



HAL
open science

La délégation adoptive polynésienne sous le regard de la Cour de cassation

Maxime Barba, Guillaume Millerioux

► **To cite this version:**

Maxime Barba, Guillaume Millerioux. La délégation adoptive polynésienne sous le regard de la Cour de cassation. Recueil Dalloz, 2022, 41, pp.2134. halshs-03873232

HAL Id: halshs-03873232

<https://shs.hal.science/halshs-03873232v1>

Submitted on 4 Dec 2024

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.

La délégation adoptive polynésienne sous le regard de la Cour de cassation

Maxime Barba, Agrégé des facultés de droit, Professeur en droit privé, Université Grenoble Alpes

Guillaume Millerieux, Maître de conférences en droit privé, Université Polytechnique Hauts-de-France

1. Voici un arrêt qui fera date tant sous l'angle du droit de la famille que sous celui des sources du droit. Sans doute fera-t-il surtout date sur ce dernier aspect en ce qu'il réalise une modulation hors contexte de revirement de jurisprudence et sans référence au droit au recours - ce qui est une première jurisprudentielle.

2. Qualifié par la *Lettre des chambres* d'arrêt-pilote (1), pourvu d'une publicité maximale, rendu en formation de section, le présent arrêt prend place dans une volée d'arrêts similaires du même jour et a vocation à mettre fin à une problématique systémique, quoique limitée au territoire de la Polynésie (2). Était concrètement en cause une pratique locale de la délégation d'autorité parentale à fin d'adoption s'étant développée sur fond d'une coutume domestique prenant le nom de Fa'a'amu (3).

3. Les faits de l'affaire permettent de mieux comprendre de quoi il est question au fond. Un enfant naît le 18 avril 2020 à Papeete. Une vingtaine de jours plus tard, les parents biologiques saisissent le juge aux affaires familiales d'une demande de délégation de l'exercice de l'autorité parentale faite au profit d'un couple venu de l'Hexagone et dont les parents n'avaient fait la connaissance que quelques semaines plus tôt (4). Dit plus trivialement, les parents entendaient déléguer l'exercice de l'autorité parentale à de parfaits inconnus, et cela, en guise de préalable à une adoption en bonne forme - ce point étant admis par toutes les parties. En première instance comme en appel, la demande est accueillie. Sur pourvoi du ministère public, la pratique de la « délégation adoptive » (5) est soumise à la Cour de cassation, laquelle, après force hésitation (6), rend au fond une solution revenant à censurer une telle pratique (I). La Cour de cassation module néanmoins la solution au regard des principes de sécurité juridique et de confiance légitime, ensemble la considération primordiale de l'intérêt de l'enfant (II).

I - Le fond de la solution

4. Pour la première fois, la Cour de cassation se prononce sur la validité d'une demande de délégation volontaire d'autorité parentale à fin d'adoption dans le contexte de la Fa'a'amu (7). Le pourvoi formé par le ministère public invitait à déterminer si une telle demande heurte la prohibition de l'article 16-7 du code civil (A) et si, à défaut, elle remplit les conditions de l'article 377 du même code (B). La délégation adoptive passe le premier obstacle mais achoppe sur le second.

A - Prohibition des conventions de mère porteuse

5. Le procureur général près la cour d'appel de Papeete a, d'abord, tenté de faire échec à la demande de délégation d'autorité parentale dans le contexte de la Fa'a'amu en invoquant la prohibition des conventions de maternité pour autrui portée par l'article 16-7 du code civil.

6. La Fa'a'amu constitue une pratique coutumière s'apparentant à un don d'enfant consenti par les parents biologiques à un ou des tiers nourriciers (8). Ces tiers, traditionnellement membres de la famille, sont chargés de prendre soin de l'enfant sans rompre le lien avec les parents biologiques. Cela étant, depuis les années 1970-1980, la Fa'a'amu est parfois utilisée par des parents incapables de subvenir aux besoins de leur enfant au profit d'un couple venu de « métropole » (9), en préalable à une adoption (10). Concrètement, le couple entre en contact avec les parents biologiques pendant la grossesse pour convenir du don qui se concrétise, une fois l'enfant né, par une demande de délégation d'autorité parentale en vue d'une adoption future. L'espèce correspond à cette hypothèse et ressemble à une forme, non pas de procréation, mais de gestation pour autrui, puisque la convention issue de la Fa'a'amu repose sur le fait qu'une femme

porte un enfant pour le compte d'autrui. Se posait en conséquence la question de la compatibilité d'une telle délégation adoptive au regard de l'article 16-7 du code civil.

7. La Cour de cassation rejette l'existence d'une convention de gestation pour autrui dans la mesure où l'enfant n'a pas été conçu pour satisfaire la demande des délégataires. Est donc compatible avec la prohibition des conventions de maternité pour autrui une demande de délégation d'autorité parentale formulée par les parents d'un enfant à naître, donc déjà conçu, au profit de tiers souhaitant prendre en charge l'enfant dès sa naissance (11). L'article 16-7 du code civil en ressort doublement précisé.

8. Date d'appréciation. D'une part, il résulte de l'arrêt que la caractérisation d'une convention de gestation pour autrui dépend du critère temporel de la conception. La prohibition s'applique lorsque l'enfant est conçu pour le compte d'autrui et non lorsque l'enfant, déjà conçu, est conventionnellement destiné à être confié à autrui, quand bien même la remise conduirait *in fine* à l'établissement d'un lien de filiation. L'intention de recourir à une convention de gestation pour autrui doit alors être caractérisée au jour de la conception de l'enfant pour que la prohibition portée par l'article 16-7 du code civil s'enclenche. On peut y voir une forme d'interprétation stricte de la prohibition.

9. Portée de la prohibition. D'autre part, la Cour éclaire la portée des effets de la prohibition de l'article 16-7 du code civil. Selon elle, une demande de délégation d'autorité parentale concernant un enfant à naître ne contredit pas les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes parce que cette demande, contrôlée par le juge et révocable, est sans incidence sur la filiation de l'enfant (12). *A contrario*, si l'enfant est conçu pour satisfaire la volonté des délégataires en puissance, la prohibition de l'article 16-7 du code civil neutralisera les conséquences directes comme indirectes de la convention de gestation pour autrui sur la parenté et la parentalité des parents d'intention. La contamination est, pour ainsi dire, totale. L'arrêt pose ici le principe de l'extension des effets de la prohibition à la parentalité et, ce faisant, confirme l'utilité de l'article 16-7 du code civil pour censurer tous les effets des gestations pour autrui réalisées sur le territoire national (13).

10. En cela, la Cour de cassation poursuit son entreprise de sauvetage dudit article lorsque la convention interdite est conclue sur le sol français, bien qu'une application mécanique de l'interdiction pourrait être nuancée par un contrôle de conventionalité *in concreto* lorsque l'intérêt de l'enfant le justifie (14). Cependant, dans le même temps, elle renforce le sentiment d'une prohibition à deux vitesses selon que les parents ont financièrement pu solliciter les services d'une mère porteuse à l'étranger (15).

Quoi qu'il en soit, la « délégation adoptive » en contexte de Fa'a'amu enjambe ainsi le premier obstacle fait de la prohibition des conventions de mère porteuse. Elle bute, en revanche, sur le second, *i.e.* les conditions techniques de la délégation d'autorité parentale.

B - Conditions techniques de la délégation

11. La Cour de cassation a, en effet, dû éprouver la compatibilité de la pratique locale de la « délégation adoptive » à l'aune des conditions de l'article 377 du code civil. Le ministère public estimait que la demande ne remplissait pas les conditions posées par cet article en raison du principe d'unicité du délégataire et parce que le couple ne constitue pas un « proche digne de confiance » au sens de ce texte.

12. Unicité du délégataire. D'un côté, l'article 377 du code civil énonce que les père et mère peuvent saisir le juge en vue de déléguer tout ou partie de leur autorité parentale à *un* tiers. Une interprétation littérale conduirait à rejeter une demande de délégation formulée au profit d'un couple. La jurisprudence des cours d'appel n'est néanmoins pas fixée sur ce point (16) et la lecture des travaux parlementaires de la loi du 4 mars 2002 révèle que la rédaction retenue de l'article 377 devrait « permettre aux grands-parents ou aux beaux-parents d'exercer une partie des droits liés à l'autorité parentale » (17). L'emploi du pluriel est notable. Dès lors, l'unicité inscrite dans la lettre du texte ne refléterait pas la volonté du législateur ou, à tout le moins, n'empêcherait pas une tolérance dans son application. La Cour de cassation emprunte précisément la voie de la tolérance en faveur de la pluralité de délégataires lorsque les circonstances l'exigent, en conformité avec l'intérêt de l'enfant (18). On peut toutefois s'étonner de l'ampleur de la tolérance puisqu'elle permet d'opter pour la pluralité de délégataires bien au-delà des hypothèses envisagées par les travaux parlementaires.

13. Notion de « proche digne de confiance ». De l'autre côté, l'article 377 du code civil fixe une liste limitative de tiers délégataires, personnes physiques. Il peut s'agir d'un membre de la famille ou d'un « proche digne de confiance ». Se posait alors la question de savoir si le couple candidat à la délégation pouvait être ainsi qualifié. Sur ce point, la position de la Cour de cassation diverge de celle de la cour d'appel de Papeete. Quand bien même les parents auraient placé leur confiance dans les délégataires, le couple ne peut être qualifié de « proche » au sens de l'article 377 du code civil.

En effet, selon la Cour, ne peut être considérée comme un « proche » au sens de ce texte « une personne dépourvue de lien avec les délégants et rencontrée dans le seul objectif de prendre en charge l'enfant en vue de son adoption ultérieure » (19). La solution ne surprend pas puisque l'arrêt confirme ce que chacun savait déjà : un « proche de confiance » ne peut être un inconnu et l'indisponibilité de l'autorité parentale justifie de faire obstacle à une interprétation exclusivement subjective, fondée sur la seule volonté des délégants. L'ouverture à la pluralité de délégataires est alors compensée par une lecture plus restrictive de la notion de « proche de confiance ».

Au surplus, la Cour mentionne que la reconnaissance du couple de délégataires comme « proche de confiance » n'est pas conforme à la coutume de la Fa'a'amu traditionnellement destinée à confier l'enfant à des membres de la famille élargie des parents biologiques. C'est dire que si la pratique de la Fa'a'amu n'a pas d'effet en droit, elle est néanmoins prise en compte pour interpréter certaines règles du code civil en contexte. C'est là un apport intéressant à la matière des sources du droit dont la théorisation a récemment été proposée dans ces colonnes (20). L'autre apport de l'arrêt à la théorie des sources - autrement plus considérable - gît dans la modulation de la solution arrêtée.

II - La temporalité de la décision

14. Au-delà du fond - mais en lien direct avec celui-ci -, l'arrêt rendu par la première chambre civile est, en effet, exceptionnel sous l'angle du différé d'application qu'il consomme et installe. Il fera durablement date à cet égard. Cette modulation réalisée hors contexte de revirement (!) et sans lien aucun avec le droit au procès équitable (!!) ne peut qu'interpeller.

Au cas présent, la modulation est appréciée et retenue tant sous le prisme des délégataires d'autorité parentale que sous celui de l'enfant. Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime (A) et l'intérêt supérieur de l'enfant (B) viennent fonder la modulation.

A - Sécurité juridique et confiance légitime

15. Principe de rétroactivité. La jurisprudence est ordinairement rétroactive. L'idée est que la jurisprudence fait corps avec le texte qu'elle interprète, de telle sorte qu'elle produit effet au jour de l'entrée en vigueur du texte, c'est-à-dire de façon rétroactive. Le tout alimenté par la conviction classique selon laquelle la jurisprudence n'est pas source autonome de droit. Prohibition des arrêts de règlement oblige, le juge ne ferait que découvrir l'interprétation du texte ; il ne ferait que la révéler, au vu et au su de tous. Ce qui expliquerait la rétroactivité de la source prétorienne, rétroactivité contre laquelle le principe général de sécurité juridique ne pourrait frontalement aller.

16. Exceptions de modulation. Néanmoins, lorsque l'interprétation d'un texte évolue fortement - c'est notamment l'hypothèse du revirement -, les fondements du principe de rétroactivité vacillent. Dans les années 2000, la Cour de cassation a admis, de façon fracassante à l'époque, la possibilité du revirement pour l'avenir - *prospective overruling* en bon anglais (21). La deuxième chambre civile a montré la voie en 2004 (22), suivie par l'assemblée plénière en 2006 (23). L'exception de modulation était née, qui prétendait en contexte de revirement ménager une place à la bonne foi des parties s'étant fondées sur la jurisprudence ancienne et s'étant conformées à celle-ci. Leur confiance dans l'état antérieur du droit n'était après tout pas indigne de considération, de même que le souci général de la sécurité juridique.

Cette exception de modulation érigée par la Cour de cassation et guidée par la recherche d'une certaine proportionnalité s'est cependant, sans doute par la force des choses, articulée autour de deux pôles particuliers. D'une part, elle parut réservée aux hypothèses de revirement de jurisprudence, *i.e.* de volte-face prétorienne (24). Et encore : elle parut même réservée aux hypothèses de revirement *soudain* de jurisprudence, imprévisible ou presque (25). D'autre part, pour reprendre l'expression carnassière de Pascale Deumier, le droit au procès équitable tiré de l'article 6, § 1, de la Convention

européenne des droits de l'homme (Conv. EDH) a paru cannibaliser l'exception de modulation : le différé d'application n'était admis qu'en présence d'une atteinte disproportionnée au droit au recours des parties, c'est-à-dire lorsque l'interprétation nouvelle des règles de procédure contrariait par trop l'accès au juge des parties s'étant conformées à l'interprétation ancienne des mêmes règles (26).

Par une assimilation possiblement contestable, l'exception de modulation s'est trouvée riviée à ces deux hypothèses. Ceci alors même que les fondements rationnels soutenant l'exception de modulation paraissaient transposables en dehors de ces deux hypothèses : *a priori*, rien n'interdit de moduler une jurisprudence simplement nouvelle hors contexte de revirement ; rien n'interdit davantage de moduler compte tenu du principe général de sécurité juridique sans référence au droit au procès équitable.

17. Revirement. La première assertion fut par deux fois confirmée par la Cour de cassation. En 2012, dans un épisode spectaculaire de rabat d'arrêt, la Cour de cassation avait déjà décidé d'une modulation hors contexte de revirement, s'agissant d'une jurisprudence simplement nouvelle (27). En 2020, dans un épisode jurisprudentiel également remarquable, la Cour de cassation a identiquement décidé d'un différé d'application hors contexte de revirement. Par cet arrêt célèbre du 17 septembre 2020, la cour régulatrice a érigé une règle nouvelle de procédure civile applicable uniquement aux appels interjetés postérieurement à la date de l'arrêt (28). Soit dit en passant, un tel procédé, quasi législatif en un sens, est techniquement différent de celui de la modulation, plus souple par essence (29). Toujours est-il que la Cour confirmait là qu'une dérogation au principe de rétroactivité pouvait être admise hors contexte de revirement.

18. Droit au recours. En revanche, la Cour de cassation n'a jamais reconnu une telle dérogation sans référence au droit au procès équitable. C'est toujours le droit au recours - le droit d'accès au juge - qui a conduit à la modulation ou au différé d'application. Le présent arrêt offre donc en vérité la toute première illustration d'une modulation hors contexte de revirement et, *surtout*, sans référence au droit d'accès au juge. Le présent arrêt révèle ainsi le fondement premier de la modulation, à savoir le principe général de sécurité juridique et de confiance légitime - que le droit au procès équitable avait fini par éclipser.

Ce fondement général conduit la Cour de cassation à éprouver la bonne foi des candidats à la délégation adoptive à l'égard de la teneur du droit antérieur. Pouvaient-ils raisonnablement anticiper l'interprétation nouvelle posée par la Cour de cassation ? À front renversé, pouvaient-ils penser que le processus emprunté par eux était en vérité prohibé ? La réponse passe par un faisceau de trois considérations, toutes décisives.

19. Vide réglementaire. Tout d'abord, la cour régulatrice souligne - par des termes d'une fermeté remarquable - que « l'utilisation de la procédure de délégation d'autorité parentale s'inscrit dans un contexte de carence du pouvoir réglementaire » (30). Ce « vide réglementaire » (31) crée une « incertitude juridique sur les modalités d'adoption d'un enfant âgé de moins de deux ans » sur le territoire de la Polynésie française (32). Le message est limpide : l'État a négligé ses devoirs réglementaires, laissant les personnes privées dans le brouillard juridique. Il apparaît, en effet, que, tel que réécrit par l'article L. 562-3 du code de l'action sociale et des familles, l'article L. 224-2 du même code, relatif à la composition et aux règles de fonctionnement des conseils de famille institués en Polynésie française, appelait des dispositions réglementaires qui ne sont « toujours pas adoptées à ce jour » (33). Or ce contexte a, selon la Cour de cassation, permis l'éclosion d'une certaine conviction selon laquelle le processus local de délégation adoptive était régulier (34).

20. Mesures locales. Ce d'autant que les autorités locales ont aménagé le code de procédure civile localement applicable de façon à conforter et accompagner le processus de la délégation adoptive (35). Renforçant, là aussi, la croyance des intéressés en la légalité de la pratique.

21. Jurisprudence trentenaire du fond. Laquelle croyance est enfin enracinée par le fait que « la délégation aux fins d'adoption a été admise sur ce territoire par une jurisprudence trentenaire de la cour d'appel de Papeete, jusqu'à présent jamais remise en cause » (36). Cette considération-là est décisive et remarquable. *Décisive* : l'autorité juridictionnelle locale incarnée par la cour d'appel a favorablement sanctionné la pratique litigieuse, et ce, trente années durant. *Remarquable* : n'est-ce pas la première fois que la Cour de cassation reconnaît avec une telle netteté l'existence et l'importance de la jurisprudence du fond, en particulier dans l'appréciation des attentes légitimes des parties ? La formule est spectaculaire, voire révolutionnaire. À l'heure de l'*open data* des décisions de justice, qui interroge jusqu'à la notion de

jurisprudence (37), la Cour de cassation prend une position exceptionnelle : il n'est pas de jurisprudence que la sienne. La jurisprudence du fond est aussi digne de considération. Son poids est évidemment moindre ; mais il n'est pas négligeable. Nous ne doutions guère de la véracité de l'idée mais la voir ainsi formalisée par la Cour de cassation est exceptionnel. Toujours est-il que la conclusion est implacable : était inattendue l'interprétation nouvelle livrée par la Cour de cassation de facture prohibitive. Les principaux intéressés pouvaient légitimement croire en la légalité de la pratique de la délégation adoptive. Dit autrement, leur erreur était invincible.

22. La cour régulatrice tire cette conclusion en deux temps d'égale importance :

« Il résulte de l'ensemble de ces éléments qu'à la date de la naissance de l'enfant, les parents légaux, comme le couple candidat à la délégation, se sont engagés dans un processus de désignation d'autorité parentale en vue d'une adoption qu'ils pouvaient, de bonne foi, considérer comme étant conforme au droit positif.

Dans ces conditions, il apparaît que l'application immédiate de la jurisprudence nouvelle sanctionnant un tel processus porterait une atteinte disproportionnée aux principes de sécurité juridique et de confiance légitime ».

Comme nous le disions, le fondement essentiel et invariable de la modulation apparaît alors en pleine lumière : la sécurité juridique et la confiance légitime en l'état du droit antérieur. Sécurité juridique et confiance légitime qui ne sont d'ailleurs que les deux faces de la même médaille, l'une se rattachant au droit objectif, l'autre aux droits subjectifs. L'immense mérite de cette jurisprudence est ainsi de montrer la contingence de la jurisprudence passée, articulée autour du seul droit au procès équitable : là n'était finalement pas l'essentiel.

D'aucuns feront remarquer que les principes de sécurité juridique et de confiance légitime ne sont rattachés à aucun texte, ce qui constituerait une faiblesse du présent arrêt. On aurait plutôt tendance à y voir une force : plutôt que de rattacher artificiellement cette préoccupation essentielle à un texte constitutionnel ou conventionnel, de la repeindre aux couleurs des droits fondamentaux comme le paradigme contemporain y incite constamment, la cour régulatrice assume sa position sans le soutien - même cosmétique - d'un texte. Le principe de proportionnalité n'est alors pas une composante du contrôle de conventionalité *in concreto* ; il est mobilisé en soi, par souci rationnel et non hiérarchique. Où l'on retrouve la préoccupation de proportionnalité pour ce qu'elle est - un impératif de raison -, et non pour ce qu'on la présente aujourd'hui - un outil d'articulation. En cela, l'arrêt emporte pleine approbation.

La cour régulatrice prend cependant soin de « doubler » sa motivation conduisant à la modulation par référence supplémentaire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

B - Intérêt supérieur de l'enfant

23. Le motif est clair : « la remise en cause des situations existantes serait de nature à affecter irrémédiablement les liens qui se sont tissés *ab initio* entre l'enfant et les délégataires. En effet, la fin de la mesure de délégation d'autorité parentale, en supprimant tout lien juridique entre eux, peut conduire à une rupture définitive des relations de l'enfant avec ceux qui l'élèvent depuis sa naissance, dans un contexte où le projet a été construit en accord avec les parents légaux et où ceux-ci conservent la faculté de solliciter la révocation de la mesure, si tel est l'intérêt de l'enfant » (38).

Il y a là quelque chose qui tient de l'appréciation factuelle et concrète de la vie familiale, ce que la Cour européenne des droits de l'homme ne désapprouve pas, bien au contraire. Les internationalistes seront d'ailleurs tentés de rapprocher ce motif - et plus généralement cette affaire - des célèbres arrêts *Wagner c/ Luxembourg* (39) et *Negreponis-Giannisis c/ Grèce* (40). La filiation est lointaine mais indiscutable. Un lien familial est créé et consolidé ; le bouleverser dans l'intérêt quasiment abstrait du droit serait contraire à l'intérêt bien concret de l'enfant : « L'application immédiate de la jurisprudence nouvelle porterait (...) une atteinte disproportionnée à l'intérêt supérieur de l'enfant » (41). Sur ce plan, la Cour de cassation fonde son raisonnement sur deux textes : l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant et l'article 8 de la Convention EDH. Ce double visa rappelle, par contraste, que la Cour de cassation s'est refusée à viser le moindre texte dans sa motivation précédente. Cette incohérence - si c'en est une - n'est pas réhabilitoire, car de tels visas étaient en l'occurrence naturels et attendus.

24. Instances in affectées. La cour régulatrice tire sa conclusion générale sur la modulation : « Ces circonstances exceptionnelles justifient par conséquent de déroger à l'application immédiate de la jurisprudence nouvelle aux situations des enfants pour lesquels une instance est en cours » (42). Sont visées là, croyons-nous comprendre, les instances relatives à une délégation adoptive pour les enfants concernés.

25. Observations finales. En définitive, la présente décision a des airs d'arrêt rendu sur pourvoi dans l'intérêt de la loi. Son apport au droit des personnes et de la famille est indiscutable, sous l'angle de l'article 16-7 du code civil comme sous celui de l'article 377 du même code. Mais il demeure, pour les affaires concernées et autres pendantes, que son intérêt est davantage théorique et abstrait que pratique et concret : *in fine*, le pourvoi est bien rejeté malgré sa rectitude juridique. On retrouve là l'effet généralement produit par la modulation, qui laisse toujours un goût amer au juriste.

Sous l'angle de la théorie des sources, on retiendra que la Cour de cassation a au moyen du présent arrêt désindexé la modulation de deux considérations qu'on tenait usuellement pour fondamentales : le revirement de jurisprudence ; le droit au recours. Une modulation est possible en présence d'une simple jurisprudence nouvelle hors contexte de revirement (et *a fortiori* en contexte de revirement). Une modulation est encore possible par référence générale aux principes de sécurité juridique et de confiance légitime, sans référence particulière au droit au recours. Il importe néanmoins que la bonne foi des parties soit démontrée, *i.e.* leur erreur invincible dans leur conception du droit avant la jurisprudence nouvelle. En présence d'un revirement, c'est relativement simple, car les litigants peuvent facilement invoquer la jurisprudence passée pour peu que son revirement ne fût pas prévisible. Hors revirement, c'est plus délicat et donc improbable. La Cour de cassation montre bien, par son faisceau très spécifique de considérations liées à la situation polynésienne, que cela n'advient pas souvent. Le présent arrêt comme le précédent en date du 17 septembre 2020 montrent néanmoins que cela n'a rien d'impossible.

Ils montrent plus généralement que le sujet de la jurisprudence à effet prospectif est d'une actualité brûlante. S'il était encore besoin de s'en convaincre, on signalera qu'au lendemain du présent arrêt, le Conseil d'État, saisi de la légalité de la réforme de la procédure civile de 2019, a également modulé les effets de sa décision (43) ; tout comme le Conseil constitutionnel qui a jugé inconstitutionnel l'article 60 du code des douanes (44). Signe qu'il est temps de reposer la question transversale du rapport de la jurisprudence au temps et, au-delà, de la jurisprudence comme source autonome du droit.

Mots clés :

FILIATION * Etablissement * Autorité parentale * Délégation * Contrat de gestation pour autrui * Qualification

(1) *Lettre de la première chambre civile*, oct. 2022, p. 5.

(2) Civ. 1^{re}, 21 sept. 2022, n° 21-50.057 et n° 21-50.048.

(3) V. *infra* n° 6. Parfois, la Cour écrit Faa'mu (pt 20).

(4) Pts 16 et 21.

(5) L'expression est employée dans la *Lettre des chambres* préc.

(6) La longueur des documents préparatoires en témoigne.

(7) Elle a seulement eu l'occasion de se prononcer sur la tierce opposition formée par un adopté, devenu majeur, contre le jugement d'adoption rendu dans le contexte d'une Fa'a'amu, ce qui revenait à vérifier l'existence d'une fraude à la loi sur le

fondement de l'art. 353-2 C. civ. (Civ. 1^{re}, 5 nov. 2008, n° 07-20.868, RTD civ. 2009. 107, obs. J. Hauser).

(8) « Fa'a'amu » est issu de « fa'fa'famu » qui signifie « nourrir » en tahitien.

(9) Le terme est employé par la Cour de cassation.

(10) Sur la notion de Fa'a'amu et ses évolutions, V. réf. citées dans le rapport du conseiller rapporteur (p. 8 s\.) et dans l'avis de l'avocat général (p. 22 s\.), publiés sur le site de la Cour de cassation.

(11) Pt 7.

(12) Pt 8.

(13) Sur l'irrecevabilité d'une action en contestation de filiation par le père biologique d'intention (qui aurait conduit à établir sa filiation et donc à donner effet à la convention de mère porteuse), V.: Civ. 1^{re}, 12 sept. 2019, n° 18-20.472, D. 2019. 2112, note A. Etienney-de Sainte Marie, 2020. 506, obs. M. Douchy-Oudot, 677, obs. P. Hilt, et 843, obs. A. Dionisi-Peyrusse; AJ fam. 2019. 531, obs. F. Chénéde et obs. P. Salvage-Gerest, et 487, obs. A. Dionisi-Peyrusse; RTD civ. 2019. 838, obs. A.-M. Leroyer.

(14) En témoigne le contrôle de l'application de l'art. 16-7 au regard de l'intérêt de l'enfant dans l'affaire ayant conduit à l'arrêt du 12 sept. 2019.

(15) V. déjà en ce sens les critiques de F. Chénéde, De l'abrogation par refus d'application de l'article 16-7 du code civil, AJ fam. 2017.375.

(16) En faveur de la pluralité de délégataire, V. : Lyon, 1^{er} mars 1994, Juris-Data n° 1994-049670 ; Montpellier, 4 juin 2021, n° 20/03283. *Contra* : Douai, 8 juill. 2021, n° 20/03963.

(17) V. spéc. le rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi (n° 3074) relative à l'autorité parentale, par M. Dolez, n° 3117, Ass. nat., 7 juin 2001.

(18) Pt 14.

(19) Pt 19.

(20) P. Deumier, La prise en considération d'une norme par le juge : le chaînon manquant ?, D. 2022. 1668.

(21) Le tout sur fond du fameux rapport du groupe de travail présidé par N. Molfessis sur les revirements de jurisprudence en date du 30 nov. 2004.

(22) Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 01-10.426, D. 2004. 2956, note C. Bigot, et 2005. 247, chron. P. Morvan ; AJ pénal 2004. 411, obs. J. Leblois-Happe ; RTD civ. 2005. 176, obs. P. Théry ; JCP 2005. I. 143, n° 7, obs. N. Taviaux-Moro.

(23) Cass., ass. plén., 21 déc. 2006, n°00-20.493, D. 2007. 835, note P. Morvan; RTD civ. 2007. 72, obs. P. Deumier et 168, obs. P. Théry; JCP 2007. II. 1011, note X. Lagarde.

(24) V. sans exhaustivité : Civ. 1^{re}, 11 juin 2009, n° 08-16.914, D. 2009. 2058, chron. C. Creton, et 2567, chron. N. Molfessis; Com. 13 nov. 2007, n° 05-13.248, D. 2007. 3010, obs. A. Lienhard, et 2008. 570, obs. F.-X. Lucas; Just. & cass. 2008. 385, rapp. B. Albertini; RTD com. 2008. 868, obs. A. Martin-Serf; Soc. 26 mai 2010, n° 09- 60.400, D. 2010. 1422; Dr. soc. 2010. 826, note F. Petit, et 1150, note C. Radé.

(25) Civ. 2^e, 18 avr. 2019, n° 17-21.189, D. 2019. 887; Rev. prat. rec. 2020. 15, chron. F. Rocheteau; D. actu. 10 mai 2019, obs. R. Bigot.

(26) P. Deumier, Rép. civ., v° Jurisprudence, nov. 2017, mise à jour nov. 2021, n° 138.

(27) Civ. 1^{re}, 11 mai 2012, n° 10-28.032, RTD civ. 2012. 573, obs. R. Perrot. Sur cet épisode, V. encore : P. Deumier, *op. cit.*

(28) Civ. 2^e, 17 sept. 2020, n° 18-23.626, D. 2020. 2046, note M. Barba, 2021. 543, obs. N. Fricero, et 1353, obs. A. Leborgne; AJ fam. 2020. 536, obs. V.Avena-Robardet; D. avocats 2020.448; Rev. prat. rec. 2020. 15, chron. R. Laher; RTD civ. 2021. 479, obs. N. Cayrol ; Procédures 2020. Comm. 190, obs. R. Laffly; Gaz. Pal. 26 janv. 2021. 79, obs. N. Hoffschir, obs. L. Lauvergnat. Sur les suites, V. not. : M. Barba, L'appel civil et les délices du droit transitoires, D. 2021.1217; Dispositif des conclusions d'appel : la saga continue, D. 2021.1848; Dispositif des conclusions d'appel : y a-t-il un pilote dans l'avion ?, D. 2022. 96. V. réc., Civ. 2^e, 9 juin 2020, n° 20-22.588, D. 2022. 1160; R. Laffly, Demande d'infirmité au dispositif des conclusions, la deuxième chambre civile poursuit son *opus magnum*, D. actu. 16 sept. 2022. V. encore réc., Civ. 2^e, 8 sept. 2022, n° 21-15.251; 13 sept. 2022, n° 21-15.520; 29 sept. 2022, n° 21-14.681, D. 2022.1756; Com. 12 oct. 2022, n°19-18.945, D. 2022. 1804.

(29) M. Barba, Appel du refus de désigner un expert en vue de l'évaluation des droits sociaux - Histoire d'un revirement, avenir du revirement, D. 2022.1291, n° 22 s\.

(30) Pt 23.

(31) Pt 24.

(32) Pt 23.

(33) Elles n'ont pas davantage été adoptées à l'heure où ces lignes sont écrites.

(34) On renverra aux documents préparatoires, rapport et avis, pour le détail de la question.

(35) Pt 24.

(36) Pt 25.

(37) L. Cadiet, C. Chainais et J.-M. Sommer (dir.), S. Jobert et E. Jond-Necand (rapp.), La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Rapport remis à la première présidente de la Cour de cassation et au procureur général près la Cour de cassation, juin 2022, disp. en ligne sur le site de la Cour. Pour de premières réflexions critiques, V. J. Jourdan-Marques, La computation des délais en matière de déféré : petits détails pratiques et grands enjeux théoriques, D. 2022.1687.

(38) Pt 28.

(39) CEDH 28 juin 2007, n° 76240/01, D. 2007.2700, note F. Marchadier, et 2008. 1507, obs. F. Jault-Seseke; AJDA 2007. 1918, chron. J.-F. Flauss; Rev. crit.vDIP 2007. 807, note P. Kinsch; RTD civ. 2007. 738, obs. J.-P. Marguénaud; JDI 2008. 183, note L. d'Avout.

(40) CEDH 3 mai 2011, n°56759/08, D. 2012. 1228, obs. F. Jault Seseke ; Rev. crit. DIP 2011. 817, étude P. Kinsch; JDI 2012. 213, note A. Dionisi-Peyrusse.

(41) Pt 29.

(42) Pt 30.

(43) CE, 6^e et 5^e ch. réun., 22 sept. 2022, n° 436939 et n° 437002, AJDA 2022. 1817; D. actu. 3 et 4 oct. 2022, obs. M. Barba.

(44) Cons. const. 22 sept. 2022, n° 2022-1010 QPC, D. 2022.1663; D. actu. 17 oct. 2022, obs. Y. Bisiou.