

# LA RÉGULATION JURIDIQUE DE LA PATERNITÉ EN MATIÈRE D'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION\*

PAR

François HÉNOT

*Maître de Conférences à l'Université de Picardie Jules Verne*

1.- "L'homme ne juge les lois qu'à la lueur des passions" : la formule du *Ferragus* de Balzac aura rarement trouvé plus adéquate application qu'en matière d'assistance médicale à la procréation<sup>1</sup>, récemment codifiée<sup>2</sup>. Bien que

---

\* Texte d'une contribution à la table ronde "Les nouvelles échelles juridiques du vivant", Colloque *Bioéthique et droit : nouveaux enjeux, nouveaux débats*, Faculté de droit et des sciences politiques et sociales de l'Université de Picardie Jules Verne, Amiens, 13 juin 1996. Cette contribution est dédiée au doyen Nicole Decoopman et à Georges Fauré, respectivement Professeur et Maître de conférences de droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne, en remerciement de la confiance depuis longtemps témoignée et de l'encouragement constamment prodigué. Pour des raisons étrangères à ma volonté, cet article n'a pas pu paraître plus tôt. S'il est aujourd'hui publié "en l'état", malgré d'inévitables mises à jour qui seraient nécessaires, c'est parce que la place de la paternité reste un thème de grande actualité, une "question sensible". Dès lors, puisses-tu, lecteur, considérer les idées qui y sont développées comme autant d'ouvertures au débat, comme autant de révélateurs d'une démarche déjà décrite par Flaubert dans *L'éducation sentimentale* : "Il y a des hommes n'ayant pour mission parmi les autres que de servir d'intermédiaires ; on les franchit comme des ponts, et on va plus loin".

1. Définie à l'article L. 152-1 C. civ., comme les techniques cliniques et biologiques permettant la procréation en dehors du schéma naturel. Il s'agit de la fécondation *in vitro* avec transfert embryonnaire (*fiwete*), de l'insémination artificielle avec don de sperme, d'ovules, ou des deux.

2. Lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994, *J. O.* 30 juillet 1994, respectivement p. 11056 et 11060. Pour un commentaire de ces lois, voir notamment Carvais-Rosenblatt (H.), "De la PMA à l'assistance médicale à la procréation : les nouvelles dispositions de la loi du 29 juillet 1994", *Gaz. Pal.* 1994, II, Doctr. 1182 ; Gobert (M.), "Apocalypse ? Non, Procréations médicalement assistées et droit de la famille", *Gaz. Pal.* 1994, I, Doctr. 488 ; Byk (C.), "La loi relative au respect du corps humain", *JCP* 1994, éd. G, I, 3788 ; Lemouland (J.-J.), "PMA et droit

peu de naissances soient issues de cette assistance médicale<sup>3</sup>, cette pratique a suscité des interrogations considérables. D'un point de vue éthique, en cas de don de sperme, d'ovule ou d'embryon, elle a posé à nouveau la question — immémoriale — des fondements de la parentalité. Sur le plan juridique, elle a rendu inévitable une réflexion sur l'évolution des "mythes fondateurs" du droit civil de la famille<sup>4</sup>.

2.- Le sort de la paternité constituait un des enjeux de ce vaste mouvement de réflexion. Comment la définir ? Comment la réguler et la mesurer ? Or, mettre en place un système de mesure implique, au préalable, la recherche d'une échelle de mesure. De sorte que l'étude de la paternité en matière de procréation médicalement assistée s'inscrivait très naturellement dans le thème de cette table ronde, les nouvelles échelles juridiques du vivant.

Ce thème invite à examiner comment le législateur, à l'occasion des lois sur les PMA, s'est acquitté d'une tâche délicate : comment réguler juridiquement la paternité, sachant que celle-ci ne relève, à l'origine, que du sentiment ?

La notion d'échelle juridique, parce qu'elle renvoie à une activité de mesure, présente un intérêt certain pour la compréhension des évolutions juridiques survenues en matière de paternité : dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation, il s'est agi de prendre juridiquement la mesure de la paternité (I) pour mieux ensuite en tirer les conséquences juridiques (II).

## I - LA MESURE JURIDIQUE DE LA PATERNITÉ

3.- Derrière le terme générique d'assistance médicale à la procréation, c'est plus précisément l'insémination artificielle avec donneur (IAD) qui susci-

(suite note 2) de la filiation", *Actual. lég.* Dalloz 1995, 15 ; Memeteau (G.), "L'embryon législatif", *D.* 1994, Chr. 355 ; Raymond (G.), "L'assistance médicale à la procréation. Après la promulgation des «lois bioéthiques»", *JCP* 1994, éd. G, I, 3796. Ces lois ont été précédées de différents rapports (Lenoir, Bioulac, Sérusclat, Chérioux, Mattéi) : sur ces rapports, voir Lenoir (N.), "Les Etats et le droit de la bioéthique", *Rev. dr. san. et soc.*, 1995, p. 257 et s., spéc. p. 258, note 3.

3. Le rapport Chérioux fait au nom de la Commission des affaires sociales, *Sénat* 1993/1994, n° 236, p. 114, indique un chiffre de 2500 à 3000 enfants (3 à 4 fois moins que le nombre annuel de naissances adultérines), soit 1% des naissances, seraient issus annuellement de procréations médicalement assistées (*ibid.*, p. 141). Ce même chiffre est également donné par Fauré (G.-M.), *Le désir d'enfant à l'épreuve du droit (Essai sur le droit de la procréation médicalement assistée)*, th. Montpellier I, 1991, n° 470. Il est aujourd'hui, en 1996, vraisemblablement de l'ordre de 6 à 7000 par an. Au total, 25 000 enfants en seraient issus depuis 1973 selon F. Granet ("L'enfant conçu par procréation médicalement assistée et les projets de la loi sur la bioéthique", in *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller, Droit des personnes et droit de la famille, Liber amicorum*, P.U. Strasbourg & L.G.D.J., 1994, p. 219 et s., spéc. p. 219).

4. Dekeuwer-Defossez (F.), "Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille", *Rev. trim. dr. civ.* 1995, p. 249 et s.

te des interrogations sur la paternité<sup>5</sup>, l'insémination avec le sperme du conjoint (IAC) n'étant qu'une aide "technique". C'est donc à propos de l'IAD que sera étudiée la mise en place de la "nouvelle échelle juridique de la paternité" telle qu'elle résulte des lois de juillet 1994. S'y trouve institutionnalisée une paternité d'intention, *objet* de la mesure de paternité (A), d'où sera déduit un consentement juridique, *finalité* de la mesure de paternité (B).

#### A) L'objet de la mesure juridique de la paternité

4.- Qu'est-ce que la paternité ? D'un point de vue juridique, elle est classiquement définie comme "le lien de filiation qui unit le père à son enfant"<sup>6</sup>. Au quotidien, la paternité se vit plus qu'elle ne se définit : elle ne prend une dimension juridique qu'en cas de conflit, devenant source à la fois de droits et de devoirs. Depuis le siècle dernier, la façon dont se vit la paternité et dont elle est socialement perçue a considérablement évolué<sup>7</sup>. Le dernier stade de cette évolution réside dans l'élargissement du champ de la *paternité d'intention*<sup>8</sup> (1), auquel répond un contrôle social des demandes d'assistance médicale à la procréation (2).

##### 1) L'élargissement du champ de la paternité d'intention

5.- La *paternité d'intention* est ainsi désignée parce qu'elle se fonde exclusivement sur l'*intention de paternité*, c'est-à-dire la disposition d'esprit par laquelle un individu se considère père<sup>9</sup>, alors qu'il ne l'est pas biologiquement. L'adoption est l'exemple classique et pluri-millénaire de ce type de paternité.

5. Pour un historique de l'IAD en France et du rôle des CECOS dans l'élaboration des règles déontologiques, cf. Novaes (S.), "Vide juridique : notion-écran en l'absence de repères sociaux ? L'encadrement législatif de la procréation artificielle", in Chazel (F.) et Commaille (J.) (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 233 et s.

6. V° "Paternité", in *Vocabulaire juridique*, Cornu (G.) (dir.), édité par l'Assoc. H. Capitant, 3ème éd., P.U.F., Paris, 1992, p. 584.

7. Sur le renforcement de la situation du père et l'évolution de la paternité par rapport au siècle dernier, voir Rubellin-Devichi (J.), "Père et paternité dans l'Europe d'aujourd'hui", *Rev. dr. san. et soc.* 1992, p. 243 et s., spéc. p. 243 et 249 *in fine*. Rappr. Delaisi de Parseval (G.), *La part du père*, Seuil, Paris, 1981, pp. 306-307, qui prédisait avec bonheur l'évolution de la paternité : "une certaine symptomatologie de la couvade sera reconnue et admise comme telle, tant par les intéressés que par la société, le deuil d'enfant chez un homme dont la compagne a avorté contre son gré sera prise en compte ; le «père de la grossesse» existera ; le rôle du père dans les naissances prématurées sera mieux compris".

8. Notion employée notamment par Fauré (G.-M.), th. préc., n° 435-436.

9. V° "Intention", *Dictionnaire Larousse*, 6 volumes, Paris, 1980, Vol. 4, p. 1637, 1ère col. ; comp. v° "Intention", *Vocabulaire de l'assoc. H. Capitant, op. cit.*, 4ème éd., p. 438 : "Résolution intime d'agir dans un certain sens, donnée psychologique (relevant de la volonté interne) qui, en fonction du but qui la qualifie, est souvent retenue comme élément constitutif d'un acte ou d'un fait juridique (...)".

L'assistance médicale à la procréation, en cas d'IAD, a étendu le domaine de la paternité d'intention : le mari ou le concubin, bien qu'il ne soit pas le géniteur biologique de l'enfant à naître, se considère néanmoins père de celui-ci. La paternité ne repose ici que sur une donnée psychologique : elle "*relève de l'institutionnel pur*"<sup>10</sup>, ce qui n'est guère nouveau, du moins pour l'ethnologie et la sociologie<sup>11</sup>. Bien qu'elle opère une "*fission radicale de l'atome originel sexualité-procréation*"<sup>12</sup>, l'assistance médicale à la procréation n'a donc pas créé la paternité d'intention : elle en a simplement étendu le champ d'application. En réponse à cette extension, les lois de juillet 1994 entérinent un contrôle social issu à la fois de réflexions éthiques et de pratiques déontologiques<sup>13</sup>.

## 2) Le contrôle social des demandes d'assistance médicale à la procréation

6.- L'intention de paternité n'est pas suffisante pour donner lieu à une assistance médicale à la procréation. Il faut que cette assistance soit médicalement justifiée, qu'elle s'intègre dans un projet parental, et que ce projet parental soit formulé par un couple. Ces trois conditions forment le contrôle social des demandes d'assistance médicale à la procréation.

7.- En premier lieu, l'assistance médicale à la procréation ne peut être entreprise qu'à la condition d'être médicalement justifiée, donc d'avoir un but strictement thérapeutique : remédier à une infertilité pathologique médicalement constatée ou éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une parti-

10. Legendre (P.), *Le crime du Caporal Lortie, Leçons VIII. Traité sur le père*, Fayard, 1989, p. 35. Cf., dans le même sens, Rouland (N.), *Aux confins du droit (Anthropologie juridique de la modernité)*, éd. O. Jacob, Paris, 1991, pp. 39-40 : "*Si la famille n'est pas le propre de l'homme (certains animaux vivent en famille), c'est lui qui a inventé les rapports de parenté, d'essence juridique. Ceux-ci permettent de confirmer la base naturelle, biologique de la famille, ou de s'en écarter. On peut ainsi soit consacrer un lien biologique (en déclarant qu'un enfant est le fils de ses géniteurs) soit instituer un lien parental entre deux individus qui n'en possèdent par nature aucun (en droit français, une fille ne peut épouser son père adoptif). La souplesse et la variété des choix permis sont considérables*". Rappr. Delaisi de Parseval (G.), *La part du père*, op. cit., p. 58 : "*Pas plus que la maternité la paternité ne repose sur une donnée «naturelle». La physiologie, le sexe, l'âge etc... ne sont que des paramètres réélabores et réinterprétés dans le creuset qu'est le système symbolique de représentation actif au sein de telle ou telle culture. (...) Ce ne sont pas les données biologiques qui sont déterminantes, mais l'utilisation qui en est faite par les différentes idéologies*".

11. En matière de sociologie de la parenté, cf. en particulier Levi-Strauss (C.), *Les structures élémentaires de la parenté*, éd. Mouton et Maison des sciences de l'homme, 2ème éd., 2ème tirage, Paris et La Haye, 1968. Voir aussi Segalen (M.), *Sociologie de la famille*, Coll. U, Armand Colin, Paris, 1981, spéc. les chapitres 2 ("Parentés et parentèles") et 6 ("L'enfant et la famille").

12. Meulders-Klein (M.-T.), "Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public", in *Ecrits en hommage à G. Cornu*, P.U.F., Paris, 1994, p. 317 et s., spéc. p. 322.

13. Sur les règles déontologiques créées par les CECOS, voir Novaes (S.), "Vide juridique...", art. préc., *passim* ainsi que David (G.), "La construction pratique d'une déontologie", *Pouvoirs*, 1991, n° 56, p. 77 et s.

culière gravité<sup>14</sup>. Cette première condition vise à éliminer les demandes “de convenance”. Dans le même ordre d’idée, le législateur a pris soin de préciser que l’IAD, support de la paternité purement intentionnelle, c’est-à-dire sans support biologique, ne peut être entreprise que comme “*ultime indication*”<sup>15</sup>. Par conséquent, un couple ne pourra demander une IAD qu’après l’échec ou l’impossibilité de l’IAC.

8.- En second lieu, l’intention de paternité doit obligatoirement s’inscrire dans un *projet parental commun*. Le Code de la santé publique précise que l’assistance médicale à la procréation ne se conçoit que pour répondre à la “*demande parentale d’un couple*”<sup>16</sup>. Cette notion de “demande parentale d’un couple” vise à s’assurer, autant que faire se peut, que l’assistance médicale à la procréation soit souhaitée tant du côté paternel que maternel. L’existence de cette intention commune, qui relève d’une appréciation subjective, est présumée ne pas résister à un certain nombre de situations objectives légalement énumérées<sup>17</sup> : le décès du futur père, le dépôt d’une requête en divorce ou en séparation de corps, la cessation de communauté de vie, ou encore le dissentiment.

9.- En troisième et dernier lieu, il n’y aura assistance médicale à la procréation qu’en présence d’un environnement affectif jugé suffisant. Cet environnement affectif de l’enfant à naître sera jugé suffisant lorsque l’assistance médicale est demandée par un *couple*. A quoi correspond cette notion de couple, inédite dans le Code civil<sup>18</sup> ? C’est un modèle d’inspiration traditionnel et familial, défini à l’article L. 152-2 alinéa 3 du Code de la Santé Publique.

Il s’agit d’un modèle d’inspiration traditionnelle car le couple doit être hétérosexuel<sup>19</sup>, en âge de procréer, la mère devant en tout état de cause porter l’enfant<sup>20</sup>. Ce modèle de couple s’inspire également de la famille à laquelle il doit emprunter sa stabilité : le couple en concubinage doit être en mesure de

14. Art. L. 152-2 al. 2 C.S.P.

15. Art. L. 152-6 C.S.P. ; l’IAD a donc un caractère subsidiaire : sur ce point, cf. notamment Branlard (J.-P.), *Le sexe et l’état des personnes. Aspects historiques, sociologiques et juridiques*, L.G.D.J., Bibl. de dr. privé, t. 222, Paris, 1993, n° 168.

16. Art. L. 152-2 C.S.P., qui préfère ce terme à celui, pourtant proche, de *projet parental*. La notion de *projet parental*, s’entend de la “*double volonté d’un homme et d’une femme de concevoir un enfant et de l’élever ensemble*” [Memeteau (G.), “L’embryon...”, art. préc., p. 356]. “*Clef de voûte des PMA, le projet parental est la traduction juridique d’un sentiment : le désir d’enfant*” : Fauré (G.-M.), th. préc., n° 557.

17. Art. 311-20 al. 2 et 3 C. civ.

18. Dekeuwer-Defossez (F.), “Réflexions sur les mythes...”, art. préc., spéc. p. 251. Rapp. Raymond (G.), “L’assistance médicale...”, art. préc., n° 74.

19. Le couple hétérosexuel étant considéré, *in abstracto*, comme “*la seule structure propre à favoriser l’épanouissement normal de l’enfant*” : Granet (F.), “L’enfant conçu...”, art. préc., p. 223.

20. Puisque la procréation et la gestation pour le compte d’autrui sont interdites : art. 16-7 C. civ.

prouver une vie commune de 2 ans. En revanche, le fait d'être marié est perçu en lui-même comme un gage de stabilité, sans condition de délais.

10.- La régulation juridique de la paternité en matière d'assistance médicale à la procréation se présente donc en premier lieu comme un contrôle social des demandes d'assistance médicale à la procréation<sup>21</sup>. Là ne s'arrête pas la spécificité des lois de juillet 1994 : elles cherchent à mesurer la réalité du désir d'enfant des parents, afin de pouvoir dégager ensuite un véritable consentement juridique, ce dernier constituant la finalité de la mesure de paternité.

### B) La finalité de la mesure de paternité

11.- Derrière les demandes d'assistance médicale à la procréation se trouvent toujours un problème d'ordre médical (stérilité et/ou risque de transmission d'une maladie grave) ainsi qu'un sentiment : le désir d'enfant, pouvant se définir comme le "*souhait de la naissance d'un enfant*"<sup>22</sup>. Restait au législateur à résoudre une difficulté : comment passer d'un simple sentiment à un consentement juridique ?

Tout d'abord, il faut préciser d'emblée que le "parcours" des couples stériles se charge de dissuader les moins résolus, car l'ensemble de l'opération exige de la persévérance. Ainsi, la seule constatation de la stérilité "*exige un suivi médical du couple d'au moins deux ans, ponctuée d'examen particulièrement pénibles*"<sup>23</sup>. L'insémination artificielle quant à elle suppose des traitements assez lourds (notamment une stimulation ovarienne<sup>24</sup>) et des sujétions

21. Ce contrôle social est parfois critiqué car perçu comme une forme d'eugénisme médico-social : en ce sens, voir dans cet ouvrage la contribution de C. Méric. En fait, comme le note M. Gobert, "Apocalypse ?....", art. préc., p. 490, des garanties sont prises en amont de l'assistance médicale à la procréation, celle-ci étant interdite dans toutes les situations "*qui avaient donné lieu à débat parce qu'elles sortaient du schéma traditionnel du couple (...)*". Ces garanties sont censées préserver l'intérêt de l'enfant.

22. V° "Désirer", *Dictionnaire Larousse*, préc., Vol. 2, p. 898, 2ème col. : "*Souhaiter la présence ou la naissance de : Mère qui désire un fils*". Sur ce désir et sa dimension psychanalytique, cf. Fauré (G.-M.) th. préc., n° 2. Il ne s'agira pas ici d'imposer un point de vue sur la légitimité de ce désir. Il est possible de considérer que ce désir est purement égoïste et manifeste l'incapacité des parents à faire le deuil de leur fertilité. Il serait possible d'avancer deux contre-arguments. En premier lieu, comme le note Terré (F.), *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, Flammarion, 1987, spéc. p. 124, la naissance après PMA peut être inspirée, comme beaucoup de conduites humaines, par un égoïsme latent, "*mais, au total, ni plus ni moins que lorsque deux époux, non stériles et désireux d'avoir un enfant, le font*". Condamner par avance ce désir d'enfant et sa réalisation pose un autre problème : comment se faire juge de l'importance d'une naissance pour telle ou telle personne concernée par la stérilité ? La discussion reste ouverte.

23. Dekeuwer-Defossez (F.), "Réflexions sur les mythes...", art. préc., p. 254, note 22.

24. Sur ce point, le rapport Cherioux, préc., p. 70, avait pris soin de rappeler que les techniques de stimulation ovarienne sont "éprouvantes".

importantes dans la vie quotidienne et/ou professionnelle. La motivation du couple est mise à l'épreuve par la pénibilité de l'ensemble de l'opération<sup>25</sup>. Par ailleurs, cette motivation est vérifiée lors de l'entretien d'information obligatoire dispensé par les membres de l'équipe médicale pluridisciplinaire<sup>26</sup>.

12.- Il y a là un ensemble de données qui permettent — en toute vraisemblance — de présumer la motivation des couples demandeurs d'assistance médicale à la procréation. Cependant, pour établir l'existence d'un consentement juridique, le législateur est allé encore plus loin dans le processus de mesure de la paternité. En effet, il a franchi un pas inédit en solennisant le consentement à l'assistance médicale. Le consentement (rétractable<sup>27</sup>) du couple demandeur doit être recueilli par le juge ou le notaire<sup>28</sup>. Si ce consentement vient à être brisé, par exemple en cas de mort du mari ou du concubin<sup>29</sup>, l'assistance médicale à la procréation ne peut être pratiquée.

13.- Le législateur a donc institué une procédure visant à mesurer la motivation réelle des demandeurs à l'assistance médicale à la procréation et, au-delà, à en déduire un consentement juridique. Cette procédure permet du même coup de s'assurer, autant que faire se peut, de la réalité de la paternité d'intention, donc de la mesurer. Une fois la paternité mesurée, des conséquences juridiques importantes peuvent en découler.

## II - LES CONSÉQUENCES JURIDIQUES CONSÉCUTIVES A LA MESURE DE LA PATERNITÉ

14.- Une fois mesurée et établie avec le plus de certitudes possibles, la paternité d'intention va produire des effets sur le lien juridique de filiation<sup>30</sup>. Vis-à-

25. Comme le note J. Lansac, président des CECOS lors de la rédaction du rapport Cherioux, *eod. loc.* p. 115, seuls les couples stables et solides surmontent "le traumatisme de la révélation de la stérilité" et accomplissent "un « travail de deuil » sur leur infertilité". Cette phase de crise, et la médicalisation qui la suit, sont vraisemblablement révélatrices de la solidité du couple. Granet (F.), "L'enfant conçu...", art. préc., spéc. p. 228, note par conséquent à juste titre "qu'en matière de PMA, dont le succès nécessite (...) le passage pour les parents par une succession d'épreuves et de traitements préalables, l'enfant est désiré, sauf cas exceptionnels. La filiation vécue traduit des liens affectifs autrement plus forts qu'une réalité scientifique déshumanisée".

26. Art. L. 152-10 C.S.P. Ce même article ajoute que l'équipe médicale doit rappeler au couple les possibilités ouvertes par la loi en matière d'adoption, l'informer des possibilités de réussite et d'échec, de la pénibilité des traitements et opérations, et lui remettre un dossier-guide. La motivation est ensuite mise à l'épreuve d'un délai de réflexion d'un mois, à la suite duquel la demande doit être réitérée par écrit.

27. Art. 311-20 al. 3 C. civ. ; ce droit de rétractation cesse à partir du moment où commence la grossesse *in utero*.

28. Art. 311-20 al. 1 C. civ.

29. Art. L. 152-2 C.S.P.

30. Sur le rôle de la volonté individuelle dans l'établissement de la filiation, cf. Hirsoux (E.), *La volonté individuelle en matière de filiation*, th. Paris II, 1988 ; Nicolau (G.), th.

vis du tiers-donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi<sup>31</sup>, ce qui pose la question lancinante de la révélation, comme dans certains pays, ou comme en cas de don d'embryon<sup>32</sup>, de renseignements non identifiants à l'enfant qui rechercherait ses origines<sup>33</sup>. Vis-à-vis du compagnon de la mère (mari ou concubin) la paternité d'intention se traduit juridiquement par un engagement (A) qui est partiellement transposable (B) aux procréations charnelles.

### A) La teneur de l'engagement juridique paternel

15.- Pourquoi faire peser sur le père un engagement juridique ? La raison en est simple, et tient à l'importance de la paternité dans le développement harmonieux de l'enfant. Si la paternité est depuis longtemps perçue comme une expérience humaine fondamentale<sup>34</sup>, il est maintenant communément reconnu que la présence d'un père constitue un élément structurant de la personnalité de l'enfant. M. P. Legendre, dans son *Traité sur le père*, note en ce sens que la "croyance au père" traduit une "fonction mythologique, matière à glose où nous oublions parfois qu'il s'agit des bases mêmes de la rationalité sociale et subjective. Or, l'essentiel du lien mythologique tient en ceci : un passage obligé, au cours des procédures d'accès à l'identité (...). Dès lors, la croyance au père ne saurait être tenue pour un oripeau. Comprendre son importance cruciale, dans nos sociétés comme partout, n'est pas très difficile, si l'on convient de la lente maturation des individus, en acceptant de voir dans l'enfant, non pas un adulte en miniature, mais un enfant qui vient de naître"<sup>35</sup>.

(suite note 30) préc., p. 136 et s. Adde Dreifuss-Netter (F.), "La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers", *Rev. trim. dr. civ.* 1996, p. 1 et s.

31. Art. L. 311-19 C. Civ.

32. En matière de don d'embryon, l'article L. 152-5 al. 4 C.S.P. prévoit "qu'en cas de nécessité thérapeutique, un médecin pourra accéder aux informations médicales non identifiantes concernant le couple ayant renoncé à l'embryon".

33. Sur les effets dévastateurs du "secret des origines", il y a une lecture indispensable : le vibrant et très convaincant plaidoyer de Delaisi (G.) et Verdier (P.), *Enfants de personne*, O. Jacob, Paris 1994, contre les ravages faits par ce secret, combattus d'ailleurs par diverses associations (notamment d'adoptés). Certaines voix commencent à s'élever chez les juristes pour qu'une levée au moins partielle de cet anonymat soit faite : voir notamment Nicolas-Maguin (M.-F.), "L'enfant et les sortilèges-Réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines", *D.* 1995, Chr. 75 ; Dekeuwer-Defossez (F.), "Propos hétérodoxes sur les familles naturelles", in *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller...*, op. cit., p. 67 et s., spéc. p. 77. Adde, plus neutre, Corpart-Oulerich (I.), "Le secret des origines", *Rev. dr. san. et soc.* 1994, p. 1 et s., spéc. p. 6.

34. Comme l'avait noté par exemple Comte (A.), *Système de politique positive*, 2ème vol., Chap. 3ème, pp. 189-190, in *Oeuvres d'Auguste Comte*, t. VIII, Editions Anthropos Paris, Paris, Réimpr. 1970 : "Comme fils, nous apprenons à vénérer nos supérieurs, et comme frères à chérir nos égaux. Mais c'est la paternité qui nous enseigne directement à aimer nos inférieurs (...) Sans elle, le sentiment fondamental de la continuité humaine ne saurait être assez développé, puisqu'elle seule étend à l'avenir la liaison d'abord sentie envers le passé".

35. Legendre (P.), *Le crime du Caporal Lortie*, op. cit., p. 169.

16.- Averti du rôle du père dans le développement de l'enfant, le législateur a été confronté à un défi de première importance : comment préserver la place du père d'intention au moment où, pour les procréations charnelles, le nombre des familles monoparentales augmente<sup>36</sup> ? Contre toute attente, la réponse du législateur n'a pas été fonction du type d'assistance médicale à la procréation (IAD/IAC), mais du mariage ou non du père d'intention avec la future mère. Sur cette base, le législateur a créé, sur des fondements nouveaux (2), un engagement d'effet variable (1).

### 1) Un engagement d'effet variable

17.- Pourquoi cette constatation ? Tout simplement parce que certains enfants sont assurés d'avoir juridiquement un père (a), alors que d'autres ne le sont pas (b).

#### a) L'enfant est assuré d'avoir juridiquement un père

18.- Lorsque le père d'intention est marié, l'enfant se trouve assuré d'avoir juridiquement un père. En effet, le simple fait pour le mari de consentir à l'assistance médicale à la procréation suffit à lui attribuer la paternité de l'enfant à naître. L'attribution de cette qualification juridique est automatique et anticipée dans la mesure où il n'est pas nécessaire que la volonté du père soit spécialement sollicitée. Le lien de filiation créé se trouve bloqué, le désaveu n'étant pas possible<sup>37</sup>. Alors que la filiation légitime charnelle tient à la conjonction du titre, de la possession d'état et de la présomption *Pater is est...*, la filiation légitime médicalement assistée ne tient qu'à un seul fait, le consentement à l'insémination<sup>38</sup>. Le seul moyen de se dégager de cette paternité consistera à prouver que l'enfant n'est pas né de l'insémination<sup>39</sup>, ce qui sera rare, ou encore que le consentement à l'insémination a été vicié<sup>40</sup>.

36. Avec les conséquences assez dramatiques notées par P. Legendre (*Le crime du Caporal Lortie, op. cit., passim*) : "La raréfaction du père, dans nos sociétés, produit des immatures et pour les deux sexes le collage à la mère" (*ibid.*, p. 171).

37. Pour un rappel des solutions jurisprudentielles passées en matière de désaveu suite à une IAD, cf. Benabent (A.), *La famille*, Litec, 6ème éd., 1994, n° 446-1. Dans une IAD, ce désaveu est interdit parce qu'il est "biologiquement concevable, mais devient a priori humainement choquant" : Gridel (J.-P.), "Vérité biologique et droit positif de la filiation", *D.* 1993, Chr. LII, p. 197. Cela explique que l'interdiction du désaveu existe en de nombreux pays comme l'Allemagne, le Luxembourg, la Belgique, les Pays-bas, le Portugal, la Grèce, la Pologne, la Hongrie, le Québec, la Louisiane : Boulanger (F.), *Droit civil de la famille*, t. 2 : *Aspects comparatifs et internationaux*, Economica, Coll. Droit civil, Série Etudes et recherches, Paris, 1994, n° 110.

38. En cela, la paternité d'intention est très proche de celle du *pater familias* du droit romain : Gridel (J.-P.), "Vérité...", art. préc., spéc. p. 192.

39. Comme l'avait admis la jurisprudence : cf. Paris, 29 mars 1991, *JCP* 1992, éd. G, II, 21857, note approbative Dobkine (M.) ; *D.* 1991, Jur. 562, note critique Seriaux (A.). La Cour d'appel avait ordonné le recours à des expertises biologiques, ce que, assez curieusement, les premiers juges n'avaient pas fait : TGI Bobigny, 18 janvier 1990, *JCP* 1990, éd. G, II, 21592, note Guiho (P.) ; *D.* 1990, Jur. 332, note Saujot (C.). Ces deux célèbres décisions rompaient avec une certaine bienveillance judiciaire envers le désaveu suite à une IAD.

19.- Si ce blocage de filiation vise un but légitime — donner juridiquement et en toute occurrence un père à l'enfant qui va naître —, le pouvoir du droit a néanmoins des limites<sup>41</sup>. Jamais un père d'intention — marié ou non — ne pourra être juridiquement contraint à aimer son enfant, à être aussi un père affectif<sup>42</sup>.

Néanmoins, le blocage de la filiation a le mérite d'attirer l'attention du mari sur le fait qu'il est directement à l'origine de la conception de cet enfant. Tout comme il s'est engagé envers la mère par le mariage, le mari qui consent à l'insémination prend un autre engagement, cette fois-ci envers l'enfant. C'est probablement ce qui explique le choix fait par le législateur en faveur du blocage de la filiation. Ce blocage remplit une fonction symbolique, en évitant de laisser un enfant juridiquement sans père<sup>43</sup>. Tous n'ont pas cette garantie.

b) L'enfant n'est pas assuré d'avoir juridiquement un père

20.- Lorsque le père d'intention n'est pas marié, l'enfant n'est pas assuré d'avoir juridiquement un père, le consentement à l'assistance médicale à la procréation ne valant pas reconnaissance par anticipation<sup>44</sup>. La paternité, ni automatique ni anticipée, conserve le caractère volontaire qu'elle a dans les procréations charnelles.

40. Cette dernière hypothèse risque en revanche d'être plus fréquente. Le mari invoquera des pressions de la part de sa femme : il peut avoir beau jeu d'expliquer qu'elle l'a forcé, par exemple sous la menace de divorce ou d'adultère, à accepter l'insémination. Le juge aura alors la délicate mission de faire la part des choses, et se devra d'être sévère vis-à-vis de cet argument, qui déverrouille complètement la filiation, et remet le père d'intention dans la situation classique du mari face à une procréation charnelle, avec les possibilités élargies de contestation.

41. "Le juriste ne doit pas croire que c'est lui qui établit des liens de filiation : il ne fait que les reconnaître" : Dekeuwer-Defossez (F.), "Propos hétérodoxes...", *op. cit.*, p. 67 et s., spéc. p. 77.

42. Pour cette raison, la doctrine se divise quant à l'opportunité de bloquer la filiation indépendamment de toute possession d'état. Pro : Philippe (C.), "Volonté, responsabilité et filiation", *D.* 1991, Chr. IX, spéc. p. 48 ; Murat (P.), "Indisponibilité de la filiation et perspectives d'avenir-Variations libres sur un thème controversé", in *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller*, *op. cit.*, p. 341 et s., spéc. p. 346. Contra : Granet (F.), "L'enfant conçu...", art. préc., spéc. p. 230 ; Rubellin-Devichi (J.), rapport in *Annual survey of family Law-Regards sur le droit de la famille dans le monde*, 1991-1992, éd. P.U. Lyon, p. 133 et s., spéc. p. 140 ; Dekeuwer-Defossez (F.), "Réflexions sur les mythes", art. préc., spéc. p. 75 ; même auteur, "Propos hétérodoxes...", art. préc., spéc. p. 267 ; Hauser (J.), "Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du XX<sup>e</sup> siècle", in *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller*, *op. cit.*, p. 235 et s. ; Nicolau (G.), *op. cit.*, pp. 141-142 et 221 ; Guiho (P.), note sous TGI Bobigny 18 janvier 1990, *JCP* 1990, éd. G, II, 21592 ; Seriaux (A.), note sous Paris 29 mars 1991, *D.* 1991, Jur. 562.

43. Legendre (P.), *Le crime du Caporal Lortie*, *op. cit.*, p. 172, a forgé un bel aphorisme pour résumer le rôle essentiel de la présence d'un père : "Quand un père est tué, c'est un fils qui meurt". Rapp. Delaisi (G.) et Verdier (P.), *Enfants de personne*, *op. cit.*, p. 314-315, qui soulignent, notamment en cas d'IAD, que l'enfant, pour un bon développement psychique, "a besoin d'être sûr que son père, celui qui l'élève et dont il porte le nom, son père affectif et effectif, est son père de manière définitive (...)".

44. Les avis divergent quant à l'opportunité d'introduire dans notre législation cette reconnaissance par anticipation. Contra : Granet (F.), "L'enfant conçu...", art. préc., p. 232.

21.- Si le concubin reconnaît l'enfant, la filiation devient aussi définitive et incontestable qu'en matière de filiation légitime<sup>45</sup> : en effet, le consentement à la PMA interdit "toute action en contestation de filiation ou en réclamation d'état"<sup>46</sup>. Le blocage de la filiation dépend donc de la seule volonté individuelle du concubin. Toutefois, même abandonnée au bon vouloir de celui-ci, la reconnaissance de l'enfant devrait se révéler être la norme. Un parallèle peut en effet être tenté avec les chiffres récents relatifs aux procréations charnelles, et qui montrent que 92% des concubins reconnaissent l'enfant de leur concubine<sup>47</sup>.

Bien sûr, à l'instar de ce qui a été noté en matière de filiation légitime, le blocage de filiation n'obligera jamais le concubin à être aussi un père affectif pour l'enfant. Toutefois, pour celui-ci, il est important psychologiquement de savoir qui a été directement à l'origine de sa naissance, surtout en l'absence de figure paternelle pouvant servir de point de repère. Ce sera le cas lorsque la mère élève seule l'enfant, ou lorsqu'il n'y a pas de concubinage stable. Dans ces deux hypothèses, le blocage de filiation rend l'enfant *maître de son histoire*<sup>48</sup>.

22.- Si rien n'oblige le concubin à "auto-bloquer" le lien de filiation, la loi a prévu deux protections en faveur de l'enfant. Tout d'abord, en ne reconnaissant pas l'enfant, le concubin engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant<sup>49</sup> : concrètement, il peut être condamné à participer aux dépenses liées à l'entretien et à l'éducation de l'enfant jusqu'à la majorité de ce dernier. Traduction d'un devoir moral pris en conscience<sup>50</sup>, cela devrait éviter que la question de l'opportunité de la reconnaissance soit fonction de considérations uniquement pécuniaires : le concubin ne fera pas "d'économies" en s'abstenant de reconnaître l'enfant.

Seconde protection offerte à l'enfant, la paternité pourra être judiciairement déclarée par les principaux intéressés<sup>51</sup>, c'est-à-dire la mère et l'enfant, conformément à l'action obéissant aux articles 340-2 à 340-6 du Code civil. De ce point de vue, il paraît logique de considérer que l'action aboutit au même blocage de filiation que celui qui résulte de la reconnaissance volontai-

(suite note 44) *Pro* : Raymond (G.), "L'assistance...", art. préc., spéc. n° 60. Rapp. Terre (F.), *L'enfant de l'esclave*, *op. cit.*, p. 173, qui se prononçait *a minima* pour l'exigence d'une reconnaissance anté-natale.

45. Cf *supra*, n° 18.

46. Art. 311-20 al. 2 C. civ. ; comme le précise Byk (C.), "La loi relative...", art. préc., spéc. n° 27, la portée de cette interdiction est large puisqu'elle concerne non seulement les parents et l'enfant mais aussi tous ceux qui y auraient intérêt de par la loi.

47. Cf. *Le Point*, 28 octobre 1995, p. 97, 3ème col.

48. Comme l'ont rappelé avec beaucoup de justesse Delaisi (G.) et Verdier (P.), *op. cit.*, p. 320, "un enfant ne peut se construire que s'il a connaissance de son histoire".

49. Art. 311-20 al. 4 C. civ.

50. En ce sens, Laszlo-Fenouillet (D.), *La conscience*, L.G.D.J., *Bibl. de dr. priv.*, t. 235, 1993, spéc. p. 102 ainsi que note 456, indiquant qu'en principe le devoir moral d'assurer la subsistance de l'enfant n'appartient qu'au père biologique, mais que l'IAD doit faire exception à ce principe.

51. Art. 311-20 al. 5 C. civ.

re<sup>52</sup>. De plus, ce blocage judiciaire de filiation a vocation à s'appliquer autant aux IAC qu'aux IAD car ce n'est pas la vérité biologique qui est en jeu mais le respect de l'intention de paternité.

23.- Le blocage de la paternité agit donc de manière identique envers le mari et le concubin : seule sa mise en place varie. Automatique et légale pour un couple marié, elle devient volontaire et aléatoire pour un couple de concubins. Reste à s'interroger sur les fondements de ce blocage, et sur l'engagement qu'il traduit.

## 2) *Un engagement sur des fondements nouveaux*

24.- Le dispositif légal s'appuyant sur des fondements nouveaux, l'inadaptation de la présomption "*Pater is est...*" paraît nette (a), et s'accompagne d'une remise en question du rôle joué jusque là par la possession d'état (b).

### a) L'inadaptation de la présomption "*Pater is est...*"

25.- Lors de l'élaboration du Code civil, le tribun Lahary résumait ainsi le rôle de la présomption "*pater is est quem nuptiae demonstrant*" : "*la nature ayant couvert l'acte de la génération des plus impénétrables mystères, la loi a donc été contrainte d'établir, à défaut de principe invariable, une présomption de droit qui devint la garantie d'un fait dont il était impossible d'acquérir autrement la certitude*"<sup>53</sup>. C'est donc l'impossibilité d'avoir des certitudes sur la paternité qui commandait de réputer père le mari de la mère. Or, en cas d'assistance médicale à la procréation, il n'y a plus d'incertitude sur la paternité, sauf cas exceptionnels d'adultère. La présomption "*pater is est ....*" perd donc *de fait* sa raison d'être. Au-delà, le blocage automatique de la filiation du mari ne se fonde plus sur cette présomption<sup>54</sup>. Le mari est réputé père non pas parce qu'il est "désigné par les noces" mais uniquement parce qu'il a consenti à l'insémination, parce qu'il a manifesté une intention de paternité dans le cadre d'un projet parental<sup>55</sup>.

Parallèlement, ce n'est pas parce qu'il vit avec la mère que le concubin est réputé père. Il l'est parce qu'il a consenti à l'insémination et a reconnu

52. Cf. *supra*, n° 21.

53. Cf. le discours de Lahary devant le Tribunat, in Ewald (F.) (dir.), *Naissance du Code civil. La raison du législateur* (extraits des travaux préparatoires au Code civil rassemblés par P.-A. Fenet), Paris, Flammarion, 1989, spéc. p. 229.

54. Rapp. Nicolau (G.), th. préc., p. 507 et s., qui milite pour que la présomption de paternité ne soit considérée ici que comme une présomption de *légitimité*, voire de *responsabilité*. L'auteur estime que l'application de la présomption dans sa forme actuelle est "précaire" (*ibid.*, p. 218 et 220).

55. Pour autant, le fait d'être marié n'est pas totalement inopérant : il a été noté précédemment (n° 9) que le mariage est conçu comme un indice de stabilité du couple et de solidité du projet parental.

l'enfant<sup>56</sup>. Par conséquent, la paternité d'intention issue de l'assistance médicale à la procréation est née sans l'aide de présomption, en particulier de la présomption "*Pater is est...*". Elle ne doit rien non plus à un autre fondement traditionnel de filiation, la possession d'état.

#### b) L'éradication du rôle de la possession d'état

26.- Juridiquement, la possession d'état ne joue plus aucun rôle sur la création du lien de filiation paternel issu de l'assistance médicale à la procréation. En effet, si ce lien est bloqué — soit automatiquement soit volontairement —, il l'est de manière définitive : une possession d'état à l'égard d'un tiers ne saurait le modifier.

Dans les rares hypothèses où l'enfant ne sera pas reconnu par le concubin de la mère, il est prévu d'une part que le père d'intention engage sa responsabilité et d'autre part que la déclaration judiciaire de cette paternité puisse être faite. Or, dans un cas comme dans l'autre, les deux actions sont exclusivement fondées sur le consentement donné à l'insémination, sur l'intention d'être père, et non sur la possession d'état. Celle-ci ne joue donc plus aucun rôle dans la paternité d'intention telle qu'elle ressort du dispositif légal sur l'assistance médicale à la procréation. Le législateur a manifestement introduit dans le droit de la filiation un engagement paternel nouveau, et partiellement transposable.

#### B) La paternité d'intention, un modèle partiellement transposable

27.- Alors que certaines voix réclament une réforme d'ensemble du droit de la filiation, ce qui serait l'occasion d'en redéfinir les objectifs<sup>57</sup>, l'engage-

56. Certaines législations étrangères ont créé une présomption de paternité naturelle pesant sur le concubin. Ainsi, au Venezuela, la loi n'hésite pas à poser que "*l'homme qui vit avec la femme en état de concubinage notoire au moment de la naissance est présumé, sauf preuve contraire, avoir cohabité avec elle au moment de la conception*" : sur ces dispositions, voir Esparza (J.), "Vers une nouvelle conception du droit de la famille au Venezuela", in *Annual survey of family Law-Regards sur le droit de la famille dans le monde*, op. cit., p. 237 et s., spéc. p. 244. En Grande-Bretagne, le "Human Fertilisation and Embryology Act" de 1990 répute le compagnon de la mère père de l'enfant né d'une IAD : cf. Freeman (M.-D.-A.), "Vers une nouvelle conception des droits et des responsabilités en matière familiale", in *Annual Survey of Family Law...*, 1991-1992, op. cit., p. 49 et s., spéc. p. 62. Contra, Rubellin-Devichi (J.), "Réflexions sur la réforme attendue du droit de la filiation", in *Mélanges offerts à A. Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 431 et s., spéc. p. 413.

57. Par exemple Salvage-Gerest (P.), "De la loi du 3 janvier 1972 à la loi du 3 janvier 1993... ou plaider pour une vraie réforme du droit de la filiation", in *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller...*, op. cit., p. 415 et s., spéc. p. 417 : "*ce sont les objectifs même du droit de la filiation qui seraient à redéfinir en profondeur*". L'auteur milite pour une "*restructuration de la filiation légitime*" et pour une "*révision de la filiation naturelle*". Le sentiment est partagé par Granet (F.), "L'enfant conçu...", art. préc., spéc. 221-222 : "*Ne faudrait-il pas aussi, parallèlement à la réflexion sur les PMA et sur la bioéthique, redéfinir les fondements familiaux (...) ? Le juriste n'échappera pas à la nécessité de procéder à des qualifications, puis à des classifications*".

ment juridique né de l'assistance médicale à la procréation peut ouvrir d'utiles pistes de réflexion<sup>58</sup>, à condition de séparer soigneusement ce qui lui est spécifique (a) de ce qui ne l'est pas (b).

### 1) L'élément spécifique

28.- Cet élément irréductiblement spécifique aux PMA, c'est bien évidemment la formalisation du consentement paternel. Seule la médicalisation de la procréation fournit l'opportunité d'organiser la solennité du consentement. Elle permet non seulement de s'assurer que ce dernier a été réel et réfléchi, mais aussi d'autoriser et de justifier le blocage de la filiation *a patre*.

En matière de procréation charnelle, l'existence de relations sexuelles ne permet jamais — à elle seule — de déduire une intention de paternité<sup>59</sup>. Or, il n'est pas envisageable de formaliser le consentement. Du même coup, le blocage de la filiation paternelle perd tout bien-fondé : il n'est pas transposable<sup>60</sup>. En revanche, l'existence d'un faisceau d'indices — préparer une chambre pour l'enfant à naître, déménager pour un logement plus grand, annoncer le projet parental aux amis et aux proches — autorise à conclure à une intention de paternité, qui ouvre la voie à la transposition de certaines solutions à l'origine propres aux PMA.

### 2) Les éléments transposables

29.- Lorsque de tels indices permettent de déduire l'existence d'un projet parental, la notion de paternité d'intention présente un intérêt : pallier l'absence de possession d'état en matière de filiation paternelle naturelle. Dans ce cas<sup>61</sup>, le père d'intention pourrait être condamné à pourvoir à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, l'intention de paternité étant analysée comme un engagement pris envers la mère et l'enfant.

Il serait de l'intérêt de l'enfant que ce raisonnement soit appliqué à en particulier aux reconnaissances mensongères faites en connaissance de cause<sup>62</sup>.

58. En particulier, accroître le rôle de la volonté est une de ces pistes de réflexion. Comme le note Dobkine (M.), note sous Paris 29 mars 1991, *JCP* 1992, éd. G, II, 21857, *in fine* : "On peut se demander si le temps n'est pas venu de réformer la loi de 1972 et de donner, en matière de filiation, comme ailleurs, toute sa force à ce qui, en dernier lieu, est constitutif de tout lien : l'élection (...) Car la paternité, même lorsqu'elle est biologique, ce qui est en général la règle, est bel et bien une élection de tous les jours".

59. Rapp. Benabent (A.), *La famille*, *op. cit.*, spéc. n° 432.

60. Bien qu'il existe de *lege lata* certains blocages de filiation charnelles : cf. celui qui résulte de l'article 322 C. civ., celui posé par l'article 318 du même code, ou encore celui lié à l'adoption plénière (art. 356 et 359 C. civ.).

61. Mais aussi pour éviter à la mère les difficultés de preuve d'une possession d'état.

62. La jurisprudence n'ignore pas la solution. La Cour d'appel de Dijon, 1ère ch., 19 avril 1994, *Rev. trim. dr. civ.* 1994, p. 841, obs. Hauser (J.), a pu ainsi décider que "celui qui reconnaît volontairement l'enfant alors qu'il ne peut ignorer le caractère mensonger de ces reconnaissances commet une faute ; l'annulation des reconnaissances causant à ces enfants

L'intention de paternité est un engagement trop important pour qu'il soit pris à la légère. Si le Droit ne peut assurer l'enfant d'avoir un père affectif, il peut attirer l'attention du père d'intention sur la responsabilité et les devoirs qu'il prend envers l'enfant<sup>63</sup>. Tirant les conséquences juridiques de cette responsabilité, il peut faire du père d'intention le débiteur du nécessaire indispensable à la subsistance de l'enfant<sup>64</sup>.

Cela ne doit pas être le cas pour le père d'intention qui a reconnu l'enfant de bonne foi<sup>65</sup> : sa responsabilité ne devrait pas être retenue si l'enfant est issu des œuvres d'un tiers. Prétendre le contraire, ce serait adopter une position plus sévère qu'en matière de PMA où la contestation de filiation redevient possible si l'enfant est né d'un adultère. Le doute sur la bonne foi du père d'intention devrait logiquement profiter à l'enfant : la responsabilité du père d'intention doit être engagée.

30.- En matière de procréation charnelle, la paternité d'intention a surtout vocation à jouer quand l'enfant se trouve dépourvu de toute possession d'état du côté paternel. Elle n'a pas vocation à remplacer systématiquement la possession d'état : la durée de la possession d'état peut être préférable à une intention fugace. Si une possession d'état solide se trouve en concurrence avec une intention de paternité éphémère, le conflit de filiation devrait être résolu selon les dispositions de l'article 311-12 du Code civil, c'est-à-dire le plus souvent en fonction de la vérité biologique, puisqu'il "*n'existe plus de paternité douteuse*"<sup>66</sup>.

Si le père d'intention est le père biologique, sa paternité ne peut sans doute plus être remise en question par une possession d'état concurrente. En revanche, s'il n'est pas le père biologique, l'intention manifestée (et le fait d'avoir élevé l'enfant) devrait lui permettre, *a minima*, d'obtenir le droit de visite posée par l'article 311-13 du Code civil<sup>67</sup>. Dans ce cas, la consécration

(suite note 62) un préjudice moral, il s'ensuit qu'il peut être condamné à leur verser des dommages et intérêts". La condamnation à dommages et intérêts a déjà été reconnue par la Cour de cassation : Civ. 10 juillet 1990, *Bull.* I, n° 196 ; D. 1991, 517, obs. Huet-Weiller (D.).

63. Il s'agit de sensibiliser les "candidats-pères" à la gravité de leurs engagements : Salvage-Gerest (P.), "De la loi du 3 janvier 1972...", art. préc., p. 424. Rapp. Philippe (C.), "Volonté...", art. préc., spéc. p. 474, qui estime que lorsqu'il y a un engagement envers l'enfant (du fait d'une reconnaissance par exemple), il serait bon de limiter la volonté des parents de revenir sur cet engagement. Qui plus est, la reconnaissance ne doit pas avoir qu'une "*fin matrimoniale ou concubinaire*" : cf. Gridel (J.-P.), "Vérité...", art. préc., p. 197 qui rappelle que la reconnaissance est aussi un engagement du père à se comporter comme tel.

64. Rapp. Fauré (G.-M.), th. préc., n° 435-436, qui déduit de la reconnaissance mensongère une paternité d'intention ainsi qu'un engagement de se comporter, au moins pécuniairement, comme le père de l'enfant.

65. En ce sens, Salvage-Gerest (P.), "De la loi du 3 janvier 1972...", art. préc., p. 424.

66. Selon la formule très juste de Rubellin-Devichi (J.), "Une importante réforme en droit de la famille. La loi n° 93-22 du 8 janvier 1993", *JCP* 1993, éd. G, I, 3659, spéc. n° 18.

67. Pour une application récente et significative de cet article, cf. Civ. Ière, 17 mai 1993, D. 1995, Jur. 276, note (critique) Edimo Nana (F.) ; D. 1994, Somm. 114, obs. (plutôt approbative)

d'une paternité d'intention malmène la "paix des familles", mais pour de justes motifs : le cœur a ses raisons que la raison biologique ignore.

Pour autant, la paternité d'intention n'est pas obligatoirement en opposition avec cette "paix des familles", bien au contraire. Ainsi, lorsque ce type de paternité oblige l'auteur d'une reconnaissance mensongère à respecter une possession d'état établie, c'est bien la "paix des familles" qui est préservée. La Cour de cassation décide en ce sens que *"les effets d'une possession d'état exempte de vice ne peuvent être mis à néant par la seule décision du mari de la mère de cesser de traiter l'enfant comme son enfant légitime en vue d'écarter la fin de non-recevoir édictée par l'article 322 alinéa 2 du Code civil"*<sup>68</sup>.

31.- Enfin, la paternité d'intention pourrait servir comme instrument de limitation de l'interprétation *a contrario* des articles 322 al. 2 et 334-9<sup>69</sup>, limitation réclamée en doctrine<sup>70</sup>. En effet, le juge ne pourrait écarter la possession d'état que lorsqu'elle est manifestement inexistante, c'est-à-dire en particulier lorsque l'intention de paternité n'est pas suffisamment marquée.

\* \* \*

32.- "Echelles juridiques du vivant..." L'expression a de quoi troubler les juristes, tant l'activité de mesure qu'elle suggère leur paraît étrangère<sup>71</sup>. Et pourtant, en matière d'assistance médicale à la procréation, parce que les

(suite note 67) Granet-Lambrechts (F.). La cour de cassation y décide que *"c'est par une approbation souveraine qu'une cour d'appel, après avoir constaté que le mari, divorcé de la mère d'un enfant né pendant le mariage mais dont il a été jugé n'être pas le père, avait prodigué affection et soins personnels à cet enfant depuis sa naissance jusqu'à ce que son ancienne épouse et le père de l'enfant s'y soient opposés, estime qu'il est de l'intérêt de l'enfant que cet homme bénéficie du droit de visite qu'il demande sur le fondement de l'article 311-13 C. civ."*

68. Civ. 1ère, 15 juillet 1993, *Bull.* I, n° 256 ; *JCP* 1994, éd. G, II, 22352, note Lagarde (X.) ; *Rev. trim. dr. civ.* 1993, p. 806, obs. Hauser (J.) ; *D.* 1994, Somm. 115, obs. Granet-Lambrechts (F.). En l'espèce, la possession d'état avait duré 10 ans, et la paternité du mari avait été écartée par les examens biologiques.

69. Sur ces interprétations, Bouvier (F.), "A la recherche de la paternité", *Rev. trim. dr. civ.* 1990, p. 394 et s., spéc. p. 401 et s.

70. Ainsi, Hauser (J.), in *Rev. trim. dr. civ.* 1993, p. 812, note à juste titre que la prescription trentenaire est trop longue car elle conduit à une "instabilité traumatisante". Murat (P.), "Indisponibilité...", art. préc., spéc. pp. 351-352, pense qu'en particulier la possession d'état mérite *"de retrouver quelque force lorsqu'elle consolide la filiation, notamment en écartant une fin de non-recevoir aux actions en contestation d'état"*.

71. Pourtant, l'idée d'une régulation juridique du vivant n'est pas neuve. Ainsi, cf. par exemple, Labrusse-Riou (C.), "La maîtrise du vivant : matière à procès", *Pouvoirs*, 1991, n° 56, p. 87 et s., spéc. p. 89 *in fine*, note que *"le droit du vivant (Ndlà : c'est nous qui soulignons) est en train de naître par adaptation et par réaction à des faits difficiles à penser"*.

juristes se sont trouvés confrontés à des choix nouveaux<sup>72</sup>, ils ont mis en place un processus de régulation juridique qui aboutit à mesurer la paternité. Et c'est précisément parce qu'elle a été mesurée que la paternité d'intention s'assortit d'effets juridiques contraignants. A leur tour, ces effets juridiques remplissent un rôle social qui peut être ainsi résumé : *"le point important, en effet, c'est qu'il y ait un père et une mère (ou des pères et des mères) qui se considèrent et soient reconnus comme tels par la société dans laquelle parents et enfants vivent"*<sup>73</sup>.

C'est précisément ce vers quoi tendent les lois du 29 juillet 1994 lorsque, derrière la *procréation médicalement assistée*, elles essaient de mettre en place une *paternité juridiquement assurée*.

Septembre 1996

---

72. Ce sont les progrès scientifiques qui les imposent. Comme l'explique Terré (F.), "L'enfant de l'esclave...", *op. cit.*, spéc. p. 21, "la science change la vie de l'homme en société. Et comme la vocation du droit est de gouverner cette vie, aux mouvements de la science répondent tôt ou tard les mouvements du droit". A ce moment, le juriste, "instruit par ses expériences, (...) sait que chaque libération de l'homme situe celui-ci devant la nécessité de choix nouveaux" (*ibid.*, p. 41).

73. Delaisi-Parseval (G.), *La part du père*, *op. cit.*, spéc. p. 307.