



**HAL**  
open science

## L'enfant adultérin

Pascal Puig

► **To cite this version:**

Pascal Puig. L'enfant adultérin. Revue juridique de l'Océan Indien, 2009, Spécial Mayotte 2009, pp.117–131. hal-01213592

**HAL Id: hal-01213592**

**<https://hal.univ-reunion.fr/hal-01213592v1>**

Submitted on 29 Apr 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# L'enfant adultérin

**Pascal Puig**

*Agrégé des universités  
Professeur à l'Université de La Réunion  
Directeur du Centre de Recherche Juridique*

**1. – Pardonnez-lui !** – L'enfant adultérin n'existe pas, n'existe plus ! Autrefois considéré comme l'enfant du péché, d'abord rejeté de sa famille puis sanctionné pour une faute qu'il n'avait pas commise, il est aujourd'hui légitimé, si bien que, ces stigmates effacés, il est devenu un enfant comme les autres.

**2. – Filiations.** – La filiation est le lien de droit qui unit l'enfant à sa mère (filiation maternelle) et à son père (filiation paternelle). Ce lien de droit correspond généralement à un lien biologique : le rapport de filiation trouve alors son origine dans la procréation, qu'elle soit naturelle ou artificiellement organisée par le jeu d'une assistance médicale à la procréation. Il se peut également que le rapport de filiation soit purement juridique, c'est-à-dire détaché de toute procréation. Cette filiation fictive ou artificielle correspond à la filiation adoptive, qu'il s'agisse d'une adoption simple ou d'une adoption plénière. L'enfant adultérin relève exclusivement de la procréation charnelle, naturelle, mais une procréation fautive puisque accomplie en violation du devoir de fidélité découlant du mariage. Cette filiation biologique, naturelle, pouvait autrefois prendre divers visages selon que les parents de l'enfant étaient ou non mariés. On distinguait ainsi l'enfant légitime issu d'un homme et d'une femme mariés ensemble, de l'enfant naturel né hors mariage. Cet enfant naturel pouvait être soit naturel simple lorsque ses deux parents étaient célibataires, soit naturel adultérin lorsque l'un au moins de ses parents était marié à un tiers, soit naturel adultérin s'il existait un empêchement au mariage entre ses parents.

**3. – Divisibilité.** – Le mode d'établissement de la filiation lui-même différait sensiblement selon les cas de figure. La filiation légitime était dite "indivisible" en ce sens que l'enfant ne pouvait être l'enfant légitime d'une femme mariée sans être, du même coup, l'enfant légitime de son époux. La maternité fait présumer, grâce au mariage, la paternité : cherchez la mère et, si elle est mariée, vous trouverez le père ! Telle est la règle de l'article 312 du Code civil qui édicte une présomption de paternité légitime : l'enfant conçu ou né pendant le mariage de sa mère est présumé avoir pour père le mari de celle-ci. Présomption issue du droit romain où elle était formulée selon une expression latine, toujours usitée : *pater is est quem nuptiae demonstrant* (Le père est celui que désigne le mariage). Le mariage joue ici un rôle majeur en conférant à la filiation légitime son unité fondamentale, l'indivisibilité qui la sépare de la filiation naturelle, par essence divisible. Dans celle-ci, chaque parent doit faire une démarche pour que l'enfant lui soit rattaché. Pour que le lien de filiation naturelle soit établi, il faut en principe une reconnaissance par chacun des parents devant l'officier d'état civil ou à tout le moins une possession d'état d'enfant naturel. Dans tous les cas, doit intervenir une manifestation de volonté de chacun des parents. La reconnaissance par l'un d'eux ne rattache aucunement l'enfant à l'autre parent prétendu. Par ailleurs, il est possible que l'enfant naturel n'ait pas de filiation établie si ses

parents ne l'ont pas reconnu, ce qui ne peut arriver à l'enfant légitime, sauf si sa mère a accouché sous X.

**4. – Mystères de la conception.** – Pendant longtemps, la recherche du lien biologique n'a pas été déterminante dans l'établissement du rapport de filiation. Cette relative indifférence se comprenait en raison du mystère qui entourait l'origine de la filiation, surtout paternelle. Aussi le droit s'est-il surtout attaché à organiser la filiation autour du mariage où, devoir de fidélité aidant, l'origine biologique de l'enfant est en principe certaine. C'est pourquoi l'enfant légitime a, depuis toujours, bénéficié des faveurs de la loi, encourageant du même coup, en pratique, les imaginations les plus débridées.

Sous l'Ancien Régime, l'Eglise catholique n'enseignait-elle pas que le diable pouvait commanditer certaines de ses créatures, les incubes (démons masculins, par opposition aux succubes, démons féminins, diabesses), pour qu'elles fécondent des femmes pendant leur sommeil sans qu'elles s'en rendent compte ? De la même façon, sur la durée de la grossesse, on sait que la loi considère aujourd'hui et depuis 1804 que l'enfant est présumé avoir été conçu dans le mariage s'il naît soit 180 jours au moins après la célébration du mariage, soit 300 jours au plus après sa dissolution. Ces délais, fondés sur les constatations scientifiques relatives à la durée de la gestation, ont été posés par le législateur afin d'éviter que les juges ne fixent eux-mêmes la durée de la grossesse en fonction, soit de l'apparence physique de la femme, soit de l'état de l'enfant à sa naissance. Sous l'Ancien droit, où de telles appréciations étaient encore possibles, certains juges ont retenu des grossesses de plus de 12 mois... Actuellement encore, le droit islamique connaît la théorie de "*l'enfant endormi*" qui, après avoir été conçu par le mari de la mère, a été tellement éprouvé par le décès de celui-ci qu'il n'est né que très longtemps après...

On relèvera également ce fameux arrêt du Parlement de Grenoble rendu le 13 janvier 1637 qui innocentait Madeleine d'Autemont d'Aiguemère, dont le mari était absent depuis quatre ans, de toute accusation d'adultère et déclarait légitime l'enfant qu'elle venait d'avoir : "*s'étant imaginé en songe la personne et l'attouchement du dit Sieur d'Aiguemère, son mari, elle reçut les mêmes sentiments de conception et de grossesse qu'elle eût pu recevoir de sa présence*". Les médecins avaient d'ailleurs largement contribué à la solution puisque la docte Faculté de Médecine de Montpellier, consultée dans cette affaire, soutenait "*qu'on suppose que la nuit du songe de la dame d'Aiguemère était une nuit d'été, que sa fenêtre était ouverte, son lit exposé au couchant, sa couverture en désordre et que le zéphyr du sud ouest, dûment imprégné de molécules organiques, d'insectes humains, d'embryons flottants, l'avait fécondée*".

**5. – Vérité.** – Le mystère un peu poétique a cédé la place au cartésianisme de la science et le droit de la filiation est aujourd'hui bouleversé par le développement de la médecine et des progrès scientifiques dans la recherche de la vérité biologique. La loi s'en est fait l'écho, spécialement depuis la loi du 3 janvier 1972 dont l'un des objectifs majeurs a été la recherche de la vérité du lien de filiation. Mais cette vérité comporte elle-même deux aspects.

**1) La vérité biologique**, tout d'abord, qui conduit à rattacher l'enfant à ses parents biologiques, par le sang. Aujourd'hui, les preuves positive et négative, tant de paternité que de

maternité, sont possibles. L'expertise sanguine, utilisant le système des "marqueurs", permet d'atteindre des probabilités de l'ordre de 99, 999 %. Plus fiable encore est "l'empreinte génétique" établie à partir de quelques échantillons de peau, de cheveux, d'ongles, de sperme... Elle consiste à comparer les codes génétiques du père et de la mère prétendus avec celui de l'enfant et permet d'établir avec certitude la paternité comme la maternité.

Si ces modes de preuve devaient se généraliser, c'est tout le droit de la filiation qui s'en trouverait bouleversé par l'affirmation d'un seul principe unique : celui de la vérité biologique. Serait ainsi oublié le savant équilibre entre vérités biologique et sociologique, entre le souci de vérité et celui de stabilité et de paix des familles...C'est pourquoi des règles différentes gouvernent les deux modes de preuve scientifiques.

- S'agissant de l'examen comparatif des empreintes génétiques, l'article 16-11 du Code civil issu des lois bioéthiques de 1994 prévoit qu'il ne peut être ordonné par le juge que lorsqu'il a été saisi d'une action tendant à l'établissement ou à la contestation d'un lien de filiation ou d'une action à fins des subsides. L'exigence d'une décision judiciaire permet d'éviter que de simples particuliers ne puissent demander de tels tests par simple curiosité, par exemple pour apaiser une paternité douteuse.

Mais le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli (art. 16-11 C. civ.). Sans ce consentement, aucun prélèvement ne peut être ordonné ni *a fortiori* réalisé... Une décision fort critiquable avait été rendue par la Cour d'appel de Paris le 6 novembre 1997 (*aff. Montand*) : des prélèvements *post-mortem* avaient été ordonnés par le juge, après exhumation du cadavre, au motif que la famille du défunt y avait consenti et alors même que la personne intéressée avait fait connaître, de son vivant, son opposition à tout prélèvement. La vérité de la filiation est-elle à ce point impérative qu'elle justifie l'éviction du principe du respect dû aux morts ? Tout cela pour parvenir à un arrêt du 17 décembre 1998 de la même Cour d'appel qui constate que les analyses génétiques excluent avec certitude la paternité... malgré la prétendue ressemblance de l'enfant à l'égard du défunt. "*La vérité n'est donc pas sortie du tombeau mais la justice y a été mise !*" selon la formule cinglante de B. Beignier. La solution retenue par la Cour de Paris s'imposait d'autant moins que le refus d'autoriser un prélèvement à fins d'expertise génétique peut être interprété par le juge contre celui qui l'exprime. Il suffisait alors aux juges d'appel, comme l'avait fait le TGI auparavant, de se contenter des présomptions et indices graves qui avaient été relevés en faveur de la paternité pour la reconnaître, sans avoir à procéder à une exhumation pour le moins choquante.

C'est pourquoi une loi du 6 août 2004 a combattu cette jurisprudence en disposant que "*sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort*" (C. civ., art. 16-11).

- S'agissant des expertises sanguines, en revanche, il n'existe aucune réglementation particulière. Ces expertises obéissent donc au droit commun des mesures d'instruction, la décision étant ordinairement laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Jusqu'à la fin du siècle dernier, il appartenait donc au juge d'apprécier l'opportunité d'ordonner ou non une telle

expertise en fonction de la demande qui lui était faite. Depuis un arrêt du 28 mars 2000, la Première Chambre civile de la Cour de cassation est revenue sur ce pouvoir souverain laissé aux juges du fond en décidant que "*l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder*", ce qui relègue au second plan la vérité sociologique et menace un peu plus la paix des familles. Les motifs légitimes de refuser l'expertise ne semblent en effet guère nombreux. Tel est notamment le cas lorsque la mère a demandé le secret de son accouchement, pour l'enfant incestueux qui possède déjà une filiation paternelle ce qui semble logique eu égard à la prohibition de l'inceste ; tel serait également le cas du mari jaloux qui sollicite à chaque naissance une expertise afin de s'assurer de la réalité de sa paternité...

**2) La vérité sociologique**, ensuite, qui tient compte à travers la possession d'état des réalités affectives. Le vrai père n'est pas seulement le géniteur de l'enfant mais celui qui, sans l'avoir conçu, l'a élevé et entouré d'affection comme s'il s'agissait du sien. Le vrai père n'est-il pas celui qui, dans les faits, a le sens des responsabilités ? Le vrai père est celui qui aime (Ph. Malaurie) ! Il n'est pas l'auteur d'un rapport sexuel éphémère sans lendemain... D'où des conflits de filiation entre le père biologique et le père sociologique qui tendent, de plus en plus, à être tranchés en faveur du premier.

Cette faveur pour la vérité biologique est-elle toujours conforme à l'intérêt de l'enfant ? Il est permis d'en douter surtout lorsque la recherche de la vérité menace la stabilité familiale. A l'inverse, les délais de prescription risquent parfois d'enfermer l'enfant dans une filiation "fictive" dont il ne peut légalement sortir. L'équilibre est bien difficile à trouver entre ces préoccupations contradictoires. Depuis l'Ordonnance du 4 juillet 2005, la vérité biologique a largement pris le pas sur la vérité sociologique mais celle-ci l'emporte néanmoins lorsque le temps a fini par consacrer une situation que le droit ne doit plus perturber. Ainsi, si le titre et la possession d'état sont conformes, la filiation peut être contestée par l'enfant, le père, la mère ou celui qui se prétend le véritable parent mais seulement durant un délai de cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé (art. 333 C. civ.). En revanche, la filiation devient inattaquable lorsque la possession d'état a duré au moins cinq ans depuis la naissance de l'enfant ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement. A défaut de titre et de possession d'état conformes, l'action en contestation peut être engagée par tout intéressé, mais seulement dans un délai de dix ans (art. 334 C. civ.).

La filiation ne repose pas exclusivement sur un fait biologique de procréation. La filiation est une relation familiale, un ensemble complexe de facteurs biologiques, sociologiques, moraux et volontaires. Il est excessif de vouloir trancher les conflits de "vérités" en favorisant à tout prix la "vérité biologique". L'idéologie de la vérité scientifique est dangereuse. Notre Société est devenue technicienne et scientiste. Mais la filiation ne saurait se réduire aux gènes...

**6. – Egalité.** – Jusqu'en 1972, la loi n'accordait pas le même statut aux enfants légitimes, issus de parents mariés, et aux enfants naturels dont les parents ne sont pas mariés. Entre eux, des distinctions étaient faites selon qu'ils étaient enfants naturels simples, adultérins ou incestueux.

En droit romain, la maternité naturelle produisait les mêmes conséquences que la maternité légitime. Le père naturel pouvait acquérir la puissance paternelle sur son enfant (à condition toutefois que ce dernier y consente grâce à l'abrogation). Progressivement cependant, les enfants nés hors mariage vont être considérés comme les *enfants du péché*. Le Christianisme a contribué à chercher à protéger la famille légitime. L'Eglise admet de moins en moins les relations sexuelles hors mariage. L'enfant naturel est désigné sous le terme de « bâtard ». L'égalité des enfants légitime et naturel à l'égard de leur filiation maternelle est supprimée. Désormais, le père ne peut plus mettre sur un pied d'égalité ses enfants légitimes et naturels. L'enfant légitime est roi. C'est d'ailleurs à cette époque qu'est instaurée la présomption de paternité. Seul le père peut contester sa paternité sans qu'aucune condition de délai ne puisse entraver son action, tous les modes de preuve étant admis.

En droit intermédiaire, c'est à l'occasion de la Révolution française que s'est affirmée l'idée d'égalité des filiations. La loi du 22 Brumaire an II a tiré les conséquences de cette égalité au plan successoral. L'établissement de la paternité fait une grande place à la volonté des parents. L'enfant adultérin demeurerait toutefois en marge. Mais cette égalité entre enfants légitimes et naturels a eu une contrepartie : le législateur a rendu plus complexe l'établissement de la filiation naturelle. A cette époque, la preuve de la paternité naturelle ne pouvait résulter que d'une reconnaissance volontaire.

Le Code civil de 1804 a consacré la supériorité de l'enfant légitime sur l'enfant naturel (supériorité s'expliquant en amont par la faveur accordée au mariage) sans pour autant nier la filiation naturelle. La filiation légitime était clairement affirmée comme le modèle de référence. L'enfant légitimé par mariage était d'ailleurs assimilé à l'enfant légitime. Cette supériorité se traduisait par le fait que la filiation légitime s'établissait plus aisément et pouvait plus difficilement être contestée que la filiation naturelle. De même, lorsque la filiation naturelle était établie, les droits reconnus à l'enfant naturel étaient nettement inférieurs à ceux accordés à l'enfant légitime. Le Code civil prohibait à l'époque l'établissement de la filiation adultérine ou incestueuse. Par la suite, diverses lois inspirées par les idées d'individualisme et surtout d'égalité n'ont eu de cesse de tenter de revaloriser la situation de l'enfant naturel. On peut citer, en guise d'illustration, la loi du 25 mars 1896 concernant les droits successoraux de l'enfant naturel.

La loi du 3 janvier 1972 complétée par la loi du 4 mars 2002 va bouleverser ces conceptions traditionnelles. L'article 334 C. civ., issu de la loi du 3 janvier 1972 posait le principe d'égalité entre filiation naturelle et filiation légitime : *"L'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère. Il entre dans la famille de son auteur"*. Et l'article 358 du Code civil prévoit le même principe d'assimilation de l'enfant adopté par voie plénière à l'enfant légitime. Selon le Cornu, ce principe d'égalité serait consubstantiel au principe d'innocence de l'enfant, au « *postulat qu'aucune tare originelle n'entache dans sa personne l'enfant qui naît* ». Cette idée qui peut sembler naturelle aujourd'hui ne faisait pas consensus à l'époque. Cependant, cet article fondamental contenait en lui-même ses propres tempéraments au principe d'assimilation : *"en général"*. Ainsi l'enfant incestueux, tout d'abord, en cas d'inceste absolu, c'est-à-dire non susceptible d'être levé par une dispense, ne pourra jamais être traité comme un enfant légitime puisque l'établissement complet de sa filiation est impossible. Elle pourra seulement être établie à l'égard de l'un de ses parents mais non des deux. L'enfant né de cette relation ne peut avoir qu'une filiation unilinéaire c'est-à-dire que sa filiation ne peut être établie qu'à l'égard de l'un de

ses parents biologiques seulement. L'enfant adultérin, ensuite et surtout, c'est-à-dire celui dont le père ou la mère était, au temps de sa conception, engagé dans les liens d'un mariage avec une autre personne, subissait une restriction de ses droits successoraux par rapport aux enfants légitimes. Il faudra attendre la condamnation de la France par la Cour EDH et la loi du 3 décembre 2001 pour que soit supprimé ce vestige de discrimination entre enfant naturel et enfant légitime. En matière de nom, l'égalité et l'assimilation étaient encore loin d'être acquises. Jusqu'à la réforme du 4 mars 2002, la loi distinguait encore selon les modes de filiation pour l'attribution du nom de famille. Désormais, les parents peuvent choisir le nom dévolu à leur enfant entre trois possibilités : soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit les noms accolés des deux parents dans l'ordre de leur choix.

L'autre loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a abrogé l'article 334 du Code civil pour affirmer l'existence d'un lien de filiation unique indépendant du mode de "conjugalité" des parents. L'ancien article 334, tout en proclamant l'égalité des filiations, maintenait le modèle de la filiation légitime : l'enfant naturel (à promouvoir) avait les mêmes droits que l'enfant légitime (le modèle). Le nouvel article 310 du Code civil, remplaçant l'article 334, dispose désormais que : *"Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux"*.

La distinction n'est plus entre la naissance *en mariage* et *hors mariage* mais entre les enfants dont la filiation est légalement établie et ceux dont elle ne l'est pas. Le lien de filiation est désormais unique et indépendant du mode de "conjugalité" des parents. Par conséquent, l'enfant naturel dont la filiation est légalement établie a exactement les mêmes droits qu'un enfant légitime, y compris successoraux.

L'assimilation est-elle pour autant complète ? L'égalité est à peu près complète en ce qui concerne la condition juridique des enfants naturels et légitimes : leurs droits et leurs devoirs. Ainsi au regard notamment de l'exercice de l'autorité parentale, l'assimilation est exacte. Mais au regard de la filiation elle-même, l'opposition classique demeure en filigrane. La loi peut exprimer autant de formules symboliques qu'elle souhaite, il reste – et restera – toujours une différence entre la filiation légitime et naturelle tenant au mariage des parents. Dans un cas les parents sont mariés et l'enfant de la mère est présumé avoir pour père le mari, dans l'autre cas les parents ne sont pas mariés et la filiation paternelle ne saurait être établie aussi simplement. L'établissement de la filiation légitime et celui de la filiation naturelle sont donc gouvernés par des règles différentes que la loi ne peut – et ne pourra – effacer sans abroger le mariage et le devoir de fidélité qui en découle.

7. – Qu'en est-il aujourd'hui et quels bouleversements ce droit positif aura-t-il demain sur la condition juridique de l'enfant adultérin à Mayotte ? Pour mesurer l'ampleur de cette évolution, il convient de retracer les grands changements ayant affecté le statut de l'enfant adultérin. Jadis considéré comme l'enfant du péché (I.), il est aujourd'hui légitimé (II.).

## I. – L'enfant adultérin, enfant du péché

8. – L'enfant adultérin fut longtemps rejeté de la famille (A.). Sa filiation ne pouvait pas être établie. Puis, une fois admis son rattachement à ses père et mère, il fut sanctionné en raison de son origine fautive (B.). D'abord rejeté, il fut par la suite sanctionné pour une faute qu'il n'avait pas commise.

### A. – L'enfant adultérin rejeté

9. – *Bâtards ne succèdent pas.* – Dès l'instant que, sous l'Ancien droit, l'Eglise est parvenue à imposer sa conception du mariage, l'opprobre a été jeté sur tout être né d'une femme et d'un homme dont l'union n'était pas légitimée par le sacrement du mariage. Ceux que le Droit romain appelait les *fili naturales* (enfants naturels) sont, dès le XI<sup>e</sup> siècle, désignés sous l'expression de *filii bastardi* (enfants bâtards). Le mépris et l'infériorité qu'évoque le terme reposaient sur la défense et l'incitation au mariage. Séguier, Avocat général au Parlement de Paris, expliquait peu de temps avant la Révolution que "*le frein le plus fort qu'on peut apporter aux relations illicites est de flétrir les enfants qui en sont le fruit*", si bien que l'union qui donne naissance à un bâtard doit être considérée comme un "*crime dans l'ordre des mœurs, qu'il est juste de punir [...] jusque dans les enfants*".

La famille était donc hiérarchique et légitime. On ne pouvait y entrer que par le mariage. Si l'on examine de plus près la situation des enfants naturels à cette époque, on observe que leur filiation pouvait dans une certaine mesure être établie mais qu'ils n'avaient aucun droit successoral.

S'agissant de la filiation maternelle, afin d'éviter la clandestinité des naissances et réduire les risques d'infanticide, un édit d'Henri II rendu en 1556 obligeait les futures mères à déclarer leur grossesse dans les registres des paroisses sous peine... de mort. On craignait en effet que, faute de déclaration, elles ne soient tentées de détruire le fruit de leurs amours coupables. S'agissant de la filiation paternelle, la situation des enfants naturels n'était pas aussi dramatique que ce que l'on pourrait imaginer. Pour les théologiens et les canonistes de l'époque, la situation inférieure des bâtards et leur exclusion de la famille sont la suite du péché et, comme la faute a été commise par les deux parents, il était logique que la mère ne fut pas la seule à en subir les conséquences. C'est pourquoi la recherche de paternité a été favorisée par les juristes de l'Eglise. La plupart du temps, elle était le fait de la mère avant la naissance afin d'obtenir un dédommagement matériel sous la forme du paiement des frais de gésine ou d'une pension alimentaire pour l'enfant. Mais il était aussi fréquent que le père "avoue" son enfant, c'est-à-dire le reconnaisse. Il pouvait toutefois s'en défendre en établissant qu'au moment de la conception, il n'avait pas été le seul à avoir des relations charnelles avec la mère.

Du point de vue successoral, les enfants nés hors mariage n'avaient pas de famille ! Ils n'héritaient donc de rien, ni de leur père, ni de leur mère : "*bâtards ne succèdent pas !*" disait-on. Seule une créance d'aliments leur était reconnue sur la succession de ses père et mère en vertu de



l'adage "*qui fait l'enfant doit le nourrir*". En revanche, les coutumes locales admettaient généralement la possibilité de gratifier un enfant naturel, par don ou legs, à condition toutefois que le don ne soit pas "immodéré ou immense" (Coutume de Melun, 1560).

**10. – Discriminations.** – A la Révolution, le vent d'égalitarisme a conduit à donner les mêmes droits successoraux aux enfants légitimes et aux enfants naturels, mais une part réduite seulement aux enfants adultérins (Loi de Brumaire An II). Le Code civil a ensuite sensiblement accentué la distinction entre l'enfant naturel simple et l'enfant adultérin.

**L'enfant naturel simple** n'avait qu'une place réduite dans le Code civil. On considérait qu'il ne devait pas, par sa présence, faire obstacle à la conservation des biens dans les familles. A supposer sa filiation établie volontairement, il n'entraînait pas dans la famille de ses auteurs, il n'héritait que de ses père et mère mais non des autres membres de la famille. On disait que la famille naturelle n'avait qu'un degré. Même de ses père et mère, il ne recevait que des droits successoraux réduits : en présence d'enfants légitimes, sa part correspondait à 1/3 de la part qui aurait été la sienne s'il avait été légitime. La loi du 25 mars 1896 a par la suite augmenté ses droits, les faisant passer à la moitié dans l'hypothèse précédente. Il ne primait alors totalement que les collatéraux ordinaires et le conjoint survivant. Puis en 1912, une loi a ouvert, quoique dans des conditions très strictes, la recherche de paternité naturelle, faisant ainsi sortir de l'ombre des enfants sans filiation. A partir de ce moment, le législateur va longuement hésiter entre deux soucis contradictoires : d'une part, améliorer le sort de l'enfant naturel pour le rapprocher de celui de l'enfant légitime, d'autre part ne pas dévaloriser le mariage et éviter les cas de quasi-bigamie.

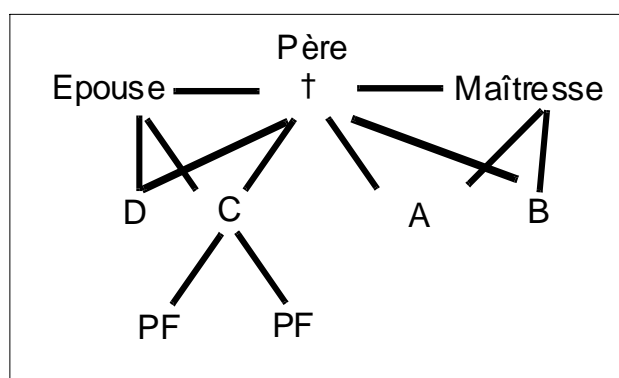
**L'enfant naturel adultérin** était placé dans une situation bien plus précaire puisque, sous l'empire du Code civil, sa filiation ne pouvait pas être établie. Elle ne pouvait apparaître que dans des circonstances exceptionnelles telles qu'un désaveu de paternité ou l'annulation du mariage de ses père ou mère pour bigamie. Dans ces hypothèses, il demeurait privé de tout droit successoral et ne recevait, comme sous l'Ancien droit, qu'une créance alimentaire contre la succession. Son seul droit était donc de ne pas mourir de faim (Ph. Malaurie) ! Ce droit était même supprimé si son auteur lui avait appris un métier manuel, "un art mécanique" disposait la loi. On voulait ainsi éviter au maximum les contacts pénibles avec la famille légitime. Par la suite, sa situation ne s'est guère améliorée. On notera tout au plus qu'en 1955, la loi lui accorde une pension alimentaire plus étendue et libéralise sa légitimation.

**11. –** Pendant longtemps, donc, l'enfant adultérin fut avant tout rejeté de sa famille. Au rejet a par la suite succédé la sanction lorsque, finalement rattaché à sa famille, il subissait les conséquences de la faute de ses parents.

## **B. – L'enfant adultérin sanctionné**

**12. – Mariage et devoir de fidélité.** – Paradoxalement, c'est la loi du 3 janvier 1972 proclamant l'égalité des filiations légitime et naturelle qui a créé une discrimination successorale à l'égard des enfants naturels adultérins lorsqu'ils étaient en concours avec la famille légitime.

**1) S'agissant des enfants naturels simples**, la loi a consacré leur pleine égalité avec les enfants légitimes. Désormais, ils entrent dans la famille de leur auteur et ont, par conséquent, les mêmes droits successoraux que les enfants légitimes. Cette égalité parfaite a d'ailleurs justifié la suppression du droit de retour légal au profit des frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel. Avant la réforme de 1972, l'enfant naturel n'entrait pas dans la famille légitime de son auteur. A son décès sans descendant ni ascendant, la loi appelait à sa succession ses frères et sœurs naturels (c'est-à-dire les autres enfants naturels du même père et de la même mère). Par conséquent, ses frères et sœurs légitimes, du même père ou de la même mère, étaient exclus. Ce droit de retour légal permettait aux enfants légitimes de recueillir les biens que l'enfant naturel avait reçus de leur auteur commun, par succession ou libéralité.



Dans cet exemple, supposons que la maîtresse soit aussi décédée et que A décède. Puisque C et D lui étaient étrangers, c'est B qui devait recueillir toute sa succession. Le droit de retour légal permettait à C et D de récupérer les biens que leur demi-frère A avait pu recevoir par succession ou libéralité, de leur père commun.

En alignant la filiation naturelle sur la filiation légitime et en reconnaissant pleinement la famille naturelle, de sorte que désormais les enfants légitimes héritent de leurs frères et sœurs naturels de la même façon que s'ils étaient légitimes, la loi du 3 janvier 1972 a logiquement supprimé ce droit de retour que plus rien ne justifiait.

**2) S'agissant des enfants adultérins**, leur filiation peut être librement établie depuis la loi de 1972, notamment par reconnaissance. Il n'y a plus que les filiations incestueuses qui demeurent impossibles. Mais, concernant leur vocation successorale, leurs droits étaient fortement réduits lorsqu'ils se trouvaient en concours avec la famille légitime bafouée par l'adultère. Deux hypothèses étaient distinguées selon que l'enfant adultérin était en concours avec le conjoint victime de l'adultère ou avec les enfants légitimes.

a) Lorsque le défunt laissait un conjoint mais pas d'enfant légitime et que, sans cet enfant adultérin, le conjoint survivant aurait eu vocation à recevoir des biens en pleine propriété, les

enfants adultérins ne recevaient, quel que soit leur nombre, que la moitié de la part que le conjoint aurait eue en leur absence (ancien art. 759 C. civ.).

Imaginons que le *de cuius*, marié sans enfant légitime, ait eu deux enfants avec sa maîtresse. Si ces enfants n'existaient pas, le conjoint survivant aurait tout recueilli dans la succession de son époux. Avec les deux enfants adultérins, il conserve la moitié en pleine propriété, le reste étant partagé entre les deux enfants qui reçoivent un quart chacun. On observe ainsi que les droits du conjoint survivant sont certes diminués par rapport à l'absence d'enfant mais pas autant que si les enfants avaient été légitimes puisque, dans cette hypothèse, le conjoint aurait dû se contenter d'un quart en usufruit. L'idée est de protéger le conjoint victime de l'adultère sans pour autant sacrifier les droits des enfants adultérins. C'est ce qu'expliquait à l'époque, M. Jean Foyer, rapporteur du projet de loi :

*"Nous n'avons pas hésité, en rédigeant notre projet de loi, à réduire les droits de l'enfant, afin que sa présence n'altère pas ou du moins n'altère que très peu le modèle de dévolution successorale qui s'était constitué sur la foi du mariage [...] alors qu'en l'absence de parents proches le conjoint survivant pouvait compter succéder en pleine propriété, il n'est pas possible de maintenir totalement ses droits, sous peine de dépouiller entièrement l'enfant. La solution équitable nous a alors paru résider dans un partage forfaitaire par moitié".*

b) Lorsque le défunt laissait des enfants légitimes issus du mariage pendant lequel l'adultère a été commis, le conjoint survivant n'avait de toute façon que des droits en usufruit et les enfants adultérins étaient alors en conflit avec les enfants légitimes. Ils n'avaient alors vocation à recevoir que *"la moitié de la part à laquelle ils auraient eu droit si tous les enfants du défunt, y compris eux-mêmes, eussent été légitimes"* (ancien art. 760 C. civ.).

Voici un couple marié avec deux enfants légitimes. De sa relation adultère, le mari a trois enfants. Le mari décède laissant son épouse et ses cinq enfants. Si tous les enfants avaient été légitimes, ils auraient recueilli  $1/5^{\text{e}}$  chacun. Les enfants adultérins ne recevront finalement que la moitié de cette part, soit  $1/10^{\text{e}}$ . Le reste est réparti entre les deux enfants légitimes, en plus de leur part initiale ( $1/5^{\text{e}}$ ), soit  $3/10^{\text{e}}$  à partager en deux,  $3/20^{\text{e}}$  chacun. Au final, les enfants adultérins reçoivent  $1/10^{\text{e}}$  chacun et les enfants légitimes  $7/20^{\text{e}}$  chacun ( $1/5 + 3/20$ ).

On perçoit bien à travers cet exemple, le souci d'équilibre et de compromis exprimé par Jean Foyer à l'Assemblée Nationale. Le but est de protéger la famille légitime sans sacrifier totalement les enfants adultérins. Cette restriction des droits héréditaires de l'enfant adultérin était initialement destinée à protéger la famille légitime : le statut conféré à l'enfant adultérin devait être compris comme une protection du conjoint (art. 759 C. civ.) et des enfants auxquels l'adultère a porté atteinte. En d'autres termes, il était le signe de la "force du devoir de fidélité dans le mariage et de la valeur du principe monogamique" (B. Beignier). Malgré tout, il est vrai que ces enfants supportaient le poids de l'adultère de leurs parents et subissaient, de ce fait, une sanction pour une faute qu'ils n'avaient pas commise...

13. – Rejeté puis sanctionné, l'enfant adultérin était l'enfant du péché, un péché originel de chair accompli en violation du devoir de fidélité du mariage. Mais c'était sans compter avec les droits fondamentaux et le puissant principe de non-discrimination, principe qui allait peu à peu conduire à occulter le péché en la personne de l'enfant pour aligner son statut sur celui des enfants légitimes. Enfant du péché, l'enfant adultérin est devenu un enfant légitimé, un enfant comme les autres.

## II. – L'enfant adultérin, enfant légitimé

14. – L'enfant adultérin a progressivement conquis son innocence grâce à l'arme des droits fondamentaux. La bataille s'est d'abord livrée à Strasbourg (A.) puis à Paris (B.). On se demandera ce qu'il en sera à Mamoudzou (C.).

### A. – Strasbourg

15. – **Arrêt *Mazurek***. – Dès 1979, la Cour EDH condamna la Belgique pour les inégalités successorales frappant les enfants naturels simples (arrêt *Marckx* du 13 juin 1979) sur le fondement du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH) et du refus des discriminations fondées sur la naissance (art. 14 CEDH). Saisie de la discrimination frappant les enfants adultérins, la Cour de cassation avait par la suite conclu à sa conformité avec les textes européens précités estimant que "*la vocation successorale est étrangère au respect de la vie privée et familiale dont le droit est reconnu par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et garanti sans distinction par l'article 14 de cette Convention*" (Civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 1996 : *Bull. civ. I*, n° 268).

Cependant, la Cour EDH a vu les choses autrement en considérant, dans le célèbre arrêt *Mazurek* du 1<sup>er</sup> février 2000, que la différence de traitement entre les enfants légitimes et les enfants adultérins constitue une discrimination fondée sur la naissance hors mariage qui n'est pas objectivement et raisonnablement justifiée ; malgré la protection de la famille légitime qui reste un but légitime, la restriction des droits successoraux de l'enfant adultérin constitue un moyen disproportionné au regard de cet objet ; qu'en tout état de cause, l'enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables.

L'originalité de la décision tenait avant tout à son fondement. La décision, en effet, ne s'appuie pas sur le droit au respect de la vie privée et familiale mais sur le droit au respect de ses biens, autrement dit sur le droit de propriété garanti par l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel. Alors que traditionnellement ce texte sert à protéger des droits de propriété contre des atteintes jugées excessives, il permet ici de protéger l'acquisition de la propriété et de lui imposer un traitement égalitaire. C'est donc moins l'égalité des naissances qui est garantie qu'un véritable droit subjectif à hériter. Là où l'héritage était autrefois une chance, il devient un droit... un droit que n'hésiteront pas à revendiquer un jour d'autres catégories de personnes (concubins, partenaires d'un PACS etc.).

L'arrêt *Mazurek* avait suscité d'autres difficultés : tant que la loi française n'avait pas été abrogée, comment les notaires devaient-ils liquider les successions en présence d'enfants adultérins ? Comment les juges saisis de contestations de la part d'enfants adultérins victimes de discriminations devaient-ils trancher les litiges ?

Les notaires ont continué à appliquer les articles 759 et 760 C. civ., qui n'étaient pas abrogés, afin d'accroître indirectement la masse successorale aux frais du contribuable français. L'enfant adultérin ne recevait toujours qu'une part réduite dans la liquidation successorale mais, s'il avait la patience de porter l'affaire jusque devant la Cour de Strasbourg, celle-ci devait condamner l'Etat français à verser une indemnité différentielle au requérant dont la part avait été indument amputée. L'Etat était ainsi condamné à payer ce que l'enfant adultérin n'avait pas reçu, sans que soit pour autant réduite la part majorée reçue par les autres héritiers, conjoint survivant ou enfants légitimes. Ce complément sous forme d'indemnité n'était d'ailleurs même pas taxé au titre des mutations à titre gratuit, si bien qu'en définitive l'enfant adultérin pouvait recevoir davantage que l'enfant légitime à condition d'être patient. Le seul perdant dans l'histoire était le contribuable français...

Avant même que le législateur abroge le texte ainsi condamné, certains juges du fond n'ont pas hésité à écarter l'article 760 du Code civil au nom de la supériorité des traités sur les lois découlant de l'article 55 de la Constitution (*cf. not. TGI Montpellier, 2 mai 2000 ; CA Pau, 28 novembre 2000*). Le raisonnement était toutefois douteux dans la mesure où la supériorité constitutionnelle des traités ne vaut pas, *a priori*, pour les décisions rendues par les juges de Strasbourg...

Quoi qu'il en soit, ces hésitations et réactions ont fait long feu puisque le législateur français n'a guère tardé à abroger les textes litigieux.

## **B. – Paris**

**16. – Réforme des successions.** – Une réforme d'ensemble du droit des successions était attendue depuis plus de 20 ans, destinée notamment à améliorer le sort du conjoint survivant. Dès 1975, les notaires réunis en Congrès à Deauville avaient dénoncé l'inadaptation de notre droit successoral. Des projets, élaborés par des commissions animées par les Pr. Jean Carbonnier et Pierre Catala, ont été déposés en 1988, 1991 par Michel Sapin, 1995 par Pierre Méhaigrier, mais n'ont jamais abouti.

Le Gouvernement, dont l'ambition était de conduire une grande réforme de la famille, consulta les sociologues (Rapport Irène Théry en 1998) et les juristes (Rapport Dekeuwer-Défossez en 1999). Puis une réflexion fut menée conjointement entre le Conseil Supérieur du Notariat et le Groupe "Carbonnier-Catala" qui aboutit à un projet de réforme globale du droit des successions, à l'image des grandes réformes de la famille des années 1960-1970s. Sur les 200

articles du projet, une divergence subsistait à propos d'une dizaine d'entre eux consacrés aux droits du conjoint survivant. Il existait donc, sur cette question, une "version notariale" (droits en pleine propriété) et une "version universitaire" (droits en usufruit). Il appartenait désormais au législateur d'arbitrer cette divergence...

Mais rien ne vint... Le gouvernement estimant qu'il était urgent d'attendre et de différer l'adoption de la réforme... jusqu'au 17 janvier 2001 où fut déposée par le groupe socialiste à l'Assemblée Nationale une proposition de loi relative aux seuls droits du conjoint survivant et des enfants adultérins, qui n'avait rien à voir, ni avec l'ampleur, ni avec la qualité des travaux antérieurs. Le texte est pourtant voté en première lecture sans grande difficulté, même par l'opposition, le 8 février. En 3 semaines était enterrée une douzaine d'années de réflexion doctrinale...

Mais le Sénat modifie profondément la proposition de loi en rectifiant de nombreuses imperfections et en proposant son extension vers la réforme globale du droit des successions (21 juin 2001). En deuxième lecture, la majorité de l'Assemblée Nationale s'obstine sur son texte mais l'opposition s'abstient en bloc alors qu'elle l'avait voté en première lecture (28 juin 2001). Puis vient le temps des vacances parlementaires. L'affaire revient ensuite en deuxième lecture au Sénat, le 30 octobre, qui limite son ambition de réforme à une extension plus modeste mais acceptable (art. 720 à 767 c. civ.).

Entre temps, le Pr. Pierre Catala réunit 243 signatures d'universitaires au bas de "*libres propos sur une réforme successorale annoncée*" qu'il publie au Recueil Dalloz (le *JCP* ne l'ayant pas accepté...) et fait parvenir à tous les députés et sénateurs (soit 900 destinataires au total) avant la réunion de la Commission mixte paritaire (13 novembre 2001). Ce texte avait pour ambition d'expliquer au législateur en quoi la proposition de l'Assemblée était doublement critiquable, à la fois imparfaite et incomplète. Au cours des débats, cette action doctrinale a été à plusieurs reprises évoquée et... elle a finalement abouti !

Au final, la loi du 3 décembre 2001 déborde largement le cadre étriqué de la proposition initiale et comporte une réécriture des 3 premiers chapitres du Titre I du Livre III du Code civil.

Art 720 s. : Chap. I – De l'ouverture des successions

Art. 725 s. : Chap. II – Des qualités requises pour succéder

Art. 731 s. : Chap. III – Des héritiers

Les deux premiers alignent le droit successoral sur les propositions naguère formulées par les Pr. Carbonnier et Catala. Quant aux droits du conjoint survivant, le résultat est le fruit de laborieuses transactions entre les deux assemblées. On y retrouve des éléments directement inspirés des travaux antérieurs et d'autres, malheureusement, plus discutables. Mais s'agissant des

droits reconnus aux enfants adultérins, l'égalité est désormais parfaite avec ceux des autres enfants. Il n'y a plus de discrimination fondée sur la naissance et les enfants adultérins n'ont plus à supporter le poids du "péché" commis par leurs parents.

Cette égalité successorale s'inscrit d'ailleurs dans un courant plus vaste, celui de l'égalité des filiations et de la suppression des catégories d'enfants légitimes et naturels, celui de la dilution du devoir de fidélité dans le mariage et de l'assouplissement considérable des bonnes mœurs au regard notamment du recul de la faute dans le divorce et de la validité des libéralités consenties dans le cadre d'une relation adultère (Ass. Plén., 29 octobre 2004)... "A chacun sa famille, à chacun son droit" plaidait Carbonnier. Le droit de la famille est entré dans l'ère du pluralisme, de l'égalitarisme et de la liberté individuelle...

## C. – Mamoudzou

**17. – Islam et Droit commun.** – L'Islam et le droit musulman condamnent vivement les relations sexuelles accomplies en dehors des liens du mariage et procèdent à une distinction selon que l'enfant qui en est le fruit est naturel simple ou naturel adultérin (Djabir Abdou, *Le droit comorien, entre tradition et modernité*, Ed. du Baobab, Mayotte, 2006, p. 268 et s.).

1) S'agissant de l'enfant naturel simple, sa filiation maternelle est établie du fait de l'accouchement mais sa filiation paternelle ne peut être établie, même avec le consentement de sa mère et de son père présomptif. La loi musulmane ne reconnaît donc pas la filiation paternelle naturelle et l'enfant naturel est tenu de porter le nom de sa mère (lequel est le prénom de son grand-père maternel). Cette solution fait l'unanimité au sein des autorités religieuses de l'Archipel des Comores. Le Grand Cadi de Mayotte, M. Mohamed Hachim, l'a rappelé dans les termes suivants : "si on donne aux hommes et aux femmes la liberté de faire des enfants naturels, on les incite à l'adultère qui est défendu par la religion musulmane" (cité par D. Abdou, *op. cit.*, p. 269).

Il est probable que cette position ne résistera pas longtemps aux droits dont les enfants sont aujourd'hui investis par divers instruments internationaux et européens, en particulier le droit de connaître ses origines proclamé par la Convention de New York sur les droits de l'enfant. On ne s'avancera guère en soutenant également que la Cour EDH refuserait de voir dans cette règle musulmane une prohibition et une discrimination objectivement et raisonnablement justifiées dans une société démocratique...

2) Même s'il paraît mieux préservé que l'enfant naturel simple afin de protéger le mariage, l'enfant adultérin devrait suivre une évolution similaire. Selon la loi musulmane, la présomption *pater is est*, en vertu de laquelle l'enfant né d'une femme mariée est présumé avoir pour père le mari de celle-ci, s'applique à l'enfant adultérin. Celui-ci est ainsi rattaché au mari de sa mère sur la base, soit de la théorie de "l'enfant endormi" (*cf. supra*), soit de la tradition qui attribue au propriétaire d'un champ tout ce qui y pousse, les bonnes comme les mauvaises herbes, même si ce n'est pas le propriétaire qui les a plantées (D. Abdou, *op. cit.*, p. 271). Cette

présomption ne peut être combattue que par le désaveu de paternité du mari par serment d'anathème ou par les déclarations de deux témoins dignes de foi, ayant assisté à l'adultère et pouvant prouver que la femme était en période ovulatoire. L'enfant ainsi désavoué n'aura pas pour autant le droit d'être reconnu par son vrai père et ne conservera que sa filiation maternelle.

Si la présomption *pater is est* demeurera la règle et le désaveu maintenu à la condition d'être conforme à la vérité biologique, l'impossibilité d'établir le lien de filiation avec le père naturel se heurtera aux mêmes principes que ceux évoqués précédemment.

**18. – Conclusion.** – La question du statut de l'enfant adultérin est, on le voit, extrêmement délicate et la solution dépend largement du point de vue auquel on se place.

Si l'on envisage le problème du côté du mariage et de sa défense comme modèle de parentalité, l'enfant légitime doit être traité avec faveur, contrairement à l'enfant naturel simple et, a fortiori, l'enfant adultérin. Les discriminations frappant les enfants issus d'un père et d'une mère non mariés ensemble se justifient. Mais cette conception est aujourd'hui en recul face à la neutralité dont entend faire preuve la loi en droit de la famille. Le législateur ne souhaite plus imposer un modèle familial plutôt qu'un autre mais laisser aux individus la liberté de choisir leur statut : mariage, PACS, concubinages, homoparentalité.

Si l'on envisage la question du point de vue de l'enfant lui-même, il est clair qu'il apparaît choquant de lui reprocher une faute qu'il n'a pas commise. L'enfant naît innocent et n'a pas à supporter le péché de chair dont il est le fruit.

Entre ces préoccupations, le choix est difficile et inconciliable. L'hésitation fut longue en droit commun et il est probable que l'évolution qui vient d'être rappelée n'aurait pas été aussi rapide sans l'intervention des droits fondamentaux et l'incitation pressante de la Cour EDH. Il est probable que les discussions seront également vives à Mayotte tant cette évolution semble contraire à la tradition locale. Mais il est certain que lorsque soufflera le vent des droits fondamentaux sur les terres mahoraises, l'enfant adultérin cessera d'être considéré comme un enfant du péché pour devenir un enfant comme les autres. Restera alors à mesurer l'impact d'une telle (r)évolution sur les mentalités : simple tempête tropicale ou véritable cyclone ? L'alerte est lancée...



