 Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, JO du 15 mars 2016

psychologique de l'enfant qui ont été avancées pour justifier que l'adoption n'est pas nécessairement le projet de vie le plus pertinent pour lui, et non le doute quant à la filiation paternelle. Si la loi de 2016 a donc amorcé une évolution intéressante, il faudrait désormais en tirer profit dans le cas précis de l'accouchement sous X sans certitude sur la volonté du père. En effet, dans cette hypothèse, il apparaît particulièrement préférable de s'orienter vers un autre projet de vie.

2. Les autres projets de vie envisageables

Dès sa naissance, il importe d'aider l'enfant à se construire un avenir en lui offrant une solution d'accueil propre à lui apporter le cadre nécessaire à son épanouissement et la protection que ses parents ne peuvent assurer. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu juger que, « passé un délai suffisant pour que les parents de naissance puissent manifester leur intérêt et souscrire une reconnaissance, il est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant de le priver de l'environnement familial stable que peut lui conférer le placement en vue d'adoption dans l'attente d'une hypothétique reconnaissance »¹⁸⁶. Cependant, ces objectifs de stabilité affective et juridique peuvent être atteints en dehors de l'adoption plénière, à travers un accueil familial mais non parental (a) ou sur le modèle de l'adoption simple (b).

a. Un accueil familial mais non parental

La loi du 14 mars 2016 ouvre une alternative intéressante à travers « l'accueil durable et bénévole » posé à l'article L 221-2-1 du CASF. L'enfant peut ainsi être accueilli chez un tiers, qui se distingue des familles d'accueil agréées. Un décret du 10 octobre 2016¹⁸⁷ précise les modalités de cet accueil. Le tiers est « recherché dans l'environnement de l'enfant, parmi les personnes qu'il connaît déjà ou parmi d'autres personnes susceptibles d'accueillir durablement l'enfant et de répondre de manière adaptée à ses besoins (...) les liens d'attachement que l'enfant a pu nouer avec d'autres personnes que ses parents sont pris en compte »¹⁸⁸. L'idée est qu'il devrait s'agir d'un proche parent de l'enfant, or cela est difficilement transposable à l'accouchement sous X puisque, par définition, on ne sait rien de son environnement d'origine. On peut tout de même s'inspirer de cette nouvelle faculté en ce qu'elle est elle-même inspirée de pratiques étrangères permettant de confier un enfant à des personnes qui, au départ, ne sont pas des adoptants mais qui pourront y prétendre si l'enfant devient adoptable¹⁸⁹. Il s'agirait ainsi de développer un modèle d'« accueil de l'enfant qui soit

186 Civ.1ère, 1er juin 2011, n°10-19028

187 Décret n° 2016-1352 du 10 octobre 2016, JO du 12 octobre

188 Art. D 221-17 CASF

189 C.Neirinck, *Fasc.30 Art. 371 à 387, Autorité parentale- délégation*, JCI. Notariale, 26 janvier 2018

familial sans être parental »¹⁹⁰. Ce modèle doit être pensé comme un système transitoire, pouvant mener à deux issues : le retour du père biologique entraînant la restitution de l'enfant ou, à terme, l'adoption de l'enfant par cette famille l'ayant pris en charge. En ce sens, l'enfant né sous X puis admis en qualité de pupille de l'Etat sans certitude sur la volonté du père biologique serait placé auprès d'une famille, prête à le prendre en charge sans avoir pour vocation première de créer un lien de filiation. Il ne s'agirait pas d'un placement en vue de l'adoption, ce qui ne ferait donc pas obstacle à l'établissement de la filiation paternelle en cas de retour du père biologique. Une telle solution permettrait d'offrir à l'enfant un environnement propice à son développement sans figer sa situation et ainsi sans anéantir ses chances de voir sa filiation biologique établie.

Il pourrait être reproché à un tel modèle « d'organiser la désuétude de l'institution de l'adoption » comme certains le craignent¹⁹¹, or il s'agit davantage de revaloriser les familles d'accueil comme d'autres le préconisent¹⁹². Ces familles seraient formées pour apporter tout le soutien matériel et affectif nécessaire à l'enfant tout en ayant conscience qu'un retour de son père biologique est possible. La perspective de l'adoption restera envisageable mais ne sera pas le but ultime. On n'y basculerait qu'à partir du moment où il n'y aurait plus de doute sur la filiation paternelle – par exemple si le père a pu être contacté et faire connaître son refus d'établir sa filiation- ou à l'issue d'un certain délai. Ce délai devrait être fixé de sorte à ménager le temps nécessaire aux recherches du père avant de consacrer la filiation de l'enfant dans sa famille d'accueil qui aura, durant ce temps, construit des liens avec l'enfant et prouvé sa capacité à devenir parents adoptifs. A titre de proposition, on pourrait envisager un délai d'un an à l'issue duquel le placement en famille d'accueil durable et bénévole pourrait basculer vers une adoption plénière. Dans le cas où le père biologique réapparaîtrait avant ce délai, il pourra établir sa filiation et se voir restituer l'enfant, avec un accompagnement médical, psychologique, éducatif et social pour assurer le retour le plus apaisé qu'il soit¹⁹³. Dans ces conditions, l'enfant aura bénéficié d'un environnement familial propice à son bien être, qui pourra être poursuivi au côté de son père de naissance ou, à défaut, entériné par une adoption. L'inconvénient d'un tel modèle reste que l'enfant demeurera plus longtemps sans filiation établie.

190 G. Neyrand, *La parentalité d'accueil*, Dialogue 2005/1, n° 167, p.7

191 L.Gebler, P. Salvage-Gerest, A. Sannier, *Réforme de la protection de l'enfant - Sélection d'articles-* AJ fam. 2016. 199, 20 avril 2016

192 En ce sens G. Neyrand, *La parentalité d'accueil*, Dialogue 2005/1, n° 167, p.9

193 Les articles L 223-7 et L 224-6 CASF imposent qu'un tel accompagnement soit proposé en cas de reconnaissance d'un enfant né dans le secret et ainsi de retour dans sa famille d'origine

b. Le modèle de l'adoption simple

Outre ses conséquences juridiques, la filiation présente un intérêt social et psychologique important, en tant que « construction sociale reconnaissant un lien et une place à l'individu, (...permettant) de nommer une relation entre deux personnes, ce qui s'avère psychologiquement essentiel »¹⁹⁴. Dans cette logique, une alternative à l'adoption plénière ne serait acceptable qu'à condition d'offrir cette même reconnaissance juridique. Une autre piste d'évolution pourrait alors résider dans le modèle non exclusif de l'adoption simple. Il ne s'agit pas ici d'envisager l'adoption simple par le père biologique à la suite de l'adoption plénière. Cette idée, qui n'est pas propre à éviter le conflit, sera évoquée à titre de solution curative. A ce stade, il s'agit de l'appréhender comme un projet de vie pour le pupille de l'Etat né sous X au lieu et place de l'adoption plénière.

L'adoption simple est conçue comme un mécanisme permettant d'ajouter un lien de filiation sans rompre les liens avec la famille d'origine¹⁹⁵. Dans cette logique on peut se demander si elle est envisageable lorsque l'enfant n'a pas cette famille d'origine, ce qui est précisément le cas dans l'accouchement sous X. En effet, pourquoi choisir un modèle conçu pour ajouter un lien de filiation à des liens préexistants alors même qu'il n'y a pas de liens préexistants ? En réalité l'idée prend tout son sens en présence d'un pupille de l'Etat né sous X sans certitude sur la filiation paternelle. Le principe serait inversé : l'adoption simple permettrait, non pas d'ajouter un lien à d'autres préexistants, mais de ne pas empêcher l'établissement d'un lien qui se révélerait postérieurement¹⁹⁶. Ceci est envisageable dès lors que, même si elle est pensée pour maintenir des liens d'origine, aucun texte n'interdit expressément le prononcé d'une adoption simple en l'absence de tout lien de filiation préalablement établi. L'enfant pourrait ainsi être placé en vue de son adoption simple, selon une procédure semblable à celle de l'adoption plénière. Tout se passerait de la même manière, à la seule différence que le placement, puis l'adoption, ne sauraient faire échec à l'établissement de la filiation biologique paternelle. L'enfant bénéficierait donc de l'environnement nécessaire à son épanouissement et d'une stabilité juridique grâce à l'établissement d'un véritable lien de droit. Si le père biologique se manifeste après l'adoption simple, il pourra faire valoir son lien de filiation d'origine sans que cela ne rompe celui de la famille adoptive, conformément à l'article 369 du Code civil. A l'inverse, si aucune revendication n'est faite durant un certain délai, l'adoption simple pourrait être convertie en adoption plénière, ce que permet déjà l'article 345 du même Code.

194 A. Dionisi-Peyrusse, Les fondements de la filiation. Tentative de synthèse du colloque des 10 et 11 mars 2016, op.cit

195 Art. 364 al.1er C.civ : « L'adopté reste dans sa famille d'origine et y conserve tous ses droits »

196 En vertu de l'article 369 C.civ, l'adoption simple n'empêche pas l'établissement d'un lien de filiation postérieur

Enfin, c'est une solution proche de l'accueil familial bénévole et durable mais moins précaire en ce qu'elle assurerait la création plus rapide d'un lien de filiation, consacrant et protégeant le lien affectif qui se sera créé entre l'enfant et la famille. Contrairement à la logique inverse -que l'on étudiera ci-après- où c'est le père biologique qui pourrait adopter simplement l'enfant préalablement adopté plénièrement, cette solution a l'avantage de sauvegarder les droits du père dès le départ. Pour autant, si l'adoption simple est révoquée, pour motifs graves, appréciés par le tribunal à la demande de l'adoptant ou de l'adopté, il ne s'agirait pas de considérer que le retour du père biologique est un motif grave permettant cette révocation. Une telle solution impliquerait donc de raisonner en terme de pluriparentalité, changement de logique à même d'apaiser le conflit entre père de naissance et parents adoptifs.

II.Solutions curatives : De l'exclusion à la complémentarité

Les propositions faites pour prévenir le conflit en préservant la possibilité d'établissement de la filiation paternelle biologique avant la création d'un lien exclusif ne font pas disparaître le risque. Lorsque la prévention s'est avérée insuffisante, de sorte que deux revendications familiales s'opposent, il devient nécessaire d'apaiser le conflit. Le nier ne ferait que l'aggraver, créant un flou juridique préjudiciable à tous. Au contraire, prendre en compte les droits du père et se soucier de l'intérêt de l'enfant comme de la famille adoptive implique de tenter d'apporter des réponses afin que chacun puisse trouver sa place. Il ne s'agit alors pas d'occulter l'un des acteurs de cette histoire plurielle mais de les concilier. Pour ce faire, plusieurs pistes d'évolution sont envisageables, de la simple participation du père à la vie quotidienne de l'enfant sur le modèle de la pluriparentalité (A) à une véritable consécration juridique par l'établissement du lien de filiation, solution plus ambitieuse impliquant une remise en cause de la logique d'exclusivité de la bifiliation (B)

A.Une pluriparentalité non juridique : l'intégration du père sans lien de filiation

Même à considérer qu'il ne faille pas remettre en cause l'exclusivité de la filiation, l'intégration du père dans la vie de l'enfant reste possible. Il pourrait être présent dans le quotidien de l'enfant sans que sa place ne soit consacrée par un véritable lien de droit. Cette option pourrait soit être volontairement choisie par le père qui ne revendique pas l'établissement de sa filiation, soit imposée comme unique compromis pour celui qui sollicite une place.

Puisque, pour l'heure, aucune règle juridique n'est spécifiquement posée pour pacifier le conflit entre famille adoptive et père biologique, celui-ci est entièrement soumis aux volontés individuelles. Comme l'a révélé l'issue de l'affaire Benjamin, les parties peuvent volontairement adopter un comportement conciliant en cherchant à préserver au mieux l'intérêt de l'enfant. C'est ainsi que le père biologique de Benjamin, qui a pu voir sa filiation établie, a accepté de consentir à une adoption simple de l'enfant par les époux qui l'avaient pris en charge¹⁹⁷, permettant un maintien des liens. La même logique conciliatrice a permis à la Cour d'appel de Rennes¹⁹⁸, dans une affaire similaire où un père n'avait pas pu faire valoir sa reconnaissance prénatale avant le placement de l'enfant, de refuser que l'enfant lui soit restitué et sa filiation établie en insistant sur le fait que les époux ayant pris en charge l'enfant sont «tout à fait conscients de la situation particulière de (l'enfant) et ne comptent pas occulter son histoire et l'existence de ses parents biologiques », relevant l'importance « de la reconnaissance, des conditions de naissance et de l'existence des parents biologiques, le tout dans un climat émotionnel harmonieux et aimant». Or cette solution ne s'impose pas en droit. On peut effectivement espérer que, dans tous les cas similaires, famille adoptive et famille d'origine œuvrent ensemble pour une solution apaisée. Il n'en demeure pas moins que ce n'est pas le rôle du droit que d'abandonner la résolution d'un litige au bon vouloir des parties. En outre, même si les familles acceptent de maintenir des liens, ceux-ci sont fragiles et précaires dès lors qu'ils sont désinstitutionnalisés et non juridiques. C'est en cela qu'une certaine reconnaissance juridique apparaît nécessaire, même indépendamment de la création d'un lien filial. On peut alors s'inspirer des solutions existantes en cas d'éclatement familial.

Tout d'abord, au sein même du couple parental séparé, le législateur a opté pour une logique de partage, qui pourrait inspirer une réforme. Ainsi, depuis la loi du 4 mars 2002 ayant généralisé l'exercice commun de l'autorité parentale, la rupture des parents est en principe sans incidence sur cette autorité, qui demeure attribuée aux deux. En ce sens, même si la vie quotidienne de l'enfant est à recomposer, cela ne passe pas par l'exclusion d'un des parents. Une résidence alternée peut être mise en place, eu égard à la situation de fait des époux et de l'enfant. Une proposition de loi actuellement à l'étude vise même à l'ériger en principe en cas de séparation¹⁹⁹. Il ressort de ces textes une volonté de permettre à chaque parent, et en particulier au père, de conserver sa place et son rôle même en cas de séparation, refusant une logique d'exclusion. Des conditions propres à assurer le bien être de l'enfant sont évidemment nécessaires, cependant cela montre qu'il est possible d'organiser la vie quotidienne de l'enfant entre plusieurs adultes. La question est différente dans

197 Prononcée sur renvoi par CA Reims, 12 dec.2006 n° 2006-325133

198 CA Rennes, *Célestin*, 25 nov.2014, n° 14/04384, obs. C. Neirinck, Dr. Fam, janv.2015, comm.8

199 Proposition n° 307 relative au principe de garde alternée des enfants, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 octobre 2017

notre étude puisque le père biologique n'a jamais pu être investi de l'autorité parentale, cependant cela n'empêche pas de s'inspirer de la logique générale en faveur d'un pluralisme. Ainsi, à l'instar d'un parent séparé, même sans lien de filiation établi, le père biologique pourrait obtenir un droit de visite et d'hébergement. Cela lui offrirait la possibilité de construire une relation avec l'enfant.

Parallèlement, avec les développements des familles recomposées, des efforts et des propositions ont été faits afin de permettre l'intégration de tiers aux côtés des parents légaux de l'enfant. On peut également s'en inspirer pour assurer l'intégration du père biologique. Ainsi, la loi du 4 mars 2002 a simplifié la possibilité d'une délégation-partage de l'autorité parentale²⁰⁰, permettant à un parent de partager une partie de son autorité parentale avec un beau-parent, dans le but de faciliter l'organisation de la vie quotidienne de l'enfant. Les deux parents doivent être d'accord et en faire la demande au juge aux affaires familiales. Il ne s'agit en aucun cas de l'établissement d'un lien de filiation. On pourrait concevoir une logique similaire en admettant que les parents adoptifs puissent consentir une délégation de leur autorité parentale au père biologique. Cependant, cette solution est déjà critiquée, comme insuffisante, pour les beaux-parents revendiquant la création d'un véritable statut, de sorte qu'elle ne saurait suffire pour le père biologique. La solution est donc davantage à rechercher dans la création d'un véritable statut juridique, différent de celui de parent. Pour Claire Neirinck, reconnaître des droits et obligations aux beaux-parents serait une démarche « utile et pacificatrice »²⁰¹. Il en va de même pour le père biologique. Les propositions faites pour un véritable statut de beaux-parents sont donc transposables pour concevoir l'intégration du père biologique sans création d'un lien de filiation. Comme la défenseure des enfants, on peut invoquer l'idée d'une délégation d'autorité parentale simplifiée ou d'un mandat éducatif²⁰². On peut aussi s'inspirer de la proposition de mandat d'éducation quotidienne préconisé par Irène Théry dans son rapport sur la filiation²⁰³. Toutes ces solutions visent à sécuriser le lien entre le père et l'enfant en lui conférant le pouvoir d'accomplir des actes usuels de l'autorité parentale en dépit de l'absence de filiation.

D'autres solutions permettent à des adultes de maintenir une relation avec l'enfant indépendamment du lien de filiation. Ainsi, par exception à la logique de rupture des liens avec la famille d'origine à la suite d'une adoption plénière, des juges ont déjà admis que l'intérêt de l'enfant

200 Art. 377 C.civ

201 C. Neirinck, M.Gross, *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ?*, op.cit

202 M.Gross, Dénouer la filiation de la procréation, in C.Neurinck, M.Gross, *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ?*, op.cit., p.138

203 I.Théry, A-M Leroyer, *Rapport Filiation, origines, parentalité - Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Ministère des affaires sociales et de la famille, 2014 p.288,

peut commander d'octroyer un droit de visite aux parents ou grands-parents par le sang²⁰⁴. La même logique entoure les articles 337 et 371-4 alinéa 2 du Code civil permettant respectivement au juge, en cas d'accueil d'une action en contestation d'un lien de filiation, de « fixer les modalités de relations de (l'enfant) avec la personne qui l'élevait » ou de « fixer les relations entre l'enfant et un tiers (...qui) a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables ». En tant que tels, ces articles ne sont d'aucun secours au père biologique qui, par hypothèse, n'a pas pu élever l'enfant ni nouer de lien avec lui. Cependant ils vont dans le sens d'une pluralité de liens maintenus en dépit de la filiation.

C'est déjà cette idée qui a entouré la création du CNAOP en 2002, visant à concilier préservation de l'adoption plénière et accès aux origines, pourtant considérés comme inconciliables. En effet, cette création repose sur l'idée essentielle qu'« accéder à ses origines ne signifie pas établir un lien juridique avec les parents de naissance »²⁰⁵. En ce sens, l'article L 147-7 du CASF précise expressément que « l'accès d'une personne à ses origines est sans effet sur l'état civil et la filiation. Il ne fait naître ni droit ni obligation au profit ou à la charge de qui que ce soit ». Ainsi, si l'exclusivité n'est plus assurée d'un point de vue affectif et social, elle demeure du point de vue juridique. L'enfant peut connaître ses parents d'origine mais n'aura juridiquement que ses parents adoptifs. Selon les termes de Cécile Ensellem, cette loi traduit une forme de « pluriparentalité non juridique », en n'officialisant pas juridiquement le partage de parenté entre parents de naissance et parent adoptifs²⁰⁶. Ne concevoir qu'un droit de visite et d'hébergement ou une délégation d'autorité au père biologique irait dans le même sens.

Ces solutions offriraient un cadre juridique au développement de la relation entre père et enfant, afin qu'elle ne soit pas soumise à une dangereuse précarité. Des rencontres régulières pourraient ainsi être organisées entre l'enfant et son père biologique, qui disposerait des pouvoirs nécessaires pour intervenir, tout en maintenant l'exclusivité de sa filiation adoptive. Cependant, si elles sont envisagées pour ne pas bouleverser les repères de la filiation, ces solutions n'apparaissent pas entièrement satisfaisantes. D'une part, parce que celles inspirées d'un statut de tiers reposent sur l'autorisation des parents juridiques. Le père biologique ne serait donc investi d'aucun pouvoir propre et le partage partiel d'autorité ne serait pas possible sans une coopération des parents adoptifs, qui pourraient y être réticents. D'autre part, parce qu'elles ne tiennent pas compte de

204 CA Pau, 21 avr. 1983, D. 1984. 109, note Hauser.

205 C. Ensellem, *Accouchement sous X et assistance médicale à la procréation avec donneur: prises de position sur l'accès aux origines et les fondements de la parentalité*, Recherches familiales, vol. 4, no. 1, 2007, p.115

206 Op.cit, p.116

l'importance de la filiation, dans sa dimension psychologique et juridique. Une solution plus ambitieuse impliquerait la consécration d'une filiation plurielle.

B. Une consécration juridique de la tri-parenté : Vers une remise en cause de l'exclusivité de la bifiliation ?

L'établissement de la filiation revêt une importance toute particulière à laquelle père et enfant n'ont pas renoncé (1), ce pourquoi il serait plus opportun de penser en terme de filiation non exclusive (2).

1.L'importance de la consécration juridique de la filiation

La distinction entre accès à ses origines ou à sa descendance et consécration légale peut se comprendre dans la logique sous-tendant la création du CNAOP. En effet, on se situe ici dans l'hypothèse où, de sa propre initiative, un enfant - généralement devenu adulte ou adolescent-obtient les informations laissées sous pli par les parents qui ont fait le choix d'organiser le secret de la naissance et qui ont accepté qu'elles soient révélées. Dans ce cas, les parents d'origine ont renoncé à l'établissement d'un lien de filiation et ainsi à être parents ; ils ont simplement accepté que l'enfant, au moment souhaité, puisse connaître ses origines. La logique est totalement différente en cas de retour du père biologique, victime du choix de la mère d'accoucher sous X et souhaitant établir son lien de parenté avec l'enfant encore en très bas âge. Ce père n'a nullement renoncé à l'établissement de sa filiation. Il devrait donc pouvoir prétendre accéder à la parentalité, par la reconnaissance de son lien de filiation, impliquant de remettre en cause la logique de bifiliation exclusive.

Admettre que le père puisse voir sa filiation établie malgré l'existence d'une filiation adoptive ne préserve pas seulement ses propres droits, mais également ceux de l'enfant. En effet, selon le professeur Françoise Dekeuwer-Défossez, « le droit à l'identité n'implique pas seulement le droit de connaître ses origines, mais aussi celui de les faire reconnaître juridiquement »²⁰⁷. Parmi tous les liens de droit, le lien de filiation apparaît comme « le plus essentiel, le plus symbolique et le seul pérenne »²⁰⁸. C'est donc le seul apte à conférer une véritable légitimité et un statut de parent légal. C'est alors le rôle du législateur que de mettre en place le cadre juridique nécessaire. Sur ce

207 Propos relatés in A. Dionisi-Peyrusse, L. Mauger-Vielpeau (dir), *Les fondements de la filiation, acte de colloque*, op.cit, p. 160

208 C. Neirinck, *La filiation une question juridique*, in C. NEIRINCK, M. GROSS, *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation*, op.cit, p. 19

point, si on a vu que les évolutions dans le domaine de la filiation justifient que la volonté du père ne soit plus être niée, elles justifient également de songer à une réforme de la filiation pour l'intégrer. Ainsi, s'il est question d'étendre l'AMP aux femmes de même sexe, cela s'accompagne de revendications en matière de filiation, en faveur d'une présomption de maternité ou d'un autre moyen d'établir une double filiation maternelle, ce qui n'est aujourd'hui possible que par jugement. Il n'est pas ici question de pluriparentalité puisque l'enfant n'aura toujours légalement que deux parents. Cependant cela va dans le sens d'une double filiation de même sexe, hors jugement. Il ne serait donc plus exclu qu'un enfant ai une filiation paternelle établie à l'égard de deux hommes, l'une adoptive et l'autre biologique. Cependant, cette logique se heurte à des difficultés de désignation qui, pour être surmontées, impliqueraient de s'éloigner du modèle de bifiliation exclusive pour consacrer une véritable pluriparentalité au sens juridique.

2.La possibilité d'une pluriparentalité juridiquement organisée

La pluriparentalité ne trouve pas de définition légale à ce jour. Elle peut être présentée comme la démarche visant à réunir tous ses parents autour de l'enfant, en consacrant la filiation de chacun de ses géniteurs et de ses parents sociaux²⁰⁹. Elle implique donc de dissocier les trois composantes de la filiation -biologique, domestique et juridique- afin de repenser leur articulation. Apparaissant, pour l'heure, essentiellement comme une situation factuelle, la pluriparentalité devrait être juridiquement encadrée pour constituer une véritable solution. Pour consacrer la place du père biologique sans nier celle des parents adoptifs, il faudrait donc penser en terme de « tri-parenté », définie comme la « consécration d'un triple lien de filiation plein et entier à l'égard d'un enfant »²¹⁰. Cette logique apparaît comme une réponse aux difficultés soulevées par des configurations familiales complexes dans lesquelles s'opposent vérités biologiques, sociologiques et juridiques. Plutôt que de nier cette complexité, il s'agit donc de la surmonter et de l'apaiser, en optant pour une conception additive et non substitutive.

Cette idée a d'abord émergé dans les débats concernant la place des beaux-parents, où elle a déjà emporté une certaine adhésion. Des sociologues ont ainsi montré que les familles recomposées peuvent fonctionner sur un modèle de pérennité, où parents légaux et beaux-parents assurent ensemble un rôle dans la vie de l'enfant²¹¹. C'est pour cela que les revendications en la matière vont davantage dans le sens d'une addition de liens que d'un effacement. De la même manière, des

209 M.Boisson ,*Penser la famille comme institution, penser l'institution de la filiation. La recherche contemporaine en quête de sens commun*,op.cit

210J-C. Duhamel, C.Pomart, A.Niemiec, *Droits de l'enfant : chronique d'actualité législative et jurisprudentielle n°10, 4ème partie*,Petites affiches - n°157 – p.7

211 D.Le Gall, C.Martin, *Familles et politiques sociales, dix questions sur le lien familial contemporain*, Paris, L'Harmattan, 1996

revendications en faveur d'une tri-parenté ont vu le jour afin de répondre à une situation bien particulière, où un homme, sans renoncer à sa paternité, accepte de concevoir un enfant pour un couple de femmes ; trois acteurs souhaitant ainsi voir leur filiation établie. Cette logique a ensuite gagné les débats sur l'accès aux origines. Pour la pédopsychiatre Gwenaëlle Andro, « la recherche sur ses origines ne se résume pas à une vérité biologique mais participe de l'histoire de chacun »²¹². En ce sens, et comme le soulevait le psychanalyste Serge Hefez, « nous avons intérêt à être dans le "et et" et non dans le " ou ou" afin de permettre à l'enfant d'interpeller toutes les personnes qui font qu'il est au monde (...) de se raconter une histoire dans laquelle tout le monde peut avoir une place »²¹³. C'est précisément ce que permet un raisonnement en terme de tri-parenté.

Il n'en demeure pas moins qu'une tri-parenté est difficile à concevoir dans notre système de filiation « exclusivement biparental »²¹⁴. C'est ainsi que, lorsqu'elle s'interroge sur la pluriparentalité, Isabelle Corpart prend soin de souligner que ce « n'est pas forcément (la solution) idéale, notamment si l'on souhaite que l'enfant garde ses repères et préserve des liens avec les deux parents que la loi institue comme tels »²¹⁵. L'évolution des mœurs n'a pas eu raison du principe de bifiliation qui ne reconnaît que deux places parentales²¹⁶. En témoignent plusieurs amendements déposés lors des débats sur la loi ouvrant le mariage homosexuel, visant à inscrire dans le Code civil le principe selon lequel nul ne pourrait avoir plus de deux parents vivants²¹⁷. Même s'ils n'ont pas abouti, le principe chronologique empêche toujours l'établissement d'un lien de filiation avant qu'une filiation déjà établie et qui le contredirait ne soit détruite²¹⁸. En ce sens, à la question « que faire des parents en plus ? », la réponse réside encore majoritairement dans l'exclusion²¹⁹. C'est ainsi que, hors entente amiable entre eux, le conflit entre père biologique et parents adoptifs ou famille d'accueil se résout nécessairement au détriment de l'un d'eux, qui ne verra pas sa filiation établie. De manière générale, passer outre cette logique exclusive permettrait pourtant de tenir compte de la diversité familiale contemporaine. Dans le cas précis de l'accouchement sous X et indépendamment du débat sur les familles homosexuelles, ce serait une solution permettant de ne sacrifier aucun droit.

212 G.Andro, *Le point de vue du pédopsychiatre : la filiation psychique*, in. *Les fondements de la filiation*, op.cit, p.20

213 Intervention au Forum Bioéthique Européen, *Nouvelles familles, nouvelles filiations. Comment va l'Edipe ?*, 26 janvier 2016, Strasbourg, 6ème édition

214 M.Gross, *Dénouer la filiation de la procréation*, in C.Neirinck, M.Gross, *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ?*, op.cit, p.178

215 I. Corpart, *La pluriparentalité en chantier*, op.cit, p.71

216 G.Neyrand, op.cit. , p.8

217 Amendements n° 1922, 1991, 2079, 2971, 2974, 3054, 3406, 4957, 5148, sur le texte n° 628 visant à l'adoption d'un nouvel article 342-9 du Code civil, cité in. J-C. Duhamel, C.Pomart, A.Niemiec, *Droits de l'enfant : chronique d'actualité législative et jurisprudentielle* n°10, 4ème partie, Petites affiches – n°157, p.9

218 Art. 320 C.civ

219 A.Golse, D. Le Gall, *Les enjeux actuels de la filiation : point de vue sociologique*, in *Les fondements de la filiation*, op.cit, p.26

En réalité, l'idée d'une pluralité de liens de filiation n'est pas entièrement inconnue du droit français. En effet, l'adoption simple peut apparaître comme une forme de pluriparentalité ou tri-parenté, dès lors qu'un nouveau lien de filiation s'ajoute à un lien préexistant, dans une logique de complémentarité préférée à l'exclusion. L'idée n'est donc pas nouvelle. Contrairement à la logique préventive, il s'agit ici de l'adoption simple de l'enfant, consentie par le père biologique, par les personnes l'ayant pris en charge avant son retour. A l'inverse, il pourrait aussi être question de l'adoption simple de l'enfant par le père biologique consentie par les parents adoptifs eux mêmes, ce que permettrait la loi du 5 juillet 1996, autorisant une adoption simple après une adoption plénière. C'est ainsi que Francis Kernaleguen présentait déjà l'adoption simple comme une solution offrant une issue apaisée à « certains conflits liés à l'accouchement anonyme et à ses incidences sur la filiation paternelle ». De même, certains y voient une solution suffisante pour répondre aux nouvelles configurations familiales sans « forcer le concept même de parenté »²²⁰, dans l'optique de préserver les schémas de parenté traditionnels. Or, si on peut s'inspirer de ce modèle, il importe d'aller plus loin tant l'adoption simple n'est pas véritablement adaptée à la problématique de l'accouchement sous X. En effet, elle reste conçue dans la logique de filiation exclusive et retire donc l'autorité parentale à l'autre parent, hors mariage. Au contraire, il serait souhaitable d'offrir une véritable place de parent au père biologique sans retirer celle des parents adoptifs et inversement. Si l'adoption plénière a déjà été prononcée, le père pourrait voir sa filiation paternelle établie et s'ajouter à la filiation adoptive. A l'instar d'un couple de parents séparés, père biologique et parents adoptifs se partageraient donc l'autorité parentale sur l'enfant. Afin de respecter l'intérêt de ce dernier et puisqu'aucun modèle idéal ne peut être pré-établi de manière intangible, une marge de manœuvre serait nécessairement accordée au juge pour organiser l'articulation de ces différentes formes de parentalité en fonction des circonstances d'espèce.

Bien que complexe à admettre dans notre système juridique, cette logique de tri-parenté n'est pas inconcevable. En témoignent différents droits étrangers où les revendications en la matière ont trouvé un certain retentissement dans la loi ou la jurisprudence. On peut ainsi s'inspirer du droit canadien où, motivée par l'intérêt de l'enfant, la Cour d'appel de l'Ontario²²¹, a déjà consacré un triple lien de filiation. Cette décision est intervenue dans l'hypothèse suscitée où un homme a accepté, bénévolement, de concevoir un enfant pour un couple de femmes qui sont revenues sur leur décision de ne pas demander l'adoption par la compagne de la mère biologique. De même, le droit californien peut utilement être invoqué, une loi du 4 octobre 2013²²² ayant été adoptée pour

220 C. Siffrein-Blanc. La parenté en droit civil français : Étude critique. op.cit, p.554

221 C.A. Ontario, 2 janv. 2007, A.A. c/ B.B

222 4 oct.2013, SB-274 Family law: parentage: child custody and support.

permettre d'ajouter une filiation socio-affective à une filiation naturelle ou adoptive, en reconnaissant la filiation d'un parent ayant subvenu aux besoins de l'enfant durant un « laps de temps significatif ». Même marginaux, ces systèmes montrent que l'établissement de liens de filiation multiples n'est pas inconcevable. Il serait ainsi possible que le père biologique voit sa filiation pleinement établie aux côtés des parents adoptifs.

Ce système n'est évidemment pas exempt de critique. Comme le reconnaissait Martine Gross, « en l'absence de consensus entre les personnes concernées, inscrire la filiation d'un troisième parent risque d'être problématique pour le quotidien de l'enfant ». Or, le quotidien n'est-il pas tout aussi problématique en cas de séparation conflictuelle entre deux parents ? En pareille hypothèse, le juge refuserait-il pour autant le partage de l'autorité parentale et que l'enfant reste en contact avec ses deux parents sous prétexte que ceux-ci ne parviennent pas à s'entendre ? Si l'argument des tensions quotidiennes peut être surmonté en cas de séparation, il ne devrait pas être un obstacle à une tri-parenté. Ainsi il n'est pas question de s'illusionner en pensant qu'elle mettrait à l'abri de tout conflit. Comme la parenté à deux, la tri-parenté risquera d'être conflictuelle, mais ce risque ne suffit pas à l'écarter par principe, d'autant que -au contraire- les chances d'entente sont une opportunité à saisir dans l'intérêt de l'enfant²²³.

Penser un tel système suscite diverses interrogations quant à ses conséquences juridiques, notamment en terme de responsabilités et d'obligations. Qui se verra investi de la responsabilité de plein droit du fait du mineur ? Dans quelles proportions chaque parent contribuera aux besoins de l'enfant ? S'ajoutent des interrogations en terme de vocation successorale. Autant de questions qui auraient à être réglées dans une réflexion plus générale sur la pluriparentalité. En effet, il s'agirait d'un changement d'envergure qui aurait des répercussions bien au delà de l'accouchement sous X, impliquant une ouverture d'esprit bouleversant les derniers repères en vigueur s'agissant de la filiation.

223 F.Kernaleguen, « *Vos enfants ne sont pas vos enfants* » : être institué parent ?, op.cit

CONCLUSION:

Pour conclure, on peut retenir que la question de la place du père dans l'accouchement sous X s'intègre dans la problématique plus large et passionnée visant à déterminer ce qui institue un parent et une famille aujourd'hui. Outre rendre envisageable une réforme pour consacrer les droits du père, les évolutions françaises et européennes en matière familiale la rendent nécessaire. Le législateur ne peut ni se contenter d'un système qui n'a d'équilibré que son apparence, ni justifier son inaction par la complexité de la matière. Qu'il choisisse une voie audacieuse en rompant avec la logique d'exclusivité de la filiation ou qu'il se ménage une évolution moins controversée, il dispose de solutions propres à aboutir à un système plus égalitaire. Et si les seuls droits du père ne le mobilisent pas suffisamment, l'intérêt supérieur de l'enfant s'y ajoute pour lui commander de prendre position. Il n'échappera pas aux critiques idéologiques de toute part, mais si celles-ci empêchaient de faire évoluer le droit, aucun lecteur de ces lignes ne connaîtrait aujourd'hui de couples divorcés, d'enfants nés hors mariage sans en souffrir sur le plan moral et patrimonial, de femmes entièrement autonomes professionnellement et financièrement ou d'autres ayant pu mettre un terme à une grossesse non désirée, de personnes homosexuelles ne craignant plus une quelconque répression pénale ou encore de couples infertiles ayant tout de même pu devenir parents grâce aux progrès de la science ... Ayant toutes été inconcevables un jour, ces situations n'ont pourtant plus rien de marginal aujourd'hui. Il est désormais à espérer que ce soit la situation où un père biologique serait empêché de faire valoir sa filiation à l'égard de son enfant né sous X qui devienne inconcevable. La révision des lois bioéthiques débutée en ce début d'année et marquée par une réflexion générale sur la filiation paraît être le cadre propice pour enclencher cette évolution.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux

- A. BENABENT, *Droit civil. La famille*, 3ème édition, LGDJ, 2014
- B. BEIGNIER, J.-R. BINET, *Droit des personnes et de la famille*, 3ème édition, LGDJ, Lextenso, 2017
- C. BONNET, *Geste d'amour, l'accouchement sous X*, Paris, Odile Jacob, 1996
- A. CADORET, *Parenté plurielle, Anthropologie du placement familial*, Paris, L'Harmattan, 1995
- J. CARBONNIER :
 - Flexible droit, LGDJ, 1992, 7ème édition
 - *Droit civil : La famille, l'enfant et le couple*, Tome 2, 21ème édition PUF, Thémis droit privé, 2002
 - *Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant et le couple*, PUF, Quadrige manuels, 2004
- G. CORNU, *Droit civil. La famille*, 9ème édition, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2006
- G. CORNU, dir., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 12ème édition, Paris, PUF, 2018
- P. COURBE, A. GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, 7ème édition, LGDJ, 2017
- F. DE SINGLY dir., *Être soi d'un âge à l'autre*, Paris, Tome 2, L'Harmattan, 2001
- F. GRANET-LAMBRECHT Art. 515-1 à 515-7-1 - Fasc. unique : Le pacte civil de solidarité, JCI Civil.Code
- J. HAUSER, *La filiation*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1995
- G. LAUNOY, Fasc. : Actes de l'état civil – Acte de reconnaissance, n°31, JCI. Civil Code, 15/08/2017
- J.-J. LEMOULAND, *Famille*, Rep.civ., Dalloz, Septembre 2015, Actualisation février 2017
- P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, 6ème édition, LGDJ, 2018
- P. MURAT, dir., *Droit de la famille 2016/2017*, 7ème édition, Dalloz, février 2016
- C. NEIRINCK, Art. 371 à 387 - Fasc. 30 : AUTORITÉ PARENTALE. – Délégation, JCI. Notariale, 26 janvier 2018
- M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Tome II : La famille*, 2ème édition, Paris, LGDJ, 1952
- P. SALVAGE-GEREST, *L'adoption*, Dalloz, Connaissance du droit, 1992
- F. SUDRE, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, G. GONZALES et alii, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, Thémis, 2017

II. Monographies

- J. CARBONNIER , *Essais sur les lois*, Paris, LGDJ, 2013
- B.CEROUX , *Père et enfant dans la construction de l'identité paternelle*, Sous la direction de F.DE SINGLY, Soutenue à Paris 5, en 2004, thèse de doctorat en sociologie
- C. CHABUT, *Parents et enfants face à l'accouchement sous X*, L'harmattan, 2008
- I. CORPART ,*La pluriparentalité en chantier*, Cités, 2006, n° 28
- F. DE SINGLY , *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Nathan, coll. « 128 », 1999.
- A.DIONISI-PEYRUSSE, L. MAUGER-VIELPEAU (dir), *Les fondements de la filiation, acte de colloque*, Institut Universitaire Varenne, 2017
- M.DOURIS, *Entre vérité biologique et vérité parentale : quelle logique faut-il adopter en droit de la filiation ?* In : *Jean Carbonnier. L'homme et l'œuvre ?* Nanterre, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012
- C.HIGY, *Le temps en droit de la filiation*, Presse universitaires de Strasbourg, 2012
- M.IACUB, *L'empire du ventre.Pour une autre histoire de la maternité*, Paris, Fayard, coll. Histoire de la pensée, 2004
- P.JACQUES, dir., *Être parent aujourd'hui*, Dalloz, Janvier 2010
- D.LE GALL, Y. BETTAHAR, dir. , *La pluriparentalité*, Paris, PUF, 2001
- R.LETTERON, *Libertés publiques*, 2017
- J.MASSIP, *Le nouveau droit de la filiation*, Paris, Defrénois, 2006,
- C.NEIRINCK, M. GROSS, *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ?* , La documentation française, Paris, 2014
- C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français : Étude critique*, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009
- M.SCHULZ, C. DOUBLEN, *Droit et pratique de l'adoption*, Berger-Levrault, 27 septembre 2013

III. Rapports

- B.BAREGES, *Rapport sur l'accouchement dans le secret*, Assemblée nationale, 12 novembre 2010
- C.BRUNETTI-PONS, *Rapport final Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde*, Convention de recherche n° 14.19 ,5 janvier 2015 - 5 janvier 2017 , juin 2017

- M.DUYME, F.PERRIARD, *Qualité et satisfaction de vie des personnes pupilles de l'Etat ou enfants adoptés ayant rencontré leurs parents de naissance à l'âge adulte et qualité de vie des parents adoptifs et de naissance*, Etude réalisée à la demande de la Direction Générale de la Cohésion Sociale et du CNAOP, Octobre 2014
- A.GOUTTENOIRE, Rapport du groupe de travail « protection de l'enfance et adoption », Ministère des affaires sociales et de la santé et Ministère délégué chargé de la famille, février 2014
- A.LE HOUEROU, *Rapport n° 2744 fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi, adoptée par le sénat, relative à la protection de l'enfant*, Assemblée nationale, 6 mai 2015
- V.NEIERTZ, *Rapport n°3523 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi, modifié par le sénat, relatif à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat*, Assemblée nationale, 9 janvier 2002
- I.THERY, A-M LEROYER, *Rapport Filiation, origines, parentalité - Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Ministère des affaires sociales et de la famille, 2014
- V.PECRESSE, *rapport n° 2832 fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants*, Assemblée nationale, 25 janvier 2006
- *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation*, JORF n° 156, 6 juillet 2005

IV. Articles

- S.AUBIN, *Les droits du père face à l'accouchement anonyme*, Les petites affiches, 20 mars 2003, n°57 p. 6.
- J. BASSOUL, *Le placement en vue d'adoption. De l'agrément à la coopération*, Informations sociales 2008/2, (n° 146, pp. 66-77.
- F.BELLIVIER, L.BRUNET, C.LABRUSSE-RIOU, *La filiation, la génétique et le juge : où est passée la loi ?*, RTD civ., 1999, chr., p. 529.
- C. BERNARD-XEMARD, *L'enfant, sa famille d'accueil et son père biologique*, Les petites affiches, Paris, 3 mars 2004, n°45
- M. BOISSON, *Penser la famille comme institution, penser l'institution de la filiation. La recherche contemporaine en quête de sens commun*, Informations sociales, 2006/3, n° 131, p.102
- 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. 263
- A.DIONISI-PEYRUSSE, *Le droit de la filiation issu de la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005*, Dalloz, 2009, p.966

- J-C. DUHAMEL, C.POMART, A.NIEMIEC, *Droits de l'enfant : chronique d'actualité législative et jurisprudentielle n°10, 4ème partie*, Petites affiches - n°157 - page 7 -18
- T. GARE, *L'accouchement sous X n'efface pas les droits du père par le sang*, RJPF, novembre 2003, n°11
- G.COUDER, N.BARON, *Rencontre à la maternité avec des mères qui accouchent sous X et accompagnement du bébé de la naissance à l'adoption*, Spirale, vol. 1, no 21, 1er janvier 2002, p. 63-84
- C.ENSELLEM, *Accouchement sous x et assistance médicale à la procréation avec donneur. prises de position sur l'accès aux origines et les fondements de la parentalité* , Recherches familiales, vol. 4, no. 1, 2007, pp. 111-122
- H. FULCHIRON , *Les paternités forcées : projet parental versus géniteur payeur*, Dr. Fam. n° 1, Janvier 2017, repère 1,
- F.GRANET, *Confidentialité, secret ou anonymat autour d'une naissance: de quelques aspects des droits européens*, AJ fam. 2003. p.95
- A.GOUTTENOIRE, *La relation parent-enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* , Informations sociales, vol. 149, no. 5, 2008, pp. 40-51.
- T. GRÜNDLER, *Les droits des enfants contre les droits des femmes : vers la fin de l'accouchement sous X ?*, La Revue des droits de l'homme, 2013
- F.KERNALEGUEN, *Filiation - « Vos enfants ne sont pas vos enfants » : être institué parent ?*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 7-8, 13 Février 2017, doct. 185
- G.KESSLER, *Le droit de ne pas être père*, AJ fam. 2017. 292
- M-C LE BOURSICOT, *La volonté de symétrie entre filiation paternelle et maternelle remet-elle en cause la filiation par adoption ?*, Lamy droit civil, Paris, n° 28, juin 2006
- F.LIANOS, *L'avenir de l'accouchement dans le secret en France*, Droit et société, vol. 82, no. 3, 2012
- B.MALLET-BRICOUT , *Droits du père et accouchement sous X : la Cour de cassation prend position*, D. 2006, tribune, p.1177
- A.MARTIAL, *Famille recomposée : Les familles recomposées : le point de vue de l'ethnologue* , AJ fam. 2007. 288
- P.MURAT, *L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif*, Les petites affiches,, n°200, 7 octobre 2010

- C.NEIRINCK:
 - *La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat : la découverte de la face cachée de la lune ?*, RDSS 2002. 189
 - *Accouchement confidentiel allemand et accouchement secret français*, Dr.Famille, Repère n°5, Mai 2014
 - *Fasc.30 Art. 371 à 387, Autorité parentale- délégation*, JCI. Notariale, 26 janvier 2018
- E. POISSON DROCOURT, *Accouchement sous X : reconnaissance prénatale par le père et adoption*, D. 2004. 2249
- J-C. ROEHRIG, *A propos des enfants naturels reconnus : vers la création d'un casier civil des reconnaissances ?*, Defrénois 15 juin 1992, n°11
- J.RUBELLIN-DEVICHI, *La recherche des origines personnelles et le droit à l'accouchement sous x dans la loi du 22 janvier 2002 - À la mémoire de Brigitte Trillat*, Dr.fam, n°5, mai 2002, chron.11
- J-D SARCELET, *Filiation et famille: une vérité qui dérange*, D. 2009, p.2876
- P.SERVANT, *La résidence habituelle de l'enfant: l'intérêt de l'enfant, le juge et le tiers*, D. 2009, p.1665
- P.VERDIER, L.BERRUE, « *L'intérêt de l'enfant en cas d'accouchement sous X* », *Journal du droit des jeunes*, vol. 303, no 3, 2011, p. 52-62
- C.VILLENEUVE-GOKALP, *Les femmes qui accouchent sous le secret en France, 2007-2009* , Population, vol. vol. 66, no. 1, 2011, pp. 135-169

V. Notes et conclusions

- H.GAUMONT-PRAT, CEDH, 13 févr.2003, req. n° 42326/98, D.fam, 2003, chron n°14
- A.GOUTTENOIRE, F.SUDRE, *La compatibilité de l'accouchement sous X avec la Convention*, JCP G 2003, n°13, II, 10 049, p.563
- P.MALAUURIE, *La cour européenne des droits de l'homme et le "droit" de connaître ses origines- L'affaire Odièvre*, JCP G 2003, n°13, 26 mars 2003, doct.120
- J. HAUSER
 - *Préliminaire: une mère quand elle veut, la maternité purement potestative*; RTD civ. 2003. 276, note ss. CEDH, Odièvre, 13 févr. 2003, req n° 42326/98
 - *Accouchement anonyme: la liberté ne résume pas toute la filiation*, RTD civ. 2006. 292, note ss Civ.1ère, 7 avr.2006, n° 05-11.285 et 05-11.286
 - *Accouchement anonyme : satisfecit provisoire au droit français*, RTD civ. 2008. 285 , note ss. CEDH, Kearns c/ France, 10 janv. 2008 – n° 35991/04

- J-P. MARGUÉNAUD
 - *Quand la Cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'accouchement sous X*, RTD civ. 2003.375, note ss CEDH 13 févr. 2003, n° 42326/98
 - *Les désillusions strasbourgeoises de l'accouchée sous X repentante*, RTD civ. 2008. 252, note ss. CEDH, Kearns c/ France, 10 janv. 2008 – n° 35991/04
- F. MONEGER, *L'accouchement sous X devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'affaire Odièvre c/ France*, RDSS 2003. 219
- P.MURAT, *Adoption plénière - « Affaire Benjamin » : une cassation méritée mais bien confuse*, Droit de la famille n° 6, Juin 2006, comm. 124 , note ss. Civ.1ère, 7 avr.2006, n° 05-11.285 et 05-11.286, JurisData n° 2006-033113
- C.NEIRINCK, *Retour sur un accouchement sous X validé par la CEDH*, RDSS 2008. 353, note ss. CEDH, Kearns c/ France, 10 janv. 2008 – n° 35991/04
- J.REVEL, *Une nouvelle famille unilinéaire: l'enfant né sous X et son père*, D.2006, Chron.1707
- P. SALVAGE-GEREST, *Un autre regard sur l'affaire Benjamin*, D. 2007, p. 879

VI. Forums et colloques

- L.MAUGER-VIELPEAU, A.DIONISI-PEYRUSSE, L. MAUGER-VIELPEAU (dir), Colloque *Les fondements de la filiation*, Université du Havre, 10-11 mars 2016, retranscrit in A.DIONISI-PEYRUSSE, L. MAUGER-VIELPEAU (dir), *Les fondements de la filiation, acte de colloque*, Institut Universitaire Varenne, 2017
- Forum Bioéthique Européen, *Nouvelles familles, nouvelles filiations. Comment va l'Œdipe ?*, 25-30 janvier 2016, Strasbourg, 6ème édition, retranscription disponible sur : <https://www.youtube.com/watch?v=LxMQihWzYIE&list=PL25Z9Sho6HDSfW3bvzZXWQdAtLXCEpKb5>

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	1
SOMMAIRE	2
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES	3
INTRODUCTION	4

Chapitre 1: La nécessité d'une réforme intégrant le père biologique.....11

SECTION 1. ETAT ACTUEL DU DROIT: L'ACCOUCHEMENT SOUS X PENSÉ EN TERME DE MATERNITÉ.....	11
I.Recherche d'un équilibre occultant le père	12
A.Evolutions dictées et validées par la conciliation entre mère et enfant.....	12
1.Un équilibre ménagé sans égard au père.....	12
2.Un équilibre approuvé sans égard au père.....	14
a) Position de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.....	14
b) Position du Conseil constitutionnel	15
B. Une rupture d'égalité dans le droit d'être parent	17
1.Égalité partiellement rétablie dans l'obligation d'assumer sa filiation.....	17
2. Égalité non rétablie dans la volonté d'assumer son rôle de parent	19
II.Timides avancées en faveur du père	20
A. Faiblesse du correctif de l'article 62-1	20
1. L'aide du Procureur pour retrouver l'enfant reconnu	20
2.Obstacles persistants	21
B. L'effectivité de la reconnaissance prénatale sous condition d'identification	22
1.L'apport de l'arrêt Benjamin.....	22
2.Les obstacles juridiques et factuels persistants	24
SECTION 2. UNE ÉVOLUTION RENDUE NÉCESSAIRE PAR LES ÉVOLUTIONS DE LA FAMILLE	26
I.Réflexion renouvelée sur les fondements de la filiation et de la famille	27
A. La fin d'un modèle familial unique	27
1.Du couple vers l'enfant.....	27
2.L'évolution de la figure paternelle.....	28
B. Une plus grande adaptabilité de la filiation en faveur de l'intégration du père biologique.....	29
II. Des droits de l'enfant aux droits du père	31
A. Droits de l'enfant pour une intégration du père biologique	31
1.Engagements internationaux en faveur du droit de connaître le père.....	31
2.Revendications croissantes pour l'accès aux origines.....	32
B. Droits du père au respect de la vie privée et familiale	33
1.Droit au respect de la vie familiale	33
2.Reconnaissance de paternité comme élément du droit au respect de la vie privé	35

Chapitre 2: La mise en œuvre de l'intégration du père biologique37

SECTION 1. UNE RÉFORME DÉLICATE : UNE PLURALITÉ DE DROITS À CONCILIER	37
I.Intérêt de l'enfant et stabilité juridique	38
A.La notion floue d'intérêt de l'enfant	38
B.L'objectif majeur de stabilité juridique	39
II. Des droits et intérêts à préserver au delà du père et de l'enfant.....	41
A.Les intérêts de la mère : un véritable droit à l'anonymat ou un fondement sanitaire désuet ?	41
B.Préservation de l'institution de l'adoption	43
SECTION 2 : DES PROPOSITIONS ET DES PISTES D'ÉVOLUTION.....	46
I.Solutions préventives : éviter le conflit	46
A.Une meilleure articulation des informations en amont de l'accouchement : un effort social et administratif national.....	46
1. Créations de fichiers nationaux.....	47
a.Fichier national des reconnaissances.....	47
b. Fichiers des nés sous X et organes saisissables par le père	49
2. Coopération demandée à la mère.....	50
a.Objet de la coopération :De l'information du père à l'information sur le père	50
b.Forme de la coopération : D'une coopération forcée à une coopération proposée.....	51
B.Le temps dans la création du lien de filiation par un projet de vie distinct de l'adoption	54
1.Le projet d'adoption plénière : d'un principe à une simple possibilité.....	54
2. Les autres projets de vie envisageables	56
a. Un accueil familial mais non parental	56
b.Le modèle de l'adoption simple	57
II.Solutions curatives : De l'exclusion à la complémentarité	59
A.Une pluriparentalité non juridique : l'intégration du père sans lien de filiation	59
B.Une consécration juridique de la tri-parenté : Vers une remise en cause de l'exclusivité de la bifiliation ?.....	63
1.L'importance de la consécration juridique de la filiation	63
2.La possibilité d'une pluriparentalité juridiquement organisée	64
CONCLUSION:.....	68
BIBLIOGRAPHIE.....	69
TABLE DES MATIERES	75