



Sébastien Richard

Diplômé Notaire

Le notaire et l'enfant conçu

L'enfant conçu ne fait l'objet d'aucune définition et n'est envisagé par le Code civil que de manière incidente. Les textes qui l'évoquent ont pour but la protection de l'intérêt de l'enfant à naître tant sur le plan de sa personne (établissement de la filiation) que sur le plan de son patrimoine (successions ou libéralités). Ils sont notamment la conséquence de l'application dans notre droit de la maxime romaine *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*, autrement dit *L'enfant simplement conçu est considéré comme né toutes les fois que cela peut lui apporter un avantage*¹. La Cour de cassation applique cet adage depuis longtemps² et l'a consacré comme un principe général du droit³. La seule condition pour que des droits lui soient définitivement acquis est que l'enfant naisse vivant et viable⁴.

Les présents développements ont pour objectif de permettre au notaire de conseiller les futurs parents quant à l'établissement du lien avec l'enfant et d'appréhender les actes qui peuvent être accomplis durant la grossesse (I), mais aussi de lui permettre de maîtriser la situation délicate de la disparition du parent avant sa naissance (II).

I. La vie en perspective

L'enfant n'est pas encore né mais il faut envisager les moyens qui vont permettre son rattachement à son ou ses auteurs. Ces liens sont indispensables pour qu'il puisse acquérir des droits mais aussi pour assurer sa protection.

1- Locutions latines juridiques – Dalloz 2007, p. 46.

2- Cass. civ., 24 avril 1929 – DH 1929, p. 298 — Cass. civ., 4 janv. 1935 – DP 1935, I, p. 5, obs. A. Rouast — Cass. Ch. réun., 8 mars 1939 – DC 1941, p. 37, obs. L. Julliot de la Morandière.

3- Cass. civ. 1^{ère}, 10 déc. 1985, n°84-14.328 – Bull. civ. I, n°339 ; JurisData n°1985-003360 ; D. 1987, jurisp. p. 449, obs. G. Paire.

4- Pour cette raison, la jurisprudence ne permet pas l'incrimination d'homicide involontaire dans la mesure où l'enfant est mort-né (Cass. Ass. plén., 29 juin 2001, n°99-85.973 – Bull. crim., n°165 ; JurisData n°2001-010321 ; JCPG 2001, II, 10569, rapp. P. Sargos, concl. J. Sainte-Rose & obs. M.-L. Rassat — Tout récemment encore : CA Pau, Ch. corr., 5 févr. 2015, n°14/00480 – D. 2015, p. 378, obs. A. Mirkovic). Au contraire, s'il vit, ne serait-ce que quelques minutes, l'article 221-6 du Code pénal est applicable (Cass. crim., 2 déc. 2003, n°03-82.344 – Bull. crim., n°230 ; JurisData n°2003-021533 ; JCPG 2004, II, 10054, obs. M.-L. Rassat).

A. La création du lien

1. La filiation biologique

▪ A l'égard de sa mère

La filiation de l'enfant conçu est aujourd'hui nécessairement établie si le nom de celle-ci est indiqué dans l'acte de naissance (art. 311-25 C. civ.). C'est un principe issu de l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006, qui s'applique d'ailleurs aux enfants nés antérieurement⁵.

▪ A l'égard du père

Deux situations peuvent se rencontrer :

- soit la mère est mariée avec lui ;
- soit elle ne l'est pas, situation majoritaire aujourd'hui⁶.

► Dans la mesure où l'enfant a été conçu pendant le mariage, il aura pour père le mari de la mère. C'est le jeu de la présomption de paternité prévu à l'article 312 du Code civil. Cette présomption *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*⁷ est aussi étendue à l'enfant né pendant le mariage dans la mesure où il aurait été conçu avant.

Nous rappellerons que c'est l'article 311 du Code civil qui circonscrit la période de conception : « *La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance. La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant. La preuve contraire est recevable pour combattre ces présomptions* ».

Si la mère est mariée, l'enfant verra sa filiation établie le jour de sa naissance tant à son égard qu'à l'égard du mari qui est automatiquement le père (art. 312 C. civ.). Ce n'est toutefois qu'une présomption qui est écartée :

- si le mari n'est pas mentionné dans l'acte ;
- si l'enfant est né plus de trois cents jours :
 - après la date de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce ou de la séparation de corps, ou des mesures provisoires prises en application de l'article 250-2 du Code civil,
 - après l'ordonnance de non-conciliation (art. 313 C. civ.),
 - après le prononcé du divorce.

► Dans la mesure où la mère n'est pas mariée, la filiation paternelle ne peut être établie qu'à la suite d'un acte volontaire de la part du père : la reconnaissance.

Traditionnellement, la reconnaissance s'opérait après la naissance mais la jurisprudence a très tôt admis la possibilité qu'elle soit opérée avant⁸. Cela est aujourd'hui expressément consacré au premier alinéa de l'article 316 du Code civil.

5- Cass. civ. 1^{ère}, 15 déc. 2010, n°09-16.968 – Bull. civ. I, n°264 ; *Juris-Data* n°2010-023855 ; JCPN 2011, 1216, obs. J. Massip ; Def. 2011, art. 39230-10, obs. J. Massip.

6- Selon l'INSEE, sur 820 000 naissances en 2014, 58,2 % d'entre elles l'ont été hors mariage (consultation le 3 mars 2015 du site http://insee.fr/fr/themes/tableau.asp?reg=id=0&ref_id=NATnon02231).

7- *Locutions latines juridiques préc.* note 1, p. 67.

8- Cass. req., 13 juill. 1886 – DP 1887, I, p. 119 — V. égal. : TGI Lille, 1^{ère} ch., 3 févr. 1987 – JCPG 1990, II, 21447, obs. X. Labbé & erratum 21443 bis.

Le devoir de conseil du notaire prend ici toute sa place. Il doit légitimement conseiller les futurs parents afin qu'ils procèdent à la reconnaissance de l'enfant⁹. En effet, le notaire a compétence pour recueillir cette reconnaissance (art. 316, al. 3 C. civ.)¹⁰. Il peut en ce sens établir un acte spécialement à cet effet mais une reconnaissance peut être contenue dans tout autre acte notarié, comme un contrat de mariage¹¹, un testament authentique¹² ou une donation¹³.

Cette reconnaissance prénatale permettra à l'enfant de voir sa filiation établie automatiquement au jour de sa naissance tant à l'égard de sa mère qu'à l'égard de son père. Elle sera aussi l'occasion de déterminer le nom que portera l'enfant (art. 311-21 C. civ.). Cet acte permettra aux parents d'assurer la protection des intérêts de leur enfant à naître.

▪ Les couples de même sexe

Lors des débats relatifs à l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe, adoptée par la loi n°2013-404 du 17 mai 2013, entrée en vigueur le 19 suivant, ses éventuelles conséquences sur la filiation biologique se sont posées.

Il n'y en a aucune. Cela résulte de l'article 6-1 du Code civil selon lequel « *Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VIII du livre 1^{er} du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe* ».

Il faut déduire de ce texte que toute la partie du Code civil relative à la filiation biologique ne peut concerner les couples de personnes de même sexe. Il s'ensuit :

- d'une part, que la présomption de paternité prévue à l'article 312 précité ne peut s'appliquer¹⁴;
- d'autre part, qu'une femme ne peut reconnaître l'enfant que son épouse porte.

Signalons toutefois qu'un amendement visant à la création d'une présomption de parenté, comme elle peut exister dans certains pays¹⁵, a été retiré au cours des débats parlementaires¹⁶, même si les auteurs ont souligné que cela pourrait être l'une des revendications à venir pour les couples de personnes de même sexe¹⁷.

2. L'adoption

Pourquoi adopter un enfant conçu ? La question pourrait apparaître saugrenue mais – là encore – avec l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe, cette question nous a été posée pour les couples de femmes.

En effet, comme nous l'avons dit, il est impossible pour une femme de reconnaître l'enfant que porte son épouse. L'objectif recherché par une adoption anténatale est la consécration d'un lien dès la naissance afin d'éviter, si la mère décède au cours de l'accouchement, que son épouse, qui n'aurait aucun lien avec l'enfant, soit purement et simplement écartée.

Aucune disposition légale n'existe et, malgré nos recherches, nous n'avons trouvé aucun développement doctrinal ni aucune jurisprudence ayant abordée cette question¹⁸.

En application de l'adage *Infans conceptus*, l'enfant à naître peut bénéficier de droits chaque fois qu'il y va de son intérêt. Dès lors, pourquoi ne pourrait-il pas être adopté puisque, comme l'exprime l'article 353 du Code civil, l'adoption peut être prononcée si elle « *est conforme à l'intérêt de l'enfant* » ?

9- Même si pour la mère une telle reconnaissance peu apparaître superfétatoire au regard de l'article 311-25 du Code civil, elle doit l'envisager pour créer ab initio un rattachement et éviter toute difficulté future, ce qui est d'ailleurs envisagé par la Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation – BOMJL n°2011-11 du 30 nov. 2011 (NOR : JUSC1119808c), n°282.

10- Cass. civ. 1^{ère}, 13 nov. 1973, n°71-14.805 – Bull. Civ. I, n°305 ; Def. 1974, art. 30497 & art. 30661-25, obs. H. Souleau.

11- C. imp. Grenoble, 1^{ère} ch., 6 août 1861 – DP 1861, II, p. 207

12- C. Paris, 2 janv. 1819 – S. 1819, II, p. 146.

13- Cass. req., 24 janv. 1888 – DP 1888, I, p. 302.

14- Le Conseil constitutionnel l'a rappelé lorsque la loi lui a été soumise : « au sein d'un couple de personnes de même sexe, la filiation ne peut être établie par la présomption de l'article 312 du Code civil » (Cons. const., 17 mai 2013, n°2013-669 DC, consid. n°40 – JurisData n°2013-011692).

15- Par exemple au Québec (art. 538.3 C. civ. québécois) — V. Dominique Gubeau, *Le mariage pour tous, dix ans après... L'expérience canadienne* – Dr. fam. 2013, dossier 34, n°4.

16- Amendement n°COM-30 présenté par Esther Benbassa, sénatrice EELV, qui prévoyait la création d'un article 312-1 dans le Code civil.

17- Par ex. : Aline Cheynet de Beaupré, *Mariage pour tous : l'effet papillon* – RJPF 2013-2/5.

18- La seule indication que nous avons pu lire à ce sujet est une phrase entre parenthèse de Nathalie Baillon-Wirtz, dans le cadre du sort à réserver aux embryons surnuméraires et la possibilité qu'ont les parents à en faire bénéficier un autre couple comme le permet l'article L. 2141-4 du Code de la santé publique : « [...] le terme d'adoption, qui ne peut concerner qu'un enfant né vivant et viable) » in *L'enfant simplement conçu* – RLDC nov. 2011 (suppl. au n°87), 4436.

Sur le principe, cela serait possible mais des difficultés surgissent, découlant de la nécessité pour la mère de l'enfant à naître de donner son consentement à cette adoption (art. 348-1 C. civ.).

Cette question a été abordée et débattue lors de la réunion de notre groupe de travail qui a eu lieu le 21 mars 2014 en présence de professeurs d'université, de notaires et de l'ensemble des juristes du service *Droit de la famille*.

Nous avons conclu que l'adoption anténatale était impossible :

- parce que les effets d'une reconnaissance prénatale ne se produisent qu'à compter de la naissance¹⁹, de sorte que les consentements donnés par la mère (art. 343-1, al. 2 et 348-1 C. civ.) seront sans effet jusqu'à cette date ;
- parce qu'il en résulte que le délai pendant lequel la mère peut rétracter son consentement (art. 348-3, al. 2 C. civ.) n'aura pu courir ;
- parce que les effets de l'adoption remontant au jour du dépôt de la requête (art. 355 C. civ.) empêchent sa consécration avant la naissance.

Pour ces raisons, nous ne pouvons que déconseiller d'entamer une procédure en ce sens.

L'objectif recherché qui est de pouvoir confier l'enfant à l'épouse de la mère décédée en couches pourrait être atteint au moyen de l'article 403 du Code civil qui autorise le parent survivant (ou unique) de désigner un tuteur pour son enfant. La Cour de cassation a en effet admis que la désignation puisse être opérée par la mère pendant sa grossesse et que cela produisait effet dans la mesure où la filiation était établie avec elle au jour de la naissance²⁰.

Le notaire ne pourra alors que conseiller, outre la reconnaissance prénatale, la rédaction d'un acte en ce sens : un testament (olographe, authentique, mystique ou international)²¹ ou un acte *ad hoc* qui contiendra la déclaration spéciale devant notaire dont ce sera le seul objet, ne pouvant contenir aucune autre disposition²².

En tout état de cause, une fois la mise en place de la tutelle, le conseil de famille pourra s'opposer à la nomination du tuteur si cette nomination ne va pas dans l'intérêt de l'enfant (art. 403, al. 3 C. civ.).

B. Les incidences du rattachement

1. L'enfant à naître directement concerné : la donation

Le Code civil prévoit expressément au premier alinéa de son article 906 que « *Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation* ». L'enfant conçu bénéficie de la même capacité de recevoir que l'enfant déjà né. La seule précision figurant au troisième alinéa est que la libéralité n'aura d'« *effet qu'autant que l'enfant sera né viable* ».

L'enfant conçu peut ainsi être gratifié entre vifs de son ou ses auteurs, mais également de tiers. L'opportunité d'une telle transmission entre vifs doit être appréciée au regard des circonstances et ne pas être faite sans une réflexion d'ensemble.

Se pose alors la question de l'acceptation de la libéralité que le Code civil n'a pas envisagée, alors que c'est l'acceptation de la donation qui conditionne sa validité (art. 932 C. civ.).

Un rattachement avec l'enfant à naître est impérieux pour qu'une personne puisse accepter la libéralité en son nom. Dès lors, nous considérons qu'il est indispensable que les futurs père et/ou mère aient reconnu l'enfant à naître, même s'ils sont mariés car la présomption de paternité n'est efficace qu'à

19- Citons en ce sens Xavier Labbée : « [...] la reconnaissance prénatale ne peut emporter de conséquences sur le terrain de la filiation, puisqu'un enfant conçu n'a pas de filiation aussi longtemps qu'il n'est pas né. La filiation n'apparaît qu'à la naissance et le caractère déclaratif de la reconnaissance fait obstacle à ce que ses effets remontent au jour prétendu de la conception » in *Respect et protection du corps humain - L'enfant conçu. Généralités* – J.-Cl. Civil code, art. 16 à 16-13, fasc. 50 (éd. 2011), n°163.

20- Cass. civ. 1^{re}, 9 févr. 1988, n°86-17.727 – Bull. civ. 1988, I, n° 37 ; JurisData n°1988-000961 ; JCPN 1988, II, p. 317, obs. Th. Fossier ; Def. 1988, art. 34255-50, obs. J. Massip.

21- Il devra être valable pour pouvoir produire effet (Cass. civ., 10 janv. 1951, n°2383 – Bull. civ. 1951, I, n°16 ; Defrénois. 1952, art. 27033) et si le support utilisé n'est pas conforme aux prescriptions légales, la désignation est nulle et de nul effet (par ex., pour une lettre dictée par la mère à un tiers : Cass. civ. 1^{ère}, 24 oct. 1995, n°93-20.433 – Bull. civ., I, n°373 ; JurisData n°1995-002631 ; JCPG 1996, I, 3970, n°10, obs. B. Teyssié).

22- Une fois le testament ou la déclaration spéciale établi(e), il convient de procéder immédiatement à son enregistrement au Fichier central des dispositions de dernières volontés.

compter de la naissance. Dans l'acte donation, ils accepteront sur le fondement de l'article 935, alinéa 3 du Code civil. Ce rattachement permettra aussi l'intervention des aïeux.

Dans l'optique d'une donation qu'ils se proposeraient ou qu'un tiers se proposerait d'effectuer à l'enfant conçu, le notaire devra s'enquérir de l'existence d'une reconnaissance préalable faite devant l'officier de l'état civil ou l'effectuer dans l'acte donation.

2. L'enfant à naître tiers intéressé

L'attente d'un enfant n'interdit pas la conclusion d'actes juridiques par son ou ses parents. Certains peuvent avoir des conséquences pour lui.

▪ Le changement de régime matrimonial

L'article 1397 du Code civil prévoit dans son cinquième alinéa que « *Lorsque l'un ou l'autre des époux a des enfants mineurs, l'acte notarié est obligatoirement soumis à l'homologation du tribunal du domicile des époux* ». Doit-on appliquer cette disposition lorsque l'épouse est enceinte ? A notre connaissance, aucun développement particulier sur la question n'existe, ni aucune jurisprudence. Les textes en vigueur sont muets.

Etant donné que l'objectif de l'homologation est notamment d'assurer la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs afin que le changement de régime ne leur préjudicie pas, il nous apparaît qu'il est nécessaire d'appliquer l'adage *Infans conceptus* et donc de soumettre sur ce fondement à l'homologation le changement de régime opéré par deux époux dont la femme est enceinte.

Au cas où le changement de régime aurait été opéré dans l'ignorance de l'état de grossesse alors que l'enfant était déjà conçu, il nous paraît aussi nécessaire de soumettre à l'homologation la modification. En effet, c'est au jour de la signature qu'il convient de se placer pour déterminer les règles applicables au changement de régime, surtout au regard du second alinéa de l'article 311 du Code civil²³.

▪ Le divorce des parents

Ici c'est sa situation future qui est envisagée mais l'absence de personnalité juridique pose problème.

Dans une ordonnance rendue par le juge aux affaires familiales près le Tribunal de grande instance de Lille, il a été, en raison de l'accord des futurs ex-époux et parents, que l'autorité parentale serait exercée conjointement par les parents et que la résidence habituelle de l'enfant serait fixée chez la mère. En outre, le juge détermina le montant de la pension alimentaire dont le père devrait s'acquitter dès le jour de la naissance²⁴.

Il était précisé que cette décision ne devait prendre effet qu'à compter de la naissance. Comme l'a souligné Xavier Labbé, cette ordonnance était « *une commodité accordée au couple, qui n'aura pas à se représenter au juge à la naissance, mais rien de plus* »²⁵. Il ne peut s'agir de mesures conservatoires.

Cette décision a été critiquée et n'a pas été reprise. Dans un même cas de figure, une ordonnance de non-conciliation rendue par un juge aux affaires familiales près la même juridiction a rejeté les demandes concernant les modalités futures d'exercice de l'autorité parentale ainsi que la demande de pension alimentaire, au motif que celles-ci ne peuvent exister qu'à compter de la naissance de l'enfant²⁶.

23- Nos collègues du CRIDON de Paris vont dans le même sens : Pascale Holl & Christiane Le Martret, *La nouvelle procédure de changement de régime matrimonial après deux années d'application* – Bull. CRIDON Paris 1er-15 nov. 2009, p. 12.

24- TGI Lille, JAF, 13 févr. 1998 – *JurisData* n°1998-933257 ; D. 1999, *jurisp.* p. 177, obs. X. Labbé ; RTD Civ. 1999, p. 356, obs. J. Hauser.

25- TGI Lille, JAF, ord. non-conciliation, 6 déc. 2012, n°12/08160 – *JurisData* n°2012-032831 ; Dr. fam. 2013, *comm.* 39, obs. X. Labbé.

26- Xavier Labbé, obs. ss. TGI Lille, JAF, ord. non-conciliation, 6 déc. 2012 préc. note 25.

Il en résulte, dans le cadre d'un divorce où l'épouse est enceinte, qu'il sera nécessaire de saisir le juge une fois l'enfant né.

II. La mort en embuscade

L'enfant va naître mais il sera qualifié de posthume car son ou ses auteurs ne lui auront pas survécu. Un accident de la vie est toujours possible et il est nécessaire de pourvoir à la protection des intérêts de cet enfant.

A. A la recherche du lien

La problématique découle de l'inapplication de la présomption de paternité mais surtout de l'imprévisibilité du couple, notamment du père car, comme nous l'avons dit, le risque est très faible pour que le lien avec la mère ne soit pas établi au moment de la naissance²⁷.

Si le père décède avant la naissance et qu'il n'était pas marié avec la mère, toute reconnaissance devient impossible. Il va falloir rechercher le moyen d'établir la filiation qui sera pour l'enfant créatrice de droits.

▪ Un moyen non contentieux

Il s'agit de l'établissement d'un acte de notoriété qui va constater la possession d'état d'enfant à l'égard du père prédécédé (art. 317 C. civ.). Ses éléments sont posés aux articles 311-1 et 311-2 du Code civil. L'ordonnance du 4 juillet 2005 a expressément prévu le cas où le père est décédé avant la naissance de l'enfant (art. 317 préc., al. 3).

C'est la mère qui va solliciter l'établissement de l'acte de notoriété (art. 317 préc., al. 1^{er}). Ces démarches ne sont pas soumises à constitution d'avocat. Elle doit se diriger vers le juge d'instance du lieu de la naissance ou de son domicile, seul compétent en la matière²⁸. Le notaire ne peut établir un tel acte.

Outre l'intervention d'au moins trois témoins, la mère devra alléguer un certain nombre de faits : le choix concerté du prénom, la participation du père aux rendez-vous médicaux, l'annonce de la naissance aux membres de la famille ainsi qu'aux amis, la recherche d'une place en crèche ou d'une nourrice, l'achat de vêtements ou de mobiliers, etc.²⁹

Ces faits seront soumis à l'appréciation souveraine du juge d'instance. Il sera vigilant sur les arguments, devant faire toutes investigations utiles et recueillir tous éléments qui seraient susceptibles de constituer la possession d'état, outre les déclarations des témoins (au moins trois, art. 317, al. 2 C. civ.)³⁰. La raison de cette rigueur découle du fait qu'une fois établie la possession d'état devient inattaquable cinq ans après la délivrance de l'acte de notoriété.

Il est à noter que la mère n'a pas à attendre la naissance car, comme le précise la Circulaire du 30 juin 2006, « *Le juge doit alors établir l'acte si les éléments de preuve le permettent et celui-ci prendra effet si l'enfant né vivant et viable* ». Cette « *solution permet de transmettre le nom du père et notamment d'assurer l'unité du nom de la fratrie, lorsque l'article 311-21 n'est pas applicable ou que l'aîné de la fratrie est né avant le 1^{er} janvier 2005* »³¹.

Malgré les éléments avancés, le juge peut refuser d'établir l'acte de notoriété, sans qu'il ait besoin de motiver son refus. Ce dernier n'est en outre pas susceptible de recours (art. 317 préc., al. 5). A ce moment-là, seule une procédure judiciaire permettra d'établir la filiation.

27- Pour un état détaillé de l'ensemble des difficultés v. Solange Mirabail, *L'établissement de la filiation à l'épreuve de la mort* – Dr. fam. 2010, étude 6.

28- Raymond Le Guidec & Gérard Chabot, *Filiation (2^e modes extra-judiciaires d'établissement)* – Rép. civ. Dalloz janv 2009, n°158.

29- Frédérique Granet-Lambrechts, *L'établissement non contentieux de la filiation* – AJF 2005, p. 427.

30- Circulaire de présentation de l'ordonnance n°759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation du 30 juin 2006 (CIV 2006-13 C1/30-06-2006 - NOR : JUS C0620513 C), § 3.1.1.

31- Circ. préc. note 30, 1^{ère} partie, II, § 3.

▪ L'établissement judiciaire

Deux voies sont envisageables. Quelle que soit la voie choisie, ces actions relèvent de la compétence du tribunal de grande instance (art. 318-1 C. civ.) et nécessitent la constitution d'avocat (art. 751 C. proc. civ.).

- D'un côté, la possession d'état pourra être constatée judiciairement (art. 330 C. civ.) puisqu'une telle action « *est indépendante de la constatation de la possession d'état par acte de notoriété* »³². Nous ne reviendrons pas sur les éléments de preuve à fournir (cf. supra) mais il faut rappeler qu'« *en matière de constatation de possession d'état, il ne peut y avoir lieu à prescription d'une expertise biologique* »³³, car la possession d'état ne repose pas sur la vérité biologique mais une réalité sociologique.

L'existence d'éléments suffisants et de l'absence de vice de la possession d'état seront appréciés souverainement par les juges du fond, qui doivent motiver leur décision, sous le contrôle de la Cour de cassation.

- De l'autre, la voie traditionnelle est constituée par l'action en recherche de paternité qui peut être exercée par le représentant de l'enfant mineur, c'est-à-dire par le parent à l'égard duquel la filiation est établie (art. 328, al. 1^{er} C. civ.). Dans le cadre d'une action en recherche de paternité, la mère a seule la qualité pour intenter l'action au nom de l'enfant mineur, dans la mesure où la filiation est établie avec elle.

L'action est dirigée contre les héritiers du père prétendu et, s'il n'en a pas ou si ceux-ci ont renoncé à la succession, elle est dirigée contre l'Etat (art. 328, al. 3 C. civ.). La nomination d'un administrateur *ad hoc* sera nécessaire si la mère est la représentante légale des héritiers du père en raison d'une opposition d'intérêts (art. 388-2 C. civ.).

Le principe est la liberté de la preuve tel que l'article 310-3, alinéa 2 du Code civil le prévoit. Parmi les preuves admises, nous trouvons évidemment la preuve biologique qui « *est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* », ce que rappelle sans cesse la Cour de cassation³⁴. Il s'agit des expertises sanguines ou du recours aux empreintes génétiques (tests ADN). Ce qu'il faut cependant noter lorsque le père prétendu est décédé, c'est qu'il sera impossible de procéder à des prélèvements *post mortem*, sauf s'il y avait consenti de son vivant, hypothèse d'école (les juges vont automatiquement rechercher si le défunt avait exprimé sa volonté). Ce principe est aujourd'hui posé au second alinéa de l'article 16-11 du Code civil et vise à éviter des exhumations. Cette disposition a été déclarée constitutionnelle par le Conseil constitutionnel saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité³⁵. Resterait à envisager une condamnation de la France sur ce point par la Cour européenne des Droits de l'Homme, ce qui n'est pas évident au regard de sa propre jurisprudence³⁶.

Néanmoins, les recherches génétiques pourront être effectuées sur les proches parents du défunt, notamment sur des enfants qu'il aurait déjà eus ou sur d'autres membres de sa parenté.

Le jugement qui établit la filiation ayant un effet déclaratif³⁷, le lien se trouve établi à compter de la naissance de l'enfant, ce qui permet ensuite d'appliquer les présomptions relatives à la période de conception.

32- Circ. préc. note 30, 1^{ère} partie, III, § 2.5.

33- Cass. civ. 1^{ère}, 16 juin 2011, n°08-20.475 – Bull. civ. I, n°116 ; JurisData n°2011-011609 ; D. 2011, p. 1757, obs. C. Siffrein-Blanc ; AJF 2011, p. 376, obs. F. Chénédé.

34- Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n°98-12.806 – Bull. civ. I, n°103 ; Def. 2000, art. 37194, obs. J. Massip — Cass. Ass. plén., 23 nov. 2007, n°05-17.975 & 06-10.039 – Bull. Ass. plén., n°8 ; JurisData n°2007-041612 ; Dr. fam. 2008, comm. 5, obs. P. Murat.

35- Cons. const., 6 juill. 2011, n°2011-173 QPC – JurisData n°2011-020724 ; JCPN 2011, 1291, obs. J.-D. Azincourt.

36- Sur ces questions v. Nathalie Bailon-Wirtz, *La famille et la mort* – Defrénois 2006, Coll. thèses n°17, n° 74 et s. ou Catherine Higy, *Le temps en droit de la filiation* – PU Strasbourg 2012, n°269 et s.

37- Cass. req., 8 mai 1934 – DH 1934, p. 345.

B. Des droits et des obligations pour l'enfant à naître

La mort d'un parent ne saurait empêcher l'enfant conçu d'obtenir les droits qui auraient été les siens s'il était né avant ce décès. C'est ici toute la force de la fiction résultant de l'adage *Infans conceptus*.

1. La succession *ab intestat*

La loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux *Droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral*, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002, a modifié l'article 725 du Code civil en ce sens que « *Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable* ».

Notre droit successoral donne à l'enfant conçu une place afin que soit préservés ses droits, la condition *sine qua non* étant sa viabilité qui, en cas de difficulté, devra être prouvée. En effet, s'il n'est pas né viable, la succession à laquelle il aurait pu prétendre sera réglée sans qu'il puisse y bénéficier de quoi que ce soit. Au contraire, s'il est né viable alors même qu'il n'a vécu ensuite que quelques heures, il sera considéré comme ayant succédé à son auteur et sa propre succession devra être réglée en les intégrant³⁸.

Reste la question du rattachement au défunt et deux hypothèses sont à envisager.

▪ L'existence d'un rattachement au défunt

Si le rattachement existe, la question repose sur la représentation de l'enfant conçu puisque, comme en matière de donation, le Code civil est muet. Du moins l'est-il depuis la loi n°64-1230 du 14 décembre 1964 relative à la *Tutelle et l'émancipation* qui a supprimé l'institution du « *curateur au ventre* » prévue à l'ancien article 393 du Code civil, dont la mission était de représenter les intérêts de l'enfant à naître dans la succession de son auteur³⁹.

Aujourd'hui, en l'absence de toute institution particulière, il appartient à la mère de s'assurer des intérêts de l'enfant qu'elle porte⁴⁰, puisqu'elle est la future titulaire de l'administration légale sous contrôle judiciaire (art. 389-2 C. civ.)⁴¹. Elle sera « contrôlée » par le juge des tutelles qui, le cas échéant, pourra procéder à la nomination d'un administrateur *ad hoc*, au cas où ses intérêts seraient en opposition avec ceux de son enfant à naître (art. 389-3, al. 2 C. civ.), notamment en présence de libéralités faites à son profit.

En tout état de cause, la mère devrait représenter son enfant mineur après sa naissance. Nous considérons toutefois que rien n'empêcherait celle-ci, pour « gagner du temps », de présenter pendant sa grossesse une requête au juge des tutelles afin d'accepter la succession pour le compte de son enfant à naître, sous la condition suspensive qu'il naisse vivant et viable (art. 389-6, al. 1^{er} C. civ. et D. n°2008-1484 du 22 déc. 2008, annexe 1, col. 2, V). Un rattachement avec l'enfant devra être prouvé tant à son égard qu'à l'égard du défunt.

S'agissant des actes successoraux à établir, il est bien évident que la meilleure solution consiste à attendre l'accouchement. Cela évite le risque de devoir établir de nouveaux actes après la naissance au cas où l'enfant ne serait pas né viable. C'est une posture de prudence.

Au cas où il ne serait pas possible d'attendre, l'acte de notoriété devrait être établi en faisant apparaître l'état de grossesse et toutes les indications concernant l'établissement de la filiation. Un acte attestant de la naissance et de la viabilité de l'enfant devra alors être établi par la suite. Il apparaît difficile

38- Pour des développements détaillés v. Anne Richard, *Le statut successoral de l'enfant conçu* – RRJ - Droit prospectif 2001-3 (PU Aix-Marseille), p. 1361 et s.

39- L'ancien alinéa 1^{er} de l'article 393 du Code civil disposait : « Si, lors du décès du mari, la femme est enceinte, il sera nommé un curateur au ventre par le conseil de famille ».

40- En ce sens Anne Richard préc. note 38, spéc. p. 1414 — Jean-Baptiste Donnier, *Successions - Qualités requises pour succéder. Capacité de succéder* – J.-Cl. Civil code, art. 725 à 729-1, fasc. 10 (éd. 2009), n°61.

41- Future parce que l'autorité parentale n'existe qu'à compter de la naissance de l'enfant.

d'établir l'acte de notoriété à la requête des héritiers du rang subséquent dont les droits ne sont que conditionnels⁴².

La question est beaucoup plus délicate concernant les actes de disposition. Si rien ne les proscrit, l'incertitude découlant de la naissance nous fait considérer qu'il convient de les repousser après cet événement. Tel est le cas notamment du partage pour lequel il est recommandé d'attendre : « [...] *le partage définitif de la masse successorale avant la naissance de l'enfant est à même de créer une grave insécurité juridique. [...] Il semble qu'un temps d'arrêt dans le règlement de la succession soit inévitable, les difficultés pratiques d'un partage définitif pouvant être particulièrement pernicieuses* »⁴³.

Les actes pourront être préparés et, après la naissance qui aura définitivement fixé les droits de chacun, ils pourront être régularisés selon les modalités procédurales habituelles, et, par exemple, pour un partage en respectant les formes prescrites par l'article 507 du Code civil.

En ce qui concerne le dépôt de la déclaration de succession, la question qui se pose est le point de départ du délai de six mois visé à l'article 641 du Code général des impôts. Ce délai est impératif sauf exception particulière limitativement énumérée dans le BOFiP-Impôts⁴⁴. Le cas de l'enfant conçu n'y est pas envisagé. Antérieurement à la suppression du « *curateur au ventre* », l'administration fiscale avait considéré que le point de départ demeurait le décès puisque les intérêts de l'enfant à naître étaient protégés⁴⁵. Nous pouvons raisonnablement penser que l'application de ce principe serait maintenue. Toutefois, au cas de dépôt tardif en raison de l'attente de la naissance, une demande de remise de pénalités pourrait être présentée.

▪ En l'absence d'un rattachement avec le défunt

Il doit être sursis au règlement de la succession jusqu'à ce qu'un lien de filiation soit établi. La raison en est simple : il convient de préserver ses intérêts éventuels dans la succession puisque si sa filiation est ensuite établie, elle le sera de manière rétroactive.

Il serait alors peut-être opportun en pareil cas que soit nommé en justice un mandataire successoral à la requête d'un héritier ou de la future mère puisque même dans l'hypothèse où elle ne serait pas héritière elle rentre selon nous dans la catégorie « *toute autre personne intéressée* » pouvant saisir le juge (art. 813-1 et s. C. civ.).

2. Les dispositions à cause de mort

Comme pour les donations, l'enfant conçu peut être bénéficiaire de legs de la part de son auteur ou d'autres personnes. C'est le second alinéa de l'article 906 qui l'envisage en disposant que « *Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur* ». La seule condition là encore est, outre le fait d'être conçu à la date d'ouverture de la succession, de naître vivant et viable (art. 906 préc., al. 3).

Se pose ici aussi la question de l'acceptation de la libéralité avant la naissance, que le Code civil n'a pas envisagée. Le rattachement avec l'enfant à naître est indispensable pour qu'une personne puisse accepter la libéralité en son nom. Il est là encore préférable d'attendre.

S'appliquent ensuite les règles de droit commun en ce sens que l'administrateur légal sous contrôle judiciaire pourra accepter le legs à titre particulier fait sans charge sans avoir besoin de l'autorisation du juge des tutelles (art. 389-6, al. 2 et D. n°2008-1484 du 22 déc. 2008, annexe 1, col. 1, V), alors que l'autorisation du juge sera obligatoire s'il s'agit d'un legs universel ou à

42- Anne Richard préc. note 38, spéc. p. 1402.

43- Anne Richard préc. note 38, spéc. p. 1418 — Jean-Baptiste Donnier préc. note 40, n°62.

44- BOI-ENR-DMTG-10-60-50-20141030.

45- J.E., art. 3797, cité par Edouard Maguéro, Edouard Tassain & Etienne Molas, *Traité alphabétique des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques* — Paris 1930, 3^{ème} éd., n°350, 5°.

titre universel (art. 389-6, al. 2 et D. n°2008-1484 du 22 déc. 2008, annexe 1, col. 2, V).

3. L'assurances-vie

Selon le troisième alinéa de l'article L. 132-8 du Code des assurances, est admise la désignation d'un bénéficiaire futur puisqu'il évoque notamment les enfants « *à naître* ». Ils doivent tous être considérés comme des bénéficiaires déterminés⁴⁶.

Il résulte de cette règle que c'est à la date du dénouement du contrat qu'il convient de se placer pour apprécier l'existence du ou des bénéficiaires⁴⁷. Dès lors, il convient de rechercher qui sont les personnes visées par le souscripteur au moment de son décès.

Par exemple, si le souscripteur a utilisé la formule « mes héritiers » et qu'à son décès un enfant est un possible héritier dans les conditions de l'article 725 du Code civil, en ce sens qu'il est conçu, ce dernier pourra bénéficier de droits sur le contrat. Ici encore, les conditions sont doubles : d'une part, il doit naître vivant et viable et, d'autre part mais surtout, un lien filiation doit être établi avec le souscripteur.

4. Une obligation posthume

Nous terminons ces développements sur une obligation qui s'imposera à l'enfant après sa naissance malgré le décès de son auteur.

Selon l'article 806 du Code civil, les descendants renonçants demeurent tenus selon leurs « *moyens au paiement des frais funéraires* » de leur auteur.

La Cour de cassation a appliqué cette règle à l'enfant conçu même s'il n'a jamais connu son auteur et bien que son représentant légal fût autorisé à renoncer pour son compte après sa naissance. La raison qui a aussi été invoquée est qu'il avait perçu un capital suite au décès : « *l'obligation pour l'enfant de supporter les frais d'obsèques de son père existe dès sa naissance comme une conséquence des dispositions de l'article 371 du code civil qui impose à l'enfant à tout âge, honneur et respect à ses père et mère ; [...] le fait que l'enfant n'ait pas connu son père, pour être née peu après son décès, n'exclut aucunement qu'elle ait à respecter cette obligation personnelle et indépendante des opérations relatives à la succession, l'existence d'un lien affectif direct n'en constituant pas une condition ; par ailleurs, si l'enfant n'a, à l'évidence, aucun revenu, il est établi qu'elle a perçu un capital décès dont le montant est nettement supérieur à celui de la facture [...] ; il en résulte qu'elle disposait des moyens de faire face à cette obligation* »⁴⁸.

46- En ce sens Maurice Picard & André Besson, *Les assurances terrestres en droit français - Tome premier. Le contrat d'assurance* – LGDJ 1964, 2^{ème} éd., n°505, b).

47- Jean Bigot, Philippe Baillot, Jérôme Kullmann & Luc Mayaux, *Traité de droit des assurances - Les assurances de personnes. Tome 4* – LGDJ 2007, n°295.

48- Cass. civ. 1^{ère}, 28 janv. 2009, n°07-14.272 – *Bull. civ. I*, n°12 ; JCPN 2009, act. 250, obs. D. Dutrieux ; Def. 2009, art. 38925, obs. J. Massip.