

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 84 (1965)

Artikel: La révision du droit de la filiation illégitime

Autor: Lalive, Pierre

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896090>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 22.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

LA RÉVISION DU DROIT DE LA FILIATION ILLÉGITIME

Rapport présenté par

PIERRE LALIVE

Professeur ordinaire à la Faculté de Droit
et à l'Institut de Hautes Etudes Internationales de Genève

INTRODUCTION

De tous les sujets que la Société Suisse des Juristes a choisi de mettre à l'ordre du jour de ses délibérations ces dernières années, il en est peu de plus délicats, mais aussi de plus humains et de plus importants que celui de la révision du droit de la filiation illégitime. Ce thème ne peut laisser personne indifférent. Son actualité se passe de démonstration ; elle ne résulte pas, d'ailleurs, d'un quelconque argument quantitatif : le taux d'illégitimité n'a pas augmenté en Suisse par rapport à 1871 ou à 1900 et, contrairement à une autre idée répandue, un accroissement de ce taux n'impliquerait pas plus une baisse de la moralité générale que la diminution du nombre de ces naissances ne signifie une restriction des relations hors mariage. Depuis longtemps déjà se développe chez nous un mouvement de réforme. S'il est superflu d'en refaire ici l'historique, on peut mentionner au moins certaines de ses étapes parlementaires, avec les postulats OPRECHT (1926), VON ROTEN (1950), GRENDELMEYER (1954), HUBER (1955) et GITERMANN (1957). A la fin de 1957, le Département fédéral de Justice et Police constituait une petite commission pour la révision du droit de la famille (dont celui de la filiation naturelle). Huit ans plus tard, notre Société va débattre cette question et contribuer par là, souhaitons-le, à faire aboutir enfin ce mouvement.

Gardien de principes éternels, comme le rappelait le Président PANCHAUD à notre assemblée de 1956, «le juriste ne doit pas craindre d'être aussi celui qui renouvelle et qui transforme». Faut-il renouveler notre droit de la famille, en particulier quant à la filiation naturelle ? Sur le principe de la révision, il ne semble pas y avoir aujourd'hui de controverse ; les étonnants progrès de la preuve scientifique de la paternité, d'une part, l'évolution des idées depuis le début du siècle, d'autre part, ont fait apparaître en pleine lumière le vieillissement de notre Code civil, malgré les corrections et les aménagements apportés par la jurisprudence.

Ce phénomène n'est pas propre à la Suisse, on le sait, et de nombreux pays voisins sont en train de modifier leur droit dans ce domaine ou ont déjà mené à bien des réformes parfois profondes, inspirées aussi par des études de droit étranger, comme le commandaient l'identité du problème à résoudre et la similitude des conditions de vie en Europe. C'est l'occasion d'indiquer que le présent rapport tient largement compte, lui aussi, conformément aux nécessités de notre temps, des enseignements du droit comparé, tout en limitant, par souci de brièveté, le nombre des références au droit étranger.

Nous nous sommes proposé d'étudier ici, en nous gardant le plus qu'il se peut d'idées préconçues, la révision du droit civil suisse de la filiation, sans méconnaître la grande importance pratique d'autres règles, telles celles des assurances sociales, par exemple, pour la mère célibataire ou pour son enfant. Même ainsi restreint, le sujet est fort vaste, d'autant qu'il ne peut ni ne doit être envisagé seulement d'une manière «juridique», qui tiendrait pour secondaires ses aspects moraux, sociaux, économiques, voire scientifiques. En vérité, s'il est un domaine où le juriste doit être conscient de ses limites et de celles du Droit, c'est bien celui-ci. Insuffisamment armé pour maîtriser seul, sans le concours de médecins, de psychologues, de travailleurs sociaux, etc. une réalité humaine aussi complexe, il sait d'autre part qu'aucune réforme législative ou jurisprudentielle ne suf-

fira à améliorer radicalement le sort de l'enfant naturel et à remédier au *fait* de l'absence d'une famille. Mais ces constatations ne sauraient évidemment le dispenser, comme citoyen et comme juriste, du devoir de travailler au progrès du droit positif.

«La tâche d'une législation nouvelle, écrivait EUGEN HUBER dans l'Exposé des Motifs, consiste en somme à exprimer les idées de l'époque.» C'est à la lumière de ces idées – qui rejoignent souvent, du reste, celles qu'EUGEN HUBER tenta, avec des succès divers, de faire passer dans le Code civil suisse – que nous nous sommes efforcé d'évaluer les dispositions en vigueur et de proposer leur modification là où cela nous a paru désirable ou nécessaire, là où, selon le mot de PORTALIS, «la plus grande des innovations serait de ne pas innover». Le but du présent rapport n'est pas tant d'apporter une contribution scientifique originale sur un sujet souvent étudié que de faire le point, et de faciliter la formation d'une «communis opinio» propre à déterminer l'action du législateur et à l'aider dans sa tâche.

TITRE I

LA FILIATION ILLÉGITIME MATERNELLE

Chapitre I:

L'établissement de la filiation maternelle et ses effets

A l'égard de la mère, la filiation illégitime résulte, selon l'art.302 CCS, «du seul fait de la naissance». Le rapport juridique de filiation naît, si l'on peut dire, avec l'enfant lui-même, «mit der Geburt» (ou même avant, dès la conception, si l'on tient compte de l'art.31 al.2 CCS)¹. Pour que s'établisse ce lien de droit de famille, il n'est donc pas nécessaire, ni même possible en principe, que la mère fasse un

¹ SILBERNAGEL, art.302 N.4.

acte de volonté et reconnaisse son enfant², ni que le juge déclare ou constate l'existence de ce lien.

La réglementation juridique de la filiation, observait FRANÇOIS GÉNY³, «consiste primordiallement en un problème de preuve»; celle de la filiation maternelle (qu'elle soit légitime ou illégitime, du reste) ne soulève en général aucune difficulté, puisqu'elle résulte «d'un fait parfaitement individualisé, notoire, facile à constater, l'accouchement»⁴, ou, plus exactement de l'identité de l'enfant avec le fruit de l'accouchement, identité qui donne très rarement lieu à des contestations (tandis que les litiges portant sur le fait même de l'accouchement sont à peu près inconnus).

En droit suisse, l'inscription de la naissance de l'enfant illégitime à l'état civil, dans le registre des naissances⁵ fait preuve de sa filiation maternelle. Ce n'est que dans des cas tout à fait exceptionnels (par exemple celui de l'enfant trouvé) que la filiation pourra faire l'objet d'une action d'état en constatation⁶, ce qui présuppose que la mère contesterait sa maternité ou l'identité du demandeur, ou qu'une reconnaissance serait impossible, du fait du décès de la mère ou de son incapacité de discernement. Encore faut-il observer combien rares sont en pratique les cas d'enfants trouvés, en Suisse, ne fût-ce qu'en raison de l'obligation de déclarer la naissance, obligation qu'impose la loi (art.61 OEC) à un cercle très étendu de personnes.

L'établissement de la filiation maternelle, d'une grande simplicité en droit suisse, n'éveille guère l'intérêt des commentateurs, qui se bornent à lui consacrer quelques lignes descriptives. Il est généralement accepté comme allant de

² Sous réserve du cas où ceci serait requis par le droit étranger du lieu de la naissance; cf. art.102 OEC.

³ Science et Technique en Droit privé positif, vol.II, n° 167, p.373.

⁴ GÉNY, *ibid.*

⁵ Voir art.59ss. OEC, en particulier 67, chiffre 4, et 70.

⁶ EGGER, art.302 N.15, p.167; SILBERNAGEL, art.302 N.4, p.297.

soi. On s'explique que les nombreuses propositions de réforme du droit de la filiation illégitime ne s'intéressent pas à cet aspect.

Peut-être mérite-t-il, cependant, que l'on s'y arrête un instant. Ne serait-ce qu'en raison, déjà, de l'existence dans deux pays voisins, la France et l'Italie, d'un système totalement différent, et des problèmes pratiques qui peuvent en résulter en notre époque de libre et facile circulation internationale des personnes. Nos praticiens de l'état civil, en particulier dans les régions frontalières, savent bien qu'un certain nombre de Suissesses vont chaque année accoucher dans une clinique française ou italienne, où leur enfant pourra être déclaré de «mère inconnue»⁷. Cette pratique semble donner quelque soutien à l'opinion, qui a été exprimée chez nous⁸, selon laquelle le système franco-italien présenterait à divers points de vue des avantages incontestables pour les mères célibataires. On sait que, en droit français par exemple, la filiation naturelle ne peut être établie, même à l'égard de la mère, que par une manifestation de volonté (reconnaissance) ou une décision judiciaire contentieuse. Il y aurait pour la mère un véritable droit au secret de l'accouchement et au reniement, la loi consacrant l'absolue autonomie de chaque parent pour reconnaître ou non l'enfant.

Ce système, sans empêcher aucunement la mère de s'occuper de son enfant et de l'élever, ne l'y contraindrait pas car, pensent ses défenseurs, s'il est certes souhaitable que la mère remplisse son devoir moral et prenne ses responsabilités, il est préférable, lorsqu'elle ne peut pas ou ne veut pas le faire, de ne pas l'obliger à reconnaître l'enfant et de s'en remettre à l'institution de l'adoption ou aux divers organismes de protection de l'enfance. On permettrait ainsi à des

⁷ Voir l'arrêt Prada, ATF 66.I.290 = JT 1941.I.70 qui, contrairement à l'avis des autorités tessinoises, ordonne l'inscription au registre des familles du lieu d'origine du père, sur requête de ce dernier, d'un enfant né en France de mère inconnue.

⁸ Cf. par exemple un article de M^e O. ROULLET, dans la Tribune de Genève du 6 janvier 1956, p.11.

mères d'éviter un scandale inutile et des drames familiaux, sans abandonner pourtant leur enfant, qu'elles peuvent adopter par la suite.

Avant de conclure que cette solution est socialement meilleure, comme l'affirment ses partisans, on se demandera si elle ne permet pas à d'autres mères d'abandonner purement et simplement leur enfant. Faute de données statistiques précises à ce sujet, on peut seulement conjecturer que la proportion d'abandons, ou de consentements à l'adoption par des tiers, ne doit pas être beaucoup plus forte que dans notre pays.

Ce «droit au secret» de l'accouchement, par ses effets bénéfiques sur le psychisme de la mère, aurait d'heureux effets sociaux, comme moyen de prévenir des avortements, des infanticides ou des suicides⁹. L'argument ne manque pas de poids, et l'on ne saurait l'écarter rapidement. Il convient de tenir compte ici des observations des psychiatres et des spécialistes de l'assistance sociale et de la tutelle, concernant notamment l'angoisse et les graves troubles psychiques que subissent ces femmes lors de la grossesse, dans les premiers mois en particulier¹⁰. La pression d'une opinion publique hostile aidant, on s'explique, non seulement les tentatives de suicide ou d'avortement, mais aussi le départ pour la France ou l'Italie (pour les privilégiées qui le peuvent) ou encore les fausses déclarations à l'état civil d'une sœur mariée, ou même d'une mère, qui acceptent de prendre l'enfant à leur compte. Il est intéressant de noter en passant qu'une certaine évolution semble s'amorcer en droit français, par le biais de l'adhésion à une récente convention internationale, la Convention du 12 septembre 1962 relative à l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels, signée à Bruxelles par les pays membres de la Commission inter-

⁹ Sur la forte proportion de ces drames chez les mères illégitimes, et le sort tragique de beaucoup d'entre elles, voir par exemple le postulat Huber, du 14 juin 1955 au Conseil national, n° 6920.

¹⁰ Voir BINDER, *Die uneheliche Mutterschaft*, p. 299.

nationale de l'état civil, la CIEC, dont la France et l'Italie¹¹. Cette convention contient une disposition selon laquelle l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance d'un enfant établit la filiation de cet enfant à l'égard de sa mère naturelle. Si ce texte est sans intérêt pour la Suisse, il constitue «une innovation profonde dans le système français des preuves de la filiation naturelle»¹². La Convention marque, pour la France, l'abandon de sa conception traditionnelle soumettant la preuve de la filiation maternelle naturelle et celle de la filiation paternelle naturelle au même régime. En conséquence, le législateur français a modifié l'art.334 du Code civil, en vue de «faciliter l'établissement régulier de la filiation et l'uniformisation législative, ce qui supprimera des conflits de lois»¹³. Le nouvel art.334 du Code civil français est ainsi rédigé :

«La reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par un acte authentique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance. L'acte de naissance portant indication du nom de la mère a les mêmes effets qu'une reconnaissance de la part de celle-ci.»

(Ceci sous réserve de la possibilité de contestation, prévue par l'art.339.)

Pareille innovation n'a pas laissé de susciter certaines critiques, parfois assez vives, en France et en Italie¹⁴. Il est intéressant de relever aussi qu'une opposition à la Convention de Bruxelles s'est manifestée dans certains milieux s'occupant d'adoption. Il est clair que, moins il y aura de liens

¹¹ A côté de l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Grèce, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Suisse et la Turquie.

¹² Exposé des motifs du projet de loi, n° 798, autorisant la ratification de la Convention, projet déposé à l'Assemblée nationale le 28 janvier 1964.

¹³ *ibid.*

¹⁴ Sur ces critiques, voir par exemple l'article du juge GERMANO, président du Tribunal civil de Turin, dans le journal *La Stampa* du 30 août 1964. En France, le prof. SAVATIER a également critiqué la convention.

entre la mère naturelle et son enfant, plus il sera aisé, d'une manière générale, de faire adopter ce dernier. Du point de vue social, a-t-on fait remarquer à cette occasion, il n'est pas opportun de forcer la mère naturelle à reconnaître l'enfant si elle en a honte, ou si elle le rejette, ou si elle n'est pas en mesure de l'élever; mieux vaut laisser le champ libre à l'adoption ou aux institutions de protection de l'enfance. Bien que fondée sur l'intérêt présumé de l'enfant, cette thèse est difficile à accepter sans réserve, au moins sous cette forme, qui paraît tenir trop peu compte de l'aspect moral, complexe, du problème¹⁵.

Quoi qu'il en soit, il paraît extrêmement douteux qu'une éventuelle révision du droit suisse de la filiation illégitime en vienne à modifier l'art. 302, al. 1 CCS. L'idée d'un droit au secret, à l'anonymat des parents, au moins en ce qui concerne la mère, paraît fort étrangère au sentiment juridique suisse¹⁶. C'est par d'autres voies, par d'autres réformes législatives, mais aussi surtout, sans doute, par une évolution des idées et des mœurs, que l'on peut espérer une amélioration du sort des mères célibataires.

Quant aux effets de la filiation illégitime du côté maternel, ils sont réglés, dans le Code civil, d'une façon qui n'appelle pas de longs commentaires. Le CCS va plus loin que beaucoup d'anciens droits cantonaux, et que plusieurs législations étrangères, dans l'assimilation de l'enfant illégitime à l'enfant légitime du côté maternel. On s'explique donc que les tendances modernes à l'amélioration de la condition de l'enfant naturel n'aient pas suscité ici de propositions de réformes, sinon sur les rares points où une distinction était maintenue entre l'enfant légitime et l'enfant illégitime¹⁷; encore faudra-t-il se demander si cette distinction est défavorable ou non à l'enfant naturel.

C'est dans le *droit successoral* que la solution suisse ap-

¹⁵ Sur l'adoption, voir plus loin, Chapitre XVIII.

¹⁶ Cf. à ce sujet BINDER, p. 299.

¹⁷ Voir par exemple l'art. 324, al. 3 CCS, discuté plus loin.

paraît surtout comme avancée. Contrairement à une vieille tradition qui se manifeste aujourd'hui encore dans plusieurs législations étrangères, l'enfant naturel n'est pas considéré comme un intrus, et ses droits de succession sont égaux à ceux des enfants légitimes; il est, comme eux, héritier réservataire et ses droits ne sont pas limités, de ce point de vue, à la personne de sa mère mais s'étendent aux parents de celle-ci (art. 461, al. 1^{er} CCS). Cette extension des droits successoraux à toute la parenté maternelle peut du reste entraîner, en raison du système suisse (et allemand) des parentèles, des résultats qui ne laissent pas de surprendre¹⁸.

«Les enfants naturels qui restent à leur mère ... ont tant envers elle qu'envers ses parents, les droits et les devoirs résultant de la filiation illégitime», énonce l'art. 324, al. 1^{er}. Cette formule n'est pas d'une grande clarté, car la loi ne précise pas ce qu'il faut entendre par les droits et les devoirs «résultant de la filiation illégitime»¹⁹. Ne devrait-on pas dire plutôt, à l'instar du paragraphe 1705 BGB que, vis-à-vis de sa mère et des parents de celle-ci, l'enfant naturel a la condition juridique d'un enfant légitime? C'est que le législateur n'a pas voulu pousser l'assimilation jusqu'au bout. D'une part, l'enfant qui reste à sa mère (donc qui n'est ni reconnu ni attribué judiciairement au père, art. 325) n'acquiert pas nécessairement le nom que porte sa mère lors de sa naissance à lui mais le «nom de sa famille» («... ihren angestammten Familiennamen»). D'autre part, si la mère a les mêmes obligations qu'à l'égard d'un enfant légitime (art. 324, al. 2), elle n'a pas pour autant les mêmes droits, quant

¹⁸ Par exemple lors de la mort du seul enfant légitime d'un couple, son patrimoine passera à la descendance illégitime de la mère – dont le défunt ignorait peut-être l'existence – et n'ira pas aux parents légitimes de la troisième parentèle, en dépit du fait que toute la fortune provient peut-être de la famille paternelle; cf. BOEHMER, op. cit. p. 93 ss.

¹⁹ SILBERNAGEL, 324 N. 16.

à la puissance parentale²⁰ (art. 324, al. 3) ou quant au droit sur les biens de l'enfant (art. 327)²¹.

Quel est le régime actuel de notre droit en ce qui concerne la *puissance parentale* de la mère sur son enfant naturel ? La solution légale résulte clairement de l'art. 324, al. 3, et de l'art. 325, al. 3, dispositions qu'il faut lire avec celle de l'art. 311, al. 2 CCS. «L'autorité tutélaire peut conférer la puissance paternelle à la mère.» Elle peut aussi ne pas le faire et préférer nommer un tuteur, selon sa libre appréciation de l'intérêt de l'enfant, seul critère décisif. La mère n'a aucun droit à la puissance parentale. Sans doute peut-elle recourir à l'autorité de surveillance contre une décision de l'autorité tutélaire qui lui refuserait cette puissance ; mais elle ne peut recourir en réforme au Tribunal fédéral²². Si l'autorité tutélaire considère qu'il est opportun de placer l'enfant sous tutelle, la mère aura cependant le droit de faire une proposition quant à la personne du tuteur²³.

On peut penser, vu les termes neutres de l'art. 324, al. 3, que le législateur a voulu laisser l'autorité tutélaire entièrement libre de sa décision, sans indiquer une quelconque préférence en faveur d'une solution ou d'une autre. Cette neutralité serait significative déjà de la confiance plus limitée qu'inspire la mère illégitime au législateur. Mais l'art. 311, al. 2 conduit à une autre conclusion :

«Une fois le procès terminé ou le délai pour intenter l'action expiré, le curateur est remplacé par un tuteur, *à moins que l'autorité tutélaire ne juge utile* de mettre l'enfant sous la puissance paternelle de la mère ou du père.»

²⁰ Sur les termes «puissance paternelle» ou «puissance parentale», voir *infra*, note 42b.

²¹ Diverses questions relatives au nom de l'enfant naturel, à ses droits successoraux, etc. sont évoquées plus loin, au Chapitre XVII.

²² Cf. art. 420 CCS et art. 44 OJF.

²³ Cf. Regierungsrat Bern, décision du 15 janvier 1952, RDT 1952, p. 112, n° 32.

La formule est nette. On comprend qu'elle incite bien des autorités à y voir une véritable présomption en faveur de la tutelle. Il résulte très clairement des art. 311 et 324, al. 3, déclare par exemple le Conseil d'Etat bernois²⁴, «que le législateur a voulu placer les enfants naturels en règle générale sous tutelle et non sous la puissance paternelle de la mère. Le législateur n'exclut cependant pas la possibilité de conférer la puissance paternelle à la mère...».

Il n'est donc pas surprenant que, dans la pratique, bien des autorités tutélaires semblent faire preuve d'une méfiance systématique à l'égard des capacités de la mère illégitime (et encourent parfois, pour ce motif, la juste censure de l'autorité de surveillance); les exemples n'en sont pas rares: refus de l'attribution de la puissance parentale parce que la mère, pour gagner sa vie, doit placer l'enfant dans une crèche pendant la journée²⁵, refus parce que la mère n'a pas collaboré à l'action alimentaire intentée contre le père²⁶, refus motivé par le danger que l'enfant naturel soit gâté et que des soins lui soient donnés par une personne étrangère²⁷, ou même refus justifié par le fait que la mère naturelle vit en concubinage avec le père de son enfant²⁸.

Il est intéressant de rappeler que l'Avant-projet d'EUGEN HUBER, témoignant de plus de sympathie et de confiance à l'égard de la mère illégitime, posait un principe inverse à celui de l'actuel art. 311, al. 2; son art. 350, al. 2, était ainsi conçu:

«La mère exerce la puissance paternelle, à moins que l'autorité tutélaire ne donne un tuteur à l'enfant.»

²⁴ SJZ 13, 263, cité par SILBERNAGEL 324 N. 30.

²⁵ Regierungsrat Lucerne, 8 août 1960, RDT 1962, p. 58, n° 14.

²⁶ Regierungsrat Lucerne, 8 janvier 1958, RDT 1959, p. 100, n° 28.

²⁷ Justizdirektion Zurich, 13 avril 1948, RDT 1949, p. 134, n° 45.

²⁸ Chambre des tutelles du Tribunal cantonal vaudois, 15 mars 1961, RDT 1963, p. 20, n° 3; la décision surprend, tout en se justifiant peut-être par les circonstances d'espèce.

Et EUGEN HUBER s'expliquait en ces termes²⁹ :

«La puissance paternelle sera, dans la règle, exercée par le père ou par la mère. Mais ... il siéra de laisser à l'autorité tutélaire la faculté de donner un tuteur à l'enfant, lorsqu'elle le jugera à propos, c'est-à-dire de substituer la tutelle à la puissance paternelle quand les parents ne présentent pas de garanties suffisantes.»

Il y a certes beaucoup plus qu'une nuance entre le système d'EUGEN HUBER et celui qui a finalement prévalu dans le Code civil, quand bien même, en pratique, les résultats de celui-ci doivent être semblables, dans la majorité des cas, à ce qu'auraient été les résultats de celui-là.

Le législateur fédéral, qui avait jugé nécessaire d'introduire la curatelle de l'art.311, a estimé opportun, pour des motifs analogues³⁰, de ne pas attribuer à la mère *ex lege* la puissance parentale à la naissance de son enfant, préférant lui laisser le temps de faire ses preuves. Le fait que beaucoup de mères célibataires soient des mineures (environ la moitié, semble-t-il), soient de condition modeste, inexpérimentées, mal armées le plus souvent pour surmonter les difficultés de l'existence, a sans doute joué son rôle³¹. Mais il n'est pas impossible non plus, ni même improbable, que l'attitude plus restrictive du Code civil, par comparaison avec l'Avant-projet, reflète aussi, en quelque mesure, l'idée d'indignité et de déconsidération sociale qui marquait encore, au début du siècle, plusieurs droits cantonaux.

Quoi qu'il en soit, diverses critiques ont été émises ces dernières années à l'égard des art.311, al.2 et 324, al.3, notamment par l'Alliance des Sociétés féminines suisses et par

²⁹ Motifs, p.230.

³⁰ Cf. SILBERNAGEL 324, N.25.

³¹ La puissance paternelle ne peut pas être conférée valablement à la mère illégitime qui est encore mineure, Regierungsrat Aargau, 4 juin 1945, RDT 1946, p.61, n° 16.

M. H. HUBER, dans son postulat au Conseil national³². Elles relèvent le caractère injustifié de la méfiance manifestée par le législateur, l'effet psychologique défavorable que produit sur la mère la mise sous tutelle de son enfant, l'opportunité de resserrer les liens entre l'enfant et la mère et de développer chez celle-ci le sens de ses responsabilités. On fait valoir en outre la discordance qu'introduit dans le système général de la filiation maternelle l'exception de l'art. 324, al. 3, et, surtout, celle de l'art. 311, al. 2; si la mère célibataire a les mêmes obligations, selon l'art. 324, al. 2, que si son enfant était légitime, il serait logique qu'elle eût aussi les mêmes droits, au moins tant qu'il n'en résulte pas un préjudice manifeste pour l'enfant.

Faut-il en conclure que la mère célibataire devrait être assimilée ici à une mère légitime et se voir attribuer par la loi un droit à la puissance parentale, sous réserve des possibilités d'intervention de l'autorité prévues par les art. 283 et ss.³³ ? Une telle solution, qui ne paraît suggérée par personne, aurait, de par son schématisme et sa rigidité, des inconvénients analogues à celui d'une mise sous tutelle automatique; elle ne tiendrait guère compte de la réalité sociale et psychologique. On se remémorera ici avec profit les observations de BINDER³⁴ sur le niveau moyen des mères célibataires et le danger d'une surestimation de leurs possibilités. Compte tenu aussi des difficultés matérielles et morales qu'entraîne la grossesse hors mariage, de la complexité du rapport psychologique mère-enfant, on ne s'étonnera pas que ce psychiatre, au terme d'une enquête portant sur 350 cas pris au hasard, ait constaté qu'un tiers seulement des mères était capable de recevoir sans restriction l'attribution de l'enfant, alors qu'un quart en était nettement incapable. Toute situation où la mère vit seule avec l'enfant, souligne cet auteur,

³² Alliance des Sociétés féminines suisses, proposition du 28 février 1958, page 4; postulat Huber n° 6920 du 14 juin 1955.

³³ Cf. par exemple l'art. 383 du Code civil français.

³⁴ Op. cit., pp. 303-304; cf. aussi SPITZER, *infra*, note 41.

est de loin la plus difficile, et la plus riche en conflits, de toutes les formes de soins à l'enfant; il faut donc souhaiter que le comportement chargé d'affectivité de la mère envers son enfant soit soumis à la conduite rationnelle d'un tuteur. Le Code civil suisse, parce qu'il permet diverses solutions, conclut BINDER, est plus proche des réalités de la vie.

Tel semble être aussi l'avis de divers milieux, par exemple des tuteurs officiels, qui insistent sur le caractère bénéfique de la tutelle, pour la mère aussi bien que pour l'enfant. L'inexpérience de la mère célibataire, son isolement, sa jeunesse souvent, les graves troubles psychiques fréquemment causés par la grossesse hors mariage alliée à l'abandon par le père de l'enfant, toutes ces circonstances, s'ajoutant parfois à une certaine irresponsabilité, rendraient fort inopportune l'attribution de la puissance parentale à la mère, peu capable de l'exercer. En outre, on fait remarquer que le tuteur laissera assez souvent l'enfant aux soins de la mère, pour autant que son intérêt n'y est pas contraire³⁵; le tuteur délègue ainsi à la mère une partie de ses attributions, notamment le pouvoir d'élever l'enfant (*Erziehungsgewalt*), ceci bien entendu sous sa surveillance et sa responsabilité³⁶.

Ces considérations ne peuvent pas être négligées. Elles conduisent à écarter la solution radicale d'une attribution automatique, *ex lege*, de la puissance parentale à la mère. Mais elles ne nous paraissent pas justifier le maintien du système actuel.

Il est vrai que, dans bien des cas, les dispositions du Code civil sont appliquées de façon satisfaisante, après un examen sérieux des circonstances et des possibilités de la mère; les autorités tutélaires ne manifestent pas aussi souvent qu'on l'a dit un préjugé défavorable à la mère célibataire³⁷. La

³⁵ Cf. par exemple Tribunal cantonal vaudois, 30 août 1954, RDT 1955, p.141, n° 21.

³⁶ Cf. SILBERNAGEL, 324 N.27.

³⁷ Sur les éléments propres à guider son choix entre la mise sous tutelle et l'attribution de la puissance parentale, voir l'article de H. GLANSER, «Die Bevormundung des außerehelichen Kindes und

pratique tutélaire n'est cependant pas uniforme; elle reflète, inévitablement, et surtout en l'absence d'un recours en réforme au Tribunal fédéral, des conditions et traditions locales diverses, modelées dans une certaine mesure par un ancien droit cantonal hostile à l'attribution du pouvoir parental à la mère, hostilité renforcée ou favorisée par le texte de l'actuel art.311, al.2. C'est ainsi que bien des milieux tutélaires considèrent que, dans le doute, l'enfant doit être mis sous tutelle plutôt que d'être placé sous l'autorité de sa mère. Pour soutenable qu'il soit *de lege lata*, ce point de vue doit être rejeté; il fait trop bon marché du rapport naturel étroit qui unit l'enfant à la mère et des fâcheuses conséquences possibles pour celle-ci d'une défiance systématique. Dans le doute, faute d'indication contraire, l'enfant devrait être attribué à la mère car il y a lieu de présumer que tel est son intérêt. Cette solution se recommande d'autant plus que l'autorité tutélaire peut toujours revenir sur ses propres décisions dans l'intérêt de l'enfant³⁸.

La question se pose, à ce propos, de savoir à quelles conditions la mère qui s'est vu attribuer la puissance parentale peut se la voir retirer par l'autorité compétente. Ce retrait est-il possible seulement dans les circonstances prévues par les art.285 et 286 CCS (combinés avec l'art.324, al.2 et 3)? Tel n'est pas le cas dans le système actuel, où la mère célibataire a les mêmes obligations, mais non pas les mêmes droits, que la mère légitime. Tel serait le cas, en revanche, d'un système nouveau où l'assimilation serait poussée plus loin, où la mère se verrait reconnaître un droit spontané, légal, à

die Übertragung der elterlichen Gewalt an die außereheliche Mutter», RDT 1956, p. 81.

³⁸ ATF 49. II. 149, SILBERNAGEL 324, N.31; cf. une décision du Conseil d'Etat d'Argovie, 6 décembre 1957, RDT 1959, p.77 n° 26, selon laquelle il faut laisser l'enfant illégitime à sa mère pour son entretien et son éducation, si elle et son mari présentent des garanties suffisantes; si un doute subsiste à ce sujet, l'enfant sera laissé à sa mère *à l'essai*. – Une solution analogue se justifie en ce qui concerne l'attribution de la puissance parentale elle-même.

la puissance parentale. Dans une solution intermédiaire, il faudrait admettre logiquement que l'autorité compétente peut retirer la puissance parentale, lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige, sans être liée par les conditions des art. 285 et 286. Au demeurant, la différence ne paraît pas grande en pratique entre ces diverses solutions, vu les larges pouvoirs donnés à l'autorité par les dispositions du Code civil concernant les enfants légitimes. Il convient de rappeler que, à côté de la déchéance de la puissance parentale, les autorités de tutelle peuvent prendre d'autres mesures protectrices (art. 283 et 284 CCS), à quoi s'ajoute la possibilité d'une curatelle (art. 392). De ce point de vue-là, on le voit, une éventuelle assimilation de l'enfant naturel à l'enfant légitime, si elle limiterait sans doute la liberté d'appréciation des autorités de tutelle, ne leur enlèverait pas les armes dont elles doivent disposer pour pouvoir protéger l'enfant le cas échéant.

En résumé, les dispositions du Code civil doivent être révisées qui concernent l'attribution de la puissance parentale ou la mise sous tutelle des enfants naturels qui restent à leur mère, c'est-à-dire de la grande majorité des enfants naturels. On a invoqué, en faveur du statu quo, la flexibilité du système, qui permet l'examen du cas particulier. S'il le permet, il ne l'impose pas assez, et favorise au contraire, par l'art. 311, al. 2, la mise sous tutelle comme une affaire de routine. Une amélioration minimum serait celle qu'envisageait le Conseiller fédéral FELDMANN³⁹; elle consiste à prévoir l'obligation pour les autorités de tutelle d'examiner dans chaque cas la possibilité de conférer la puissance parentale à la mère, après avoir entendu celle-ci et, en cas de décision négative, dans l'obligation de transmettre l'affaire pour décision, sur demande de la mère, à l'autorité tutélaire de surveillance. Il y faudrait ajouter, en tout état de cause, dans l'intérêt de l'application uniforme du droit fédéral, une modi-

³⁹ Le 20 septembre 1955, au Conseil national, dans sa réponse au postulat Huber.

fication de l'art.44 OJF de façon à permettre le recours en réforme.

Cette solution ne tient peut-être pas assez compte de l'intérêt, souligné par les partisans d'une réforme, qu'il peut y avoir à développer le sens des responsabilités chez la mère, à encourager celle-ci, ainsi qu'à diminuer le poids de la réprobation sociale et morale qui l'entoure souvent encore. C'est la raison pour laquelle on pourrait revenir avec avantage, croyons-nous, au texte d'EUGEN HUBER⁴⁰ : «*La mère exerce la puissance paternelle, à moins que l'autorité tutélaire ne donne un tuteur à l'enfant.*»

Si l'on craint que les autorités de tutelle, surchargées comme elles le sont, dans les villes tout au moins, n'en viennent à négliger de substituer la tutelle à la puissance parentale de la mère là où cela serait cependant nécessaire, on préférera alors un texte plus net, disant par exemple : «*L'autorité tutélaire confère la puissance parentale à la mère, à moins que l'intérêt de l'enfant n'exige sa mise sous tutelle.*»

L'une ou l'autre de ces formules, avec le corollaire nécessaire de la modification de l'art.44 OJF pour permettre le recours en réforme, nous paraît représenter un progrès par rapport au système actuel. Le choix entre les deux n'est pas aisé, et dépend surtout de données de fait, assez variables, sur l'organisation et l'efficacité des divers services et autorités chargés des questions tutélaires. En tous les cas un large accord semble régner sur un point : il est désirable, comme le demandait M. GITERMANN dans son postulat du 25 juin 1957 au Conseil national, que la mère exerce la puissance parentale toutes les fois qu'elle en est capable et que l'intérêt de l'enfant n'y est pas clairement opposé. On peut hésiter sur les modalités de la mise en œuvre d'un tel principe ; mais il nous paraît difficile de prétendre que le texte actuel du Code civil l'énonce, ou même en permette une réalisation satisfaisante⁴¹.

⁴⁰ Avant-projet, art.350, al.2.

⁴¹ SPITZER, «Vor einer Teilrevision des Familienrechtes», in Pro-

Passons au cas de *l'enfant naturel reconnu ou attribué judiciairement à son père* (art. 325–236 CCS). Il s'agit, on le sait, d'une minorité seulement des enfants naturels^{42a}. Dès le moment qu'une relation juridique est établie entre l'enfant et le père, la question de l'attribution de la puissance parentale se présente bien entendu d'une manière différente. Disons simplement ici, avant de revenir sur ce sujet, que la nature des choses commande d'accorder à la mère naturelle un certain droit de préférence par rapport au père naturel, auteur de la reconnaissance (pour ne pas parler du défendeur condamné dans le procès en paternité, père légal malgré lui, à qui il sera le plus souvent absurde d'attribuer la puissance parentale). Les données variables du problème interdisent une solution unique et rigide; on ne saurait par exemple, à l'instar de la loi tchécoslovaque, partager la puissance parentale au nom du principe de l'égalité des sexes. On pourrait à la rigueur, comme la loi danoise du 18 mai 1960, faire de la mère naturelle la seule détentrice de la puissance parentale, l'autorité ayant seulement le pouvoir de la conférer au père après la mort de la mère. Une solution plus souple, permettant de tenir compte des particularités de l'espèce, est certes préférable.

Pourtant, une modification du texte de l'art. 325, al. 3, paraît désirable; aux motifs énoncés plus haut en faveur d'une présomption d'attribution à la mère, dans le cas où l'enfant suit sa condition, s'ajoute ici un fait peu discutable: dans la grande majorité des cas, l'intérêt de l'enfant sera d'être confié à la mère. Pour le cas où il n'en serait pas ainsi, il suffira de permettre à l'autorité tutélaire de prendre une décision en conséquence. On notera que le texte de l'art. 325, al. 3, s'il ne mentionne pas expressément la possibilité d'une mise sous tutelle, ne l'exclut pas; elle est au contraire mise en

blèmes et Buts de la Tutelle, p. 148, 160, souligne, avec raison, l'absence de capacité de nombreuses mères célibataires, mais il en déduit à tort que l'art. 324 al. 3 doit être maintenu.

^{42a} Nous examinerons plus loin les effets de la filiation illégitime du côté paternel. Voir *infra*, Chapitre XVII.

évidence par l'art.311, al.2. Il y aura lieu ici de modifier l'art.325, al.3 (ainsi que l'art.311, al.2) d'une manière analogue à celle que nous avons suggérée pour l'art.324, al.3. On pourrait dire par exemple que «la mère exercera la puissance parentale (ou bien que «l'autorité tutélaire confère la puissance parentale à la mère»), à moins que l'intérêt de l'enfant n'exige qu'il soit placé sous l'autorité du père ou mis sous tutelle».

D'autre part, s'il est une réforme qui s'impose, c'est bien la suppression de l'art.326, al.2. Encore qu'il confère une simple faculté à l'autorité tutélaire, et soit probablement peu utilisé en pratique, du moins on veut l'espérer, cet article est généralement considéré comme tout à fait dépassé; ce partage temporel de l'attribution de la puissance parentale, en périodes arbitrairement fixées d'avance, ne répond à aucune justification.

Quelles *conclusions* tirer de l'examen qui précède quant à une révision du droit de la filiation naturelle du côté maternel?

C'est uniquement sur le terrain des *effets* juridiques de la filiation naturelle maternelle que certaines modifications du Code civil paraissent s'imposer. En ce qui concerne en revanche l'*établissement* et la preuve de cette filiation, le système actuel, très simple, ne soulève guère de problèmes; il est entré dans les mœurs, et il semble même gagner du terrain en droit comparé, comme l'indique l'exemple du droit français. Il est vrai que, dans certains cas, la faculté de rester dans l'anonymat pourrait avoir quelques avantages pour la mère et même, par le biais de l'adoption, pour l'enfant. Les adoptions pourraient en être facilitées. Mais les inconvénients d'un système de reconnaissance de maternité et d'action en recherche de maternité naturelle sont loin d'être négligeables. Un tel système heurterait nos traditions et notre sentiment juridique, lequel s'accoutumerait malaisément, semble-t-il, d'un droit au reniement de l'enfant naturel par sa mère. Dira-t-on qu'il y a là inégalité de traitement entre la mère et le père naturels, au regard par exemple

du droit italien ? L'argument serait peu concluant, vu l'inégalité des situations de fait, inégalité que le progrès des preuves scientifiques de la paternité (dont il sera question plus loin) a partiellement transformée sans la supprimer. L'évolution juridique contemporaine tolère en revanche de moins en moins l'anonymat du père naturel, sinon sur le plan de l'état civil, du moins sur celui des responsabilités pécuniaires. En ce sens on peut dire qu'elle tend à rétablir une certaine «égalité» entre les deux parents.

Dans le domaine des *effets* de la filiation naturelle du côté de la mère, des modifications doivent être apportées à diverses dispositions du Code civil concernant la puissance paternelle ou, pour mieux dire, la puissance parentale^{42b}. Le progrès consistera ici, et l'on en trouvera par la suite d'autres exemples, à revenir à la pensée d'EUGEN HUBER. Il s'agit d'effacer du Code les marques de défiance *a priori* qu'on y trouve quant aux capacités maternelles de la mère célibataire. Il y a lieu de partir de l'idée, dans l'intérêt des *deux* parties, du rapport étroit qui unit l'enfant et la mère, laquelle sera présumée capable d'exercer la puissance parentale sur son enfant et se la verra conférer en règle générale, à moins qu'une autre solution ne soit exigée par l'intérêt manifeste de l'enfant lui-même. Une telle réglementation aurait en outre le mérite d'introduire davantage d'harmonie dans la condition juridique de la mère célibataire vis-à-vis de son enfant, davantage d'équilibre entre les obligations de celle-ci (art.324, al.2) et ses droits. Une assimilation totale avec la filiation légitime ne semble cependant pas indiquée, car elle méconnaîtrait des différences de fait qui commandent plus de souplesse dans le mécanisme d'attribution de la puissance parentale.

^{42b} Il convient en effet de profiter d'une révision au fond pour renoncer, ici comme en d'autres domaines, à une terminologie équivoque, et pour mettre le texte français en harmonie avec le texte allemand, plus juste, voire avec le texte italien, qui parle seulement de pouvoir ou d'autorité.

Il convient en résumé de modifier le texte des art. 311, al.2, 324 al.3 et 325 al.3, et de supprimer d'autre part l'art. 326 al.2. Quant à l'art.327, relatif aux droits sur les biens de l'enfant, il mérite d'être conservé, en dépit de son importance pratique sans doute limitée; sa souplesse peut permettre à l'autorité tutélaire de nuancer ses décisions selon les exigences du cas d'espèce. Tout au plus pourrait-on, éventuellement, par souci de symétrie avec le texte modifié des dispositions précédentes, mentionner la mère avant le père naturel. Enfin, répétons l'opportunité qu'il y a à compléter le texte de l'art.44 OJF de façon à introduire le recours en réforme contre le refus d'attribuer la puissance parentale à la mère ou au père et de remédier ainsi à ce qui est ressenti dans divers milieux comme un déni de justice.

Les autres effets juridiques de la filiation naturelle du côté maternel ne méritent que quelques observations fragmentaires. On évoquera plus loin la condition juridique de l'enfant naturel vis-à-vis de sa mère et de son père, et en particulier ce qui touche à son nom et à son droit de cité (art.324 et 325 CCS). De même pour la question du droit de la mère (ou le cas échéant du père naturel) à entretenir des relations personnelles avec l'enfant qui n'a pas été placé sous son autorité. En ce qui concerne le devoir d'entretien et d'éducation de la mère, il est le même que si l'enfant était légitime (art.324, al.2). Aussi les art.271 et 272 doivent-ils être appliqués. Ces obligations ne dépendent aucunement du fait que la débitrice s'est vu conférer la puissance parentale; le fait que l'enfant naturel a été placé chez des tiers ou dans un établissement n'entraîne donc aucune diminution de ce devoir⁴³. Ce devoir d'entretien et d'éducation, qui incombe à la mère en première ligne et l'oblige dans toute la mesure de ses forces (pour autant que l'enfant n'est pas entretenu déjà en fait du côté paternel) n'est pas limité, il faut peut-être le rappeler, à la pension alimentaire à laquelle le père naturel peut être condamné selon l'art.319⁴⁴.

⁴³ Cf. par exemple ATF 78. IV. 41 = JT 1953. IV. 20.

⁴⁴ Cf. SILBERNAGEL, 324, N. 20-21.

Il y a là un élément d'inégalité dont on se demandera, par exemple au regard des dispositions relatives à la responsabilité du père naturel, s'il est justifié ou non.

Enfin, le devoir d'entretien n'incombe pas seulement à la mère, mais aussi à la famille de celle-ci, et d'autre part à l'enfant naturel vis-à-vis de la famille maternelle, dans les limites et les conditions des art. 271, 328 et 329; ceci selon le principe de la réciprocité⁴⁵. On peut se demander si cette réglementation est toujours équitable, notamment pour l'enfant naturel (par exemple dans le cas où il aurait été rejeté par sa mère ou, moins rarement, par les parents ou les enfants légitimes de celle-ci). Mais il y a là une conséquence logique de l'ensemble du système suisse de la filiation naturelle du côté maternel et, d'autre part, des fondements mêmes des art. 328 et ss., qui ne tiennent aucun compte des mérites ou de la moralité du créancier de la dette alimentaire⁴⁶.

⁴⁵ Cf. SILBERNAGEL, 328 N. 24, 47.

⁴⁶ Cf. EGGER, 328 N. 3 b, SILBERNAGEL, 328 N. 27.

TITRE II

LA RECONNAISSANCE VOLONTAIRE
DE PATERNITÉ ILLÉGITIME

Chapitre II:

Nature et effets de la reconnaissance

Selon le Tribunal fédéral⁴⁷, la reconnaissance est l'acte par lequel l'auteur «exerçant un droit que la loi lui donne, modifie l'état de l'enfant illégitime dans le sens de l'art. 325 CC, même lorsqu'il ne pourrait y être contraint au moyen de l'action prévue par l'art. 323». Le père illégitime, qui peut légitimer son enfant (même, dans les conditions de l'art. 260, sans épouser la mère) ou l'adopter, et lui donner ainsi le statut d'enfant légitime, peut aussi le reconnaître. On serait tenté de dire ici: qui peut le plus, peut le moins (mais une comparaison entre l'art. 304, qui interdit la reconnaissance d'un adultérin, et les art. 258 ss. et 264 ss., montre la fragilité de ce genre de raisonnement).

L'institution est, on le sait, d'origine française. Le législateur fédéral l'a reprise du droit des cantons romands, parce qu'il la jugeait favorable en soi à l'enfant naturel, dont il entendait améliorer le sort. Il est remarquable qu'elle se soit bien implantée en terre alémanique. Le nombre des reconnaissances n'est certes pas très élevé et se maintient, depuis plus de vingt ans, entre 400 et 500 environ par an. Ce chiffre seul justifierait du reste une étude attentive de l'institution, mais l'importance de celle-ci ne se mesure pas en termes mathématiques. La reconnaissance occupe, en droit suisse, comme en droit français, une place centrale dans le système de la filiation illégitime, dont on pourrait difficilement, sans elle, saisir les fondements et l'esprit.

⁴⁷ ATF 75. II. 7, 14 = SJ 1949, 449 et JT 1950. I. 89.

Remontons aux sources, c'est-à-dire au droit français, au moins pour situer la question. On conçoit que la reconnaissance tienne une place importante, voire unique, dans un droit dominé par l'idée de l'essentielle incertitude de la filiation illégitime⁴⁸. Qui ira assumer volontairement les charges et les inconvénients d'une paternité illégitime (alors surtout qu'il ne risque aucune action en recherche de paternité) s'il n'a pas de sérieux motifs d'être convaincu de sa paternité biologique ? Dans ces conditions, pouvait-on penser, il n'y a pas lieu de rechercher si la paternité ainsi «reconnue» est réelle ou non⁴⁹.

Cette considération, pour valable qu'elle soit en règle générale, peut se révéler erronée; ne fût-ce que parce que la reconnaissance peut procurer des avantages à son auteur, d'ordre successoral ou autre⁵⁰. Lorsque l'institution de la reconnaissance coexiste avec l'action en recherche de paternité, la question se présente d'une manière un peu différente, bien que l'on puisse toujours partir de l'idée que l'auteur n'aurait pas procédé à la reconnaissance s'il n'était convaincu d'être le père⁵¹. D'autre part, on peut remarquer que la découverte de modes de preuve scientifiques de la paternité aura son influence sur les conceptions que l'on se fait de la reconnaissance.

⁴⁸ «Les opérations de la nature dans le mystère de la génération sont impénétrables; il nous serait impossible de soulever le voile qui nous les dérobe: sans un mariage public et solennel, toutes les questions de filiation resteraient dans le nuage ... La loi ne présument rien, et ne pouvant rien présumer pour des enfants nés d'une conjonction qu'elle n'avoue pas, il faut que ces enfants soient reconnus par les auteurs de leurs jours pour pouvoir réclamer des droits...», PORTALIS, Discours préliminaire sur le projet de Code civil, Paris, 1844, pp.38 et 40.

⁴⁹ Rapport BOEHMER, p.67.

⁵⁰ Un exemple en est, en droit français, l'arrêt Fontaine, Cass. Civ. 8 mars 1938, D.P. 1939. I.17, célèbre en droit international privé, où, 29 ans après la naissance, une mère reconnaissait sa fille afin de lui réclamer une pension alimentaire.

⁵¹ Sur les reconnaissances «de complaisance», voir plus loin, Chapitre V.

Reste à savoir comment s'explique et s'analyse la reconnaissance de paternité. Est-ce l'aveu d'un fait (qui ne pourrait être que celui de la cohabitation)? Est-ce l'expression, plutôt, d'une conviction personnelle, celle de la paternité? Est-ce une manifestation de volonté tendant à établir un rapport juridique de filiation?

On connaît les controverses de la doctrine française, les hésitations de la jurisprudence et des auteurs quant à la nature véritable de la reconnaissance, *admission* pour les uns, *confession* pour les autres. S'agit-il d'un acte juridique, constitutif, d'une sorte d'adoption en plus faible? S'agit-il au contraire, plutôt que d'un acte juridique, d'une preuve, de la confession d'un fait préexistant? Il n'est pas sûr que ces distinctions (dont on retrouvera l'écho à propos des effets, constitutifs ou rétroactifs, de la reconnaissance) soient d'une grande utilité. Selon CARBONNIER⁵², la nature juridique de la reconnaissance est double: aveu et acte de volonté ou «adhésion de la volonté à la vérité». Alors que la reconnaissance de l'Ancien Droit était surtout un aveu, le droit révolutionnaire, inspiré de la philosophie volontariste du XVIII^e siècle, n'est pas loin de la considérer comme «un acte de volonté joyeuse et d'une gravité antique»⁵³. Le Code Napoléon combine en quelque sorte les deux idées, suivant un dosage sur lequel les commentateurs ne s'entendent guère, mais dans lequel l'élément volontaire ne domine pas; il est significatif que la jurisprudence française admette que puisse valoir reconnaissance la déclaration échappée à un individu dans une instruction pénale ou une enquête civile⁵⁴.

Il en est différemment en droit suisse, où l'élément volontaire de la reconnaissance paraît plus nettement accentué. Selon le Tribunal fédéral⁵⁵:

⁵² Droit civil, I, p. 514.

⁵³ CARBONNIER I, p. 512.

⁵⁴ Aveu psychologique par opposition à l'aveu juridique, CARBONNIER, op. cit., p. 514.

⁵⁵ ATF 75. II. 6 = SJ 1949, 449 = JT 1950. I. 89.

«La reconnaissance de l'art.303 n'est pas une simple déclaration, un simple aveu. Elle est un acte par lequel l'auteur de la reconnaissance, exerçant un droit que la loi lui donne, modifie l'état de l'enfant illégitime, dans le sens de l'art.325, ...».

Soumise, comme en droit français, à des exigences de forme, la reconnaissance du droit suisse est une déclaration de volonté, unilatérale, non soumise à réception ou à acceptation. Si elle implique l'aveu de la cohabitation avec la mère et l'expression de la conviction que l'enfant est le fruit de cette cohabitation, elle doit être nettement distinguée de l'aveu de paternité, sans formes, qui n'implique qu'une admission des relations intimes et de la possibilité de la paternité. Cet aveu, s'il est fait en justice, n'aura que des effets procéduraux, déterminés par le droit cantonal⁵⁶.

Expression d'une conviction ou manifestation de volonté ? Ou les deux à la fois ? Il y a certainement manifestation de volonté, fondée (au moins généralement) sur la conviction de la paternité ; la reconnaissance de complaisance, elle, ne peut pas être tenue pour valable, non pas parce que la conviction de la paternité fait défaut, mais parce que la paternité biologique elle-même, exigée par le législateur, n'existe pas⁵⁷. Volonté, donc, mais ayant quel objet ? Celui d'établir le statut, défini par la loi (art.325), de filiation illégitime, de créer une paternité juridique. Mais peut-on parler de création du rapport de filiation ? On l'a remarqué, le reconnaissant ne choisit aucunement le contenu de l'institution, les droits et obligations qui en découlent ; la reconnaissance n'est qu'un «acte-condition», selon la terminologie française, c'est-à-dire la condition d'application d'un statut.

C'est ici que surgit la controverse bien connue sur les *effets* de la reconnaissance de paternité : sont-ils déclaratifs

⁵⁶ Cf. EGGER 303 N.2-3 ; SILBERNAGEL 303, N.1 ; AUBERT, *op. cit.*, pp.49ss.

⁵⁷ En ce qui concerne la conviction erronée, voir plus loin, Chapitre IV.

ou constitutifs ? La reconnaissance produit des effets immédiats⁵⁸, dès que les formes requises ont été accomplies (dans le cas d'une reconnaissance par disposition pour cause de mort, il faut bien entendu la mort du testateur) et non pas seulement après l'expiration du délai d'opposition des art. 305-306⁵⁹. Mais remontent-ils à la naissance, voire au moment de la conception ? Les effets se produisent-ils *ex nunc* ou *ex tunc* ? La reconnaissance est-elle constitutive ou déclarative ? Y a-t-il rétroactivité de ses effets ou non ? Telles sont les questions (jugées équivalentes, peut-être un peu vite) qui divisent les auteurs. Elles ne sont pas tranchées par la jurisprudence.

Bien que le problème ait un intérêt pratique⁶⁰, ainsi qu'une importance théorique, car il nous éclaire sur la nature de l'institution, il est superflu de s'étendre ici sur cette controverse. Nous pensons que la reconnaissance est constitutive ; on a pu en douter quelquefois en raison de sa rétroactivité, au jour de la naissance et même de la conception, rétroactivité prévue par le législateur dans l'intérêt de l'enfant⁶¹. Il nous paraît inexact d'affirmer que la filiation illégitime serait la conséquence juridique de la parenté naturelle de sang et que la relation enfant-père n'est pas différente après la reconnaissance qu'avant⁶². Malgré la rétroactivité, la relation enfant-père *est* autre après la reconnaissance, et la parenté biologique, si elle est une condition nécessaire du statut, n'est point une condition suffisante : il faut l'acte de

⁵⁸ Ce qui est conforme à la nature de la reconnaissance, déclaration unilatérale sans destinataire déterminé.

⁵⁹ ATF 69. I. 213 = SJ 1944, 97.

⁶⁰ Cas des successions qui auraient été liquidées entre le moment de la naissance, ou de la conception, et celui de la reconnaissance, sans tenir compte de la filiation illégitime ainsi établie ; cas des prestations dues pour la période précédant la reconnaissance.

⁶¹ AUBERT, op. cit., p. 53, montre bien que l'on ne peut parler de rétroactivité que s'il y a acte *constitutif*. Pour la valeur déclarative de la reconnaissance, assortie de rétroactivité, SILBERNAGEL 303 N. 1, EGGER 303, N. 9, 325, N. 5.

⁶² HORSTMANN, Anlage II, Rapport BOSCH, p. 158.

reconnaissance⁶³. L'argument tiré de la loi du 29 septembre 1952 sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse (art.2), qui n'admet pas la rétroactivité et dénie même tout effet à la reconnaissance lorsque l'enfant reconnu est majeur, paraît dénué de pertinence dans ce débat; rien n'empêchait le législateur, sur le terrain particulier de la nationalité, de préférer une solution différente de celle du droit civil à la question des effets de la reconnaissance.

Chapitre III:

Les conditions de validité de la reconnaissance

Soucieux d'améliorer la condition de l'enfant illégitime, le législateur fédéral a voulu faciliter la reconnaissance de paternité, moins sans doute que ne le souhaitait EUGEN HUBER⁶⁴ mais cependant d'une manière nette. Ainsi l'auteur n'a pas besoin d'être majeur, ni même d'avoir l'âge de dix-huit ans^{65a}. Il lui suffit d'avoir le discernement, soit la faculté d'agir raisonnablement, ce qui implique, relativement à l'institution de la reconnaissance de paternité, la conscience et la volonté nécessaires et il peut alors agir seul, sans le concours d'un représentant légal, car il exerce un droit strictement personnel, au sens de l'art.19 al.2^{65b}.

⁶³ Pour le caractère déclaratif, cf., en France, JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Précis de droit civil, I, p.413, qui considère la reconnaissance comme un simple mode de démonstration, qui ne crée pas le lien juridique de filiation, lequel résulte de la filiation naturelle même.

⁶⁴ Cf. par exemple l'art.304, l'art.303, al. 1^{er}, qui remplace les ascendants par le seul grand-père paternel, l'art.303, al.2, qui prévoit deux formes de reconnaissance, au lieu de trois dans l'Avant-projet.

^{65a} Comme le voudrait l'art.467 CCS, pour le testament; cf. EGGER, 303 N.12; DECOPPET, L'enfant naturel et son père, thèse Lausanne 1917, p.42; SILBERNAGEL 303 N.19 ne se prononce pas sur la non-applicabilité de l'art.467.

^{65b} Une condition d'âge, implicite, résulte de la nécessité de la capacité de procréer; la Cour de Colmar a jugé, le 14 février 1950,

La *favor recognitionis* ne saurait conduire à une sorte de dilution des exigences classiques relatives au discernement. L'intérêt de l'enfant n'est pas d'être reconnu, par exemple, par un faible d'esprit incapable de juger de l'étendue des responsabilités qu'il assume ou de résister normalement à l'influence de la mère de l'enfant ou de ses proches⁶⁶, même si l'auteur de la déclaration est véritablement le père. L'intérêt de l'enfant n'est pas non plus d'être l'objet d'une reconnaissance obtenue par la tromperie, par les promesses de la mère (d'épouser le père, par exemple) ou par l'exploitation de l'ignorance ou de l'erreur de l'auteur⁶⁷.

N'est pas incapable de discernement celui qui ignorait qu'il n'était pas juridiquement obligé de procéder à la reconnaissance mais pouvait se contenter de promettre une pension alimentaire ou même résister à toute réclamation de la mère ou du curateur de l'enfant⁶⁸. Cette ignorance (dont on verra plus loin si elle constitue ou non un motif d'action en annulation) ne doit pas être rare, on l'imagine; et elle pose le problème des devoirs des autorités de tutelle ou du curateur. Sont-ils obligés d'informer le père qu'il n'est pas juridiquement obligé de reconnaître l'enfant? Est-ce le rôle du curateur d'attirer ainsi l'attention du père, dans un cas où la reconnaissance serait, par hypothèse, favorable à l'enfant? On peut penser qu'il suffit que le curateur réponde loyalement aux questions qui lui seraient posées par le père à ce sujet⁶⁹.

On ne saurait affirmer de manière absolue que, lorsque la reconnaissance a été décidée par le père réel parce qu'il s'y

D.1950, Somm.58, que la reconnaissance ne pouvait être contestée pour le seul fait que le déclarant était âgé de 12 ans à l'époque de la conception.

⁶⁶ Cf. ATF 77. II. 97 = JT 1952. I. 290; 55. II. 229 = JT 1930. I. 98.

⁶⁷ Cf. plus loin Chapitre IV.

⁶⁸ ATF 77. II. 97 = JT 1952. I. 290.

⁶⁹ Sur ce problème tel qu'il se présente lors de la négociation de conventions alimentaires, cf. les considérations de COMMENT, article cité infra, Chapitre XV.

croyait juridiquement obligé, cette reconnaissance sera toujours et nécessairement préjudiciable à l'enfant; il est possible aussi que le père, une fois lié, même s'il découvre par la suite son erreur à ce sujet, en vienne à s'attacher à son enfant. Il importe en tous cas que la mère ou ses conseillers, le curateur ou les autorités de tutelle en particulier, jouent franc jeu pour obtenir la reconnaissance. Plus encore, nous semble-t-il, que dans le cas de la négociation de conventions alimentaires. Il faut que la reconnaissance reste volontaire, le fruit d'une volonté libre, et donc suffisamment éclairée, sinon, comme le souhaitait l'idéologie de la Révolution française, «un acte de volonté joyeuse»!⁷⁰

Acte volontaire, juridiquement (sinon toujours psychologiquement) spontané, la reconnaissance, comme du reste le simple engagement pécuniaire, ne peut pas être considérée comme une sorte de libéralité, le père ayant le devoir moral de reconnaître son enfant (ce qui suppose qu'il n'a pas de raison de douter de sa paternité) ou tout au moins de subvenir à son entretien. On s'est même demandé si la reconnaissance ne pouvait pas être expliquée par la notion d'acquiescement d'une obligation naturelle, l'enfant étant «naturel» au même sens que l'obligation du même nom⁷¹.

A part l'exigence du discernement, il n'y a pas d'autre condition touchant à la personne de l'auteur, sinon que celui-ci, bien entendu, doit être le père réel de l'enfant. Mais cette condition n'est vérifiée qu'*a posteriori*, si une procédure d'opposition est engagée⁷². En cas d'incapacité per-

⁷⁰ Cf. CARBONNIER I, p. 512ss. — C'est pour cette raison, précisément, que, dans un intéressant jugement de 1935, la Cour de cassation française a jugé qu'un individu dont la paternité avait été judiciairement déclarée ne pouvait pas être condamné à réparer le préjudice qu'il avait causé à son enfant en ne le reconnaissant pas spontanément, car la reconnaissance cesserait d'être volontaire si le refus d'y procéder devenait une source de responsabilité; Cass. civ. 28 octobre 1935, D.H. 1935.537.

⁷¹ CARNELUTTI, cité par CARBONNIER I, p. 515.

⁷² Art. 305-306; sur les objections que peut soulever ce système,

manente de discernement ou de décès du père (à quoi il faut ajouter le cas de la déclaration d'absence), il peut y avoir *reconnaissance par le grand-père paternel*, mais par lui seulement (art.303, al.1). L'Avant-projet d'EUGEN HUBER, plus large (art.331), ainsi que le Projet (art.313) prévoyaient que, dans ces cas, l'enfant naturel pouvait être reconnu «par un ascendant du père». On sait que la solution actuelle est le fruit d'un compromis, la Commission du Conseil national ayant souhaité réserver au père seul le droit de reconnaître, vu le caractère intime et personnel de la reconnaissance. Sur ce point, la proposition a été faite de revenir, au moins partiellement, aux projets du Code civil, en permettant aux deux grands-parents paternels de procéder à la reconnaissance⁷³.

L'objection vient immédiatement à l'esprit: est-il utile d'introduire une réforme de ce genre, ou même de l'étudier, étant donné la rareté des cas de reconnaissance «grand-paternelle»? L'objection nous paraît d'autant moins décisive qu'une éventuelle réforme du droit de la famille ne saurait être décidée en fonction de critères purement quantitatifs. Il se peut que les cas soient rares où un enfant illégitime aurait pu être reconnu par sa grand-mère paternelle (par exemple après le décès du grand-père); nous n'en savons à peu près rien, en réalité, en l'état actuel de nos moyens d'information dans les sciences sociales. Quoi qu'il en soit, il s'agit d'abord de rechercher si la réforme proposée se justifie par des raisons intrinsèques, et non pas à cause d'une quelconque «loi du marché» et d'une «demande» des «consommateurs de droit».

La solution d'EUGEN HUBER partait de l'idée qu'un ascendant du père représentait la parentèle dont il était l'auteur⁷⁴; elle permettait, non seulement aux grands-parents

qui permet à n'importe qui de reconnaître l'enfant, voir plus loin Chapitre IV.

⁷³ Propositions de l'Alliance des Sociétés féminines suisses et du Groupe des femmes du PSS.

⁷⁴ Motifs, p.223.

paternels, mais aux arrière-grands-parents de procéder à la reconnaissance, ce qui, étant donné la jeunesse de nombreux pères illégitimes et, d'autre part, l'allongement actuel de la durée de la vie humaine, ne peut être considéré comme totalement dénué d'intérêt pratique. En outre, cette solution était conforme au principe de l'égalité des époux et il ne faut pas oublier que la reconnaissance produit des effets juridiques qui intéressent aussi la grand-mère (par exemple en matière de succession). Il n'y a certes aucune raison objective de préférer ici le grand-père à la grand-mère paternels ; au contraire, on peut penser que lorsque l'enfant n'est pas élevé dans la famille maternelle et que le père n'est pas en état de le reconnaître, une grand-mère paternelle restée veuve sera probablement plus apte à élever l'enfant, et plus encline à le reconnaître, qu'un grand-père paternel resté veuf. Ce n'est donc pas tant le principe de l'égalité que la considération de l'intérêt de l'enfant à être reconnu qui doit guider dans la recherche d'une solution. Le législateur a pensé (que ce soit à tort ou à raison, il nous reste à le rechercher) qu'il fallait faciliter les possibilités de reconnaissance dans l'intérêt de l'enfant. Ceci posé, on ne voit aucune raison sérieuse de limiter au seul grand-père paternel la faculté de reconnaître, et une extension de ce droit à la grand-mère n'augmenterait pas d'une manière sensible les inconvénients du système actuel. Il est vrai qu'une reconnaissance faite à l'insu du père (incapable ou absent) peut créer des difficultés, si le père vient à recouvrer le discernement par exemple. La possibilité plus ou moins théorique de telles difficultés n'a pas retenu le législateur en 1907 ; elle ne pourrait guère le retenir davantage aujourd'hui, s'agissant d'étendre à la grand-mère paternelle le droit de reconnaître l'enfant naturel.

En résumé, il est clair que la réforme proposée est d'une portée extrêmement limitée. On peut supposer qu'elle n'améliorerait le sort des enfants illégitimes que dans des cas peu nombreux. Cette perspective paraît toutefois justifier, à l'occasion d'une révision plus générale du droit de la filiation

illégitime, une modification de l'art. 303, al. 1^{er}, en l'absence, répétons-le, de toute raison objective du maintien du statu quo.

Quelles sont les *conditions de la reconnaissance relatives à l'enfant*? La reconnaissance peut avoir lieu en tout temps. Elle est donc possible dès avant la naissance, dès la conception, c'est-à-dire, pratiquement, dès la première cohabitation qui a pu causer la grossesse⁷⁵.

Il faut admettre d'autre part, bien qu'on l'ait contesté⁷⁶, que l'enfant naturel peut être reconnu même après sa mort⁷⁷. La loi ne pose en effet aucune condition de délai, et la solution contraire ne peut être défendue par l'argument que la reconnaissance présuppose un lien physique entre l'auteur de la reconnaissance et l'enfant, car aucune disposition légale n'exige que ce lien physique *continue à exister* au moment de la reconnaissance. Au contraire, la loi permet expressément cet acte juridique après la mort du père (art. 303, al. 1^{er}), si bien que l'on ne voit pas pourquoi il en serait autrement après la mort de l'enfant⁷⁸. La solution est donc la même qu'en droit français, où la reconnaissance d'un enfant décédé est possible, qu'il ait laissé ou non des descendants.

Encore faut-il que la reconnaissance soit sincère et non abusive; motivée par la cupidité, par le désir de recueillir un

⁷⁵ En fait, la grande majorité des reconnaissances ont lieu dans le premier mois après la naissance, et moins d'un dixième des cas avant celle-ci; d'autre part, dans un dixième des cas environ, la reconnaissance a lieu plus d'une année après la naissance, tandis qu'une assez forte proportion des reconnaissances se font, après le premier mois, dans le courant de l'année suivant la naissance.

⁷⁶ A. MEYER, *Die Anerkennung außerehelicher Kinder und die Zuspriechung mit Standesfolge*, thèse Zurich 1932, citée par AUBERT, p. 57.

⁷⁷ Pour autant, bien entendu, qu'il ne s'agisse pas d'un enfant mort-né, lequel n'a jamais eu la personnalité juridique (art. 31 CCS; cf. REC 1935, p. 12).

⁷⁸ AUBERT, *op. cit.*, p. 57; cf. EGGER, 303 N. 8, SILBERNAGEL, 303, N. 22-23.

héritage, alors que l'auteur ne s'est pas occupé de l'enfant de son vivant, elle devrait être considérée comme l'exercice abusif d'un droit⁷⁹. L'abus de droit constitue en effet le seul moyen de réagir contre certaines reconnaissances égoïstes d'un enfant naturel décédé; l'opposition de l'art. 305, al. 1^{er}, ne saurait être utilisée puisque le préjudice causé par une telle reconnaissance, si préjudice il y a, ne toucherait pas l'enfant lui-même, mais tout au plus sa mémoire.

Pour pouvoir être reconnu, l'enfant doit bien entendu être illégitime. On peut se demander si une reconnaissance antérieure par un autre homme ou une attribution judiciaire de paternité avec effets d'état civil fait obstacle à une reconnaissance ultérieure. La logique voudrait sans doute que celui qui entend procéder à la reconnaissance de son enfant obtienne d'abord l'annulation d'une reconnaissance précédente par un tiers (ou la révision du jugement de paternité). Dans l'intérêt de l'enfant, il paraît préférable d'admettre que la reconnaissance peut tout de même avoir lieu, sous la condition que la reconnaissance antérieure soit déclarée nulle par jugement. Il est vrai que les auteurs considèrent que la reconnaissance est, par sa nature, inconditionnelle⁸⁰; mais ceci ne vise qu'à empêcher l'auteur de subordonner sa reconnaissance par exemple à tel ou tel comportement de la mère, ou au sexe de l'enfant à naître. A ne pas admettre la possibilité d'une telle reconnaissance sous condition, on risquerait que, une reconnaissance antérieure ou même une légitimation étant annulée, le demandeur ne vienne à changer d'avis, après avoir obtenu gain de cause, et ne renonce à procéder à la reconnaissance; ou bien qu'il meure avant d'avoir pu procéder à celle-ci. Une autre façon de sauve-

⁷⁹ Cf. EGGER, 303, N.8; plusieurs décisions françaises ont en revanche admis la validité d'une reconnaissance profitant uniquement à son auteur, pourvu qu'elle soit sincère: par exemple C. Lyon, 26 février 1875, et C. Paris, 6 mai 1876, S.1876, S.1877-2-18; C. Rouen, 20 décembre 1899 D.P. 1901-2-71; contra C. Paris, 26 avril 1852, D.P. 1852-2-181.

⁸⁰ «bedingungsfeindlich»; cf. EGGER, 303, N.7.

garder l'intérêt de l'enfant au statut qu'il a acquis serait de permettre la reconnaissance d'un enfant déjà reconnu par un tiers, ou attribué par jugement, ou même légitimé, mais de considérer qu'elle est légalement dénuée d'effets aussi longtemps que la reconnaissance antérieure n'a pas été annulée⁸¹.

Remarquons aussi que, pour pouvoir être reconnu par son père, l'enfant naturel n'a pas besoin d'être de mère connue. La question ne se posera pas, étant donné les règles suisses sur la filiation maternelle, s'il s'agit d'un enfant né en Suisse, à moins qu'il ne soit un enfant trouvé. Elle s'est posée en revanche au sujet d'enfants nés à l'étranger et déclarés de mère inconnue. Le Tribunal fédéral a jugé⁸² que l'on ne pouvait considérer comme nulle la reconnaissance d'un enfant dont l'acte de naissance n'indiquait pas le nom de la mère et que l'officier de l'état civil ne pouvait refuser d'inscrire cette reconnaissance, sous prétexte par exemple qu'il appartenait au père d'établir qu'il ne s'agissait pas d'une reconnaissance d'enfant adultérin, prohibée par l'art. 304⁸³.

Il convient enfin d'examiner les *conditions de forme de la reconnaissance*. Qu'un certain formalisme soit nécessaire en matière de reconnaissance de paternité naturelle, personne ne le conteste. Il importe de distinguer la reconnaissance, acte de volonté d'une grande importance pour le statut de l'enfant, comme pour le déclarant lui-même, d'un quelconque aveu en justice ou d'une déclaration extra-judiciaire dépourvue de forme, qui est tout au plus un aveu de fait, un simple indice⁸⁴. Les exigences de forme de l'art. 303, al. 2, observe le Tribunal fédéral, protègent l'auteur de la reconnaissance d'actes irréfléchis⁸⁵; ceci est vrai tout au moins

⁸¹ Cf. en ce sens la Fiche XII, France, du Fichier de la CIEC, p. 27, malgré le texte de l'art. 342^{bis} du Code civil.

⁸² Affaire Prada, ATF 66. I. 290 = JT 1941. I. 70.

⁸³ Sur l'interdiction de la reconnaissance des enfants adultérins et incestueux, voir plus loin, Chapitre VII.

⁸⁴ ATF 44. II. 3 = JT 1919. I. 290.

⁸⁵ ATF 49. II. 154 = JT 1923. I. 540; 53. II. 95 = JT 1927. I. 591.

lorsqu'il s'agit d'acte authentique ou de testament notarié, beaucoup moins, certes, s'il s'agit d'une reconnaissance par testament olographe, forme qui semble fort peu utilisée d'ailleurs⁸⁶.

La question se pose toutefois de savoir si le système suisse est entièrement satisfaisant. En dehors du cas de la disposition pour cause de mort, la reconnaissance ne peut avoir lieu que par acte authentique, dont les modalités sont déterminées par les cantons (art.55 Titre Final). Plusieurs d'entre eux ont donné compétence à ce sujet à l'officier d'état civil, soit exclusivement, soit en concours avec les notaires. D'autres ont exclu la compétence de l'officier d'état civil. Certains ont prévu la déclaration solennelle par devant le président du tribunal⁸⁷. D'une façon générale, une déclaration par devant l'autorité judiciaire ne vaut pas reconnaissance, même consignée dans un procès-verbal officiel, sous réserve toujours des règles cantonales sur la forme authentique. *A fortiori* ne peut être assimilée à une reconnaissance la déclaration à l'autorité tutélaire, laquelle est, pourtant, plus intéressée à l'affaire que ne l'est l'autorité judiciaire ou l'officier d'état civil⁸⁸.

Une telle réglementation manque, on en conviendra, d'unité. On faciliterait sans doute dans une certaine mesure les reconnaissances d'enfants naturels en permettant au père d'y procéder selon une formalité uniforme, quel que soit

⁸⁶ En droit français, la reconnaissance ne peut pas être faite dans un testament olographe; Cass. Req. 18 mars 1862, DP 62. 1. 284. En revanche, le droit français est plus généreux que le droit suisse lorsqu'il assimile à une reconnaissance la déclaration faite, et consignée au procès-verbal, par une partie répondant à un interrogatoire au cours d'une comparution personnelle, cf. CPC art.331; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, I, p.415; CARBONNIER, I, p.510.

⁸⁷ Ainsi à Fribourg, CA Fribourg 11 février 1948, Extraits 1948, p.5, mais l'aveu formulé à l'audience ne vaut pas reconnaissance, CA Fribourg 15 février 1950, Extraits 1950, p.5; cf. AUBERT, p.57.

⁸⁸ Cf. SJZ 23, 26 (20) Bl. ZR 19 N.184; EGGER, 303 N.10.

le canton où il vient à se trouver, et sans recherches préalables de droit cantonal^{89a}.

Cette préoccupation était peut-être celle d'EUGEN HUBER, qui avait prévu, comme une première forme possible de la reconnaissance, ainsi qu'en témoignent les Projets, la déclaration à l'officier de l'état civil du domicile. La Commission du Conseil national a craint qu'une trop grande incertitude ne résulte de l'admission d'une simple déclaration à l'état civil, et l'on ne saurait juger ce souci dénué de tout fondement, si l'on tient compte du fait que nombre d'officiers d'état civil, en dehors des villes, ne sont pas des fonctionnaires spécialisés. Cependant, l'organisation et le fonctionnement de l'état civil ont fait de tels progrès en quelque soixante années, que cette considération n'est pas décisive. Des modalités pourraient certainement être trouvées, qui permettraient d'éviter la réception par l'officier d'état civil de déclarations ambiguës ou faites à la légère, sans conscience véritable des conséquences juridiques de l'acte^{89b}.

D'autre part, on ne voit pas quelles considérations d'ordre constitutionnel empêcheraient le législateur fédéral, aujourd'hui plus qu'hier, de prévoir, à côté des formes authentiques cantonales, un mode uniforme de déclaration emportant reconnaissance, c'est-à-dire établissant un rapport juridique de droit fédéral. Une modification de ce genre n'aurait, à l'évidence, pas une très grande portée. Réforme de détail, elle mérite pourtant d'être envisagée, dans le cadre d'une révision plus générale du droit de la filiation illégitime, dès lors que l'on considère que l'institution de la reconnaissance a fait ses preuves et mérite d'être conservée.

La tendance libérale du droit suisse quant à la reconnais-

^{89a} Sur le caractère peu satisfaisant de la solution actuelle, cf. PEYER, *Die familienrechtliche Stellung der unehelichen Kinder im schweizerischen Privatrecht*, Zurich 1907, p.137; SILBERNAGEL, 303 N. 19.

^{89b} L'article 104 al. 2 OEC prévoit déjà que l'officier d'état civil, avant de dresser l'acte, attire l'attention de l'auteur sur les conséquences de la reconnaissance.

sance, même en ce qui concerne la forme, se manifeste aussi dans les opinions ou décisions qui admettent la validité d'une reconnaissance «testamentaire», même lorsque le texte ne contient aucune disposition successorale⁹⁰. Il est vrai que la reconnaissance a nécessairement des conséquences successorales; mais cela suffit-il pour faire admettre comme satisfaisant aux conditions de formes de l'art.303, al.2, une déclaration écrite ne contenant aucune disposition patrimoniale, ni mention du titre «testament», ni indication quelconque du fait qu'il s'agit d'une disposition *mortis causa*? Il est difficile de croire que telle ait pu être l'intention du législateur, sinon il aurait admis aussi, en bonne logique, la reconnaissance par simple écrit. La question est du reste d'intérêt surtout académique.

A propos de la reconnaissance testamentaire, on peut aussi se demander si elle est révocable ou non. La question, classique, a l'intérêt de mettre en lumière les considérations diverses qui jouent un rôle en matière de reconnaissance, ainsi que l'insuffisance des arguments qui se bornent à invoquer, sans approfondir davantage, l'«intérêt de l'enfant». Les auteurs français sont partagés sur ce problème: les uns partent du caractère essentiellement révocable du testament pour conclure que sa révocation, ou sa destruction, ne manquera pas d'entraîner celle de la reconnaissance elle-même⁹¹; les autres considèrent que la reconnaissance testamentaire (tout comme celle qui serait contenue dans un contrat de mariage) constitue en réalité la réunion de deux actes distincts, d'où il résulte que la reconnaissance reste valable même si l'acte qui la contient est révoqué (ou, dans le cas du contrat de mariage non suivi de mariage, devient caduc) et que, d'autre part, l'enfant pourra s'en prévaloir avant le décès du testateur⁹². La jurisprudence française en a décidé ainsi⁹³.

⁹⁰ EGGER, 303 N.12, Circulaire n° 5, du 16 juillet 1934 du DFJP, SJZ 31, 184 (150); cf. AUBERT, p.55, qui ne se prononce pas.

⁹¹ Ainsi CARBONNIER I, p.511.

⁹² Voir JULLIOT DE LA MORANDIÈRE I, n° 760, p.414.

Au contraire, la jurisprudence et la doctrine suisses se prononcent pour la révocabilité de la reconnaissance testamentaire⁹⁴. Ce n'est pas qu'elles ignorent la distinction des deux actes unis en un même texte; si la reconnaissance était contenue dans un contrat de mariage, elle resterait valable, vu sa forme authentique (art. 181), quand bien même le contrat lui-même est devenu caduc ou sans objet⁹⁵. Ce n'est pas non plus qu'elles négligent la considération de l'intérêt de l'enfant; au contraire, la révocabilité même apparaît propre à encourager certaines reconnaissances, et l'on a justement souligné l'avantage de cette forme, «faite pour les indécis»⁹⁶. L'argument est de poids, et il n'y a pas lieu de proposer une modification de jurisprudence. Hormis le cas de la forme testamentaire, donc, une reconnaissance de paternité est irrévocable. On verra bientôt dans quelles conditions elle peut être, pourtant, attaquée par son auteur.

Chapitre IV:

Oppositions et annulations

Déclaration unilatérale, la reconnaissance du droit suisse est essentiellement précaire. Si, on l'a vu, elle a des effets immédiats, elle ne subsiste pourtant que sous la condition résolutoire qu'il n'y ait aucune opposition dans les délais prévus aux art. 305 et 306, ou que, en cas d'opposition, l'auteur de la déclaration ait obtenu la mainlevée. Il appartient à la mère ou à l'enfant (qui n'ont pas été appelés à consentir à l'acte, et n'en ont peut-être eu connaissance que par la communication de l'officier de l'état civil ou de l'officier public)

⁹³ C. Cass. 24 octobre 1939, Sem. Jurid. 1940 – 1116; C. Amiens 9 février 1826, DJG. V. Paternité, n° 507.

⁹⁴ Cf. ATF 79. II. 34 = JT 1954. I. 105; SILBERNAGEL, 303 N. 25, EGGER, 303 N. 9, AUBERT, pp. 54–55.

⁹⁵ SILBERNAGEL, 303 N. 26.

⁹⁶ AUBERT, p. 55.

(art. 106 OEC), de s'opposer à la reconnaissance ou au contraire de l'accepter par abstention.

On peut se demander s'il ne serait pas préférable de revenir au système qu'avait prévu la Commission d'Experts⁹⁷ et de soumettre la reconnaissance, d'emblée, à la condition du consentement de la mère ou du curateur de l'enfant. Une telle réforme serait dans l'esprit de ces tendances modernes qui, mettant l'accent sur l'intérêt de l'enfant à rester auprès de sa mère, sont très réticentes envers tout resserrement des liens juridiques avec le père naturel. Mais elle modifierait profondément la position du père naturel, puisqu'elle permettrait à la mère, par exemple, de faire échec à la reconnaissance même lorsqu'elle émane du véritable père et n'est aucunement préjudiciable à l'enfant. On s'éloignerait ici totalement, et beaucoup plus que ne l'a fait le Code civil, de la pensée d'EUGEN HUBER, qui considérait «comme un droit naturel du père celui de reconnaître son enfant, même si la reconnaissance devait être contraire aux intérêts de ce dernier», sauf dans le seul cas où, l'enfant étant âgé d'au moins dix ans, la reconnaissance était «évidemment contraire à ses intérêts»⁹⁸. Cette limite d'âge, assez curieuse à première vue, s'explique par l'idée que l'auteur d'une reconnaissance aussi tardive aurait dû se soucier plus tôt de son enfant.

Si cette disposition de l'Avant-projet n'a pas été retenue, ce qui est compréhensible, il en est resté cependant l'idée d'un motif d'opposition assez inhabituel, inconnu du droit français : celui qui est déduit du caractère préjudiciable de la reconnaissance⁹⁹. L'idée que la reconnaissance de paternité puisse être, non pas «révoquée» comme le dit improprement la note marginale de l'art. 305, mais paralysée par une opposition fondée sur les seuls effets pratiques prévisibles de cet

⁹⁷ SILBERNAGEL, 305 N. 1.

⁹⁸ Avant-projet art. 332; Motifs, p. 224.

⁹⁹ Le Projet, art. 314, posait la condition du caractère «manifestement préjudiciable» et non pas simplement «préjudiciable»; selon EGGER, 305, N. 3, on devra toutefois exiger une atteinte *importante* aux intérêts de l'enfant.

acte, peut surprendre, du point de vue théorique. En l'acceptant, le législateur admet qu'il est des intérêts supérieurs à celui d'une coïncidence de l'état civil avec la vérité biologique et il rapproche la reconnaissance d'une sorte d'adoption (cf. l'art. 267, al. 2). Le but visé est louable; il s'agit d'empêcher une reconnaissance de paternité qui, sans être manifestement abusive (et le serait-elle jamais lorsqu'elle émane du véritable père de l'enfant ?) est dictée par des motifs purement égoïstes ou émane d'un auteur indigne¹⁰⁰. Il faut, dit la Cour d'Appel du Canton de Berne¹⁰¹, que la situation juridique de l'enfant soit aggravée, compte tenu de tous les facteurs qui entrent en considération (y compris les avantages qu'entraîne en principe toute reconnaissance). Cette formule paraît trop large, et la doctrine, se fondant sur le caractère exceptionnel de cette disposition, adopte en général une interprétation plus restrictive¹⁰². L'opposition ne sera fondée que si la reconnaissance a pour conséquence directe une atteinte importante¹⁰³ aux intérêts de l'enfant, et non pas seulement lorsque la reconnaissance n'apporte pas d'avantages appréciables à l'enfant ou lorsque la situation sociale ou matérielle du père est inférieure à celle de la mère.

Le préjudice qui motive l'opposition de l'art. 305 peut être aussi bien personnel, moral, que matériel. De ce point de vue, l'art. 305 paraît entaché de quelque illogisme; la reconnaissance émanant d'un père indigne ne cause-t-elle pas toujours un préjudice moral, qui peut être grave, à l'enfant (notamment lorsqu'il s'agit d'un adolescent doué du discernement) – préjudice qui ne peut pas être tout à fait effacé

¹⁰⁰ Au sens large, et pas seulement au sens de l'art. 540 ou de l'art. 477 CCS.

¹⁰¹ 3 décembre 1925, ZBJV 1926, p. 561.

¹⁰² Cf. par exemple AUBERT, p. 71; EGGER, loc. cit.

¹⁰³ «Eine erhebliche Verletzung», EGGER, loc. cit. De ce point de vue, on peut s'étonner de l'opinion de SILBERNAGEL, 305 N. 7, selon qui le préjudice peut consister en un domicile étranger ou une nationalité étrangère; cf. ATF 69. I. 213 = S.J. 1945, 95, affaire Manetta.

par l'ultérieure caducité de la reconnaissance ? Dans cette mesure, on voit que l'art. 305, al. 1^{er}, n'atteint pas son but et qu'il serait peut-être préférable de lui substituer un système bilatéral et consensuel.

Il est vrai que le législateur a cherché à faciliter la reconnaissance, en se contentant d'une déclaration unilatérale. Mais il a bien dû concéder d'autre part que la reconnaissance n'était pas toujours un bienfait pour l'enfant, d'où l'art. 305, al. 1^{er}. En vérité, le mécanisme : déclaration unilatérale – opposition – action en mainlevée se comprenait beaucoup mieux dans l'Avant-projet d'EUGEN HUBER (art. 332), où la reconnaissance est conçue comme l'exercice d'un « droit naturel du père », même si elle est contraire aux intérêts de l'enfant (à la seule réserve de l'exception citée plus haut). Droit naturel, mais non pas obligation civile de reconnaître, assortie d'un droit de l'enfant à être reconnu¹⁰⁴. Cette idée est-elle totalement absente du texte actuel du Code civil ? L'art. 305, al. 2, permet à l'auteur de la reconnaissance (et à ses héritiers) de faire valoir ses « droits » en justice pour obtenir la mainlevée de l'opposition. L'indice n'est guère concluant à lui seul. Et la doctrine, en soulignant que l'institution de la reconnaissance a été introduite par le législateur dans l'intérêt exclusif de l'enfant¹⁰⁵, relègue par là dans l'ombre l'idée d'un droit naturel à reconnaître.

Accomplissement d'un devoir moral, exercice d'un droit naturel, mais limité par l'intérêt supérieur de l'enfant, acte volontaire et unilatéral, mais conditionné par l'absence d'effets préjudiciables et d'une opposition fondée sur ce motif, la reconnaissance est, on le voit, une notion complexe. Il n'est pas facile d'en organiser le fonctionnement d'une manière parfaitement satisfaisante. Peut-être pourrait-on en subordonner la validité au consentement du curateur de l'enfant et à celui de la mère, mais sous le contrôle de l'autorité

¹⁰⁴ Sinon la reconnaissance cesserait d'être volontaire ; cf. C. Cass. civ. 28 octobre 1935, D.H. 1935, 537.

¹⁰⁵ Cf. SILBERNAGEL 305 N. 7.

tutélaire ou du juge, qui est déjà appelé dans le système actuel à se prononcer sur le caractère préjudiciable de la reconnaissance. Une réglementation de ce genre aurait sans doute pour effet de freiner quelque peu les reconnaissances de paternité, même dans des cas où elles seraient favorables à l'enfant (l'auteur hésitant, par exemple, devant ces formalités ou ne voulant pas demander le consentement de la mère). Cela étant, on peut préférer le maintien du système actuel de l'art. 305.

Le choix entre ces diverses solutions dépend de la conception fondamentale que l'on se fait de la reconnaissance, et des avantages que l'on en attend pour l'enfant naturel. Cette dernière question sera évoquée plus loin, à propos de l'action en recherche de paternité avec effets d'état civil. La condition juridique, sociale et morale de l'enfant reconnu ou attribué judiciairement à son père est-elle plus favorable que celle de l'enfant naturel non reconnu ou non attribué à son père ? Des doutes ont été exprimés à ce sujet, à une époque récente. De la réponse à ces questions dépend évidemment toute l'orientation d'une réforme éventuelle de la reconnaissance et de l'action en recherche de paternité. Malgré l'existence de diverses études et enquêtes non dénuées de valeur, il faut reconnaître que l'on manque de données à ce sujet, en nombre et en qualité. La pauvreté de nos moyens d'investigation sociologique condamne la recherche juridique, dans des domaines comme celui-ci, à se contenter d'indications fragmentaires et empiriques.

Le législateur a permis aussi *l'opposition de tiers*. Selon l'art. 306, «l'autorité compétente du canton d'origine du père et tout intéressé» peuvent s'opposer à la reconnaissance, c'est-à-dire, plus exactement, intenter une véritable *action en annulation*, ceci dans les trois mois à compter du jour où ils ont connu la reconnaissance, et non pas à partir du jour où ils ont connu le vice dont elle était entachée, ce qui serait beaucoup plus logique¹⁰⁶. (Une observation ana-

¹⁰⁶ Cf. EGGER, 306 N. 3.

logue peut-elle être faite à propos du délai d'opposition de l'art.305 ? Les opposants, la mère en tous cas, devraient normalement connaître l'existence du premier motif d'opposition d'emblée et, quant au second motif, ils doivent se rendre compte ou prévoir immédiatement que la reconnaissance «serait préjudiciable à l'enfant»¹⁰⁷.) Cette disposition trouve sa contre-partie, on le sait, dans l'art.312 relatif à l'action en recherche de paternité avec effets d'état civil, ainsi que dans l'art.256, al.2, relatif au désaveu et dans l'art.262 relatif à la légitimation. Dans tous ces cas, la communauté publique, qui est appelée à recevoir l'enfant (et sa descendance éventuelle) parmi ses ressortissants et à assumer ainsi des charges d'assistance, reçoit un droit d'action ou d'intervention.

Ce système traditionnel, dont le principe est généralement accepté sans discussion par les premiers commentateurs du Code civil, a suscité davantage de critiques à une époque récente. Avec raison. Il convient d'en réexaminer ici, à propos de l'action en annulation de reconnaissance, la justification et la valeur, à la lumière des conditions et des idées actuelles.

Le système est fondé, nul ne l'ignore, sur une certaine organisation de l'assistance publique, par la commune ou le canton d'origine. Or cette organisation s'est passablement transformée depuis 1907, et l'assistance au lieu de domicile tend à devenir la règle¹⁰⁸. A cette considération pratique s'en ajoutent d'autres, de principe. A-t-on bien fait de permettre, pour des raisons de finances publiques, cette irruption du droit public et administratif dans le domaine du droit de la famille ? Il est de fait que la décision de l'autorité, cantonale ou communale, d'intervenir sera dictée par son intérêt propre, purement pécuniaire, et nullement par les

¹⁰⁷ Dans le Projet de 1904, le délai n'était que d'un mois à partir de la publication de la reconnaissance.

¹⁰⁸ La majorité des cantons ont adhéré au Concordat intercantonal du 16 juin 1937, ROLF 1937, p.648 ; cf. AUBERT, p.83.

intérêts, moraux aussi bien que pécuniaires, de l'enfant. Or peut-on douter que ces derniers intérêts méritent de prévaloir ?

A cela, on serait peut-être tenté de répondre que la question est mal posée. En effet, dira-t-on, de deux choses l'une : ou bien l'intervention ou l'action de l'autorité publique réussira, et ce sera la preuve que la reconnaissance n'aurait pas dû avoir lieu (parce qu'elle était prohibée ou que l'auteur n'était pas le père), ou bien cette action échouera, et alors l'enfant ne subira aucun préjudice. Cet argument ne nous paraît pas convaincant. Dans la première hypothèse, le fait que la reconnaissance n'aurait pas dû avoir lieu ne suffit pas à justifier le droit d'intervention de la communauté publique, qui ne laisse pas de rappeler un peu certaines ingérences des régimes totalitaires dans les affaires de famille¹⁰⁹. Le droit suisse n'exige du reste nullement que la vérité triomphe à tout prix, que ce soit en matière de filiation illégitime ou légitime¹¹⁰.

Dans la deuxième hypothèse, où l'action de la communauté publique viendrait à échouer, on ne saurait dire que l'enfant n'en subit, ou ne risque d'en subir, aucun préjudice quelconque ; sans parler de l'allongement de la procédure et des frais en résultant, il se peut que la seule perspective de cette action décourage certains de procéder à une reconnaissance. En outre, dans la recherche en paternité, l'intervention de l'autorité publique peut compliquer la tâche des demandeurs ou les conduire même au désistement¹¹¹.

¹⁰⁹ Plus justement, la jurisprudence française, considérant qu'il s'agit ici avant tout d'intérêts privés, refuse l'action au Ministère public ; C. Cass. 10 juin 1953, Bull. Cass. 1953 – 1^{re} sect. civile, p. 163, 29 mars 1955, D 1955, – 429 – même s'agissant de la reconnaissance d'enfants adultérins ou incestueux.

¹¹⁰ Cf. par exemple, ATF 75. II. 6 = SJ 1949, 449, JT 1950. I. 89, refus d'annulation d'une reconnaissance mensongère ; voir aussi, supra, le cas de l'art. 305 al. 1 in fine : opposition à une reconnaissance émanant pourtant du véritable père.

¹¹¹ En ce qui concerne l'action en désaveu intentée par l'autorité publique, art. 256, al. 2, totalement dénuée de sens, et l'action en

Les dispositions qui accordent ainsi un droit d'action ou d'intervention à l'autorité publique, du canton ou de la commune d'origine, dans le domaine de la filiation illégitime ou légitime, apparaissent donc comme un corps étranger dans notre Code civil; il faut bien dire, avec AUBERT¹¹², qu'elles reflètent «un esprit assez mesquin» et contredisent l'esprit général de notre droit, très réservé à l'égard des interventions étatiques en matière de famille et d'état des personnes. Les questions d'assistance publique devraient être réglées sur leur propre terrain, qui n'est pas celui de la filiation.

Si l'on tient à conserver à la communauté publique une possibilité de se défendre contre une augmentation injustifiée de ses charges d'assistance, au moins devrait-on envisager une procédure limitée, par sa propre raison d'être, au seul terrain du droit de cité et de l'assistance et dont les effets ne débordent pas sur le domaine de la filiation. On pourrait peut-être concevoir, comme une solution minimum, une procédure qui mettrait aux prises seulement les communautés publiques intéressées, soit, dans le cas de la reconnaissance, celle de l'auteur et celle de la mère, mais qui n'affecterait aucunement le statut familial de l'enfant. Mais pareille dichotomie présenterait diverses difficultés, et entraînerait probablement des effets défavorables pour les individus intéressés, qui pourraient malaisément être tenus tout à fait à l'écart d'une telle procédure.

En résumé, une révision du droit de la filiation illégitime devrait être l'occasion d'une modification de l'art. 306 et de l'art. 312 du Code civil, en même temps que des articles correspondants dans le Titre relatif à la filiation légitime (art. 256, 261 et 262) – car ici, comme sur d'autres points, ces deux domaines de la filiation sont étroitement liés – de manière à réserver la qualité pour agir à des personnes *privées*.

annulation de légitimation, art. 262, voir HEGNAUER, ad art. 256, N. 12 et 262, N. 9, qui signale l'opposition suscitée par ces textes devant la Commission d'Experts; cf. aussi infra note 689.

¹¹² p. 82.

A côté de l'autorité compétente du canton d'origine, «*tout intéressé*» peut attaquer la reconnaissance en justice et tenter d'établir que la reconnaissance était prohibée ou que son auteur n'était ni le père ni le grand-père de l'enfant¹¹³. L'interprétation des termes «*tout intéressé*» mérite d'être examinée, car elle peut projeter une utile lumière sur la signification profonde de la reconnaissance dans la conception du Code civil. S'agissant de combattre une simple déclaration unilatérale, le cercle des intéressés, on le conçoit, est tracé de manière assez large, plus large par exemple que dans le cas de l'annulation de légitimation (art. 262). On y trouve tout d'abord les cohéritiers de l'enfant ou ceux qu'il exclut d'une succession (cf. art. 256), mais aussi, outre les personnes invoquant un intérêt pécuniaire, par exemple successoral, celles qui justifient d'un intérêt moral¹¹⁴.

Parmi les intéressés, il faut mentionner au premier chef l'homme qui voudrait reconnaître son enfant naturel, déjà reconnu par un autre. La coexistence de deux reconnaissances valables n'étant pas concevable, il lui faut faire annuler la première. C'est ici que, comme on l'a dit déjà, il y a lieu, non seulement de permettre, mais de prescrire une reconnaissance *conditionnelle*, dans l'intérêt de l'enfant: le demandeur en annulation devrait avoir préalablement procédé à une reconnaissance, sous la condition suspensive que son action en annulation de la première reconnaissance aboutisse. On éviterait ainsi à l'enfant le risque de perdre le bénéfice de son statut d'enfant naturel reconnu au cas où le demandeur viendrait à changer d'avis, à perdre le discernement ou à mourir¹¹⁵. D'une manière analogue, le Tribunal fédéral, dans un arrêt rendu peu après l'entrée en vigueur du

¹¹³ Ceci selon les modes de preuve ordinaires, par exemple l'expertise des sangs, ATF 66. II. 77 = JT 1940. I. 519; cf. ATF 71. II. 54 = JT 1945. I. 546; sur l'interprétation donnée par la jurisprudence quant aux exigences de preuve de l'art. 306, en comparaison de celles de l'art. 254 ou de l'art. 314, voir AUBERT, pp. 76–77.

¹¹⁴ Cf. DECOPPET, p. 55; SILBERNAGEL, 306 N. 3–4.

¹¹⁵ Cf. AUBERT, p. 82.

Code civil¹¹⁶ en matière de nullité de légitimation, a admis la qualité pour agir du père réel de l'enfant, mais en exigeant du demandeur une reconnaissance préalable sous condition.

La question se pose aussi de savoir si le père réel de l'enfant a qualité pour agir en annulation de reconnaissance même lorsqu'il n'est pas en mesure lui-même de reconnaître son enfant, en raison de l'interdiction de l'art. 304. L'action ne peut donc, dans cette hypothèse, aboutir qu'à faire perdre à l'enfant sa qualité d'enfant illégitime reconnu. Il s'agit ici de choisir entre des intérêts divergents, celui du père réel, celui de la vérité, et, surtout, celui de l'enfant; mais en quoi consiste ce dernier intérêt? Il ne peut être répondu à cette question d'une manière abstraite et générale, et l'on devra tenir compte des circonstances. Ceci d'autant plus que les avantages du statut d'enfant reconnu ne sont pas tels qu'ils doivent l'emporter sur toute autre considération; les expériences faites dans les milieux de psychologues et d'assistants sociaux, nous y avons déjà fait allusion, enseignent qu'il ne faut pas schématiser et attribuer à la reconnaissance une valeur absolue et en soi (et l'on pourrait faire peut-être des remarques analogues, *mutatis mutandis*, quant à la valeur du statut d'enfant légitime). Ce point est illustré par un récent arrêt de la Cour d'Appel de Lyon¹¹⁷ qui, sur la demande du père réel (un Italien marié, dans l'impossibilité de divorcer et d'épouser la mère de son enfant adultérin), n'a pas hésité à annuler la reconnaissance, suivie de légitimation, de l'enfant par un autre homme qui avait épousé la mère. Bien que le demandeur ne puisse pas reconnaître l'enfant, adultérin, qu'il avait du reste élevé seul, la Cour lui a reconnu «un intérêt moral certain» à contester la reconnaissance; l'intérêt de l'enfant à la légitimité s'effaçait donc, dans le cas particulier, devant son intérêt moral à rester avec son véritable père et à ne pas être sous l'autorité d'un étranger.

¹¹⁶ ATF 40. II. 295 = JT 1914. 1. 612.

¹¹⁷ Voir le journal «Le Monde» du 6 février 1965.

A côté du père réel qui entend procéder à une reconnaissance, doit aussi se voir reconnaître qualité pour agir l'auteur d'une reconnaissance précédente (qui apprend qu'une reconnaissance de son enfant vient d'être faite par un tiers, agissant dans l'ignorance de la première reconnaissance). Si improbable que soit en pratique un tel conflit, il n'est en effet nullement exclu.

On pourrait penser que *l'auteur de la reconnaissance* est intéressé au premier chef à faire annuler celle-ci lorsqu'elle est le résultat d'une erreur ou d'une tromperie, ou même lorsqu'elle était interdite. En France, le texte très large de l'art. 339 du Code civil, qui permet la contestation «par tous ceux qui y ont intérêt», a été interprété comme donnant à l'auteur de la reconnaissance qualité pour agir. L'art. 306 du Code civil suisse, dont les termes «tout intéressé» paraissent à première vue également larges, autorise-t-il la même solution ? Certains commentateurs l'ont soutenu¹¹⁸. Mais

«le Tribunal fédéral a rejeté cette interprétation en relevant qu'il n'est question dans la note marginale de l'art. 306 CC que de l'opposition des tiers et que si le législateur avait voulu accorder l'action à l'auteur de la reconnaissance, il n'aurait pas manqué de le dire expressément.»¹¹⁹

Cette interprétation est justifiée non seulement, comme le relève le Tribunal fédéral, par la note marginale ou par les travaux préparatoires, mais aussi par le texte même de l'art. 306¹²⁰. L'auteur de la reconnaissance, qui ne se confond pas nécessairement, rappelons-le, avec le père légal¹²¹,

¹¹⁸ ROSSEL-MENTHA, 2^e édition, pp. 464–465; CURTI-FORRER, art. 306, n° 4; DECOPPET, p. 58.

¹¹⁹ ATF 75. II. 6, 13 = JT 1950. I. 89; cf. ATF 49. II. 155 = JT 1923. I. 540.

¹²⁰ Cf. les termes ... «dans les trois mois à compter du jour où ils ont su qu'elle a eu lieu...».

¹²¹ Ce dernier a qualité pour agir en vertu de l'art. 306 pour con-

n'a donc pas qualité pour intenter l'action en annulation de reconnaissance de l'art. 306. Il n'en est pas moins intéressé, dans plusieurs cas, à faire prononcer la nullité. Aussi une jurisprudence constante¹²² admet-elle, en vertu de l'art. 7 CCS, l'application par analogie à la reconnaissance d'un enfant illégitime des règles du Code des Obligations relatives aux vices du consentement. Il est clair qu'une reconnaissance obtenue par la contrainte ou par le dol doit pouvoir être annulée, même lorsqu'elle correspond à la vérité¹²³.

C'est *l'erreur*, bien entendu, qui joue le plus grand rôle dans la pratique et qui suscite aussi le plus de controverses dans la doctrine. On écartera sans autre, conformément à l'art. 24, al. 2, CO, l'erreur sur les motifs; la plus classique concerne la reconnaissance de complaisance, dont l'auteur comptait épouser la mère de l'enfant¹²⁴. On peut en dire autant de l'erreur de celui qui a procédé à la reconnaissance parce qu'il se croyait juridiquement obligé de le faire; cette ignorance du droit n'est ni une incapacité de discernement^{125a}, ni une erreur essentielle. Egalemeut insuffisante serait l'erreur de l'auteur sur certaines conséquences juridiques de la reconnaissance^{125b}. En revanche, l'auteur qui croit

tester la reconnaissance qui aurait été faite, alors qu'il était incapable de discernement, ou déclaré absent, par son père à lui.

¹²² ATF 49. II. 156 = JT 1923. I. 540; 53. II. 95 = JT 1927. I. 591; 70. II. 197 = JT 1945. I. 105; 75. II. 6 = SJ 1949, 449, JT 1950. I. 89; 79. II. 27 = JT 1954. I. 98; 82. II. 193 = JT 1957. I. 518.

¹²³ Il en est ainsi dans la jurisprudence française, cf. par exemple C. Lyon, 13 mars 1856, D 1856-2-232. — Relevons en passant, en ce qui concerne l'art. 28 CO, que, contrairement à l'opinion d'EGGER, 303, N. 14, le dol d'un tiers peut aussi bien entrer en ligne de compte que celui de la mère, ce que confirme implicitement l'ATF 75. II. 6, 11-12 = SJ 1949, 449, 454-55, JT 1950. I. 89.

¹²⁴ Cf. par exemple ATF 75. II. 6 = SJ 1949, 449, JT 1950. I. 89.

^{125a} ATF 77. II. 97.

^{125b} L'auteur ignorait, par exemple, que l'enfant porterait son nom et obtiendrait son droit de cité; cf. AUBERT, p. 51. L'hypothèse n'est guère concevable que dans le cas de la reconnaissance testamentaire, cf. l'art. 104 OEC.

assumer un simple engagement financier, et non pas établir un lien de filiation, commet une erreur essentielle¹²⁶.

Ce qu'il est intéressant d'examiner, c'est l'interprétation donnée par la jurisprudence à la notion d'erreur essentielle. Selon le Tribunal fédéral, «étant donnés la notion et le but de la reconnaissance, l'erreur et le dol ne peuvent se rapporter qu'au fait de la paternité de l'auteur de la reconnaissance». Mais il ne suffit pas que l'auteur de la déclaration invoque «les doutes qui ont surgi au sujet de sa paternité ... il doit fournir la preuve de circonstances de nature à établir la quasi-impossibilité...»¹²⁷. C'est ici que de nombreux auteurs¹²⁸ critiquent cette interprétation restrictive, de même que celle qui voit dans la reconnaissance de paternité la renonciation à soulever les moyens tirés de l'inconduite de la mère ou de sa cohabitation avec des tiers¹²⁹; ils soulignent qu'il y a toujours en cette matière une incertitude objective et matérielle, dont l'auteur de la déclaration n'a pu manquer de tenir compte. Cependant, selon le Tribunal fédéral¹³⁰, cette interprétation restrictive de l'art. 24, chiffre 4 CO, se justifie par les exigences de la sécurité du droit et la stabilité nécessaire du statut de l'enfant. Au demeurant, les règles du Code des Obligations ne sont applicables, on l'a dit, que par analogie, compte tenu de l'esprit et de la nature particulière du rapport juridique en cause.

La reconnaissance entachée d'un vice du consentement est donc annulable, c'est-à-dire affectée de nullité relative.

¹²⁶ Ici aussi, l'hypothèse est difficile à imaginer dans le cas d'une reconnaissance par acte authentique; cf. l'art. 104 OEC.

¹²⁷ ATF 49. II. 155 = JT 1923. I. 540.

¹²⁸ EGGER, 303 N. 15, et auteurs cités.

¹²⁹ Art. 314–315; il est en effet douteux que l'on puisse attribuer d'une façon générale à la reconnaissance un caractère transactionnel, qui impliquerait renonciation à soulever des objections fondées sur l'inconduite de la mère ou sa cohabitation avec des tiers; cf. EGGER, 303 N. 15, contra, SILBERNAGEL 306, N. 8.

¹³⁰ Par exemple ATF 49. II. 155 = JT 1923. I. 540, ignorance, par l'auteur de la reconnaissance, de l'inconduite de la mère à l'époque de la conception.

La reconnaissance prohibée (c'est-à-dire intervenue en violation de l'art. 304, sur les enfants adultérins et incestueux) est-elle absolument nulle ou seulement relativement ? Dans un arrêt Baumgartner, du 15 février 1929¹³¹, le Tribunal fédéral s'est prononcé en faveur de la simple annulabilité¹³². En droit français, la nullité absolue d'une reconnaissance (dans le cas de la reconnaissance d'enfants adultérins ou incestueux ou d'un acte atteint d'un vice de forme grave) doit cependant être constatée en justice, tout comme la nullité relative (reconnaissance entachée de vices du consentement). Mais il est significatif que l'action en nullité absolue de reconnaissance doive être intentée par des personnes privées y ayant intérêt, mais ne peut l'être par le Ministère public (même dans le cas d'une reconnaissance d'enfant adultérin ou incestueux)¹³³.

Quant aux vices de forme de l'acte, on appliquera les principes généraux en cette matière. En ce qui concerne les reconnaissances testamentaires, peut-être y aurait-il lieu d'assouplir, dans l'intérêt de l'enfant, la jurisprudence stricte qui prévaut en matière purement successorale, en se fondant sur l'idée, déjà évoquée, qu'il y a là réunion de deux actes distincts¹³⁴.

Quel est le *délai* dans lequel l'auteur de la reconnaissance doit intenter l'action en nullité ? On peut hésiter entre le dé-

¹³¹ ATF 55. I. 24 = JT 1929. I. 378.

¹³² Il a précisé plus tard, dans l'ATF 75. II. 6, 10, qu'un arrêt rendu en 1946, ATF 72. I. 343, 346 = JT 1947. I. 130 – cf. AUBERT, p. 78, qui critique en termes vifs cet «arrêt réactionnaire» –, n'impliquait pas l'abandon de cette opinion. Il n'en reste pas moins que, selon l'ATF 72. I. 343, l'officier de l'état civil doit refuser l'inscription d'une reconnaissance intervenue en violation de l'art. 304, ce qui laisse bien penser qu'elle est absolument nulle; cf. 102 al. 2 OEC.

¹³³ Fiche XII CIEC France, pp. 30–31.

¹³⁴ Signalons qu'en droit français, une reconnaissance nulle pour vice de forme – par exemple un acte dépourvu de caractère authentique – ne serait pas dénuée de toute valeur, mais pourrait être invoquée dans le cadre d'une action pécuniaire en recherche de paternité.

lai de trois mois par application analogique de l'art.306 ou des art.253 et 257 relatifs au désaveu, d'une part, ou le délai d'un an prévu à l'art.31 du Code des Obligations. Longtemps indécise, cette question a finalement été tranchée en faveur du délai le plus long, celui du Code des Obligations¹³⁵, solution qui vient compenser quelque peu l'interprétation stricte des causes d'annulation.

Chapitre V:

La reconnaissance de complaisance et son annulation

Beaucoup plus fréquentes, sans doute, que les reconnaissances dues à l'erreur ou à un autre vice du consentement, sont les reconnaissances mensongères ou, pour user d'un terme moins péjoratif, de complaisance. Le problème qu'elles soulèvent est analogue à celui des légitimations de complaisance, plus fréquentes encore selon toute probabilité, avec une différence toutefois: on hésitera peut-être davantage à remettre en cause le statut d'enfant légitime que celui d'enfant illégitime reconnu.

Sur quelle base juridique pourrait-on, en droit suisse, fonder l'action (en annulation) de l'auteur d'une reconnaissance de complaisance? Cette question est analysée en détail dans un important arrêt du Tribunal fédéral de 1949, l'arrêt Muratori^{136a}. Contrairement à certains des premiers commentateurs du Code civil, influencés sans doute par la pratique française^{136b}, la deuxième Cour civile exclut l'application de l'art.306 à cette hypothèse, pour des motifs déjà évoqués plus haut et qui nous paraissent décisifs. S'agis-

¹³⁵ Voir ATF 79. II.27, 29 = JT 1954. I.98; cf. ATF 75. II.6 = JT 1950. I.89 et SJ 1949, 449; 53. II.95 = JT 1927. I.591; 49. II.154 = JT 1923. I.540; EGGER, 303 N.16, GUHL, in ZBJV 91-1955, p.212; cf. aussi AUBERT, p.92, et jurisprudence cantonale citée.

^{136a} ATF 75. II.6 = SJ 1949, 449, JT 1950. I.89.

^{136b} Cf. ROSSEL et MENTHA, 2^e éd., p.464, n° 670, CURTI, art. 306 N.4, DECOPPET, pp.57, 58, 65, SILBERNAGEL, 306 N.5.

sant en l'espèce de la reconnaissance d'un enfant incestueux, l'auteur de la reconnaissance, qui n'était pas le père réel de l'enfant, invoquait la prohibition de l'art.304; or cet article, constate l'arrêt, «ne peut avoir en vue que d'empêcher l'*auteur d'un inceste* de reconnaître le fruit de cet inceste»¹³⁷.

On pouvait enfin songer, bien que la reconnaissance soit un acte unilatéral, à appliquer par analogie l'art.20 CO. Le Tribunal fédéral, le fait mérite d'être remarqué, n'écarte pas *a priori* la possibilité d'une application analogique de l'art.20 CO à la nullité d'une reconnaissance. Mais il constate qu'en l'espèce, la reconnaissance n'avait rien d'immoral, ce qui est exact, et il ajoute que la réglementation des art.305 et 306 quant aux effets d'une reconnaissance mensongère est exhaustive et réserve à certaines personnes seulement, «à l'exclusion du père» (c'est-à-dire de l'auteur de la reconnaissance) l'action fondée sur la fausseté de la déclaration.

Avant de porter un jugement sur cette argumentation, suivons, pour un instant encore, le Tribunal fédéral, dans son examen des bases possibles d'une action en annulation. Le même arrêt écarte l'action en rectification d'inscription de l'état civil (art.45 CCS), ce qui est l'évidence. Quant à un recours à l'action générale en contestation d'état¹³⁸, l'arrêt considère qu'il ne saurait en être question dans le cas d'une fausse reconnaissance :

«La reconnaissance de l'art.303 CC n'est pas une simple déclaration, un simple aveu. Elle est un acte par lequel l'auteur de la reconnaissance, exerçant un droit que la loi lui donne, modifie l'état de l'enfant illégitime dans le sens de l'art.325 CC, même lorsqu'il ne pourrait y être contraint au moyen de l'action prévue par l'art.323 CC. Il suit de là qu'une reconnaissance régulière en la forme, non frappée de nullité absolue (pour absence de discernement, par exemple) et non attaquée en temps utile pour un

¹³⁷ p.10; italiques ajoutées.

¹³⁸ Cf. ATF 41. II.425 = JT 1916. I.514; ATF 50. II.101.

autre vice dont elle serait affectée met l'enfant reconnu au bénéfice d'une présomption absolue en ce qui concerne son état, ce qui revient à dire que ce dernier ne peut plus désormais lui être contesté. La situation est la même à cet égard que dans le cas d'un enfant dont la légitimation n'a pas été attaquée ou qui n'a pas été désavouée en temps utile.»¹³⁹

Cette solution est conforme au principe de l'irrévocabilité de la reconnaissance volontaire de paternité naturelle, sous réserve du seul cas, évoqué plus haut, de la reconnaissance testamentaire¹⁴⁰. Elle s'inscrit dans la ligne d'une série de décisions qui tendent à maintenir la stabilité du statut acquis par l'enfant, qu'il s'agisse du reste de filiation naturelle ou de filiation légitime. Faut-il admettre *a priori*, comme un axiome, que cette position s'accorde à l'intérêt de l'enfant ? Cette idée est assez répandue et elle inspire sans doute, plus ou moins consciemment, nombre de décisions judiciaires et de commentaires doctrinaux. Résisterait-elle, cependant, à un examen critique ? Ceci n'est pas sûr.

Reprenons les faits de l'arrêt Muratori, et considérons le résultat de la décision du Tribunal fédéral (qui concorde du reste avec celle du Tribunal de Première Instance et de la Cour de Justice civile de Genève). Le demandeur avait reconnu l'enfant incestueux de Demoiselle U (et promis en outre, par acte séparé, de contribuer à son entretien) parce qu'elle lui avait promis le mariage. Celle-ci ayant rompu les

¹³⁹ ATF 75. II. 6, 14, cons. 4. Sur le caractère équivoque des termes «présomption absolue», cf. AUBERT, p. 52, déjà cité.

¹⁴⁰ L'admission, au profit de l'auteur de la reconnaissance, d'une action en annulation fondée sur les vices du consentement ne contredit pas le principe de l'irrévocabilité de la reconnaissance, puisque le demandeur doit prouver l'erreur essentielle, le dol, etc. Qu'en est-il dans le cas de la reconnaissance mensongère ? Tout dépend de la définition que l'on donne de la révocabilité. En fait, la question n'a guère d'intérêt, car le principe de l'irrévocabilité vise évidemment la reconnaissance émanant du père, ou du grand-père, réel de l'enfant.

fiançailles, Sieur M refuse de payer la pension promise, et il est poursuivi pénalement pour violation d'obligation d'entretien, ce qui amène la découverte du caractère complaisant de la reconnaissance et le classement du dossier pénal. Par la suite, Sieur M intente son action en annulation de reconnaissance, qui est rejetée par toutes les instances. Il reste donc, définitivement, le père de l'enfant, dont il partage le nom de famille et le droit de cité, et envers lequel il a les mêmes obligations que si l'enfant était légitime (art. 325). Cependant, la mère de l'enfant a épousé un tiers. La reconnaissance ne peut plus être attaquée par personne, ne fût-ce qu'en raison de l'écoulement des délais¹⁴¹.

Peut-on sérieusement prétendre qu'une telle situation est avantageuse pour l'enfant ? Celui-ci a-t-il trouvé un père, ou simplement un soutien financier ? L'auteur de la reconnaissance a-t-il compris la décision des tribunaux et considère-t-il comme juste d'entretenir un enfant qui lui est totalement étranger ? Ou cherchera-t-il par tous les moyens à se dérober à ses obligations légales ? Qu'a ressenti l'enfant lorsque, devenu grand, il a appris que l'homme dont il porte le nom ne lui était rien ? Autant de questions que l'on ne peut manquer de se poser et qui suffisent à mettre en doute la validité générale du « principe » selon lequel l'intérêt de l'enfant s'opposerait à l'annulation d'une reconnaissance de complaisance¹⁴². Il n'est pas impossible que le maintien de la reconnaissance de complaisance se trouve coïncider quelquefois avec l'intérêt de l'enfant. Mais le contraire peut être présumé le plus souvent, lorsque l'auteur de la reconnaissance mensongère en demande l'annulation¹⁴³.

¹⁴¹ L'on ne voit pas, en effet, quel nouvel « intéressé » pourrait surgir qui, apprenant la reconnaissance, serait encore en mesure d'intenter l'action en annulation de l'art. 306.

¹⁴² Sur l'annulation, demandée par le père réel, de la reconnaissance de complaisance faite par un tiers, voir l'arrêt récent de la Cour d'Appel de Lyon, mentionné plus haut, note 117.

¹⁴³ Cf. aussi le cas de la légitimation de complaisance, lorsque des dissentiments éclatent entre les époux et que le mari, ou l'ex-mari, cherche à se dérober à ses obligations.

Le critère de l'intérêt de l'enfant est trop incertain, trop dépendant des circonstances particulières, pour offrir la base d'une solution de principe. L'intérêt de la vérité peut-il nous fournir ce critère ? Tel est le point de vue de la jurisprudence française qui s'appuie sur le texte très large, déjà cité, de l'art. 339 du Code civil¹⁴⁴. L'intérêt de la vérité ne permet donc pas d'opposer à l'auteur «le caractère irrévocable de l'aveu et la maxime *nemo audiat turpitudinem allegans*»¹⁴⁵. Analysant le droit français, le Tribunal fédéral remarque :

«On a fait valoir que l'art. 339 était fondé sur cette idée que la reconnaissance ne peut avoir d'effet qu'à condition d'être conforme à la vérité et que ce serait aller contre son esprit que refuser le droit de l'attaquer comme mensongère précisément à la personne qui est le mieux en position de connaître la vérité et de fournir les éléments de sa manifestation...»¹⁴⁶

D'autres auteurs invoquent encore que la reconnaissance n'est pas une adoption mais qu'elle est, comme son nom l'in-

¹⁴⁴ Voir les nombreuses décisions citées à la Fiche XII France du Fichier de la CIEC, p. 32, notamment Cass. 2 juillet 1912, D. 1913-1-183; 24 octobre 1932, D.H. 1932-540; 30 juillet 1951, D. 1951-701; 12 juin 1956, Bull. Cass. juin 1956, n° 234. On trouve cependant des décisions en sens contraire, c'est-à-dire analogues à l'ATF 75. II. 6. = JT 1950. I. 89, ainsi deux jugements du Tribunal civil d'Amiens, 28 octobre 1948 et 20 mai 1949, Gaz. Pal. 1949, 1, 30, et 12 juillet 1949, qui refusent à l'auteur d'une reconnaissance-légitimation de complaisance le droit de la contester pour la raison que l'état de l'enfant «ne peut être exposé à la mauvaise humeur et à la fantaisie de son père légal, pas plus qu'aux vicissitudes matrimoniales du ménage»; voir aussi C. Bordeaux 22 novembre 1950, Sem. Jurid. 1950-5936; cf. les critiques de M. LAGARDE, dans Revue trimestrielle de droit civil 1949, pp. 252 et 518.

¹⁴⁵ ATF 75. II. 6, 12; il serait plus juste, vu le caractère de la reconnaissance d'enfant naturel, de parler de l'adage «*non concedit venire contra factum proprium*».

¹⁴⁶ ATF 75. II. 6, 12-13 = JT 1950. I. 89.

dique, l'*aveu* d'un fait, aveu qui doit pouvoir être contesté si ce fait n'existe pas¹⁴⁷.

Il est curieux de constater la divergence considérable qui sépare, sur ce point, malgré l'origine commune de l'institution, les jurisprudences française et suisse. Divergence d'autant plus nette que, en droit français, l'action en contestation de reconnaissance est, en principe, imprescriptible¹⁴⁸ sauf si elle est fondée sur un intérêt pécuniaire. Tout bien considéré, la solution française nous paraît préférable à celle du Tribunal fédéral. Elle est du reste moins rigide, car elle n'interdit aucunement aux magistrats de sauvegarder dans une certaine mesure l'intérêt de l'enfant à la stabilité de son état en se montrant sévère dans l'appréciation des preuves. Un autre avantage du système français tient dans la possibilité qu'a l'enfant, non pas seulement de s'opposer à la reconnaissance dans le bref délai de trois mois, mais d'attaquer celle-ci sans aucun délai; il est aisé d'imaginer que, dans l'affaire Muratori citée plus haut, l'enfant, devenu adulte, pourrait considérer comme étant de son intérêt moral d'attaquer la reconnaissance.

En réalité, il ne serait pas besoin d'une révision législative pour permettre à l'auteur d'une reconnaissance de complaisance de l'attaquer en justice (à condition, bien entendu, qu'il justifie d'un intérêt à agir, ce qui sera très généralement le cas). Revenons, une dernière fois, à l'arrêt Muratori^{149a}. On s'étonnera que, examinant si l'art. 20 CO était applicable, la deuxième Cour civile se borne à constater que la reconnaissance n'avait, en l'espèce, rien d'immoral. C'est admettre, on l'a dit, qu'une application analogique de l'art. 20 CO n'est aucunement exclue. L'arrêt ajoute que «les effets d'une reconnaissance mensongère sont spécialement réglés par les art. 305 et 306 CC»; or cette affirmation ne paraît pas

¹⁴⁷ LÉON MAZEAUD, Les Cahiers du Droit, n° 31, 1954, p. 123.

¹⁴⁸ Cf., par exemple C. Paris 22.6.1956, Gaz. Pal. 1956 – 2^e Sem., p. 115, reconnaissance remontant à plus de 58 ans!

^{149a} Considérant 3, pp. 13–14.

suffisamment motivée. Les art. 305 et 306 CCS prévoient, il est vrai, un droit d'opposition et un droit d'action en annulation qui est certainement refusé à l'auteur de la reconnaissance lui-même. Mais il resterait à démontrer que le législateur a voulu, dans ces deux articles 305 et 306, donner une réglementation exhaustive des «effets d'une reconnaissance mensongère»; or c'est ce que l'arrêt ne fait pas. Il présuppose même le contraire en prenant soin de relever que «en soi, la reconnaissance n'avait rien d'immoral» au sens de l'art. 20 CO. Dans ces conditions, la suite du raisonnement apparaît comme une affirmation gratuite, où il est dit: «Il est clair que le fait que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père de l'enfant n'est pas de nature à entraîner la nullité de la reconnaissance dans le sens de l'art. 20.» On se demande surtout pourquoi, s'il valait la peine d'indiquer que la reconnaissance n'avait rien d'immoral, la possibilité d'invoquer l'objet *illicite* de la reconnaissance (par application analogique de l'art. 20, al. 1^{er}, CO) n'a pas été envisagée. Il y avait là, semble-t-il, au moins une base juridique possible, et ceci d'autant plus, peut-être, qu'il s'agissait en l'espèce d'une reconnaissance prohibée, il est vrai à son auteur seulement (selon l'ATF 75.II.6, 10), par l'art. 304. S'agissant d'un autre genre de reconnaissance de complaisance que celle d'un enfant adultérin ou incestueux, on pourrait soutenir aussi, d'ailleurs, que son objet est illicite puisque l'art. 303, al. 1^{er}, réserve au père physique, ou au grand-père paternel, la faculté de procéder à une reconnaissance^{149b}.

On peut se demander enfin ce que penserait le Tribunal fédéral d'une reconnaissance mensongère motivée, non pas par le désir d'épouser la mère ou d'accorder un statut à l'enfant, mais par la malice (désir d'empêcher ou de gêner la reconnaissance par le vrai père) ou par intérêt personnel. A supposer qu'aucun intéressé n'attaque cette reconnaissance,

^{149b} Selon une décision, du 23 août 1961, du Kantonsgericht des Grisons, RDT 1963, p. 116, n° 24, la reconnaissance de complaisance faite pour éluder les dispositions légales sur le droit de bourgeoisie constitue un abus de droit.

va-t-on interdire à son auteur, repentí par hypothèse, d'en demander lui-même l'annulation, soit parce qu'aucune disposition légale ne prévoit expressément le droit d'agir ou, sur un autre plan, en raison de l'adage «*nemo audiat*ur...»? Sinon, la reconnaissance serait-elle considérée comme ayant un objet immoral, au sens de l'art. 20 CO ?

L'annulation de la reconnaissance peut entraîner un dommage aussi bien moral que matériel pour l'enfant (qui, soit dit en passant, sera censé n'avoir jamais été reconnu). Selon la jurisprudence française, l'auteur d'une reconnaissance mensongère annulée peut être condamné à des dommages-intérêts envers l'enfant en raison de ce préjudice¹⁵⁰. Aucun obstacle ne nous paraît s'opposer, en droit suisse, à une telle solution, parfaitement équitable, et qui répond aux hésitations de ceux qui craignent les conséquences, surtout pécuniaires, d'une annulation de la reconnaissance de complaisance.

En résumé, il apparaît que la réglementation de ce problème, telle qu'elle se dégage du Code civil et, surtout, de l'interprétation qui en est donnée par la jurisprudence, interprétation qui n'est certes pas la seule possible, est restrictive à l'excès. Un juste souci de maintenir le caractère obligatoire des engagements pris, et surtout de protéger la stabilité du statut reconnu à l'enfant, a conduit à sacrifier quelque peu l'intérêt de la vérité, lequel est loin de s'opposer toujours à celui de l'enfant. Le point d'équilibre paraît ici avoir été dépassé.

Si l'on veut conserver à la reconnaissance son caractère unilatéral et ne pas la subordonner au consentement de la mère et de l'enfant, il conviendrait tout au moins de prolonger le délai d'opposition de l'art. 305 et, surtout, d'en modifier le point de départ: le délai devrait partir du jour où les opposants (c'est-à-dire avant tout l'enfant ou ses descendants) ont su que l'auteur de la reconnaissance n'était ni le

¹⁵⁰ Voir par exemple C. Rennes, 9 janvier 1950, Gaz. Pal. 1950-1-260, Trib. Bordeaux, 12 janvier 1954, D. 1954, Somm. p. 35.

père ni le grand-père, et non pas du jour où ils ont connu la reconnaissance elle-même. Une autre solution consisterait à introduire, à l'image du droit français, une action en annulation au profit de l'enfant, lorsque la reconnaissance n'est pas conforme à la vérité, ceci tout en maintenant l'actuel droit d'opposition de l'art.305. On dira que cette action existe déjà, en puissance, comme une variété de l'action générale en contestation d'état¹⁵¹. Mais il n'est pas sûr que le Tribunal fédéral accepterait, étant donné le caractère de réglementation exhaustive qu'il semble incliner à donner aux art.305–306, de l'accorder à l'enfant naturel. A notre avis, il n'existe aucune raison de refuser à l'enfant le droit imprescriptible d'agir en contestation de sa reconnaissance, tout comme il peut intenter une action en contestation de maternité naturelle¹⁵².

En ce qui concerne le droit pour l'auteur de la reconnaissance d'en demander l'annulation, il y a lieu de distinguer, on l'a vu, le cas de la reconnaissance entachée d'un vice du consentement de celui de la reconnaissance de complaisance. Dans le premier cas, il n'y a pas lieu de proposer une modification de la jurisprudence actuelle, malgré les critiques qui lui ont été adressées. L'interprétation restrictive se justifie par la nature de l'institution ainsi que, dans une certaine mesure, par l'incertitude objective qui subsiste sur la paternité¹⁵³. Il n'est pas excessif, tout au moins aujourd'hui vu le progrès des méthodes scientifiques de preuve de la paternité, d'exiger du demandeur en annulation qu'il établisse l'*impossibilité* de sa paternité. Reste à se demander si des conditions préalables ne devraient pas être exigées, telle que l'existence d'indices d'une cohabitation de la mère avec des tiers. On est ici dans une situation intermédiaire entre celle du défendeur à l'action en paternité, à qui la jurisprudence

¹⁵¹ Cf. ATF 41. II.425 = JT 1916. I.514, et 50. II.101.

¹⁵² Cf. Praxis 13, 1924, n° 90, ATF 50. II.101.

¹⁵³ Il n'y aurait plus d'incertitude, cependant, dans le cas où l'auteur de la reconnaissance aurait procédé sur la foi du résultat d'expertises des sangs et anthropobiologique.

reconnaît le droit, sans autre, d'exiger une expertise, et celle du demandeur en désaveu, qui ne peut réclamer l'expertise que si d'autres modes de preuves ont établi des faits faisant apparaître comme possible une conception hors mariage¹⁵⁴. Situation intermédiaire, mais plus proche, à l'évidence, du désaveu que de la recherche en paternité; l'auteur a procédé à une reconnaissance et établi par là une paternité juridique. Si l'on ne veut pas faire perdre son sens à l'institution, si l'on veut éviter de l'affaiblir en une sorte d'acte conditionnel, librement révocable, il faut alors refuser à l'auteur d'une reconnaissance qui en demande l'annulation – et ceci malgré l'intérêt de la vérité – les expertises scientifiques qu'il demande (et qu'il aurait pu et dû obtenir avant l'acte de reconnaissance), à moins qu'il n'établisse par d'autres moyens de preuve des faits faisant apparaître comme possible la paternité d'un tiers.

En ce qui concerne la deuxième hypothèse, celle de la reconnaissance de complaisance, il est difficile d'approuver la jurisprudence actuelle, que ce soit dans son raisonnement ou dans son résultat pratique. Il est douteux qu'il soit de l'intérêt bien compris de l'enfant naturel de maintenir envers et contre tout le lien, purement juridique, de filiation qui l'unit, en vertu d'un mensonge, à un homme qui lui est étranger et qui le rejette. En faisant ainsi de l'institution de la reconnaissance un acte absolument irréversible, l'on n'en augmente ni l'attrait, ni l'utilité.

Encore qu'une autre solution soit possible, nous l'avons vu, en l'état actuel de notre législation, il serait peut-être opportun de compléter les art. 305 et 306 par une disposition nouvelle qui consacre le droit de l'auteur de la reconnaissance d'agir en annulation. Cette disposition pourrait se borner, en ce qui concerne les vices du consentement, à faire référence aux règles du Code des Obligations, applicables

¹⁵⁴ Voir par exemple ATF 88. II. 492, 497 = SJ 1963, 265 = JT 1963. I. 268; ATF 87. II. 286, 289 = JT 1963. I. 258; 87. II. 281, 284 = JT 1963. I. 258; 87. II. 12, 15 = SJ 1961, 383 = JT 1961. I. 528; 61. II. 76 = JT 1936. I. 240, etc.

par analogie; enfin, elle accorderait aussi l'action à l'auteur de la reconnaissance mensongère, sous réserve du droit de l'enfant (et peut-être de la mère ?) de réclamer la réparation du préjudice éventuel résultant de la fausse reconnaissance et de son annulation. Sous cette forme, un tel article ne risquerait guère d'inciter à la multiplication des demandes d'annulation. Le risque d'affaiblir l'institution de la reconnaissance, en consacrant expressément le droit de son auteur de l'attaquer, ne paraît pas considérable, d'autant moins que les juges ne manqueront pas d'apprécier strictement les conditions de recevabilité d'une telle action et les preuves invoquées à son appui.

Ces diverses suggestions tendent donc, d'une façon générale, à augmenter les possibilités d'annuler une reconnaissance de paternité naturelle, sans compromettre pour autant, croyons-nous, la stabilité de l'institution ou l'intérêt bien compris de l'enfant. En sens contraire, il serait opportun, dans ce domaine comme dans d'autres, de supprimer le droit d'agir de l'autorité publique et de modifier en conséquence le texte de l'art. 306. Enfin, il y aurait peut-être lieu de revoir le régime des nullités dans ce domaine et de préciser les conséquences d'une nullité de fond et de forme d'une reconnaissance; ceci de sorte qu'il soit tout à fait clair qu'une reconnaissance même absolument nulle produit ses effets tant qu'elle n'a pas été déclarée nulle par le juge.

Chapitre VI:

La reconnaissance des enfants adultérins et incestueux

Il est peu de dispositions législatives qui aient été plus vivement critiquées, dès leur origine, que l'article 304, qui interdit la reconnaissance de l'enfant né d'un commerce adultérin ou incestueux. La doctrine, et notamment les grands commentaires, se montrent en général sévères, et,

dans les propositions de réforme du droit de la filiation, la suppression de l'art. 304 est fréquemment mentionnée. Dans ce concert hostile, on serait tenté, par souci d'impartialité et d'équilibre, de rechercher les aspects favorables de cette prohibition pour les mettre en évidence. Mais il faut s'efforcer d'aborder la question sans préjugés, dans son ensemble, en commençant par en rappeler brièvement les données, si connues soient-elles.

On peut d'emblée mettre à part le cas tragique des enfants dits incestueux, au sens étroit de cette notion, c'est-à-dire au sens de l'art. 213 du Code pénal. Les adversaires les plus résolus de l'art. 304 admettent en général qu'une interdiction n'est ici pas dénuée de toute justification. Ce que l'on pourrait mettre en doute, c'est la nécessité d'une disposition légale visant une telle hypothèse.

La reconnaissance des enfants adultérins, elle, soulève des questions qui sont non seulement d'un vif intérêt pour la théorie du droit de la filiation, mais aussi d'une importance pratique, tout comme celle de la recherche en paternité dirigée contre un homme marié (art. 323, al. 2). N'a-t-on pas estimé que, en Allemagne, par exemple, 50% environ des pères d'enfants naturels étaient des hommes mariés ?

«L'exclusion de la reconnaissance des enfants dits adultérins, prévue par le droit français ... ne nous a point paru s'imposer – écrivait EUGEN HUBER¹⁵⁵ –; elle a, au surplus, été combattue dans plusieurs mémoires des cantons...». On connaît l'histoire de cette disposition, son introduction sur l'initiative de la Commission du Conseil national, l'opposition qu'elle suscita dans les deux Chambres, où elle triompha de justesse. Sa *ratio legis*, bien connue également, est la protection de la famille légitime. En fait, comme l'a bien montré EGGER¹⁵⁶, le débat fut dominé par une préoccupation : celle d'éviter le scandale causé par l'intrusion de l'enfant naturel dans le foyer de son père, parmi la famille légitime de celui-ci.

¹⁵⁵ Motifs, p. 224.

¹⁵⁶ Art. 304 N. 1.

Cette considération aurait dû conduire au moins à l'admission de la reconnaissance avec l'accord de l'épouse, comme le proposa le Conseil des Etats, mais il en fut décidé autrement. Or les prémisses de cette décision sont fragiles : les promoteurs de l'interdiction partaient de l'idée que l'enfant reconnu devait être soumis à la puissance paternelle du père, comme le prévoyait alors le projet, à moins d'être pourvu d'un tuteur ; par la suite, le projet fut modifié en l'actuel art. 325, al. 3, qui permet de conférer la puissance parentale à la mère aussi bien qu'au père. Mais on ne s'est pas aperçu alors que disparaissait le meilleur argument en faveur de l'art. 304¹⁵⁷.

Certains commentateurs ont trouvé à cette disposition un certain caractère pénal dirigé contre le père¹⁵⁸. Cette opinion, aujourd'hui abandonnée, se rattache peut-être à l'idée, sous-jacente dans les projets de Code civil, d'un droit naturel du père à reconnaître son enfant, droit dont il serait privé par la loi à titre de sanction de l'adultère. Il est superflu d'insister sur le caractère artificiel d'une telle construction (bien qu'il ne soit pas exclu que, dans certaines circonstances, le père ressente comme une sanction l'impossibilité de pouvoir reconnaître son enfant ; mais il pourra généralement, après divorce, le légitimer). Du reste, la contre-partie de l'art. 304, c'est-à-dire l'art. 323, al. 2, qui interdit la recherche de la paternité dirigée contre un homme marié, si elle est censée elle aussi protéger la famille légitime, ne saurait bien entendu se voir attribuer accessoirement un caractère de sanction, mais plutôt de protection des hommes mariés !

Si l'art. 304 frappe quelqu'un d'une pénalité, c'est évidemment l'enfant innocent, comme n'ont pas laissé de le marquer en termes catégoriques les commentaires zurichois et bernois. Cette critique fondamentale ne suffirait pas à emporter la conviction si la règle atteignait au moins le but

¹⁵⁷ AUBERT, p. 77.

¹⁵⁸ CURTI et EGGER, selon SILBERNAGEL, 304, N. 5 ; contra, EGGER, 2^e édition, 304, N. 2, cf. ATF 51. II. 48 = JT 1925. I. 364.

qu'elle se propose, soit la protection de la famille légitime. Or c'est devenu un lieu commun, un classique de la critique doctrinale, que de mettre en lumière les multiples conséquences du système de l'art.304. Les critiques émises au cours des délibérations parlementaires du début du siècle avaient d'ailleurs montré la voie à cet égard.

La plus manifeste de ces conséquences est certainement la coexistence, dans le Code civil, de l'interdiction de l'art. 304 avec la possibilité d'une légitimation ou d'une adoption des enfants adultérins. Le résultat est paradoxal. On a pu craindre que la possibilité d'une telle légitimation ne pousse le père au divorce, sur l'instigation peut-être de la mère de l'enfant, puisque c'est le seul moyen pour lui, pratiquement, vu les conditions de l'adoption, de donner à l'enfant un statut (plus favorable, du reste, que celui de l'enfant illégitime reconnu)¹⁵⁹. Mais l'art.304 recèle bien d'autres bizarreries, au point qu'il constitue un incomparable matériel de laboratoire, dont les séminaires des facultés de droit ne manqueraient pas de regretter la disparition ! Bornons-nous, sans vouloir épuiser la matière, à en évoquer quelques-unes.

Le législateur a voulu protéger la famille légitime contre la présence forcée d'un intrus. De quelle famille s'agit-il ? Il ne peut s'agir que de celle du père adultère. S'agissant de l'enfant d'un père célibataire et d'une mère mariée, la protection de la famille légitime, en l'espèce celle de la mère adultère, n'est aucunement renforcée par l'art.304 et par l'impossibilité où serait le père de reconnaître son enfant naturel après que celui-ci aura été désavoué par le mari de la mère (art.253). On n'ira pas prétendre que l'interdiction de la reconnaissance, en un tel cas, pourrait exercer un quelconque effet préventif, favorable à la fidélité conjugale, d'autant moins que la légitimation par mariage subséquent,

¹⁵⁹ Pour cette raison il a été proposé, dans la doctrine catholique française, que soit interdite la légitimation par mariage subséquent, après divorce, d'un enfant adultérin, et que sa reconnaissance soit au contraire permise ; cf. *Les Cahiers du Droit*, n° 31, 1954, p.119 et 102, interventions Pettiti et Klein.

après le divorce de la mère, resterait possible ! On peut donc penser que l'enfant né d'un père non marié et d'une mère mariée n'est pas compris dans la notion d'«adultérin» de l'art. 304 et qu'une interprétation raisonnable, téléologique, conduit à exclure cette hypothèse de son champ d'application. Il faudrait donc lire l'art. 304 de la façon suivante : «l'enfant né d'un commerce adultérin ne peut être reconnu par l'époux adultère» – ce qui revient à dire «par le père adultère», la question d'une reconnaissance par la mère ne se posant pas en droit suisse.

Tel n'est cependant pas le sens de l'art. 304. Il pose, ses termes le montrent, une interdiction tout à fait générale en ce qui concerne les enfants adultérins. Si bien que l'enfant d'une mère adultère, désavoué par le mari de celle-ci, et né par exemple après le divorce de sa mère pendant le délai d'attente de 300 jours (art. 103), ne peut pas être reconnu par son père célibataire¹⁶⁰ ! Rien ne l'empêche en revanche d'être légitimé par le mariage de ses parents. Rien n'empêche aussi la mère d'intenter une action en recherche de paternité, avec ou sans effets d'état civil, contre un célibataire qui, lui, est dans l'impossibilité légale de reconnaître l'enfant (cf. art. 316) ! Ce genre de surréalisme juridique, on en conviendra, défie tout commentaire.

Un autre exemple illustrera le caractère tout à fait général de l'interdiction posée par l'art. 304. Il s'agit cette fois du père adultère, dont le mariage a été dissous, soit par le divorce, soit par la mort de sa femme, et qui reste seul sans enfant légitime. Pas plus que dans le cas précédent, il n'existe ici de foyer à protéger contre une intrusion de l'enfant naturel ; ici la famille légitime n'existe plus, que l'art. 304 voudrait protéger. Conformément à cette *ratio legis*, doit-on conclure que l'interdiction ne s'applique pas ? Telle est sans doute l'interprétation désirable, recommandée par

¹⁶⁰ Cf. Circulaire du Département fédéral de Justice et Police du 15 septembre 1926, n° 8, SJZ 22, p. 377 ; EGGER 304 N. 3, SILBERNAGEL 304 N. 8.

les auteurs¹⁶¹, mais tel n'est pas le sens originel du texte. Le législateur a voulu lui conserver une portée toute générale, comme en témoigne par exemple le rejet, par le Conseil national, d'une proposition Schulthess qui tendait à excepter de la prohibition l'homme sans enfant légitime, dont le mariage aurait été dissous¹⁶². Dans un arrêt¹⁶³, le Tribunal fédéral «a pris l'art.304 comme critère d'interprétation de l'art.323, al.2, et jugé qu'une déclaration de paternité avec effets d'état civil était exclue même si le père n'était marié qu'à l'époque de la conception»¹⁶⁴.

La jurisprudence, ou ce qu'il en existe dans ce domaine, paraît donc vouloir s'en tenir au texte de l'art.304, sans se laisser séduire par les interprétations que lui propose la doc-

¹⁶¹ EGGER, 304 N.4: «...dann entfällt der Schutzzweck der Norm und damit sie selber», et auteurs cités; AUBERT, p.77 ss. Cf. REC 1952, p.194, et ATF 51. II.45 = JT 1925. I.364. Un jugement (non-publié) du Tribunal de I^e instance de Genève (4^e ch.) du 25 février 1965 a refusé d'appliquer l'art.304 dans un cas de ce genre, en se fondant sur l'opinion d'EGGER. – A noter que, dans cette affaire, il fallut au père désireux de reconnaître son enfant plus de trois ans de démarches pour y parvenir! Ceci en raison du refus opposé par l'officier d'état civil, puis par la Chambre des Tutelles – invitée à nommer un curateur à l'enfant aux fins de recourir contre le premier refus. Ces deux autorités considéraient en effet comme adultérine, au sens de l'art.304, et par une application analogique de l'art.252, une enfant née «dans les 300 jours après la dissolution du mariage» de son père. En l'espèce l'enfant était née 9 mois après le prononcé du divorce, et 253 jours après que le jugement en était devenu définitif, et le médecin constatait la probabilité d'une naissance prématurée. On mesure par ce curieux exemple les ravages qu'un «rigorisme juridique excessif», selon les termes mêmes du Tribunal, peut exercer chez certaines instances inférieures, en particulier lorsqu'il s'agit d'appliquer une disposition mal rédigée autant que mal pensée. – Quant à l'application analogique de l'art.252 pour définir le sens d'«adultérin» dans l'art.304, le Tribunal en a rejeté l'idée – à juste titre –, tout en observant que, en tout état de cause, la présomption tirée de l'art.252 serait renversée en l'espèce, vu la date probable de la conception.

¹⁶² SILBERNAGEL, 304, N.5.

¹⁶³ ATF 51. II.48 = JT 1925. I. 364.

¹⁶⁴ ATF 72. I.343 = JT 1947. I.130.

trine afin de «limiter les dégâts», si l'on nous passe l'expression, et de conserver à l'art.304 un certain contenu rationnel. Rarement, pourtant, l'interprétation restrictive aura paru plus justifiée. Non pas simplement parce que «les exceptions s'interprètent restrictivement», car l'on pourrait disputer du caractère «exceptionnel» de l'interdiction¹⁶⁵. Mais surtout parce que cette interprétation est commandée par le but social avoué de la règle, et permet seule d'éviter des contradictions insurmontables et des résultats manifestement absurdes¹⁶⁶.

Qu'en est-il des effets de la violation de l'art.304: y a-t-il nullité absolue ou annulabilité? «Les motifs de cette prohibition absolue relèvent de l'ordre public et de la morale familiale», déclare le Tribunal fédéral dans un arrêt de 1946¹⁶⁷. Fondé sur cette constatation sommaire, mais péremptoire, l'arrêt dispose que les actes authentiques qui seraient dressés en violation de l'art.304 sont sans effets, que l'officier de l'état civil doit en refuser l'inscription ou la transcription dans les registres; on voit par là que la reconnaissance d'un enfant adultérin n'est pas simplement annulable, c'est-à-dire valable pour autant qu'une action en annulation n'a

¹⁶⁵ Le caractère exceptionnel de l'art. 304 est cependant reconnu dans un considérant de l'ATF 75. II.6, 10 = SJ 1949, 449 et JT 1950. I.89, où il est dit que cette prohibition «n'est pas autre chose qu'une exception à la faculté accordée au père par l'art.303 de reconnaître son enfant naturel».

¹⁶⁶ Dans l'ATF 75. II.6, 10, précité, le Tribunal fédéral relève que l'art.304 «ne peut avoir en vue que d'empêcher l'auteur d'un inceste de reconnaître le fruit de cet inceste». On pourrait peut-être, en paraphrasant cette observation, remarquer que l'art.304 ne peut avoir en vue que d'empêcher l'auteur d'un adultère de reconnaître le fruit de cet adultère et que, par conséquent, il ne vise pas le complice célibataire. L'ingéniosité des auteurs s'est exercée aussi sur la notion même d'adultère, dont une interprétation restrictive consiste à exiger, en la personne des deux parents, à la fois l'élément objectif, l'existence d'un mariage au moment de la conception, et l'élément subjectif, conscience du caractère adultère de la cohabitation; AUBERT, p. 80.

¹⁶⁷ ATF 72. I.343 = JT 1947. I.130.

pas été intentée et n'a pas abouti¹⁶⁸, mais est nulle, de plein droit, sans qu'il soit nécessaire d'attendre qu'une action en annulation soit intentée sur la base de l'art. 306¹⁶⁹.

Toute étude d'une éventuelle révision du droit de la filiation naturelle fait surgir aussitôt – ce qui précède l'explique assez – le problème de l'art. 304. Il nous paraît présenter un double aspect :

a) Que le *texte* même de l'art. 304 doive être corrigé, personne, croyons-nous, n'en disconviendra. Fruit d'une proposition de dernière ou d'avant-dernière heure lors de l'adoption du Code civil, proposition insuffisamment réfléchie et discutée qui allait jeter le désordre dans l'harmonie du projet d'Eugen Huber, ce texte n'est pas défendable. Il convient de faire disparaître avec lui un produit qui, malgré son style lapidaire et d'une belle clarté apparente, fait peu honneur à notre technique législative.

b) Reste la question, plus complexe, du principe lui-même. Faut-il permettre, pendant la durée du mariage, la reconnaissance d'un enfant naturel qui est le fruit de l'adultère de son père ? Eventuellement, à quelles conditions – par exemple le consentement du conjoint, par analogie avec l'art. 266, al. 1, relatif à l'adoption ? (Une question analogue pourrait se poser à l'égard d'un enfant qui n'est pas adultérin de père, alors que son père, célibataire lors de la cohabitation, ne l'est plus lors de la reconnaissance ou même lors de la naissance. Il ne s'agit ici certes plus de l'art. 304, mais plutôt de l'esprit général qui a présidé à son introduction dans le Code civil.)

¹⁶⁸ En ce sens ATF 55. I. 19, 24.

¹⁶⁹ Selon AUBERT, p. 78–79, «le TF a pensé que la reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux était une chose plus horrible encore que ne le sous-entendait le CCS, qu'il n'était pas question de s'en remettre à d'éventuels opposants pour l'éliminer, et que, si l'enfant s'avisait de remonter à la surface, il fallait aussitôt lui taper sur la tête *ex officio* [sic], afin de le replonger plus profondément dans sa misère».

Diverses propositions récentes tendent à la suppression du principe, c'est-à-dire à un retour au projet d'EUGEN HUBER pour qui, on l'a vu, l'interdiction ne paraissait pas s'imposer¹⁷⁰.

En droit comparé, on rencontre l'interdiction de la reconnaissance des enfants adultérins (ainsi que des restrictions à l'action en recherche de paternité) dans plusieurs droits latins, en France, en Italie, en Espagne. Il est intéressant de remarquer, en passant, que cette interdiction n'a pas la même ampleur en droit français qu'en droit suisse, ne fût-ce qu'en raison du système français de filiation illégitime maternelle : ainsi la reconnaissance est valable d'un enfant adultérin par la mère, mais dont la filiation maternelle demeure légalement inconnue¹⁷¹. Il faut d'autre part noter une évolution constante, en droit français, en faveur de l'amélioration du sort des enfants adultérins. Ainsi pour leur légitimation, interdite par le Code civil de 1804, art.331, autorisée dans certains cas par des lois de 1907 et 1915 ; la loi du 5 juillet 1956 permet notamment la légitimation des enfants adultérins du père, dans tous les cas, même s'il existe des enfants légitimes de la précédente union. Cette légitimation doit, on le sait, être précédée d'une reconnaissance. D'autre part, on mentionnera plus loin, à propos de l'action en recherche de paternité, la loi du 15 juillet 1955 qui permet aux enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin de réclamer des aliments sans que l'action ait pour effet de proclamer l'existence d'un lien de filiation, dont l'établissement demeure prohibé (art.342 CC). On a souvent critiqué, notamment à l'étranger, cette loi de 1955 qui semblait avantager les enfants adultérins par rapport aux enfants naturels simples, en réservant aux premiers le droit d'intenter une action à seule fin alimentaire. Diverses décisions, conformes à l'opinion de plusieurs auteurs, avaient en effet réservé aux adul-

¹⁷⁰ Ainsi en est-il du postulat Huber au Conseil national, du 14 juin 1955, et des propositions du Groupe des Femmes du PSS, du 27 février 1956.

¹⁷¹ Fiche XII France, CIEC, p.57.

térins (qui ne disposent pas des mêmes possibilités légales que les enfants naturels pour établir leur filiation) le droit de demander des aliments en dehors de toute proclamation d'un lien de filiation¹⁷². En revanche la Cour d'Appel de Paris, approuvée par d'autres auteurs, s'est fondée sur «un argument *a fortiori* inéluctable» pour accorder à l'enfant naturel simple le droit d'intenter, à côté de l'action d'état en déclaration judiciaire de la paternité (art. 340), action soumise à des exigences rigoureuses, l'action purement alimentaire créée par la loi du 15 juillet 1955¹⁷³. La reconnaissance des enfants adultérins est admise dans les démocraties populaires ainsi que dans certains états scandinaves. Dans les pays germaniques, en Allemagne et en Autriche, les enfants adultérins ne sont pas soumis à une réglementation restrictive ou, plus exactement, la question ne se pose pas. En effet, il n'existe pas de motifs d'écarter ces enfants dans un système qui ne confère à une reconnaissance ou à une action en paternité que des effets purement alimentaires, sans insérer ces enfants dans la famille légitime du père ou les rapprocher dans une certaine mesure du statut des enfants légitimes.

Ce contraste avec les droits allemand et autrichien marque bien le caractère fondamental de ce problème. Le droit suisse connaît *deux catégories d'enfants illégitimes*, ceux dont la filiation est juridiquement constatée par une reconnaissance ou par un jugement, et qui bénéficient d'un statut privilégié, à mi-chemin de la légitimité; et les enfants illégitimes «de pur fait», dont la paternité naturelle n'est pas établie, bien qu'elle puisse résulter implicitement d'une con-

¹⁷² Cour Amiens 19 février 1957, Sem. Jurid. 1957 – 10028.

¹⁷³ Voir Fiche XII France CIEC, pp. 64–65, et C. SAUJOT, La Condition juridique des enfants adultérins, Revue trimestrielle de droit civil, 1956, p. 443ss. Cette évolution plus favorable aux enfants adultérins est du reste combattue par certains auteurs, catholiques en particulier; «les juristes catholiques français sont divisés», reconnaît le Professeur H. MAZEAUD, Cahiers du Droit, n° 31, 1954, p. 117.

vention alimentaire ou d'un jugement de paternité en prestations pécuniaires. Dans un tel système, l'accès des enfants adultérins à ce statut «privilegié» peut susciter les craintes et les réactions des défenseurs de la famille légitime. La question, répétons-le, ne se pose pas dans le système germanique, car personne ne conteste que les enfants adultérins ou incestueux aient droit à des aliments de la part de leurs père et mère¹⁷⁴.

En définitive, il s'agit de savoir quelle doit être la condition de l'enfant illégitime, si l'on doit en distinguer diverses catégories, et jusqu'où pousser leur assimilation à l'enfant légitime, assimilation réclamée au nom du principe de l'égalité, mais freinée d'autre part par le principe de la protection de la famille. Tant que ces questions fondamentales n'ont pas été abordées, et elles le seront plus loin, on ne saurait porter qu'un jugement purement provisoire sur l'admission ou l'interdiction de la reconnaissance des enfants adultérins (ou sur la recherche en paternité dans le cas de la filiation adultérine). Il convient cependant de ne pas se dérober à une tâche difficile, et de proposer ici déjà, sauf à y revenir plus tard, certaines conclusions. Dans le cadre actuel de notre Code civil, c'est-à-dire celui du statut «privilegié» de la filiation naturelle constatée par reconnaissance ou par jugement, faut-il recommander l'abolition de l'art. 304 ?

Au nom de l'enfant innocent, qui mérite autant qu'un autre un statut «favorable», on sera tenté de répondre oui. Au nom de la famille dite légitime, c'est-à-dire de la famille tout court, ou, comme dit le Tribunal fédéral, «de l'ordre public et de la morale familiale»¹⁷⁵, on inclinera à préconiser le maintien de l'interdiction¹⁷⁶. Ce choix délicat entre des

¹⁷⁴ Rapport BOEHMER, p. 103.

¹⁷⁵ ATF 72. I. 343 = JT 1947. I. 130.

¹⁷⁶ On l'a remarqué, il n'y a pas, en fait, d'autre «famille» que la famille juridique, c'est-à-dire «légitime», sinon, peut-être, dans le cas d'union libre durable – parents ne pouvant se marier en raison de difficultés de droit international privé, voire redoutant de le faire pour ne pas perdre le bénéfice d'une rente, d'une pension, etc.

intérêts dignes de protection et apparemment opposés, on ne saurait l'opérer sans examen, sur la seule base de notions qui se rapprochent fâcheusement d'«idées reçues», de tabous ou de slogans. Il est indispensable d'analyser davantage, en se dégageant le plus qu'il est possible des préjugés, les notions d'«intérêt de l'enfant», d'une part, et de «protection de la famille», d'autre part.

Quant à l'intérêt de l'enfant, quelques indications suffiront ici. Pour en juger, il faut évidemment savoir si, en soi, la filiation illégitime établie, avec effets d'état civil, est nécessairement plus favorable à l'enfant qu'une créance alimentaire. Or cette idée, sous-jacente à toute l'organisation de la filiation illégitime dans le Code civil, et longtemps acceptée sans discussion, semble aujourd'hui être remise en cause dans divers milieux. Du point de vue de l'éducation de l'enfant, de son développement psychologique, de son équilibre, il peut être préférable de ne pas resserrer ses liens avec le père, et de se contenter d'obligations alimentaires; cet avis paraît être celui de divers milieux tutélaires, de certains psychologues et médecins. On peut imaginer que, dans certains cas au moins d'enfants adultérins, ces considérations prennent une force particulière, la situation d'un père marié (à une autre femme que la mère de l'enfant) recelant des possibilités supplémentaires de conflits. D'autre part, on ne saurait nier aussi que l'attribution d'un statut à l'enfant, le fait pour ce dernier d'avoir un père dont il porte le nom, peut présenter des avantages, notamment pour le développement psychologique et affectif de l'enfant. Il est donc difficile de généraliser, surtout en l'absence de données plus nombreuses et plus complètes sur la situation de fait, sur l'histoire des enfants illégitimes, reconnus et non reconnus. Cette question sera évoquée plus loin. Il suffit de constater ici que, sur le terrain de l'intérêt de l'enfant, aucun motif décisif ne paraît exister qui justifierait une différence de traitement entre les enfants adultérins et les autres enfants naturels.

Reste la considération la plus délicate, celle de l'intérêt

de la famille. Sa protection, dont le principe est consacré par la Constitution fédérale depuis quelque vingt ans, ne doit pas être compromise par la révision du droit de la famille. Comme l'observait le Conseiller fédéral FELDMANN^{177a}, on se trouve ici à une ligne frontière de tout le problème, et il ne saurait être question, sous prétexte d'établir un ordre plus juste du droit de la filiation illégitime, de préconiser des solutions qui favorisent le relâchement du lien familial et des mœurs. Tout le monde tombera d'accord là-dessus. Mais la question n'est pas là. Elle est de savoir si la suppression de l'art.304 affaiblirait la famille, encouragerait les relations hors mariage, ou si, pour poser le problème au présent, l'interdiction de la reconnaissance des enfants adultérins (et de la recherche en paternité dirigée contre un homme marié) protège l'institution du mariage, et exerce un effet préventif des relations adultères.

De par la nature des choses, une réponse ne peut être fondée ici que sur ce que le Tribunal fédéral appelle l'expérience de la vie, et notamment l'expérience des médecins ou des praticiens du droit. On constatera d'abord que le Code civil permet la légitimation et l'adoption des enfants adultérins, et que personne, à notre connaissance, n'a dénoncé jusqu'ici cette réglementation comme la cause, ou même une cause relevante, d'un relâchement des mœurs. D'autre part, personne ne semble soutenir non plus que l'art.304 ait exercé, en tant que frein, une influence appréciable, soit sur le nombre des relations adultères, soit sur le nombre des naissances d'enfants adultérins.

Les partisans d'une réglementation stricte dans ce domaine partent toujours d'un même postulat, celui de l'effet préventif d'une telle réglementation. Or il conviendrait d'en démontrer, sinon la réalité, tout au moins la probabilité. Et cette démonstration semble n'avoir jamais été faite. Ne serait-ce pas parce qu'elle est impossible ? Parmi tous les fac-

^{177a} Dans sa réponse au postulat Huber, séance du Conseil national du 20 septembre 1955.

teurs, d'ordre affectif, psychologique, physique, qui peuvent être à l'origine de relations adultères, peut-on sérieusement ranger la connaissance des dispositions du Code civil sur l'établissement de la filiation illégitime ?! Ainsi que l'observe BINDER^{177b}, il est clair que, dans l'immense majorité des cas, les parents de l'enfant illégitime, à l'époque de la conception, ne songent aucunement à des considérations de ce genre, et se montrent complètement dénués de soucis d'avenir.

Cette constatation, quant au prétendu effet préventif de l'art.304, n'empêche pas que l'on puisse se demander si la reconnaissance unilatérale de l'enfant adultérin n'est pas de nature à blesser les sentiments du conjoint. Cette atteinte (si atteinte il y a dans ce qui est, on l'a vu, l'exécution d'un devoir moral) se distingue-t-elle de celle qu'a causée la violation du devoir de fidélité ? Ou n'en est-elle qu'un prolongement, affaibli ? Si le conjoint a pardonné l'adultère et renoncé à demander le divorce, peut-il se considérer comme atteint par cette reconnaissance unilatérale ? Quoi qu'il en soit, on ne voit pas qu'une telle considération puisse justifier l'interdiction générale de la reconnaissance des enfants adultérins mais, tout au plus, l'exigence du consentement du conjoint à cette reconnaissance. Or il faut rappeler, à ce sujet, que, contrairement à ce que croyait sans doute le Conseil national en introduisant la disposition de l'art.304¹⁷⁸, il ne s'agit pas d'attribuer automatiquement la puissance paternelle à l'auteur de la reconnaissance ni d'imposer la présence de l'enfant adultérin reconnu dans la famille légitime de l'auteur.

En ce qui concerne les enfants légitimes, la situation est différente car il n'existe pas, à leur égard, d'obligation de fidélité qui aurait été violée ; mais leurs intérêts successoraux sont en jeu. Cela suffit-il à justifier une interdiction de cette reconnaissance, compte tenu du fait qu'ils sont de toute

^{177b} Page 299 et passim.

¹⁷⁸ Cf. supra pages 606–607.

façon avantagés en raison de l'art. 461, al. 3 ? Ont-ils d'autre part des intérêts moraux et, si oui, suffisamment importants, pour que, même si leur mère consentait à la reconnaissance, ils soient en droit de s'y opposer ? Ceci paraît extrêmement douteux.

En définitive, il nous paraît tout à fait exagéré de prétendre, comme certains le font parfois, que la suppression de l'art. 304 porterait une grave atteinte à l'institution du mariage et à la famille¹⁷⁹. Il est également excessif de dire qu'une telle reconnaissance mettrait sur pied d'égalité enfants adultérins et enfants légitimes, et diminuerait par conséquent le prestige social de la famille. Si une telle remarque peut être faite, ce n'est pas à l'égard de la reconnaissance, mais bien plutôt à l'égard de la légitimation ou de l'adoption des adultérins (et encore conviendrait-il de ne pas accepter cette remarque sans bénéfice d'inventaire). Si l'on écarte donc des réactions plus sentimentales que raisonnées, des affirmations gratuites, des suppositions hasardeuses, le bilan d'un examen juridique et objectif de la situation se ramène à quelques constatations simples : l'interdiction de la reconnaissance des enfants adultérins est à la fois excessive, puisqu'elle intervient même là où il n'y a plus de mariage à protéger, et insuffisante, puisqu'elle n'exclut pas la reconnaissance par un homme marié pour autant que la conception a eu lieu avant le mariage de ce dernier. Elle consacre sans raison décisive une inégalité à l'égard des adultérins, en même temps qu'une incohérence, puisque ceux-ci peuvent être légitimés ou adoptés.

Sous réserve du jugement d'ensemble qui sera porté ultérieurement sur la filiation illégitime avec effets d'état civil, l'on peut donc proposer une conclusion au moins provisoire : dans le cadre du système actuel de la filiation illégitime, tel

¹⁷⁹ Cf. M^e O. ROULLET, Tribune de Genève, 7-8 janvier 1956, p. 8 ; l'auteur y voit « un coup meurtrier » et un affaiblissement dans la prévention du divorce, mais admet d'autre part la reconnaissance des adultérins lorsque le mariage du père a été dissous.

qu'il est tracé par le Code civil, les motifs qu'il y a de supprimer l'art.304 l'emportent de beaucoup, en nombre comme en poids, sur les motifs de conserver cette disposition^{180a}. EUGEN HUBER avait raison, la prohibition de la reconnaissance des enfants adultérins ne s'impose pas^{180b}.

^{180a} Cf. aussi l'ATF 89. I. 316 = JT 1964. I. 265, 270, où il est reconnu que le sens de la disposition ne saute pas aux yeux et que son interprétation n'est pas facile.

^{180b} En ce qui concerne l'art.323, al.2, dont nous parlerons plus loin, chapitre XVI, in fine, force est de constater que la prohibition de la recherche en paternité contre un homme marié lors de la cohabitation, par l'immunité qu'il confère à ce dernier, agira beaucoup plus comme un encouragement aux relations adultères que comme un frein ou comme une protection du mariage.

TITRE III

LA RECHERCHE DE LA PATERNITÉ ILLÉGITIME

Chapitre VII:

Généralités

«... La maternité est toujours certaine; la paternité ne l'est pas, et la législation doit tenir compte de ce facteur», écrivait EUGEN HUBER dans son Exposé des Motifs¹⁸¹. Tout son Avant-projet, ainsi que tout le Titre VIII, sur la filiation illégitime, du Livre II de l'actuel Code civil, est dominé, comme les législations étrangères du reste, par cette difficulté traditionnelle de la preuve¹⁸². A la différence de la maternité, qui s'annonce par la grossesse, et se manifeste par l'accouchement, permettant ainsi une preuve directe et positive, la paternité ne peut être rattachée qu'à la conception, acte plein de mystère même pour ceux qui y prennent part, selon les mots du vieux LOYSEL¹⁸³. Vu ce «donné réel», il ne reste plus qu'à s'appuyer sur des présomptions, et sur la conduite de la mère au moment présumé de la conception, pour tenter de résoudre l'énigme de la paternité.

Il y a peu, on croyait encore que, en dehors de la recherche de la conduite de la mère à ce moment-là, on ne pouvait rien

¹⁸¹ p. 203.

¹⁸² «Les règles du projet sont empreintes nécessairement de l'incertitude qui plane sur le fait même de la paternité. Le législateur est forcé de compter avec cette incertitude, et de se plier aux conséquences qui en découlent.» Motifs, p. 205.

¹⁸³ Cf. NERSON, dans Etudes Ripert I, p. 403, 424. «Les opérations de la nature dans le mystère de la génération sont impénétrables; il nous serait impossible de soulever le voile qui nous les dérobe...», PORTALIS, Discours préliminaire sur le projet de Code civil, édition 1844, p. 38; cf. aussi F. GÉNY, Science et Technique en Droit privé positif, II, n° 167, p. 373.

savoir de la paternité¹⁸⁴. Les progrès de la biologie ont changé tout cela; l'analyse des sangs, l'expertise anthropobiologique, ont amené déjà, comme on le sait et comme on le verra plus loin, d'importantes modifications de la jurisprudence. Ces progrès scientifiques auront sans doute des effets plus profonds encore et ils justifient à l'évidence une reconsidération générale du droit de la filiation illégitime.

S'il reste vrai, aujourd'hui comme hier, que la réglementation de ce domaine du droit «consiste primordialement en un problème de preuve»¹⁸⁵, d'autres considérations, morales et sociales, ne manquent pas de jouer un rôle, telles que l'intérêt de l'enfant naturel, la protection de la famille, etc. Ici, l'évolution des idées, des conditions sociales et des mœurs – évolution moindre sans doute que celle des techniques scientifiques – justifie aussi un réexamen de la réglementation établie au début du siècle.

Sur le *principe* de la recherche en paternité, la discussion apparaît close. Personne ne soutient plus que cette recherche serait «plus immorale que le refus de l'action en paternité»¹⁸⁶. L'argument tiré du scandale, du risque de chantage, ne touche plus; le convaincant plaidoyer d'EUGEN HUBER à ce sujet paraîtrait aujourd'hui superflu. La recherche en paternité est bien implantée chez nous; elle est entrée dans les mœurs en Suisse romande comme ailleurs. Toute la question est de savoir à quoi elle doit tendre. Est-ce à procurer un soutien financier à l'enfant (ainsi que, dans une certaine mesure, à sa mère)? Est-ce à établir avec le père un lien de filiation, et avec quelles conséquences?

Que l'on assigne à l'action le premier de ces buts, soit un but alimentaire, la recherche en paternité ne suscitera guère de controverses de principe. Il y a là une sorte de minimum sur lequel l'accord est général. «L'obligation imposée à

¹⁸⁴ NERSON, op. cit., p. 424, qui cite SAVATIER, *Métamorphoses*, n° 173^{bis}.

¹⁸⁵ F. GÉNY, *Science et Technique*, II, p. 373.

¹⁸⁶ Cf. *Motifs*, p. 204.

chaque homme de pourvoir à l'entretien de ses enfants, légitimes ou illégitimes, est si évidente et impérieuse qu'il serait juste d'armer la société de tout le pouvoir nécessaire pour atteindre ce but...», écrit MALTHUS¹⁸⁷.

Les difficultés, voir les oppositions irréductibles, surgissent lorsqu'il est question de donner à la recherche en paternité le sens d'une action d'état. Selon certaines tendances, dont les droits des démocraties populaires fournissent peut-être les exemples les plus achevés¹⁸⁸, il faut assimiler totalement à l'enfant légitime l'enfant né hors mariage, tout au moins lorsqu'il a été reconnu ou lorsque la paternité a été déclarée par le juge¹⁸⁹. Une tendance opposée, représentée notamment dans les milieux catholiques, rejette la création de liens juridiques entre l'enfant et son auteur, et voit volontiers dans le jugement de paternité avec effets d'état civil une tentative d'effacer les limites tracées par «l'ordre naturel»¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Essai sur le Principe de Population, 2^e édition 1803, Bibliothèque Médiations, p. 179; le même auteur ajoute d'ailleurs, notons-le en passant, d'autres considérations, inacceptables pour le lecteur moderne, sur les enfants illégitimes, ainsi lorsqu'il déclare que si les intéressés eux-mêmes, c'est-à-dire les parents, se désintéressent de leurs enfants, «la société n'est nullement tenue de prendre leur place» (p. 177).

¹⁸⁸ Assez curieusement, l'URSS, par une importante loi du 8 juillet 1944, art. 20, est revenue à l'interdiction totale de la recherche de la paternité, sur le modèle napoléonien; elle fournit cependant, d'autre part, une large assistance aux mères célibataires et aux enfants illégitimes; sur cette évolution, voir GSOVSKI-GRZYBOWSKI, «Government, Law and Courts in the Soviet Union and Eastern Europe», London-New York 1959, vol. 2 pp. 1152ss., 1158-9. Cette interdiction est critiquée en URSS.

¹⁸⁹ Ainsi le nouveau droit tchécoslovaque de la famille, cf. Code du 7 septembre 1949, ignore la notion d'enfant illégitime; en République Démocratique Allemande, une loi du 27 septembre 1950, sur la protection de la mère et de l'enfant et les droits de la femme, déclare «die nicht eheliche Geburt ist kein Makel»; cf. E. SCHMIED, Das Familienrecht der Volksdemokratien, Rabels Zeitschrift, 1952, 17, p. 227ss.

¹⁹⁰ Cf. KLEIN, Cahiers du Droit, 1954, n° 31, p. 106; les juristes

Entre l'assimilation systématique, qui risque de méconnaître d'indéniables inégalités de fait et de situations, et le refus de tous droits à l'enfant naturel, au nom de la notion fuyante d'«ordre naturel», il y avait place, et il y a place pour plusieurs solutions équitables. L'Avant-projet se proposait de «créer en faveur de l'enfant naturel une situation légale, dont l'infériorité ne reposera point sur le fait de l'illégitimité de la naissance, mais résultera d'autres considérations, telles que la protection due au mariage et aux enfants légitimes»¹⁹¹. D'une manière analogue, la Constitution italienne actuelle (art.24, al.3) proclame que «les lois assurent aux enfants nés hors mariage toute la protection juridique et sociale compatible avec les droits des membres de la famille légitime».

La conciliation entre ces deux ordres de valeurs, souvent considérés autrefois comme irréductiblement opposés, est loin d'être impossible aux yeux de l'homme du XX^e siècle. Le sentiment juridique contemporain n'est plus persuadé que l'on protège la famille en maintenant l'enfant naturel dans un statut inférieur, et il accepterait malaisément que l'on sacrifiât un innocent aux exigences supérieures (qu'il resterait d'ailleurs à démontrer ici) de l'intérêt général. Un très large accord règne donc sur l'opportunité qu'il y a d'améliorer le sort de l'enfant naturel. Mais cette amélioration, qui ne peut être qu'en partie le fait de l'ordre juridique, implique-t-elle nécessairement une assimilation au statut de l'enfant légitime ou d'autres voies sont-elles concevables? Dans la première hypothèse surtout, la défense de l'institution du mariage et de la famille ne fixe-t-elle pas certaines

catholiques ne sont d'ailleurs pas unanimes sur ce sujet, cf. R.P. BASSETTE, *ibid.*, p.125: «on a beaucoup parlé de l'ordre naturel... la loi naturelle, c'est la charité...». — On peut noter aussi que EUGEN HUBER, *Motifs*, p.205, voyait dans l'admission de la recherche en paternité un «retour de la loi au droit naturel»; bien qu'elle se situe dans un contexte quelque peu différent, l'observation vaut d'être rappelée.

¹⁹¹ *Motifs*, p.203.

limites ? Ces questions fondamentales, et d'autres encore, qui seront évoquées à plusieurs reprises par la suite, ne souffrent guère de réponses générales et abstraites.

Ce que l'on peut dire ici, dans le cadre de cette introduction, c'est que le Code civil suisse a réalisé sans contredit un progrès dans la condition juridique de l'enfant naturel, sans compromettre pour autant les intérêts de la famille¹⁹². Progrès qui prolonge en quelque sorte, sur le terrain du droit de la famille, la conquête de la pleine capacité civile et des droits personnels par les enfants naturels, au cours du XIX^e siècle, ainsi que celle, en droit public, de l'égalité (art. 4, Constitution fédérale). Progrès par rapport à de nombreuses législations cantonales qui, contrairement à l'ancien droit coutumier suisse, beaucoup plus large, n'admettaient généralement que l'action purement pécuniaire, et encore dans des conditions fort restrictives souvent¹⁹³. L'amélioration de la condition de l'enfant naturel était bien dans la ligne des idées générales du Code civil, de respect de la personne humaine, de solidarité et d'humanité, de protection des faibles. Elle correspondait en outre à un intérêt public évident¹⁹⁴. Le fait est, pourtant, que notre Code reflète imparfaitement ces idées et la compréhension humaine qu'éprouvait Eugen Huber pour le sort des enfants illégitimes. Son Avant-projet était plus généreux, plus cohérent aussi, et tendait à assimiler dans une plus large mesure les enfants naturels aux enfants légitimes¹⁹⁵. Les délibérations parle-

¹⁹² L'admission de la légitimation, par mariage subséquent, des enfants adultérins a pu cependant soulever chez certains quelques doutes à cet égard ; le législateur n'a pas jugé qu'une interdiction renforcerait d'une manière appréciable l'institution du mariage et il a préféré, avec raison croyons-nous, l'intérêt qu'a l'enfant naturel à devenir légitime.

¹⁹³ Cf. EGGER, Art. 302 N. 3, 4 ; SILBERNAGEL, Vorbemerkungen, N. 8 ss., p. 276–282 ; ROGUIN, Conflits des lois suisses, 1891, p. 131, n° 80 ; G. R. MOHR, Die Vaterschaftsklage des ZGB und ihre historische Grundlage, Diss. Bern 1912.

¹⁹⁴ Cf. EGGER, 302, N. 5.

¹⁹⁵ L'Exposé des Motifs, sans méconnaître les intérêts de la fa-

mentaires, l'on en verra de nouvelles preuves plus loin, ont passablement malmené le Projet d'EUGEN HUBER, au préjudice de l'enfant naturel¹⁹⁶.

Quoi qu'il en soit, le droit civil suisse assigne à la recherche en paternité un double but ou, pour parler plus exactement, il admet la possibilité soit de l'action alimentaire, à l'instar des droits allemand et autrichien, par exemple, soit de l'action d'état (seule connue dans des pays comme la Suède et la Norvège, et dans les démocraties populaires), mais à des conditions beaucoup plus sévères. Cette dualité (dont on trouve d'autres exemples dans des pays comme la France, l'Italie et l'Espagne) crée donc diverses catégories d'enfants naturels. Le droit suisse présente ainsi une image assez complexe, et il n'est pas toujours aisé d'en percevoir les dominantes, de discerner si ses couleurs sont complémentaires ou contradictoires; l'action pécuniaire, par exemple, répond au souci de secourir l'enfant naturel et sa mère, mais ses conditions et ses effets sont moins favorables que les dispositions analogues de bien des droits étrangers. Quant à l'action d'état, la rigueur de ses conditions est connue, et l'on en cherchera la raison soit dans la difficulté de la preuve de la paternité¹⁹⁷, soit dans la crainte d'affaiblir la famille légitime en permettant trop aisément à l'enfant d'accéder

mille légitime, qu'il met au contraire en évidence, paraît fonder toute différence de statut entre les deux catégories d'enfants sur l'incertitude de la preuve dans le cas des seconds, ceci non sans ambiguïté parfois. « On ne pourra admettre l'égalité des droits – avec ceux de l'enfant du côté maternel – que si la filiation peut être tenue en quelque sorte comme incontestable... » p. 203-204. Le texte a beau préciser qu'il attribue à la filiation illégitime « des effets exactement déterminés et, règle générale, beaucoup moins étendus que ceux de la filiation légitime » p. 206, il reste que l'enfant aura envers la mère « absolument les mêmes droits » qu'un enfant légitime (p. 203) et que, s'il est reconnu ou attribué judiciairement à son père, il jouira des mêmes droits qu'envers sa mère.

¹⁹⁶ Cf. NEHRWEIN, art. cité, SJZ 53, 1957, p. 177.

¹⁹⁷ Cette difficulté est aussi, avec la peur du scandale, à l'origine de l'interdiction napoléonienne de la recherche de la paternité; cf. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Précis, 1956, vol. I, n° 722

au statut «privilegié» d'enfant attribué judiciairement à son père (c'est-à-dire, aux yeux de certains juristes étrangers, de «demi-légitime»). Certains milieux, notamment féministes, croient voir aussi dans cette réglementation très restrictive de l'action d'état, et dans le nombre des fins de non recevoir qui peuvent paralyser l'action en paternité en général, le résultat d'un certain «réflexe de défense» masculin, plus ou moins conscient et non dénué de pharisaïsme.

Chapitre VIII:

L'objet et le fondement juridique de l'action en paternité

Selon l'art. 309, al. 1^{er}, «l'action tend soit à des prestations pécuniaires du père en faveur de la mère et de l'enfant, soit en outre, dans les cas prévus par la loi, à la déclaration de paternité avec ses effets d'état civil». Le droit suisse admet donc deux actions (au moins) en paternité, l'une, pécuniaire, la «petite action», qui, tout en présupposant l'existence d'une paternité physique, ne constate ni n'établit un lien juridique de filiation, l'autre, la «grande action», qui peut aboutir à la déclaration judiciaire de la paternité naturelle. La question s'est posée de savoir si, en dehors de ces deux actions, *une action indépendante en déclaration de la paternité* pouvait être admise, sur la base des textes légaux (des art. 309, 307 ou 302 CCS) ou, à défaut, en vertu des principes généraux sur l'action déclaratoire.

On sait que la pratique de nombreux cantons, notamment en Suisse alémanique, relativement à l'action pécuniaire, va jusqu'à constater, dans une partie distincte du dispositif, la paternité du défendeur, contribuant par là à accréditer l'idée qu'une action indépendante en constatation serait possible. Dans ce sens, se fondant sur les textes allemand et italien de l'art. 307, certaines Cours cantonales, comme celle de Zurich, ont admis qu'une déclaration positive de la paternité fasse l'objet d'une «Feststellungs-

klage»¹⁹⁸. La question revêt un intérêt pratique certain: il n'est pas rare que le défendeur à l'action pécuniaire meure avant le jugement et sans laisser une succession qui permette de poursuivre les héritiers¹⁹⁹. Ainsi que le relève HEGNAUER dans une récente étude sur ce sujet²⁰⁰, le grand nombre d'accidents mortels de travail ou de circulation a accru la signification de ce problème et, peut-on ajouter, l'augmentera encore dans l'avenir.

Il nous paraît superflu de revenir sur la controverse doctrinale relative à l'admissibilité, *de lege lata*, d'une telle action en constatation. HEGNAUER démontre de façon convaincante que les textes légaux ne la prévoient pas. Tel est aussi l'avis du Tribunal fédéral dans l'arrêt Gräub contre Käser²⁰¹, qui observe notamment que l'intérêt de l'enfant à toucher la rente d'orphelin (prévue par l'art. 27, al. 2, de la loi sur l'Assurance Vieillesse et Survivants) et à prouver, à cette fin, sa qualité d'orphelin de père, ne suffit pas à justifier une action indépendante en déclaration; selon cet arrêt, l'établissement de la paternité n'est qu'un *motif* du jugement en prestations ou, dans le cas de l'action avec effets d'état civil, qu'un motif de l'attribution judiciaire de l'enfant. L'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral laissait la question ouverte²⁰².

Est-il désirable d'admettre une action indépendante en déclaration de la paternité naturelle? AUBERT pense que oui, pour diverses raisons: «l'enfant lui-même n'a-t-il pas aussi

¹⁹⁸ Par exemple OG Zurich, 27 septembre 1940, BIZR 1941, n° 57, p. 134; contra, OG Argovie, 14 juillet 1924, SJZ 1925-6, p. 48.

¹⁹⁹ Un exemple en est l'important arrêt Gräub contre Käser, du 3 juillet 1953, cité au texte, ATF 79. II. 253 = JT 1954. I. 226.

²⁰⁰ «Ist die Feststellung der Vaterschaft Gegenstand des einfachen Vaterschaftsurteils?» dans Problèmes et Buts de la Tutelle, 1963, p. 49.

²⁰¹ Voir note 199 ci-dessus.

²⁰² Cf. un arrêt de 1913, ATF 39. II. 505 = JT 1914. I. 111. Dans sa thèse déjà citée, AUBERT, p. 197-198, considère comme discutable l'ATF 79. II. 253 = JT 1954. I. 226 et l'argument tiré du caractère exhaustif de l'art. 309, al. 1^{er}.

un intérêt moral à savoir de qui il descend (lois de l'hérédité), ou la mère à montrer qu'elle n'a pas cohabité avec le premier venu ? »²⁰³ D'autres auteurs vont jusqu'à admettre aussi une action en déclaration *négative* de la paternité réelle, en raison de l'intérêt moral du demandeur à faire prononcer, par exemple en raison des bruits qui courent sur son compte, que sa paternité ne saurait être déclarée²⁰⁴. Dans une analyse d'un vif intérêt, HEGNAUER considère au contraire que, d'une part, un jugement purement déclaratoire n'apporterait pas au demandeur une protection supplémentaire par rapport au jugement pécuniaire et que, d'autre part, il n'y a pas d'intérêt idéal ou moral à une telle constatation indépendante. Cette dernière thèse, en particulier, mérite d'être examinée de près.

Selon HEGNAUER, une telle action indépendante ne peut pas se justifier par un intérêt moral de la mère, car son résultat, dans le cas où il est favorable à cette dernière, atteste seulement l'absence d'inconduite au sens de l'art. 315 et de «doutes sérieux» au sens de l'art. 314; il ne témoigne pas de la moralité de la mère²⁰⁵. On doit accorder que le succès d'une action (quelconque) en paternité ne suffit pas à constituer un certificat de bonnes vie et mœurs. Mais ne renforce-t-il pas, dans une mesure non négligeable, une sorte de présomption de moralité ou, si l'on préfère, d'absence d'immoralité ? En outre, il n'est pas démontré que l'intérêt moral de la mère à une telle constatation indépendante se réduit à une sorte d'attestation officielle de sa moralité; ne confondons pas intérêt moral et intérêt de moralité.

En ce qui concerne l'enfant, HEGNAUER n'admet pas qu'il ait un droit (de la personnalité, cf. art. 28) à la constata-

²⁰³ p. 197.

²⁰⁴ DU PASQUIER, JT 1918, 484; cf. aussi OSWALD, La péremption de l'action en recherche de paternité, Fribourg 1937, p. 12, cité par AUBERT, p. 198.

²⁰⁵ Avec raison, l'éminent juriste zurichois observe que le succès de l'action aurait encore moins de signification le jour où l'art. 315 serait supprimé et l'art. 314, al. 2 modifié. — (L'auteur du présent

tion de la paternité, indépendamment du jugement pécuniaire (qui présuppose la paternité du défendeur) ou du jugement avec effets d'état civil. Il souligne les difficultés de la réalisation d'un tel droit et s'appuie sur le droit de la mère à garder secret le nom du défendeur²¹⁶. L'argument tiré des difficultés de mise en œuvre d'un droit de l'enfant à agir en constatation de la paternité ne nous paraît guère décisif; ne convient-il pas de distinguer la justification de principe d'une telle action de sa réalisation pratique, difficile peut-être mais non pas toujours impossible? Au demeurant, ces difficultés existent déjà dans le système actuel, si la mère refuse de nommer le père, et le législateur n'en a pas tiré argument pour exclure l'action pécuniaire, par exemple. Sans doute l'action pécuniaire suffit-elle *généralement* à tenir compte des intérêts de la mère et de l'enfant à voir déclarer qui est le père, mais ce n'est pas toujours le cas. La pierre d'achoppement de tout le système, c'est bien entendu le cas où l'action pécuniaire n'est plus possible parce que l'auteur de la conception est mort avant le jugement, sans laisser d'actifs dans sa succession (cf. art.322).

Au terme d'une analyse très attentive, qui passe en revue successivement le cas des héritiers, de la communauté publique, etc., ainsi que l'hypothèse d'un recours à la juridiction gracieuse, HEGNAUER parvient à une conclusion négative: selon lui, ni la mère ni l'enfant n'ont un intérêt à une déclaration judiciaire de la paternité, qui ne saurait apporter de certitude plus grande que celle qui existe dans la conscience de la mère ou ses déclarations à son enfant²¹⁷. Cet argument ne laisse pas d'impressionner; mais est-il absolu-

rapport a omis les notes 206 à 215. Or vu que le travail de M. Lalive contient 705 notes et que de nombreuses notes sont liées entre elles par des renvois, nous nous voyons contraints à renoncer à une modification du numérotage existant. *Note du directeur de la revue.*)

²¹⁶ Sur cette question, voir plus loin. Chapitre XV, 5, et par exemple note 599.

²¹⁷ HEGNAUER, article cité, p.69; l'auteur rappelle en outre le droit à l'honneur, découlant de l'art.28 CCS, et la protection pénale des art.173 CPS ss.

ment convaincant ? Il se peut que, selon les circonstances, un jugement apporte au contraire à l'enfant davantage de certitude que les déclarations de la mère ²¹⁸. D'autre part, et peut-être surtout, ne faut-il pas distinguer la certitude des intéressés eux-mêmes et la certitude des tiers ? Quelle que soit leur conviction intime, la mère et l'enfant ne peuvent-ils pas avoir un intérêt moral à faire partager, grâce à l'autorité d'un jugement, cette conviction par des tiers ?

En résumé, s'il n'est pas niable que l'admission d'une action en pure constatation de la paternité, indépendante d'un jugement pécuniaire ou d'une attribution avec effets d'état civil, susciterait diverses difficultés et complications, et qu'elle apparaît même superflue dans bien des cas, elle ne nous semble pas toujours privée de justification. Lorsqu'un jugement d'entretien est devenu impossible par la suite de la mort de l'auteur, dénué de ressources, HEGNAUER ²¹⁹ concède l'existence d'un intérêt moral indépendant à la constatation de la paternité. Cela étant admis, des moyens doivent être trouvés qui soient propres à protéger cet intérêt. Contrairement à l'opinion du savant juge zurichois, la constatation judiciaire nous paraît ici un moyen approprié. Ce moyen du reste peut se recommander du texte même, assez clair, de l'art. 307, al. 1^{er}, dans les versions allemande et italienne ; cette interprétation, discutable certes, a le mérite de faire de cette disposition autre chose qu'un simple programme et de lui donner un contenu propre, distinct de celui de l'art. 309 ²²⁰. A noter aussi que, dans l'hypothèse où l'on viendrait

²¹⁸ Par exemple, mais pas seulement, dans le cas, rare mais non pas inconcevable, où une expertise scientifique pourrait encore apporter au juge la preuve positive de la paternité, parce que les caractéristiques du père défunt auraient été recueillies, avant sa mort, dans un autre procès en paternité ; il n'est pas exclu non plus qu'un nombre suffisant de photographies permette à une expertise anthropobiologique d'arriver à des résultats suffisamment concluants ; sur ce point voir plus loin Chapitre XIII.

²¹⁹ p. 71.

²²⁰ La question se pose, il faut le reconnaître, de savoir si l'admission d'une telle action ne risquerait pas de compromettre la con-

à supprimer l'action avec effets d'état civil, ou tout au moins à en réduire le champ d'application, il pourrait y avoir alors un intérêt accru à l'admission d'une telle action en pure constatation de paternité.

Il nous paraît donc que l'on pourrait admettre déjà, sur la base du droit actuel, une action en déclaration positive de la paternité, indépendante de l'action pécuniaire ou de l'action avec effets d'état civil, ceci au moins comme une action subsidiaire, dans le cas où l'auteur est décédé sans laisser d'actifs. Elle peut aussi avoir un sens pour d'autres intéressés, par exemple pour un opposant au mariage de fiancés unis par une parenté naturelle de pur fait ²²¹. Quant à l'action en déclaration négative de paternité, elle doit être admise, en quelque sorte *a fortiori*, pour défendre des intérêts dignes de protection et qui ne peuvent être garantis autrement ²²².

Selon le but que l'on assigne à la recherche en paternité, l'on attribuera à l'action telle ou telle *base juridique*. S'agit-il essentiellement d'assurer à l'enfant (et, dans une certaine mesure, à la mère) une situation matérielle convenable, l'on sera tenté de recourir à des constructions juridiques autres que celles qui s'imposent si l'on voit dans l'action le moyen d'établir un lien juridique de filiation, de resserrer les relations entre le père et l'enfant ou, tout au moins, d'amener le père à exécuter ses obligations morales envers l'enfant. Dans le premier cas, on s'explique que l'action soit envisagée comme délictuelle, et fondée sur l'acte illicite de cohabitation, voire sur la théorie du risque (*Gefährdungstheorie*), ce qui conduit logiquement à admettre l'action dirigée contre une pluralité de défendeurs, et même la condamnation si-

clusion de conventions pécuniaires; cf. HEGNAUER, p. 72; à ce sujet, et sur la possibilité que les méthodes scientifiques de preuve diminuent le nombre des conventions pour augmenter celui des procès, voir plus loin, note 594. Il faut tenir compte aussi du caractère imprescriptible de cette action; cf. AUBERT, p. 197.

²²¹ Cf. AUBERT, p. 197. Sur une hypothèse de ce genre, voir l'arrêt Räss, ATF 28. II. 8, du 24 mars 1902.

²²² Cf. DU PASQUIER et OSWALD, cités *supra*, note 204.

multanée des divers «pères» possibles²²³. Les objections envers ces théories sont connues; peut-il y avoir «faute» à donner la vie? La cohabitation en elle-même est-elle illicite? Mais on ne peut l'admettre que si elle a été causale, c'est-à-dire génératrice, et l'on revient à la première objection. Le «dommage» consiste-t-il en la vie, ce qui paraît malaisé à admettre, ou dans la condition d'enfant illégitime? Autant de questions classiques, auxquelles il est difficile de répondre sans artifice, et sans créer d'assez étranges différences de traitement entre l'auteur masculin et l'auteur féminin de l'enfant²²⁴.

Il n'est d'ailleurs pas nécessaire d'analyser ici en détails ces controverses traditionnelles, et parfois quelque peu byzantines, sur le fondement juridique de l'action en paternité. Pour la législation suisse, la question est réglée, et il n'y a aucune raison, on le verra, de revenir sur la solution qu'elle a donnée, d'autant moins que les progrès des méthodes scientifiques de preuve enlèvent de plus en plus de substance aux arguments qui pouvaient justifier dans une certaine mesure, dans l'intérêt de l'enfant, les théories délicieuses. Mais n'anticipons pas. Le droit suisse est fondé, chacun le sait, sur le principe de la parenté (*Verwandtschaftstheorie*). Selon le Tribunal fédéral²²⁵ une action en paternité, «comme cela résulte déjà de son nom ainsi que des art. 307 et suivants CCS», ne peut être admise que sur la foi de la conviction que le défendeur *est* le père de l'enfant naturel en cause.

Il en est ainsi de l'action pécuniaire, qui n'établit ni ne constate aucun lien juridique de filiation, aussi bien que de la «grande» action, avec effets d'état civil. Par son objet,

²²³ Ainsi, par exemple, dans le régime de la loi danoise de 1937, ou de la loi norvégienne de 1915; ce système est aujourd'hui abrogé, cf. *infra*, Chapitre XI.

²²⁴ Cf. AUBERT, p. 98-99.

²²⁵ ATF 87. II. 65, 69 = JT 1961. I. 527; voir aussi 84. II. 669, 676 = JT 1959. I. 519; 79. II. 253 = JT 1954. I. 226; 72. I. 333 = JT 1947. I. 130.

l'action alimentaire (*Vaterschaftsklage*) peut bien participer de la nature du droit des obligations, son fondement juridique n'en reste pas moins la parenté physique et elle a une nature familiale²²⁶. Un rapport de parenté naturelle, biologique, est donc à la base des deux²²⁷ formes de l'action en recherche de paternité du droit suisse. L'idée est d'ailleurs plus large encore, puisqu'elle s'étend à la filiation légitime aussi bien qu'à la filiation illégitime; dans les deux cas, la législation se fonde sur un rapport de parenté physique, *de même nature*²²⁸.

Le paradoxe est, bien sûr, que seule l'action avec effets d'état civil reconnaît véritablement et consacre l'existence de ce rapport de parenté naturelle. Le jugement qui accueille l'action pécuniaire ne le fait pas, quand bien même il présume dans ses motifs l'existence de la parenté physique. L'action pécuniaire exige donc, tout comme l'action déclarative, la démonstration de la filiation réelle, et non pas, comme on l'a supposé quelquefois à l'étranger, de simples vraisemblances²²⁹.

L'idée d'une certaine différence dans le degré de certitude requis pour que triomphe l'une ou l'autre des actions en pa-

²²⁶ ATF 78. II. 318, 322 = JT 1953. I. 393. A noter que ce caractère de droit de famille appartient aussi à l'action avec effets d'état civil, même lorsqu'elle est fondée sur un acte criminel; art. 323, ATF 67. II. 78 = JT 1941. I. 487.

²²⁷ Ou trois; cf. *supra* dans le texte.

²²⁸ Les différences de réglementation ne provenant pas du fait que la filiation illégitime serait d'une espèce différente, mais de l'absence, dans ce dernier cas, d'une famille fondée sur le mariage; cf. EGGER, 324. N. 10, à propos de la filiation maternelle; cf. HORSTMANN, in *Rapport Bosch*, pp. 147 ss.

²²⁹ Par exemple en Belgique; cf. CARBONNIER, pp. 541 ss.; mais y a-t-il jamais dans ce domaine, se demande CARBONNIER, p. 541, davantage que des vraisemblances? On serait tenté de répondre oui à cette question, en se fondant par exemple sur la preuve positive que fournit l'expertise anthropobiologique, voir plus loin Chapitre XIII; mais la preuve «scientifique» elle-même apporte-t-elle autre chose, pourrait-on dire, qu'un très haut degré de vraisemblance?

ternité n'est cependant pas étrangère à l'esprit du Code civil. Le jugement déclaratif de paternité, de l'art. 323, est fondé (notamment, ou exclusivement ?) sur l'idée, clairement mise en lumière dans l'Exposé des Motifs²³⁰, que dans certaines circonstances particulières, celles de l'art. 323, la paternité peut être considérée comme établie, ce qui suffit à justifier la déclaration avec effets d'état civil²³¹. Il reste vrai, malgré cette dernière remarque, que le succès de l'action pécuniaire, comme celui de l'action avec effets d'état civil, selon la logique de la «*Verwandtschaftstheorie*», implique non une simple vraisemblance, mais la preuve de la paternité physique. Ceci est conforme à la nature de l'action pécuniaire et à celle de ce que l'on pourrait appeler la «*paternité simple*» (sans effets d'état civil), qui n'est pas un simple fait mais bien un rapport juridique²³².

Le fondement juridique de la recherche en paternité, en droit suisse, est donc, et doit rester la parenté physique. Selon les uns, l'action pécuniaire serait fondée sur un rapport matériel de causalité, sur le fait matériel de la procréation²³³. En d'autres termes, la parenté de sang fait naître une obligation naturelle; l'enfant, disait CARNELUTTI, est «*naturel*» au même sens que l'obligation du même nom²³⁴. L'essentiel, observait EUGEN HUBER²³⁵, «*c'est que, par le fait de ses relations avec la mère de l'enfant naturel, le père contracte un engagement moral dont l'importance sociale est assez grande pour que le législateur y voie une obligation légale envers la mère et l'enfant...*».

En conclusion, le système de la «*Blutsverwandtschaft*», qui est celui du Titre huitième du Livre II du Code civil,

²³⁰ Cf. p. 204.

²³¹ Voir aussi *supra*, Chapitre VII, nos remarques sur l'importance capitale de la preuve dans le système conçu par EUGEN HUBER.

²³² Voir la démonstration de HEGNAUER, article cité, pp. 56–57; *contra*, semble-t-il, ATF 79. II. 257–8 = JT 1954. I. 226.

²³³ «*Qui fait l'enfant doit le nourrir*», cf. CARBONNIER, p. 542.

²³⁴ Cité dans CARBONNIER, I. p. 515.

²³⁵ Motifs, p. 205.

mérite d'être conservé, en dépit des conséquences pratiques parfois rigoureuses qu'il a pu avoir pour l'enfant et la mère, en raison surtout du mécanisme des preuves prévu par la loi. On verra plus loin, en examinant le détail des dispositions légales, s'il y a lieu ou non de rectifier cette impression.

Chapitre IX :

La preuve de la paternité

Le droit de la famille, disait GEORGES RENARD, est « adossé à des données physiologiques »²³⁶. Cela est particulièrement vrai du droit de la filiation, et l'on a vu, dans le chapitre VII, que la réglementation juridique de la filiation naturelle se ramenait essentiellement, selon le mot de GÉNY, à un problème de preuve. Toutes les législations en cette matière étaient, et restent encore presque entièrement dominées par l'idée de l'incertitude essentielle de la paternité naturelle. Le droit suisse n'échappe pas à la règle, ainsi qu'en témoignent les passages cités plus haut de l'Exposé des Motifs.

A l'origine, EUGEN HUBER avait prévu, en accord avec la jurisprudence de plusieurs cantons, qu'il suffirait au demandeur de démontrer la *vraisemblance* de la paternité du défendeur. Jugeant à la réflexion que ceci irait trop loin comme principe général, il imagina alors un système – qui, après diverses modifications plus ou moins heureuses, donna lieu à celui du Code actuel – fondé sur la présomption née de la cohabitation du défendeur avec la mère pendant la période légale de conception²³⁷. Et l'auteur ajoutait – était-ce conviction ou politique ? – « nous ne nous dissimulons pas ce qu'il y a d'irrationnel dans une présomption de paternité hors du mariage »²³⁸. Aujourd'hui, la formule paraît relever

²³⁶ « Le Droit, l'Ordre et la Raison », p. 223, cité par NERSON, op. cit. p. 411.

²³⁷ Art. 343 de l'Avant-projet ; art. 314 CCS.

²³⁸ Motifs, pp. 224–225.

de la précaution oratoire, et cette construction nous semble parfaitement rationnelle. CHARLES KNAPP y voyait, paraît-il, une présomption de fidélité à l'amant; l'idée est ingénieuse et correspond à la notion de présomption, en tant que procédé de raisonnement qui retient, parmi plusieurs hypothèses, la plus probable²³⁹. Cette présomption de fidélité est sans doute implicite dans la présomption de l'art. 314 al. 1^{er}, mais elle ne se confond pas avec elle. Pour en revenir à la présomption de paternité fondée sur la cohabitation, (art. 314, al. 1^{er}), il s'agit évidemment d'une présomption au sens où FRANÇOIS GÉNY entendait cette notion, c'est-à-dire d'un «expédient technique», qui constitue moins une dispense de preuve qu'un allègement, une simplification «par la transformation des éléments à démontrer», sans déplacer la charge de la preuve²⁴⁰. Dans son arrêt 87.II.65, 69²⁴¹, le Tribunal fédéral confirme cette analyse: le but évident de la présomption (*juris tantum*) de l'art. 314, al. 1, remarque-t-il, est de faciliter à la partie demanderesse la preuve, en général difficile à apporter²⁴², *de la paternité*, en lui permettant de se limiter d'abord à la preuve *de la cohabitation* pendant la période critique. La cohabitation au cours de la période dite critique constitue le «fait – indice», qu'il appartient à la partie demanderesse de prouver.

«Une fois l'indice constaté, on en doit conclure de par la loi (c'est la nature même de la présomption légale) que la conception est le fruit des œuvres du défendeur et que celui-ci est le père de l'enfant venu au monde. La partie demanderesse est dispensée de

²³⁹ Voir sur cette notion la thèse de J.M. GROSSEN, *Les présomptions en droit international public*, Thèse Neuchâtel 1954, chapitre 1^{er}: Théorie générale des présomptions en droit privé, *passim*.

²⁴⁰ Science et Technique en Droit privé positif, III, pp. 279–281; cf. GROSSEN, *op. cit.*, p. 26.

²⁴¹ JT 1961. I. 522.

²⁴² EGGER, 314 N. 8, parle ici d'un véritable «état de nécessité» (Beweisnotstand) en matière de preuve.

prouver la conception et la paternité. D'une manière plus générale, la cohabitation est censée avoir entraîné la conception.»²⁴³

Il suffira de rappeler, à ce sujet, que la preuve de la cohabitation peut être apportée par tout moyen, par exemple par l'aveu du défendeur, ou par indices, ce qui est de la nature des choses²⁴⁴. Ceci ne signifie pas qu'une simple vraisemblance suffise; le texte même de l'art. 314, al. 1^{er}, exige que le fait de la cohabitation soit «prouvé»; une forte probabilité est donc nécessaire, mais suffisante, pour établir les relations intimes dont la loi déduit la paternité du défendeur²⁴⁵. On notera aussi, en passant, que le juge civil saisi de l'action en paternité n'est pas lié par la décision du juge pénal qui aurait refusé d'admettre l'existence de relations intimes; la notion même de cohabitation n'est du reste pas identique en matière civile et en matière pénale, cf. art. 53 CO²⁴⁶.

Dans cet ordre d'idées, un seul point suscite certaines critiques et propositions de réformes; il concerne *la durée de la période légale de la conception*, au sens de l'art. 314, al. 1^{er}. «La paternité est présumée – déclare l'art. 314, al. 1^{er} – lorsqu'il est prouvé qu'entre le trois-centième et le cent quatre-vingtième jour avant la naissance le défendeur a cohabité avec la mère de l'enfant.» Cette durée, que l'on retrouve, bien entendu, en matière de filiation légitime (cf. art. 252 et ss.), correspond-elle à la réalité médicale? Hippocrate dit oui... et nos modernes Galien disent non²⁴⁷. On sait

²⁴³ ATF 86. II. 311, 313 = JT 1961. I. 522.

²⁴⁴ Sur la *violenta suspicio fornicationis*, voir par exemple ATF 75. II. 102 = JT 1950. I. 600.

²⁴⁵ Voir par exemple les arrêts SJ 1943, 217 et SJ 1961, 301; ce dernier arrêt, de la Cour de Justice de Genève, du 24 mai 1960, fournit une intéressante illustration de cas-limite où l'action a été rejetée, malgré l'existence de divers indices, faute de témoignages suffisamment concluants.

²⁴⁶ ATF 51. II. 257; 77. II. 28, 30 = JT 1952. I. 2; cf. EGGER 314, N. 2.

²⁴⁷ Cf. l'exposé détaillé de SILBERNAGEL, 314, N. 14 ss.

que cette période légale est médicalement trop courte et que des grossesses durant plus de 300 jours ou moins de 180 jours sont possibles²⁴⁸. Mais on le savait déjà en 1907, rappelle le Tribunal fédéral, dans un important arrêt du 17 février 1944, qui modifie la jurisprudence établie jusqu'alors²⁴⁹.

Jusqu'en 1944, en effet, le Tribunal fédéral ne s'en tenait pas strictement à cette délimitation légale de la période «critique»; il admettait que la paternité se présume aussi en cas de cohabitation prouvée en dehors de la période légale, mais dans la période effective de conception, compte tenu du développement de l'enfant à la naissance. En d'autres termes, la limitation temporelle posée par l'art. 314, al. 1^{er}, ne devait pas être prise textuellement, et la présomption jouait aussi si la cohabitation datait de quelques jours en dehors du délai légal²⁵⁰. En un tel cas, la jurisprudence tenait pour suffisante la possibilité de la conception à une date située hors de la période critique, possibilité attestée par expertise médicale, alors surtout que rien, hormis le retard de la naissance, ne justifiait des doutes sérieux sur la pater-

²⁴⁸ La durée légale de la période dite critique est de 121 jours, car le trois centième et le cent quatre-vingtième sont comptés; cf. ATF 45. II. 492 = JT 1920. I. 71; EGGER 314, N. 4. Dans un arrêt anglais souvent cité, *Hadlum v. Hadlum* 1949, 65 Times Law Reports 30, une grossesse d'une durée de 349 jours a été jugée possible; d'autre part, des gestations inférieures à 180 jours ne sont pas exclues, et certains cas en sont cités par la Revue de l'Etat civil, cf. 1941 p. 12 et 1953 p. 118. Voir à ce sujet AUBERT, note P, p. 200.

²⁴⁹ ATF 70. II. 70 = JT 1944. I. 232, *Dreyer contre Vonwil*; in casu, la cohabitation avait eu lieu 312 jours avant la naissance, et l'enfant mesurait 4 cm de plus que la normale; en réalité, dans cette espèce, il faut remarquer que la date de la cohabitation n'était pas exactement fixée; cette incertitude devait jouer contre la demanderesse et conduire à l'adoption de la date la plus favorable au défendeur, soit 312 jours avant la naissance.

²⁵⁰ Par exemple 301 jours, ATF 62. II. 65 = JT 1937. I. 90, 302 jours, ATF 43. II. 137 = JT 1917. I. 540, 309 jours, *BlZR* 16 N. 216, 314 jours, ATF 55. II. 233 = JT 1930. I. 386, 330 jours, *SJZ* = 27, 317, n° 60.

nité du défendeur. Cette interprétation extensive était généralement approuvée par la doctrine ²⁵¹.

Dans l'arrêt Dreyer contre Vonwil, le Tribunal fédéral en revient à une interprétation stricte du délai de l'art. 314, al. 1^{er}, et considère que la jurisprudence antérieure n'est pas compatible avec la *ratio legis*, et favorise en outre sans raison l'enfant naturel par rapport à l'enfant légitime, qui n'est présumé tel que s'il est né dans les 300 jours après la dissolution du mariage de sa mère ²⁵². Faut-il conclure de cette nouvelle jurisprudence que, en cas de naissance tardive ou prématurée, soit si la cohabitation remonte à plus de 300 ou à moins de 180 jours avant la naissance, il incomberait à la partie demanderesse de fournir la preuve, selon la règle générale de l'art. 8 CCS, de la paternité, ce qui reviendrait à l'obliger à établir qu'elle n'a cohabité avec aucun autre homme que le défendeur pendant la période effective de la conception ? Le Tribunal fédéral ne va heureusement pas jusque-là, et se contente d'exiger la preuve de la paternité autant qu'il est possible de l'apporter vu la nature des choses. Si l'on songe à ce qu'était l'état des preuves scientifiques en 1944, et aux progrès qu'elles ont faits depuis lors, on pensera que cette solution de l'arrêt Dreyer ne se distingue pas tellement, en pratique, de la jurisprudence antérieure, laquelle nous paraît préférable.

En effet, la présomption de paternité naturelle, dans le système du Code, est fondée sur la cohabitation avec le défendeur, soit sur la cohabitation pouvant avoir été «frugifère». La loi présume telle celle des cohabitations qui se situe dans la période dite critique, et pose par là une présomption «de génération» fondée sur l'expérience courante, sur la plus

²⁵¹ Cf. SILBERNAGEL, 314 N.18ss., EGGER, 314, N.5; *contra*: W. BRUNNER, ZSR, 1938, p.375.

²⁵² Ce dernier argument n'est guère convaincant; ainsi qu'AUBERT, p.114-115, le fait remarquer très justement, le Tribunal fédéral ne distingue pas assez nettement deux présomptions, celle de la paternité elle-même et celle, de l'art. 252, al. 2, relative à la durée de la gestation.

grande probabilité. Or, cette probabilité générale, sur laquelle repose la présomption qu'exprime la durée légale énoncée à l'art. 314, al. 1^{er}, cesse d'être utile lorsque le degré de maturité de l'enfant à la naissance, médicalement attesté, fait naître une probabilité spéciale, plus précise, celle d'une autre période dans laquelle se situe la cohabitation génératrice. Il ne faut pas confondre présomption de paternité et présomption de durée normale de gestation; la première se justifie, ainsi que le remarquait KNAPP, par la probabilité plus grande de fidélité à l'amant, alors que la seconde se justifie par la probabilité plus grande d'une durée normale de la grossesse. De même, pourrait-on dire, que la première présomption, celle de fidélité, tombe en cas de doutes sérieux, c'est-à-dire d'indices d'infidélité, de même la seconde doit être écartée lorsque l'expertise médicale établit une possibilité de grossesse anormalement longue ou courte. Quoi qu'il en soit, si la jurisprudence de l'arrêt Dreyer apparaît insuffisamment motivée pour emporter l'adhésion²⁵³, elle ne risque plus, aujourd'hui, d'avoir pour la partie demanderesse les conséquences négatives que l'on pouvait craindre alors. Ici aussi, le développement des méthodes scientifiques de preuve, et en particulier l'apparition de la preuve positive de la paternité par la méthode anthropobiologique, auront une importante influence sur les solutions reçues jusqu'alors.

Faut-il préconiser, compte tenu de ce qui précède, la modification, voire la suppression de l'actuel art. 314, al. 1^{er}? On a proposé de supprimer, à l'instar de la législation des pays scandinaves²⁵⁴ toute référence à une période critique légale, et de se fonder sur la période effective de la concep-

²⁵³ Voir en particulier ATF 70. II. 73, 74 = JT 1944. I. 232.

²⁵⁴ La même solution est adoptée en Grèce et dans les démocraties populaires. Devant la Commission d'experts, SCHNEIDER avait suggéré de rédiger simplement l'art. 314, al. 1^{er} de la façon suivante: «La paternité est présumée, lorsqu'il est prouvé que le défendeur a cohabité avec la mère de l'enfant dans la période pendant laquelle la conception a pu avoir lieu d'après le degré de développement de

tion, telle qu'elle est établie dans chaque cas par la science médicale en considération du degré de maturité de l'enfant à la naissance. Mais il n'est pas sûr que cette réforme constituerait une simplification heureuse²⁵⁵, ne fût-ce que parce qu'elle exigerait une expertise médicale dans chaque espèce. Une autre formule (qui a été envisagée par l'Association suisse des Tuteurs officiels en 1955, ainsi que par l'Alliance des Sociétés féminines suisses) consisterait à insérer un nouvel alinéa deuxième à l'art. 314²⁵⁶, ainsi conçu :

«S'il est établi que l'enfant a été conçu pendant une période qui remonte à plus de 300 jours avant sa naissance, cette période est considérée comme la période critique.»

Une autre proposition enfin consiste à aménager le système actuel de l'art. 314, al. 1^{er}, à l'image du droit allemand ou du droit autrichien, qui font partir la période critique du trois cent deuxième jour avant la naissance. L'objection que suscite aussitôt un tel projet, c'est qu'il remplace une limite plus ou moins artificielle par une autre, sans résoudre les problèmes que pose une cohabitation qui se situerait en dehors de cette période augmentée. L'idée devrait alors, tout au moins, être complétée de la manière proposée par les tuteurs officiels, c'est-à-dire par un nouvel alinéa 2 tenant compte de la possibilité de grossesses plus longues (et, peut-être, des cas, beaucoup plus rares semble-t-il, de grossesses inférieures à 180 jours).

En définitive, le système de la présomption fondée sur une cohabitation se situant à l'intérieur d'une période déterminée, indiquée par la loi, nous paraît mériter d'être conservé. Il a pour lui une certaine simplicité, ainsi que l'avantage pratique, auquel les milieux tutélaires sont particulière-

l'enfant à la naissance.»; Commission d'Experts, 1, 310, cf. SILBERNAGEL 314 N. 14.

²⁵⁵ Cf. EGGER, 314 N. 3.

²⁵⁶ Dans le sens d'une proposition de GROB, Pro Juventute 1952, p. 23.

ment sensibles, de faciliter du point de vue psychologique d'éventuelles négociations avec le défendeur; celui-ci reconnaîtra plus volontiers sa paternité ou consentira à un arrangement d'autant plus aisément qu'il aura pu vérifier lui-même, par un simple calcul, la probabilité de sa paternité. Cet argument nous paraît garder sa valeur, en dépit des conditions nouvelles créées par les méthodes scientifiques de preuves. Reste à savoir s'il faut modifier le chiffre de 300 jours et s'il faut prévoir une disposition supplémentaire dans le sens indiqué plus haut. Si cela ne nous paraît pas réellement indispensable, il faut admettre qu'une telle correction ne serait pas dénuée d'utilité, en tant qu'elle diminuerait les incertitudes qu'a pu faire naître la jurisprudence de l'arrêt Dreyer contre Vonwil, et protégerait la mère et l'enfant contre les conséquences d'une application rigoureuse, toujours possible, des principes énoncés par le Tribunal fédéral dans cet arrêt.

Il peut arriver que la cohabitation avec le défendeur ne puisse pas être établie, malgré l'admissibilité de la preuve par indices²⁵⁷. La partie demanderesse ne peut donc plus s'appuyer sur la présomption de l'art. 314, al. 1^{er}. Peut-elle cependant tenter d'apporter la preuve *directe* de la paternité? La réponse ne peut être qu'affirmative, ainsi qu'il ressort du sens même de la présomption de l'art. 314, al. 1^{er}, qui vise, on l'a dit, à faciliter une preuve difficile. Mais cette faculté était considérée comme purement théorique, jusqu'à une date assez récente. Dans l'arrêt Dreyer²⁵⁸, le Tribunal fédéral l'avait déjà indiqué, en limitant le jeu de la présomption à la durée stricte de la période critique légale, renvoyant ainsi la partie demanderesse aux modes de preuve ordinaires en cas de naissance tardive. En 1961, une nouvelle espèce devait lui donner l'occasion de préciser ce point avec toute la clarté désirable²⁵⁹. En accord avec les instances cantona-

²⁵⁷ Cf. supra l'arrêt de la Cour de Justice de Genève du 24 mai 1960, SJ 1961, 301.

²⁵⁸ ATF 70. II. 70, 73-74 = JT 1944. I. 232.

²⁵⁹ ATF 87. II. 73 = JT 1961. I. 527, affaire A. contre M.-I. et

les saint-galloises, qui, des relations intimes pendant la période critique n'étant pas établies, avaient ordonné une expertise anthropobiologique, le Tribunal fédéral a rappelé au recourant que le droit fédéral n'interdit aucunement la preuve directe de la paternité, *sans* l'appui de la présomption fondée sur les relations intimes (art. 314, al. 1^{er}); si cette possibilité, dit-il, n'avait jusqu'ici guère de portée pratique, il n'en est plus de même aujourd'hui. Il n'est évidemment pas nécessaire de conclure du résultat positif de l'expertise anthropologique, comme semble l'avoir fait le Tribunal de Première Instance en cette affaire²⁶⁰, 1° que la paternité démontre l'existence d'une cohabitation – ce qui est sans doute vrai, sous réserve de l'hypothèse d'une insémination artificielle – d'où résulte 2° la présomption de paternité de l'art. 314, al. 1^{er} – et enfin 3° faute de fins de non-recevoir (art. 314, al. 2 et 314) la condamnation du défendeur! La présomption de l'art. 314, al. 1^{er}, ne joue aucun rôle en cas de preuve positive de la paternité, non plus que l'objection des doutes sérieux (art. 314, al. 2) ou que le moyen tiré de l'inconduite (art. 315)²⁶¹.

I. – On regrettera ici, en passant, du point de vue scientifique, l'abandon de la pratique consistant à donner en entier le nom des parties; elle facilitait beaucoup la tâche de la doctrine, des enseignants et des praticiens. Ses inconvénients ont suscité cependant certaines critiques à l'Assemblée fédérale (v. p.ex. session d'automne 1957, interventions Gitermann et Sauser au C.N.).

²⁶⁰ Selon le résumé que donne l'ATF 87. II. 65, 66–67.

²⁶¹ Cf. ATF 87. II. 65, 73 = JT 1961. I. 527; 89. II. 273 = JT 1964. I. 260; 90. II. 269 = JT 1965. I. 213. D'une manière analogue, ainsi qu'on le verra plus loin, le défendeur peut aussi, sans prouver préalablement la cohabitation de la mère avec un tiers, conclure d'une expertise scientifique à l'existence de doutes sérieux, ou à l'impossibilité de sa paternité; mais cette expertise doit remplir certaines conditions; voir ATF 86. II. 316, 318–319 = JT 1961. I. 524ss. – On notera aussi que, dans l'affaire 87. II. 65, les instances judiciaires cantonales n'ont pas cherché à obtenir la preuve de la cohabitation en recourant au serment complémentaire, car la mère, par ses déclarations mensongères, ne s'était pas montrée suffisamment digne de confiance pour cela.

Chapitre X :

*Le renversement de la présomption de paternité
et son rétablissement*

Avant d'examiner ou de formuler des propositions de réforme du système actuel, il convient d'en rappeler les traits essentiels et, tout d'abord, d'en évoquer la genèse. Les propositions initiales d'EUGEN HUBER étaient fort différentes du régime institué par le Code actuel, et moins favorables au défendeur; elles prévoyaient, comme une cause absolue de déchéance, la prostitution de la mère à l'époque de la conception²⁶². En revanche, l'*exceptio plurium*, soit l'objection tirée de la cohabitation avec plusieurs individus, n'était admise que pour l'action en déclaration de paternité; dans l'action pécuniaire, le défendeur aurait pu appeler en cause les tiers ayant eu des relations avec la mère et exercer un recours contre eux. Condensant ces dispositions, l'Avant-projet prévoyait seulement, en son art. 349, que l'action serait rejetée «lorsque la mère menait mauvaise vie à l'époque de la conception». On sait ce qu'il advint de ces propositions, à la suite, surtout, des interventions de la Commission d'Experts, puis des Chambres. La présomption de paternité de l'art. 314, al. 1^{er}, fut affaiblie par l'introduction de l'actuel alinéa 2, cependant que l'on conservait du projet d'EUGEN HUBER l'idée d'une cause de déchéance de l'action, l'inconduite. Un double barrage était ainsi dressé sur la voie de la recherche en paternité²⁶³.

Selon la formule bien connue de l'art. 314, la présomption de paternité cesse «*si des faits établis permettent d'élever des doutes sérieux sur la paternité du défendeur*» (erhebliche Zweifel, serii dubii).

²⁶² Motifs, p. 228 ss.

²⁶³ Ceci sans parler de la possibilité, pour le défendeur, de contester la cohabitation elle-même – toujours difficile à établir – et, dans le cas de l'action avec effets d'état civil, de se retrancher derrière sa qualité d'homme marié, art. 323, al. 2.

Ce dernier peut aussi, bien entendu, sans invoquer des doutes sérieux au sens propre du terme (qui implique des hypothèses où il y avait possibilité de relations intimes et puissance de génération), faire valoir l'impossibilité de sa paternité; cette faculté découle implicitement, et en quelque sorte *a fortiori*, de l'art. 314²⁶⁴. Il va sans dire que, dans un système de filiation fondé sur la parenté (*Verwandtschaftstheorie*), cette faculté doit être maintenue, comme un correctif nécessaire à la présomption de paternité de l'art. 314, al. 1^{er}. La question est de savoir s'il convient d'accorder au défendeur d'autres moyens de renverser la présomption née de la cohabitation, ou si, au contraire, comme divers milieux le pensent aujourd'hui²⁶⁵, l'on devrait exiger du défendeur, père présumé, qu'il apporte une preuve analogue à celle du demandeur en désaveu. Si la question mérite d'être posée ici, elle ne peut être résolue qu'après un examen de la notion de «doutes sérieux», telle qu'elle a été posée par le législateur et interprétée par la jurisprudence. – Avant d'en arriver à cette notion, remarquons encore que le défendeur pourra invoquer par exemple son impuissance, *impotentia generandi*²⁶⁶. Il peut également exclure la possibilité de sa paternité par le moyen de l'expertise des sangs ainsi que, le cas échéant, par l'expertise fondée sur le degré de maturité de l'enfant à la naissance et la durée probable de la grossesse. Ce dernier moyen est cependant à utiliser et à accueillir avec prudence²⁶⁷. La preuve de la cohabitation

²⁶⁴ Cf. EGGER, 314, N. 11.

²⁶⁵ Voir postulat Grendelmeyer, du 25 mars 1954; cf. aussi les propositions de l'Alliance des Sociétés féminines suisses, de l'Association des Tuteurs officiels, du Groupe des Femmes du PSS.

²⁶⁶ Cf. HEGNAUER, art. 254, N. 24: Quant à *l'impotentia coeundi*, à la supposer démontrée médicalement, elle ne constituerait pas à proprement parler un renversement de la présomption de paternité, mais ferait écarter l'idée d'une véritable cohabitation, au sens de l'art. 314, jugée jusqu'alors établie.

²⁶⁷ Cf. HEGNAUER, art. 254, n° 28 ss.; ces deux types d'expertise sont discutés plus loin, Chapitre XIII.

avec un tiers pendant la période critique n'est donc pas le seul moyen de renverser la présomption de l'art. 314, al. 1^{er} ²⁶⁸.

Que faut-il entendre par «doutes sérieux»? Selon un arrêt rendu par le Tribunal fédéral en 1960 ²⁶⁹, il s'agit de doutes «propres à rendre incertaine la conclusion que la loi tire de la cohabitation». Ce qui ne signifie pas, notons-le, qu'il suffise de doutes propres à rendre simplement incertaine la paternité elle-même. Il s'agit de faits qui enlèvent à la présomption légale sa justification interne et font apparaître la paternité du défendeur comme *tout à fait incertaine* ²⁷⁰. Il en est ainsi par exemple lorsque sont établies, pendant la période critique, des relations intimes de la mère avec un tiers; elles n'excluent pas la possibilité de la paternité du défendeur, mais elles font apparaître comme également possible, d'une manière générale (sous réserve de ce qui sera dit plus loin), la paternité du tiers. Il n'est plus justifié dès lors de poser une présomption de paternité à la charge du défendeur ²⁷¹.

Ces doutes sérieux peuvent résulter de circonstances diverses, prises isolément ou ensemble: différence de race entre l'enfant, d'une part, sa mère et le père présumé de l'autre ²⁷², degré de maturité de l'enfant à la naissance ²⁷³, expertise des sangs, preuve de relations intimes avec un tiers pendant la période critique (*exceptio plurium constupratorum*, ou Mehrverkehr).

La question de savoir «si le défendeur peut se fonder sur la détermination des groupes et facteurs sanguins, pour élever des doutes sérieux sur sa paternité» lorsque la preuve d'une cohabitation de la mère avec un autre homme pendant la période

²⁶⁸ Cf. ATF 77. II. 28, 30 = JT 1950. I. 2. – A noter que la jurisprudence ne distingue pas toujours nettement la notion d'impossibilité de celle des doutes sérieux.

²⁶⁹ ATF 86. II. 311, 313 = JT 1961. I. 522.

²⁷⁰ EGGER, 314, N. 15.

²⁷¹ ATF 77. II. 28, 30 = JT 1952. I. 2.

²⁷² Cf. ATF 55. II. 297 et HEGNAUER, 254, N. 69.

²⁷³ Sur ce point, voir plus loin; cf. HEGNAUER, art. 254, N. 28–33.

critique n'a pas été apportée, a été résolue affirmativement par la jurisprudence²⁷⁴. Il ne s'agit pas, cependant, de démontrer l'impossibilité de la paternité²⁷⁵, mais d'établir des *doutes* sérieux. Quel est, pour cela, le degré de certitude requis? Il faut partir du principe que la présomption de paternité du défendeur ne peut être écartée que par une contre-preuve claire²⁷⁶. Une jurisprudence constante considère que l'analyse des groupes et facteurs sanguins permet d'élever des doutes sérieux sur la paternité du défendeur à la condition qu'elle exclue cette paternité «avec certitude ou avec une vraisemblance confinant à la certitude», selon l'expression consacrée²⁷⁷. Appliquant ce critère, le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 27 octobre 1960²⁷⁸, a considéré que la preuve requise n'était pas apportée par une expertise qui excluait, sur la base de facteurs sanguins Duffy^a, la paternité du défendeur «avec une très grande vraisemblance», sans employer la formule, pourtant bien connue de l'expert, de «grande vraisemblance confinant à la certitude». En présence de cette attitude de l'expert, précise l'arrêt, il n'appartenait pas au juge cantonal de conclure que le degré nécessaire de vraisemblance était cependant atteint en s'appuyant sur des observations isolées contenues dans l'expertise ou dans d'autres travaux scientifiques²⁷⁹. Un argument

²⁷⁴ ATF 88. II.492; 86. II.316 = JT 1961. I.522; 86. II.129, 133; cf. ATF 84. II.675 = JT 1959. I.550; 83. II.104 et 82. II.264 = JT 1957. I.518ss.

²⁷⁵ Il y a impossibilité, et non pas doutes sérieux, lorsque la mère était déjà enceinte lors de la cohabitation avec le défendeur; cf. ATF 39. II.679 = JT 1914. I.422.

²⁷⁶ Cf. ATF 82. II.263, 265 = JT 1957. I.518ss.

²⁷⁷ ATF 88. II.492, 494, cons.2; 86. II.316 = JT 1961. I.524ss., 86. II.133, etc.

²⁷⁸ ATF 86. II.316 = JT 1961. I.524ss.; cf. aussi ATF 83. II.102 = JT 1957. I.518ss.

²⁷⁹ ATF 86. II.316, 320-321 = JT 1961. I.524ss. L'Obergericht de Bâle-Campagne avait admis l'existence de doutes sérieux en se fondant premièrement sur l'expertise et deuxièmement sur des indices non négligeables qui, sans prouver la cohabitation avec un

de l'arrêt mérite d'être relevé: en prétendant qu'une expertise scientifique justifie des doutes sérieux sur sa paternité, déclare le Tribunal fédéral, le défendeur prétend qu'un autre homme que lui doit être le père, ou peut l'être aussi bien que lui; il se fonde donc indirectement sur les relations intimes de la mère avec un tiers. S'il invoquait ce fait directement, il devrait évidemment en fournir la preuve, en cas de contestation²⁸⁰. Par conséquent, conclut avec raison le Tribunal fédéral, l'on ne peut déduire l'existence de relations intimes avec un tiers d'une expertise scientifique que si cette dernière emporte la totale conviction du juge que la mère a cohabité avec le tiers; pour cela, il faut que l'expertise exclue la paternité du défendeur avec certitude ou avec une très grande vraisemblance, confinant à la certitude. CQFD²⁸¹. Le degré de certitude exigé dans ce cas est le même, on le verra, que celui qui est requis de la partie demanderesse lorsque, la cohabitation avec un tiers étant établie, elle veut écarter, à l'aide d'une expertise scientifique, la paternité du tiers²⁸².

tiers ni l'inconduite, «tendaient cependant dans cette direction». – Sur la question de savoir si la preuve peut être déduite de l'*addition* d'éléments ou d'indices qui seraient insuffisants pris séparément, voir plus loin; cf. aussi ATF 86. II.316, 322–3, cons.5 = JT 1961. I. 524; 77. II.32 = JT 1952. I.2. ss., SJ 1960, 396.

²⁸⁰ Cf. ATF 78. II.317 = JT 1953. I.317; 77. II.293 = JT 1952. I.234.

²⁸¹ Un intéressant passage du même arrêt 86. II.316, 320–321, critique les experts qui avaient «dépassé les limites de leur compétence» en préconisant l'utilisation dans le procès en paternité de résultats scientifiques atteignant seulement le degré d'une «très grande vraisemblance». *Ne sutor supra crepidam!* – La validité de cette censure n'est aucunement affectée par le fait que, deux ans plus tard, le Tribunal fédéral, tenant compte des développements de la science, devait abandonner ses objections quant à la valeur probante du facteur Duffy^a et admettre qu'il pouvait suffire à élever des doutes sérieux au sens de l'art.314, al.2; ATF 88. II.492, 496. Notons aussi que ces changements d'opinion sur la valeur d'une expertise n'entraînent pas la possibilité d'une révision des jugements rendus antérieurement; cf. ATF 61. II.361 et note JT 1962. I.206.

²⁸² ATF 84. II.669, 675 = JT 1959. I.552; cf. ATF 82. II.263–

Il faut se demander enfin – toujours en ce qui concerne le degré de certitude requis dans la preuve des faits justifiant les doutes sérieux – si la preuve de ces faits peut être tirée de l'*addition* d'éléments qui, pris séparément, sont insuffisants. Dans certains arrêts, remontant à une quinzaine d'années environ, le Tribunal fédéral l'a admis. Dans une décision de 1951²⁸³, il a considéré que les doutes suscités par le degré de maturité de l'enfant, d'une part, et d'autre part par le comportement de la mère, bien que ne méritant pas, pris chacun pour soi, d'être tenus pour «sérieux», pouvaient selon les circonstances avoir un poids tel, par leur réunion, que la présomption de paternité ne se justifiait plus.

A l'évidence, cette jurisprudence aggrave la position de la partie demanderesse et risque d'inciter, ou tout au moins de permettre, de la part des juridictions inférieures, des interprétations inadmissibles de la notion, déjà imprécise en soi, de doutes sérieux. Le Tribunal fédéral semble en avoir eu conscience. Dans une intéressante affaire jugée en 1959²⁸⁴, la Deuxième Cour civile a déclaré :

«Inopérantes à elles seules, les constatations de la Cour cantonale ne sauraient, en l'espèce, suppléer à

265 = JT 1957. I. 523. Le Tribunal fédéral a maintenu cette jurisprudence, malgré certaines critiques de la doctrine ; voir par exemple MERZ, ZBJV, 94, pp. 17–18. Dans l'arrêt ATF 77. II. 28, 30 = JT 1952. I. 2, le TF rappelle qu'il ne suffit pas que le défendeur fasse apparaître sa paternité comme peu probable, vu le degré de maturité et la durée entre la naissance et sa cohabitation avec la mère, mais qu'il doit établir que sa cohabitation n'a pas pu donner lieu à la grossesse, avec une vraisemblance confinant à la certitude.

²⁸³ ATF 77. II. 28, 32 ss., cons. 3c = JT 1952. I. 2 et ss. ; le TF s'est appuyé sur certains arrêts précédents, ATF 59. II. 342–343 et 68. II. 281 = JT 1943. I. 124.

²⁸⁴ Affaire Chammartin contre Bottelli, SJ 1960, 396 ; dans cette espèce, la Cour de Justice civile de Genève avait admis l'existence de doutes sérieux sur la base de deux indices de nature différente, premièrement le fait que le défendeur était atteint d'oligo-asthénospermie, et deuxièmement le fait que la mère avait reconnu dans une lettre l'existence d'une «fréquentation sérieuse» avec un tiers.

leur faiblesse et conduire à la certitude en s'appuyant l'une sur l'autre... Il n'existe donc pas de doutes sérieux.»

On notera cependant que la condamnation du procédé est limitée à l'espèce. Dans un arrêt plus récent, du 27 octobre 1960²⁸⁵, le Tribunal fédéral doute de la validité du système de la «preuve par addition». Mais on aurait pu souhaiter une condamnation plus explicite de cette dangereuse extension de la portée de l'art.314, al.2. Le système général de l'art. 314 étant admis²⁸⁷, il convient, à tout le moins, d'en revenir aux principes indiqués déjà dans un arrêt de 1952²⁸⁸:

«Sous réserve des cas où les doutes résulteraient soit du degré de développement de l'enfant au moment de la naissance, soit de l'analyse des sangs, une seule chose est de nature à faire naître des doutes sérieux dans le sens de l'art.314, al.2, c'est le fait que la mère a eu, durant la période critique, des relations intimes avec un tiers.»²⁸⁹

²⁸⁵ St. et L. contre E., 86. II.316, 323 = JT 1961. I.524.

²⁸⁷ On verra plus loin ce qu'il faut penser, *de lege ferenda*, de ce système.

²⁸⁸ ATF 78. II.317, 318, cause C contre P., du 2 novembre 1952 = JT 1953. I.317; cet arrêt illustre le risque, inhérent à l'imprécision même de la notion de «doutes sérieux», d'interprétations excessivement favorables au défendeur. Il critique à juste titre l'opinion de l'instance cantonale, qui partait de l'idée «qu'il n'est pas nécessaire, pour faire naître des doutes sérieux sur la paternité du défendeur, de rapporter la preuve de relations sexuelles avec un tiers déterminé et qu'il suffit pour cela que le comportement de la mère ait été tel qu'il «permette de penser qu'elle a cohabité avec des tiers pendant la période critique»».

²⁸⁹ Sur le droit d'exiger l'expertise, voir ATF 61. II.72 = JT 1936. I.240, et plus loin. Dès lors qu'il est admis que «des doutes sérieux sur la paternité du défendeur existent aussitôt que le groupe sanguin de l'enfant n'a été hérité ni de la mère ni du défendeur», il en résulte que «le défendeur à l'action en paternité qui entend recourir à ce moyen de preuve a le droit d'exiger qu'il soit procédé aux constatations nécessaires, tout comme pour un autre fait qui ne

L'objection tirée des rapports intimes de la mère avec un autre homme – *l'exceptio plurium* – constitue, comme chacun sait, le cas principal de l'exception de l'art. 314, al. 2²⁹⁰. Plusieurs questions se posent à ce propos, qu'il faut évoquer brièvement avant de porter une appréciation sur le système dans son ensemble: *a.* preuve des relations intimes avec le tiers; *b.* conditions dans lesquelles ces relations donnent naissance aux doutes sérieux; *c.* mise à l'écart de cette objection et rétablissement de la présomption de paternité; *d.* évaluation de la jurisprudence relative à l'article 314 al. 2; *e.* abus de *l'exceptio plurium*.

Preuve des relations avec le tiers

En ce qui concerne la preuve des relations intimes avec le tiers, on se rapportera aux principes énoncés plus haut quant à la cohabitation avec le défendeur. Les indices doivent rendre la cohabitation avec le tiers, non pas simplement vraisemblable, mais d'une probabilité confinant à la certitude²⁹¹. Le juge peut aussi, si la procédure cantonale l'y autorise, admettre pour preuve de la cohabitation alléguée l'interrogatoire de la mère²⁹². Le fait que la mère a désigné d'abord un autre «père» que le défendeur, s'il permet en général de conclure à la cohabitation avec ce tiers, pendant la période critique, ne le fait pas nécessairement et toujours, car il se peut que la mère ait simplement voulu par là amener ce tiers à l'épouser²⁹³.

On notera que, dans des arrêts rendus ces dernières années, le Tribunal fédéral, face aux abus notoires de *l'exceptio*

peut être établi que par des experts et dont dépend l'application de telle ou telle disposition du droit fédéral».

²⁹⁰ ATF 84. II. 669, 671 = JT 1959. I. 552.

²⁹¹ ATF 77. II. 292 = JT 1952. I. 234, cf. ATF 40. II. 5, deux arrêts qui font application de l'ancien adage «*si unus cum una in uno lectu invenientur, non solent Pater noster orare*».

²⁹² ATF 80. II. 294 = JT 1955. I. 362, mais cf. 78. II. 107 = JT 1952. I. 354.

²⁹³ ATF 80. II. 294 = JT 1955. I. 362; cf. 78. II. 107 = JT 1952. I. 354; 77. II. 292 = JT 1952. I. 235; 43. II. 141 = JT 1917. I. 567-8.

plurium et aux interprétations fâcheusement libérales de certaines instances cantonales, se montre à juste titre strict sur le degré de certitude exigé de la preuve de la cohabitation avec un tiers. Ainsi il n'a pas admis que cette preuve puisse être déduite de simples sorties avec d'autres hommes pendant la période critique, ni de relations intimes avec des tiers avant et après cette période²⁹⁴.

Naissance des «doutes sérieux»

La preuve de relations intimes avec un autre homme que le défendeur, pendant la période critique, il faut le souligner, ne donne pas nécessairement lieu à des doutes sérieux permettant d'écarter la présomption de paternité pesant sur le défendeur. Pour que cette dernière présomption soit annulée, il faut que la paternité du tiers puisse être présumée aussi bien que la sienne²⁹⁵. Une ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral²⁹⁶ limitait la portée de l'*exceptio plurium* par le moyen d'une comparaison des probabilités respectives des paternités du défendeur et du tiers; l'*exceptio plurium* était rejetée, et l'action en paternité admise, en cas d'indices clairement prépondérants pour la paternité du défendeur. Cette jurisprudence fut abandonnée dans un arrêt de 1942²⁹⁷, qui redonna une portée plus large à l'*exceptio plurium*;

²⁹⁴ ATF 86. II.316, 323 = JT 1961. I.524; le même arrêt cite aussi, comme une circonstance insuffisante à justifier les doutes sérieux au sens de l'art. 314, la possession d'une photographie obscène.

²⁹⁵ ATF 86. II.316, 319–320 = JT 1961. I.324. Rappelons aussi, pour mémoire, le cas où la paternité du tiers est impossible, du fait que la mère était déjà enceinte lors de la cohabitation, ATF 39. II.679 = JT 1914. I.422, et 57. II.393 = JT 1932. I.173; SJZ = 26, 169, n° 117; il arrive par exemple que la mère, abandonnée par le défendeur dès qu'elle lui a annoncé sa grossesse, accepte des relations avec un autre homme dans l'espoir de donner un père à son enfant, cf. ATF 61. II.304 = JT 1936. I.446.

²⁹⁶ ATF 61. II.304 = JT 1936. I.446.

²⁹⁷ Affaire Eggenberger contre Manco, du 2 juillet 1942, ATF 68. II.150 = JT 1942. I.529; cf. ATF 69. II.282 = JT 1944. I.16; 76. II.6 = JT 1950. I.354.

celle-ci ne peut être écartée, et l'action en paternité être admise, que si la paternité du tiers apparaît, en comparaison de celle du défendeur, comme pratiquement exclue²⁹⁸.

Le Tribunal fédéral considère donc, depuis l'arrêt 68. II. 150 que, si l'action en paternité peut être admise malgré la preuve de la «cohabitation multiple», ou «Mehrverkehr», pendant la période critique, c'est seulement à la condition que la paternité du tiers soit exclue avec une certitude suffisante. Il en sera ainsi en cas de stérilité du tiers (*impotentia generandi*), en cas d'*incompatibilité* entre la durée d'une grossesse qui serait causée par ce tiers et le degré de développement de l'enfant à la naissance (une probabilité nettement moindre de la paternité du tiers, par rapport à celle de la paternité du défendeur, n'étant plus considérée comme suffisante, on l'a vu). Il en est de même pour les conclusions d'une expertise des sangs ou d'une expertise anthropobiologique. Dans tous ces cas, il faut, pour que soit paralysée l'*exceptio plurium* et que renaisse la présomption de paternité de l'art. 314, al. 1^{er}, que la paternité du tiers soit exclue avec certitude ou avec une probabilité confinant à la certitude²⁹⁹. Le Tribunal fédéral établit un parallélisme exact, quant au degré de certitude requis, entre la contrepreuve exigée du défendeur qui entend écarter la présomption de sa paternité,

²⁹⁸ Il n'en est pas ainsi, selon cet arrêt, dans le cas où, l'enfant semblant né à terme, la grossesse serait anormalement courte si le tiers était le père, alors qu'elle serait anormalement longue en cas de paternité du défendeur. – Lorsque les deux «paternités», celle du tiers et celle du défendeur, apparaissent comme aussi normales l'une que l'autre, l'enfant étant né complètement développé, 284 jours après la cohabitation avec le tiers et de 264 à 274 jours après les relations avec le défendeur, l'*exceptio plurium* est fondée, ATF 69. II. 282 = JT 1944. I. 16. Dans le cas 80. II. 294 = JT 1955. I. 362, la probabilité de la conception par le tiers a été jugée très invraisemblable selon les Tables de LABHARDT, de 0,49 à 0,58 %, et l'*exceptio plurium* a été rejetée; cf. aussi ATF 53. II. 14 = JT 1927. I. 162. Sur la prudence qui s'impose dans l'utilisation des Tables de Labhardt, cf. HEGNAUER, art. 254, N. 31–32, et plus loin, au texte.

²⁹⁹ ATF 84. II. 669, 671, 675 = JT 1959. I. 552; cf. ATF 89. II. 67 = JT 1964. I. 263.

et celle que doit apporter la partie demanderesse pour écarter l'*exceptio plurium*; la difficulté est la même dans les deux cas³⁰⁰.

L'expertise des sangs est le moyen le plus classique de faire tomber l'*exceptio plurium* et de faire renaître la présomption de paternité. Puisque la jurisprudence admet le défendeur à requérir l'expertise du sang pour détruire la présomption de paternité, il est «logique et équitable d'autoriser la partie demanderesse à prouver par ce moyen qu'un tiers, avec lequel elle a eu des relations intimes, ne peut pas être le père de l'enfant»³⁰¹. Reste la question de savoir si le tiers a l'obligation de se soumettre à l'analyse du sang, question délicate sur laquelle nous reviendrons. En ce qui concerne l'expertise anthropobiologique³⁰², il suffit d'indiquer ici que lorsqu'elle permet d'établir de façon positive la paternité du défendeur, il n'y a plus aucune place pour l'objection fondée sur la cohabitation, même prouvée, de la mère avec un tiers pendant la période critique³⁰³. Ce genre d'expertise peut également, dans les limites de sa force probante, concourir à exclure la paternité du tiers. On verra qu'elle fournit des indications particulièrement valables lorsqu'il s'agit, non pas d'un «Einzelmannfall», mais du cas où la cohabitation avec un tiers a été établie et où il s'agit de comparer deux paternités possibles³⁰⁴.

Evaluation de la jurisprudence

On verra plus loin ce qu'il faut penser, *de lege ferenda*, de l'art. 314 lui-même et surtout de son alinéa 2. Auparavant,

³⁰⁰ ATF 82. II. 263–265 = JT 1957. I. 523; 84. II. 669, 675 = JT 1959. I. 552. On trouve dans l'excellent commentaire d'HEGNAUER, ad art. 254, N. 37, p. 54 un tableau comparatif de jurisprudence des plus instructifs, où sont indiquées côte à côte les durées de gestation de l'enfant, compte tenu de sa maturité à la naissance, dans le cas de la paternité du tiers ou de celle du défendeur.

³⁰¹ ATF 64. II. 253 = JT 1939. I. 258.

³⁰² Voir infra, Chapitre XIII.

³⁰³ ATF 87. II. 65, 73 = JT 1961. I. 527.

³⁰⁴ Voir infra, Chapitre XIII.

il n'est peut-être pas inutile de tenter une appréciation générale, dans le cadre du système actuel, de la jurisprudence. Pour ce faire, l'on peut se fonder sur un important arrêt de 1960 de la Deuxième Cour civile, l'arrêt B. contre B.³⁰⁵. Cette décision contient en effet un exposé général et complet du système de l'art.314, du jeu de la présomption de paternité, de son éventuel renversement et de son rétablissement possible, et elle donne une analyse détaillée de la répartition du fardeau de la preuve selon l'art.314, répartition jugée «logique et équitable».

Si, dans l'ensemble, cette démonstration apparaît convaincante, l'un de ses aspects, et non des moindres, suscite l'hésitation. Est-il bien sûr que, de la cohabitation prouvée avec un tiers, résulte automatiquement une objection aussi difficile à écarter que la présomption de l'art.314, al.1^{er}? Ainsi que l'a observé M. MERZ³⁰⁶, il y a là une «absolutisation» de l'*exceptio plurium* qui ne coïncide peut-être pas avec le texte légal; à tout le moins, cette interprétation de l'art.314, al.2, n'est pas la seule possible. Le Tribunal fédéral, qui ne s'est pas laissé émouvoir par ces critiques³⁰⁷, considère que des doutes sérieux naissent, *ipso facto*, du fait que la mère a entretenu, durant la période critique, des relations sexuelles avec un second amant.

«Si en effet, faute de preuve positive sûre, on conclut de la cohabitation à la paternité, cette présomption vaut pour tout commerce charnel, donc aussi pour les œuvres du tiers.»³⁰⁸

L'argument paraît, à première vue, irréfutable. Cepen-

³⁰⁵ ATF 86.II.311, arrêt commenté dans l'ATF 86.II.316, St. et L. contre E. = JT 1961. I.524 ss. du 27 octobre 1960.

³⁰⁶ ZBJV 94, 1958, p.17-18.

³⁰⁷ ATF 84.II.669, 675-6 = JT 1959. I.552.

³⁰⁸ ATF 86.II.311, 313, cons.2: Sur l'existence ou l'absence d'une «preuve positive sûre», voir *infra*, à propos de l'expertise anthropobiologique, Chapitre XIII.

dant, dans une «opinion sérieusement motivée»³⁰⁹, l'ancien juge fédéral STREBEL a fait valoir, contre la jurisprudence traditionnelle, diverses critiques³¹⁰: ce n'est pas la relation avec un tiers qui suffit à faire rejeter l'action en paternité, mais seulement l'incertitude qui résulte de cette cohabitation quant à la paternité du défendeur; c'est donc au défendeur qu'incombe *en entier* la preuve de cette incertitude, soit la démonstration qu'un tiers peut effectivement être le père. Selon STREBEL, le témoignage du tiers qui admet avoir eu des relations intimes avec la mère pendant la période critique ne suffit pas, et il ne devrait être admis qu'à la condition que le tiers puisse, selon une analyse du sang, être le père.

On serait tenté de paraphraser l'argumentation de STREBEL et de l'appliquer à l'art. 314, alinéa premier, procédé qui permettra peut-être de mieux comprendre les positions en présence dans cette controverse. S'agissant de cet alinéa premier, on pourrait dire que ce ne sont pas les relations intimes avec le défendeur qui suffisent à faire admettre l'action, ou plutôt à justifier, pour le législateur, la présomption de paternité, mais seulement la probabilité qui en résulte quant à la paternité du défendeur. Il aurait incombé en entier à la partie demanderesse de prouver que le défendeur peut effectivement être le père, ou, mieux, *est* le père, si le législateur n'avait précisément choisi de faciliter cette preuve par le moyen d'une présomption³¹¹.

Le Tribunal fédéral déclare que «si ... on conclut de la cohabitation à la paternité, cette présomption vaut pour tout commerce charnel, donc aussi pour les œuvres du tiers». N'est-ce pas méconnaître le fait suivant: le législateur a conclu de la cohabitation à la paternité *dans le cas du dé-*

³⁰⁹ Selon la Cour d'Appel de Fribourg, 15 mars 1960, Extraits des Arrêts du TC de Fribourg, 1960 p. 7; la Cour déclare qu'elle se rallierait volontiers à cette opinion, si le droit cantonal ne l'en empêchait.

³¹⁰ «Zur Exceptio Plurium», SJZ 55, 1959, p. 65 ss.

³¹¹ Cf. Motifs, p. 225, et ATF 87. II. 65, 69, cons. 1 = JT 1961. I. 527.

fendeur, et il a posé la présomption de l'art. 314, al. 1^{er} ? Il ne l'a pas fait, expressément au moins, dans l'alinéa 2, pour la cohabitation avec le tiers. Le juge peut-il, ou doit-il alors le faire à sa place ? On doit reconnaître, avec MERZ, que l'interprétation donnée par le Tribunal fédéral n'est pas la seule possible. La rédaction même de l'art. 314, al. 2, semble bien le confirmer : que le fait de la cohabitation avec le tiers soit «établi» n'entraîne peut-être pas automatiquement la conclusion que ce fait «permet d'élever des doutes sérieux sur la paternité du défendeur»; d'autant moins que la période critique légale ne correspond pas à la période effective de la conception, période qui est beaucoup plus limitée et précise³¹². Sans doute, *sur le terrain du fait*, ce qui vaut pour le défendeur vaut aussi pour le tiers, mais en est-il nécessairement de même *sur le terrain du droit* ? Le Tribunal fédéral pense que oui, et il établit un parallélisme exact entre la cohabitation du défendeur et la cohabitation du tiers, toutes deux ayant pour résultat une présomption de même force. Il n'est pas certain que ceci soit conforme à la volonté du législateur et au sens juste de la loi. La présomption de paternité du défendeur n'a pas pour elle seulement le fait d'être exprimée, d'être incontestablement voulue par le législateur; elle peut se recommander aussi, selon l'expérience générale, d'une plus grande probabilité. Il est plus probable, en effet, que la mère a désigné le véritable père de son enfant comme défendeur et moins probable qu'elle l'ait désigné arbitrairement, ou en raison de sa situation de fortune, par exemple. Il est par conséquent plus probable que le tiers n'est pas le père de l'enfant, mais que (à supposer même que sa cohabitation avec la mère n'ait pas été admise trop facilement par le juge, sur la base d'un faux témoignage) il s'est lié à la demanderesse après que celle-ci avait été abandonnée, enceinte par le défendeur, ou même qu'il a eu des relations avec elle sur l'instigation du défendeur !

Des éléments objectifs existent donc qui peuvent justi-

³¹² Cf. EGGER, 314, N. 18.

fier, sur le terrain du droit, une différence de traitement entre la cohabitation de la mère avec le défendeur et la cohabitation avec le tiers. Une symétrie absolue ne s'impose pas entre la conclusion à tirer de la première et la conclusion à tirer de la seconde. Le Tribunal fédéral se borne en réalité à affirmer le contraire, plutôt qu'il n'en explique les raisons. En «absolutisant» ainsi l'*exceptio plurium*, selon l'observation de MERZ, il a rendu plus efficace encore une arme dont le défendeur n'avait que trop tendance déjà à abuser³¹³. En définitive, le choix entre deux interprétations soutenables de l'art.314, al.2, bien qu'important dans ses conséquences pratiques pour les parties, n'est qu'un problème secondaire au regard de celui qu'il faut aborder enfin, celui du maintien ou de la suppression de l'art.314, al.2.

Les abus de l'exceptio plurium

De notoriété publique, l'*exceptio plurium* de l'art.314, al.2, de même que l'art.315 et la notion d'inconduite, donne lieu depuis longtemps à de graves abus. Si connus qu'ils soient des praticiens, et d'une partie du public, ces abus doivent être rappelés ici. Ce sont par exemple les amis du défendeur³¹⁴ qui viennent témoigner avoir eu des relations intimes avec la demanderesse, sauf à se refuser ensuite, si la partie demanderesse tente de faire renaître la présomption de paternité du défendeur, à l'expertise du sang³¹⁵. Chaque année, observait avec raison M. GRENDELMEYER, en déve-

³¹³ Sur les autres critiques de STREBEL à l'égard de la jurisprudence concernant les conséquences du refus du tiers de se prêter à l'expertise du sang, critiques réfutées par l'ATF 86. II.311, 314 ss. cons.4 = JT 1961. I.525, voir plus loin.

³¹⁴ Voire même un proche parent de ce dernier, cf. ATF 86. II.311 = JT 1961. I.525; cette circonstance, soit dit en passant, est de nature à rendre plus incertaines les conclusions d'une expertise anthropobiologique ou sanguine.

³¹⁵ Voir par exemple ATF 86. II.311 = JT 1961. I.525; 84. I.217; 82. I.234 = JT 1957. I.296.

loppant son postulat au Conseil national³¹⁶, il y a de nombreuses poursuites pénales pour faux témoignage dans un procès en paternité; mais les cas sont plus fréquents encore, et pires, où le faux témoignage n'est pas découvert ou ne peut pas être établi. Que risquent les auteurs de ces «services d'ami»? Rien, ou pas grand chose! Le tiers témoin ne pourra guère être assigné à son tour, après le rejet de la première action, ne fût-ce qu'en raison du délai péremptoire de l'art. 308³¹⁷ et, quand il le serait, il s'empresserait d'invoquer à son tour l'*exceptio plurium*! Le développement des méthodes scientifiques de preuve de la paternité, dont il sera reparlé plus loin, n'a pas suffi à permettre une solution équitable, encore qu'il contribue à la rendre plus proche³¹⁸.

Il arrive aussi que le tiers ait cohabité avec la mère, par séduction malicieuse, sur l'instigation du défendeur soucieux de s'assurer la possibilité de recourir ultérieurement à l'*exceptio plurium*, voire à l'objection tirée de l'inconduite³¹⁹. On a pu, pour cette raison, qualifier le système légal d'encouragement à l'immoralité, par l'impunité qu'il assure aux défendeurs sans scrupules. Une autre conséquence logique du système de l'art. 314, al. 2, qu'il suffit de mentionner, apparaît dans le cas tragique du viol par plusieurs hommes. Comme le soulignait un journaliste il y a quelques années³²⁰, il est parfaitement choquant que, dans un tel cas, l'action

³¹⁶ Postulat du 25 mars 1954, développé à la séance du 20 septembre 1955.

³¹⁷ A ce sujet, voir infra Chapitre XIV, 1.

³¹⁸ Cf. par exemple le cas ATF 84. I. 217, et la jurisprudence ultérieure permettant d'imposer l'expertise anthropobiologique; ATF 90. I. 110–111. Il se peut du reste que cette expertise ne permette pas d'aboutir à des conclusions suffisamment précises, par exemple dans le cas où les deux pères possibles seraient deux frères, cf. ATF 86. II. 311 = JT 1961. I. 525.

³¹⁹ Cf. SILBERNAGEL, 314 N. 45 et N. 60.

³²⁰ Lettre de la rédaction de la National-Zeitung au Conseiller fédéral VON STEIGER, du 15 juillet 1949; cf. sur un tel cas ATF 72. II. 171.

en paternité soit impossible et que le seul recours de la mère soit l'action en réparation du tort moral de l'art. 49 CO.

Il est indiscutable, en outre, que bien des défendeurs soulèvent à la légère l'*exceptio plurium*, accompagnée souvent, pour la bonne mesure, de l'argument de l'inconduite de la mère, ceci sans y croire peut-être, pour «essayer» cette défense ou de manière purement dilatoire. Il en résulte d'abord une plus grande lenteur du procès, qui doit être conduit souvent jusqu'au Tribunal fédéral; ce qui fait que mère et enfant sont privés de soutien économique précisément à l'époque où celui-ci serait le plus nécessaire³²¹. Ceci sans parler des cas où l'*exceptio plurium*, abusivement invoquée, a conduit la mère ou le curateur à renoncer à l'action, ou le Tribunal à la rejeter³²².

Mais les conséquences *matérielles* de l'abus de l'*exceptio plurium* ne sont ni les seules, ni, peut-être, les plus graves. Bien des juristes sont portés à sous-estimer, faute d'information suffisante et faute d'expérience du travail social, les conséquences psychiques fâcheuses pour la mère demanderesse de ces trop longs procès en recherche de paternité. Alors qu'elle se trouve déjà dans un état de moindre résistance

³²¹ On lira avec profit, sur les conséquences matérielles et psychologiques, pour l'enfant et pour la mère, du système des art. 314 et 315, les pages qui y sont consacrées dans le remarquable ouvrage de BINDER, pp. 309 ss. Selon KLUNKER, cité par BINDER, un tiers environ des enfants demandeurs dans l'action pécuniaire étaient âgés de plus d'une année au moment où le jugement a été prononcé; et l'on se rappelle que l'action peut être intentée avant la naissance, art. 308!

³²² Il faut en distinguer les cas où l'art. 314, al. 2, sans être invoqué abusivement, a conduit au rejet de l'action alors que le défendeur était cependant le père de l'enfant; assez nombreux, sans doute, dans le passé, ces derniers cas deviennent plus rares grâce aux progrès des méthodes scientifiques de preuve. Ce qu'il faut souligner ici, c'est que, dans les deux catégories de cas, l'objection fondée sur l'art. 314, al. 2 – ainsi que, mais plus rarement, celle de l'art. 315 – a fait perdre à l'enfant innocent tout soutien matériel d'un père. D'où un accroissement corrélatif des charges d'assistance publique; cf. BINDER, loc. cit.

physique et morale, et souvent matérielle, la mère se voit non seulement reniée par le défendeur, mais encore livrée aux critiques, aux exagérations, aux accusations gratuites et aux calomnies du défendeur et de ses amis. Ici aussi, le juriste doit faire appel au témoignage du médecin et du travailleur social; il en résulte un tableau fort peu réjouissant. En raison de l'*exceptio plurium* de l'art. 314, al. 2, et de l'objection de l'art. 315, le procès en paternité, qui est déjà une épreuve en soi pour la mère célibataire, entraîne pour elle de graves souffrances psychologiques, entache sans nécessité sa réputation, diminue sa position sociale. On ne s'étonnera pas dès lors que, de l'avis des spécialistes, sa tâche d'éducation de l'enfant soit rendue plus difficile et que, d'autre part, le procès lui laisse souvent durant de nombreuses années, sinon même durant toute sa vie, le souvenir amer d'une injustice³²³.

Si l'*exceptio plurium* donne lieu à des abus manifestes et incontestés, cela est dû en partie à la nature même des dispositions légales^{324a}, mais aussi, en partie, à l'attitude de certains tribunaux, qui accueillent trop aisément l'objection des «doutes sérieux». La jurisprudence du Tribunal fédéral l'atteste d'ailleurs, qui a dû à plusieurs reprises censurer des décisions cantonales «excessivement libérales», à cet égard, envers le défendeur^{324b}. Mais l'occasion n'est pas

³²³ BINDER, loc. cit.; qui conclut – en 1941! – à l'urgence d'une réforme fondamentale de la loi, non seulement dans l'intérêt de l'enfant illégitime, mais tout autant dans l'intérêt de la mère.

^{324a} A noter aussi que, selon EGGER, 316 N. 3, le juge de l'action en paternité n'est pas lié par les constatations d'un jugement, précédent, en désaveu; il peut donc admettre l'*exceptio plurium* invoquée par le défendeur, du fait des relations de la mère avec le mari, malgré l'impuissance de ce dernier, constatée dans le jugement de désaveu!

^{324b} Voir par exemple les décisions admettant l'existence de doutes sérieux sur la base du comportement général de la mère, sans que soient prouvées les relations intimes de la mère avec un tiers déterminé, ATF 78. II. 317 = JT 1953. I. 317; cf. ATF 77. II. 292, 293 = JT 1952. I. 234. Voir aussi les décisions tirant la preuve de

toujours donnée au Tribunal fédéral d'intervenir. Des remarques analogues peuvent être faites, on le verra, au sujet de l'inconduite (art.315).

La nature des choses, en effet, la formulation même des dispositions légales favorisent les interprétations larges, à l'avantage du défendeur, de l'art.314, al.2. La notion même de «doutes sérieux» est imprécise, et laisse au juge une grande marge d'appréciation. On connaît l'usage qui est fait, trop souvent, de ce pouvoir, malgré les efforts des juridictions supérieures ou de certaines d'entre elles. On a pu dire ainsi, non sans ironie, que le juge savait mieux que la mère qui était le père de l'enfant, et l'on a déploré la tendance de certains magistrats à rechercher des informations sur la conduite de la mère, au nom d'un principe d'officialité mal compris, au lieu de laisser au défendeur le soin de renverser la présomption de paternité³²⁵. On s'explique dès lors, dans le même ordre d'idées, l'apparition dans les motifs de certains jugements de considérations morales ou moralisatrices qui semblent même participer quelquefois d'une certaine «double morale» masculine. Or des considérations de ce genre (que l'on retrouvera, d'une façon plus compréhensible peut-être, dans les jugements relatifs à l'objection d'inconduite) sont déplacées sur le terrain de l'art.314, al.2. Il ne s'agit pas pour le juge de porter une appréciation d'*ordre moral* sur le comportement de la mère célibataire, dont il est allégué qu'elle a eu des relations intimes, non seulement avec le défendeur, mais avec un tiers. Il ne lui est pas demandé non plus, au demeurant, de juger de la moralité de la conduite du tiers ou du défendeur. La question est seulement de savoir si la paternité du défendeur peut être présumée, conformément à l'art.314, al.1^{er}, ou si cette présomption légale ne peut plus être maintenue.

doutes sérieux de l'addition d'éléments de preuve pourtant insuffisants en soi, cf. par exemple ATF 86.II.316, 323.

³²⁵ Cf. à ce sujet le rapport SCHLEGEL, du 1^{er} septembre 1955, de la Commission de l'Association suisse des Tuteurs officiels.

Parmi les abus que suscite l'art. 314, al. 2, l'un des plus notoires, on l'a vu, est le faux témoignage d'un ami ou d'une connaissance du défendeur. Les praticiens déplorent l'efficacité, très relative ici, de la répression et de la prévention pénales. Sans doute la répression est-elle difficile en soi mais, ceci concédé, il est permis de se demander si le juge du procès en paternité fait toujours bon usage des armes qui sont à sa disposition. Dans l'arrêt B. contre B., déjà cité³²⁶, la Deuxième Cour civile, répondant aux critiques de STREBEL, semble s'efforcer, en conclusion, de minimiser les désavantages de sa jurisprudence pour la partie demanderesse; selon l'arrêt, il ne faudrait en somme pas exagérer :

«Le juge cantonal en effet, dans les limites de son pouvoir d'apprécier les preuves, pourra toujours, si la mère nie les relations avec le tiers, entendre celui-ci avec circonspection, surtout s'il paraît être de connivence avec le défendeur.»

L'idée n'est certes pas mauvaise, et mériterait peut-être d'être rappelée à certains tribunaux inférieurs. Mais le bel optimisme dont ce considérant procède paraît démenti par les faits. On ne peut se défendre de l'impression que, dans la réalité judiciaire quotidienne, il arrive que le juge accepte un peu aisément la preuve de la cohabitation de la mère avec un tiers, et l'existence de doutes sérieux.

Il est constant, reconnaissait M. FELDMANN, Conseiller fédéral, dans sa réponse aux postulats Grendelmeyer et Huber, que la réglementation actuelle de la recherche en paternité, en particulier quant aux effets des art. 314 al. 2 et 315, entraîne d'évidentes duretés pour la mère et pour l'enfant. Personne n'en disconvient et il est inutile d'énumérer toutes les opinions critiques qu'a suscitées, des années de début du Code civil jusqu'à nos jours, l'art. 314, al. 2³²⁷. Ce

³²⁶ ATF 86. II. 311, 316, cons. 5 = JT 1961. I. 524, 525.

³²⁷ Voir par exemple le Commentaire bernois de SILBERNAGEL, art. 314 N. 46, les postulats von Roten et Grendelmeyer, etc.; cf. aussi SPITZER, art. cité, p. 154 ss.

qu'il faut rappeler, c'est que EUGEN HUBER avait parfaitement conscience des dangers de l'*exceptio plurium*; aussi n'avait-il pas accueilli cette exception dans ses projets initiaux. On a vu en quoi ceux-ci consistaient, et comment on en arriva, sous l'influence de la Commission d'Experts, au système actuel. « Il serait désirable – écrivait EUGEN HUBER – d'imaginer une solution qui permît de remédier aux abus, sans exclure une juste appréciation des faits. »³²⁸. Qui soutiendrait aujourd'hui que cette solution est celle de notre Code civil ?

Conclusion

L'art.314, al.2 se trouve être ainsi la cible de multiples critiques et propositions de réforme. Il s'agit là, et l'on ne s'en étonnera pas, d'un élément fondamental de toute révision du droit de la filiation illégitime. Récapituler les raisons pour lesquelles cet article nous paraît devoir être modifié, de toute nécessité, est superflu : la cause est entendue. La question n'est pas, à notre avis, de savoir si l'art.314, al.2^e doit être modifié, mais seulement *comment* il doit l'être.

Une solution possible serait d'admettre l'action en paternité, tout au moins pécuniaire, contre une pluralité de défendeurs, ainsi qu'on l'a envisagée à diverses reprises dès le début du siècle et jusqu'à une époque récente. Cette idée soulève trop de problèmes, de principe notamment, pour qu'elle ne mérite pas d'être examinée attentivement. On verra plus loin pour quelles raisons elle ne nous paraît pas devoir être retenue. Une autre solution, qui semble remporter la majorité des suffrages, consiste, en résumé, dans la suppression de la notion élastique de «doutes sérieux» et dans le remplacement de l'actuel alinéa 2 par une nouvelle disposition³²⁹. Cette disposition permettrait au défendeur

³²⁸ Motifs, p.228–229.

³²⁹ Nous n'entendons pas nous prononcer ici sur la question, de pure technique législative, de savoir si cette disposition devrait constituer un deuxième alinéa de l'art.314 ou figurer au contraire dans une règle distincte, relative aux moyens accordés au défendeur.

d'écarter la présomption de paternité en établissant qu'il n'est pas le père, selon une formule qui rappelle celle des art. 305 et 306, ou (selon la formule de l'art. 254 sur le désaveu) qu'il ne saurait être le père de l'enfant. Il s'agirait, quelle que soit la formule employée, non pas d'une improbabilité ou d'une invraisemblance quelconque, ni nécessairement, d'autre part, d'une impossibilité absolue, mais d'une impossibilité compte tenu de la nature même des choses, selon une «certitude atténuée»³³⁰: le défendeur devrait donc établir que sa paternité est soit absolument exclue, soit d'un degré d'invraisemblance confinant à la certitude. Ceci, on l'a compris, *dans tous les cas*, sans que la preuve éventuelle de la cohabitation de la mère avec un tiers modifie la charge de la preuve.

On objectera peut-être que cette solution aggrave indûment la situation du défendeur dans le procès en paternité et qu'elle risquerait d'entraîner la condamnation de défendeurs qui ne sont pas les pères réels, en violation des principes fondamentaux du Code civil en matière de filiation illégitime (*Verwandtschaftstheorie*)³³¹. Ces objections ne nous semblent pas pertinentes. Le risque d'un jugement erroné, qui existe théoriquement quel que soit le système retenu par la loi, doit d'autant moins être exagéré que le défendeur dispose, pour exclure sa paternité, de moyens de preuves scientifiques toujours plus nombreux et toujours plus perfectionnés. Si tous ces moyens viennent à échouer, il en résulte une probabilité d'autant plus grande, confinant à la certitude, que le défendeur est bien le père réel. La probabilité de la condamnation d'un non-père apparaît donc assez mince; il n'est pas inéquitable de demander au défendeur d'en supporter les conséquences, lui qui a pris, après tout, ce que l'on a appelé le «risque de paternité». Enfin, et surtout, il ne faut pas oublier que le système actuel permet lui aussi une discordance éventuelle entre la paternité réelle et la paternité

³³⁰ Cf. 86. II. 311, 314 = JT 1961. I. 524, 525.

³³¹ Cf. B. STAHLIN, ZSR 76, 1957, p. 482.

légale, avec un risque non négligeable de jugements erronés, mais en sens opposé, au préjudice de la partie demanderesse : dans un nombre appréciable de cas, le père réel a été libéré de toute obligation. Entre ce risque-ci, et celui, beaucoup plus théorique, qu'un défendeur soit condamné à tort faute de pouvoir démontrer l'impossibilité de sa paternité, le législateur devrait, s'il fallait choisir, accepter le dernier plutôt que le premier, et protéger par là l'intérêt le plus digne de protection. Il faut le répéter pourtant, la question ne se présente pas de cette manière schématique, et il ne s'agit aucunement de choisir entre deux risques d'erreurs d'égale importance ou d'égale probabilité.

En résumé, il nous paraît indiscutable que l'art.314, al.2 doit être modifié. Une solution minimum consisterait à prévoir que la présomption prévue à l'alinéa premier cesse lorsque la paternité d'un tiers apparaît plus probable que celle du défendeur ; mais il serait nécessaire de prévoir alors que, en cas d'échec de la demande, une nouvelle action peut être dirigée contre ce tiers, dans un certain délai. Cette faculté ne laisserait pas d'exercer un utile effet préventif et de diminuer le nombre des faux témoignages dans le procès en paternité. A cette solution minimum, il faut certainement préférer, pour les raisons exposées plus haut, celle qui exige du défendeur présumé père la démonstration de l'impossibilité de sa paternité³³².

Chapitre XI:

Pluralité de défendeurs ?

Les difficultés que soulève, pour la partie demanderesse, le système de l'art.314, en cas de cohabitation avec un tiers (Mehrverkehr), les abus de l'*exceptio plurium*, et les injus-

³³² Comme le dit MERZ, in: 50 Jahre schweiz. ZGB, ZSR N.F. 81, p.40: «Die Solidarität der Niedertracht wäre damit ausgeschaltet, die heute noch mit der Einrede des Mehrverkehrs Triumphe zu feiern und das ae. Kind sogar um die mageren Alimente zu bringen vermag.»

tices qui peuvent en résulter pour la mère et l'enfant, sont à l'origine, parmi maintes propositions de réforme, de celle qui tend à l'admission d'une action en paternité dirigée contre plusieurs défendeurs³³³. Il s'agit ici, bien sûr, de l'action en recherche d'aliments et non pas de l'action avec effets d'état civil, puisque l'on ne saurait admettre, en droit de famille, la notion d'une parenté «plurale»³³⁴.

L'idée d'une action pécuniaire en paternité dirigée contre plusieurs hommes peut surprendre, et même choquer certains. C'est qu'ils sont habitués à la «théorie de la parenté» qui imprègne, ainsi qu'on l'a vu, le régime du Code civil, aussi bien pour l'action ordinaire que pour l'action avec effets d'état civil. Ce régime paraît bien impliquer un défendeur unique, de même qu'il suppose (au moins en l'état de développement des preuves scientifiques à l'époque de l'élaboration du Code civil) la possibilité de l'*exceptio plurium*. Comme l'a dit le Tribunal fédéral, «une responsabilité solidaire ou seulement partielle de plusieurs pour les suites d'une grossesse est étrangère au droit suisse...»³³⁵. Si elle est étrangère

³³³ Voir par exemple les postulats von Roten, de 1950, et Grendelmeyer, de 1954; cf. aussi les délibérations de Fluelen de 1951 de l'Association suisse des Tuteurs officiels, RDT 1952, p.38 – le compte rendu donne, à tort selon certains, l'impression que le postulat von Roten est rejeté par l'assemblée et le rapport SCHLEGEL, du 1^{er} septembre 1955, de la même Association.

³³⁴ L'impossibilité médicale d'une parenté plurale n'entraîne point nécessairement, quoi qu'en disent certains, une impossibilité juridique; l'ordre juridique obéit à ses propres considérations, qui pourraient fort bien l'amener à admettre, si le besoin s'en faisait sentir, la notion d'une parenté plurale. – Dans le cas, théoriquement possible, de «superfecundatio», c'est-à-dire de jumeaux bivitellins ayant des pères différents, cf. DAHR, op. cit. p.96 et SCHADE, op. cit., p.110, il ne s'agit pas, évidemment, de parenté plurale; cf. sur la reconnaissance, en un tel cas, REC 43 p.163 et 288, et 44 p.84.

³³⁵ ATF 67. II.78 = JT 1941. I.487, affaire Legoll contre Meyer, du 15 mai 1941; l'arrêt constate aussi que la nature délictuelle de la cohabitation, *in casu*, ne justifie aucune exception au principe et que, si cette cohabitation entraîne une responsabilité plus forte, c'est seulement à la condition que le défendeur soit considéré comme

au droit suisse *actuel*, l'idée d'une responsabilité plurale des «concubins» n'est ni extravagante, ni étrangère à la tradition suisse. La preuve en est que, avant l'entrée en vigueur du Code civil, le droit de plusieurs cantons connaissait cette notion³³⁶.

On a vu qu'EUGEN HUBER avait d'abord songé, pour l'action pécuniaire, à un système qui, bien qu'exclusif de l'action dirigée contre plusieurs, cause de scandale à son avis, permît au défendeur «d'appeler les autres en cause et d'exercer un recours contre eux pour les prestations qui lui étaient imposées... Ces autres individus n'auraient pas été de simples témoins au procès; ils y auraient été indirectement intéressés sans être directement poursuivis»³³⁷. Au cours des délibérations aux Chambres, la proposition fut faite d'admettre l'action contre plusieurs co-défendeurs, mais sans succès³³⁸. Des propositions analogues ont été faites à une époque plus récente, sous l'effet des abus manifestes auxquels donnait lieu l'*exceptio plurium* et sous l'influence de certains droits étrangers. Ainsi le postulat Grendelmeyer, du 25 mars 1954, revient à cette idée comme à un moyen d'améliorer le sort de l'enfant illégitime, à l'instar du droit danois et du droit norvégien de l'époque³³⁹.

le père selon les règles générales; il en résulte que l'action ne peut pas être fondée sur les art. 41 CO ss., les conditions d'une action fondée sur la paternité étant limitativement réglées par le CCS, même s'il y a eu délit.

³³⁶ Cf. SILBERNAGEL, art. 314, N. 45–46; voir aussi le postulat Huber du 14 juin 1955, qui cite un exemple tiré du Landrecht d'Obwald; EUGEN HUBER, *System und Geschichte ...* I, 544, IV, 536. En 1910, les tribunaux civils du canton de Bâle-Ville ont admis une action en paternité dirigée, à titre solidaire, contre plusieurs défendeurs qui avaient violé la demanderesse, et rejeté l'*exceptio plurium* comme dolosive en l'espèce, cf. SILBERNAGEL, N. 45.

³³⁷ Motifs, p. 229.

³³⁸ Intervention Zürcher, Bull. stén. CN. 1905, 829; SILBERNAGEL, N. 46.

³³⁹ Loi danoise du 7 mai 1937 et loi norvégienne du 10 avril 1915, remplacées depuis, respectivement, par la loi danoise du 18 mai 1960 et par la loi norvégienne du 21 décembre 1956. – Sur l'action

Selon ces propositions, l'action pécuniaire en paternité devrait pouvoir être dirigée, en cas de doute, contre les différents pères possibles, ou leurs héritiers. Chacun des défendeurs, dès lors qu'il a cohabité avec la mère pendant la période critique, se voit ainsi appliquer de la même façon la présomption de l'art.314, al.1^{er}. L'idée d'une telle responsabilité plurale (*Gesamtschuldnerschaft*) ne surprend que si l'on s'attache à la «fiction» de la paternité réelle. Selon les partisans de cette réforme, il faut se placer sur le seul terrain du droit des obligations, et voir dans l'action alimentaire une action en prestation (*Leistungsklage*), ce qu'elle est déjà, mais qui n'a pas son fondement dans le droit de famille. Elle permettrait la mise en œuvre d'une responsabilité solidaire; il s'agirait bien entendu d'une solidarité improprement dite, faute d'intentions ou d'actions communes, mais analogue dans ses résultats à celle de l'art.50 CO. La totalité des prestations dues pourrait donc être demandée, au choix de la partie demanderesse, à tous les concubins ou à l'un d'entre eux. Ajoutons, sans entrer dans le détail des modalités d'application, que, selon certains, cette action devrait être réservée à l'enfant; l'accorder à la mère serait récompenser le dérèglement des mœurs. L'argument n'est guère convaincant et semble procéder, comme c'est le cas souvent dans le domaine de la filiation illégitime, de généralisations hâtives encore que bien intentionnées; songeons seulement au cas où la mère n'a noué une seconde liaison qu'à la suite de son abandon par un premier amant.

Ce qu'il importe davantage d'examiner, c'est le fondement juridique d'une action dirigée contre plusieurs défendeurs. Les droits cantonaux qui admettaient une telle action, fondés qu'ils étaient sur la théorie délictuelle, n'éprouvaient guère de difficultés à cet égard; les relations intimes hors mariage constituant un acte illicite, il en résultait logiquement la possibilité d'une responsabilité plurale. Mais com-

contre une pluralité de défendeurs, voir aussi le postulat von ROTTEN de 1950, et l'étude de GROB, dans *Pro Juventute*, 1952, pp. 21ss.

ment justifier aujourd'hui une telle responsabilité? La notion de responsabilité objective, pour mise en danger (*Gefährdungshaftung*), a notamment été invoquée. Celui qui a cohabité avec la mère pendant la période critique, et a ainsi rendu impossible l'établissement de la paternité par jugement, devrait être tenu de fournir une compensation à l'enfant, sous la forme de subsides mensuels d'entretien³⁴⁰. Dans ce système, on le voit, l'action dirigée contre plusieurs défendeurs tend essentiellement à combler une lacune, à limiter le nombre des cas où l'enfant est laissé sans soutien (autre que l'assistance publique). Rôle subsidiaire par conséquent, bien qu'important, limité aux cas où il n'a pas été possible de déterminer qui est le véritable père. Dans l'hypothèse où, postérieurement au jugement condamnant solidairement les co-défendeurs à verser des subsides d'entretien, la paternité de l'un d'eux pourrait être établie scientifiquement, la logique exigerait bien entendu que les autres aient la faculté de requérir du juge leur libération de la dette.

Diverses objections ont été soulevées contre cette idée d'action collective et de responsabilité plurale. Et d'abord sa prétendue immoralité; la mère ne doit pas, dit-on, être «récompensée» de sa légèreté de mœurs. Mais une analyse juridique ne saurait se fonder sur des généralisations aussi sommaires. Cette légèreté de la mère serait-elle prouvée, au demeurant, qu'elle ne justifierait pas nécessairement et toujours le rejet de l'action en paternité, auquel ont conduit si souvent, dans le passé, l'*exceptio plurium* et le système de l'art. 314. L'irresponsabilité totale des amants de la mère, y compris le véritable père, – que permet le Code civil actuel – n'est certes pas plus «morale» que le serait leur responsabilité solidaire au sens de ces propositions de réforme. On a remarqué en outre que le Tribunal fédéral s'était prononcé pour la validité de la convention par laquelle deux hommes qui

³⁴⁰ Formulation proposée, à titre subsidiaire, par une Commission de l'Association suisse des Tuteurs officiels, rapport SCHLEGEL, du 1^{er} septembre 1955. – Des constructions analogues ont été proposées en Allemagne.

avaient cohabité avec la mère s'engageaient à lui fournir des aliments ainsi qu'à l'enfant, accomplissant ainsi un devoir moral³⁴¹.

On a objecté aussi, dans le même ordre d'idées, ce qu'il y avait d'instinctivement déplaisant dans la notion d'une responsabilité plurale; l'enfant n'allait-il pas être considéré comme celui d'une sorte de société en commandite, ou, selon l'expression du Conseiller fédéral Häberlin, d'une «SA. à dividendes négatifs»? D'autres ont spéculé sur la complexité des rapports juridiques, et des recours internes, auxquels pourrait donner lieu l'action judiciaire d'une prostituée contre ses multiples clients pendant la période critique³⁴². On aurait tort de surestimer la fréquence ou la valeur illustrative d'exemples de ce genre, si propres qu'ils puissent être à réveiller l'intérêt au cours d'une délibération législative. Au-delà des exemples, au-delà des formules plus ou moins spirituelles des commentateurs, il reste une réalité: même dans le cas où elle a eu des relations intimes avec plus d'un homme, la mère illégitime est plus souvent et plus probablement une victime qu'autre chose, qu'une prostituée par exemple; quant à l'enfant, il est par définition un innocent à protéger. Vaut-il mieux pour lui – telle est la question – être le fils de personne, comme cela a été trop souvent le cas jusqu'ici en raison du système de l'art. 314³⁴³, ou être le fils

³⁴¹ ATF 48. II. 194. – On pourrait rappeler, dans ce contexte, les termes qu'employait EUGEN HUBER pour justifier le principe même de l'action en recherche de paternité: «...Assurément, la mère de l'enfant naturel se rend presque toujours compte de la faute qu'elle commet en se livrant à l'acte sexuel en dehors du mariage. Mais le père s'en rend compte aussi, et la législation n'est pas destinée à effacer chez l'homme de mœurs légères jusqu'aux derniers vestiges du sens moral; sa tâche est, au contraire, de maintenir et de relever le niveau de la moralité publique.» *Motifs*, p. 205.

³⁴² Cf. postulat Huber du 14 juin 1955.

³⁴³ On estime à un minimum de 1/6 environ des cas de naissances illégitimes ceux où aucune action, pécuniaire ou autre, ne peut être intentée ou n'aboutit, ni une reconnaissance ou un engagement alimentaire ne peut être obtenu, ce qui donne, sur un chiffre d'environ 3000 à 3500 naissances par an, environ 500 cas.

d'une «société»? Du point de vue purement matériel, la réponse ne semble pas pouvoir faire de doute.

On s'explique alors certaines des solutions scandinaves auxquelles se référerait dans son postulat M. Grendelmeyer. Mais il est très significatif que ces solutions aient été abandonnées, au Danemark comme en Norvège, à une époque récente, et il convient de rechercher pourquoi. Au Danemark, sous le régime ancien, de la loi de 1937, plusieurs défendeurs pouvaient être condamnés à payer des subsides d'entretien (chacun étant condamné à payer une contribution complète; la mère ne recevait cependant qu'une contribution, le solde des versements allant à un fonds d'assistance aux enfants). Il faut noter que les cas étaient assez rares où les tribunaux faisaient usage de cette possibilité³⁴⁴. Or une nouvelle loi danoise, du 18 mai 1960, a abandonné complètement ce système de «Zahlvaterschaft» pour en revenir à l'établissement de la paternité réelle. Une raison en est, bien entendu, le progrès des méthodes biologiques de détermination de la paternité, mais elle n'est pas la seule. Plus décisif peut-être a été le fait que le régime de 1937 n'avait pas donné de bons résultats. Le système de la responsabilité plurielle n'entraînait pas seulement des charges assez lourdes pour les débiteurs, charges dont les contrecoups pouvaient être préjudiciables à la stabilité de leur mariage, et à leur famille en général; il présentait aussi, et surtout, des inconvénients sérieux pour la mère, quelque peu déclassée socialement, et pour l'enfant naturel lui-même. Le poids psychologique de l'illégitimité, de l'absence d'une véritable famille, apparaissait aggravé encore dans ce cas³⁴⁵. Cette dernière considéra-

³⁴⁴ Dans environ 250 cas sur 7500 naissances illégitimes annuelles, en moyenne, soit une proportion de 3,3%; cf. rapport SCHLEGEL à l'Association suisse de tuteurs officiels, du 1^{er} septembre 1955.

³⁴⁵ Cf. MARCUS, Das neue dänische Kindergesetz, Rabels Z. 1961, p. 51 ss. La Norvège a de même, par une loi du 21 décembre 1956, abandonné le système de la responsabilité collective; cf. A. ENDRESEN, Annuaire de législation française et étrangère, 1956, V, p. 156 ss.

tion est décisive. Le développement psychologique et affectif de l'enfant doit à l'évidence l'emporter sur des préoccupations d'ordre purement financier, qu'il est du reste possible de satisfaire par d'autres procédés juridiques. D'autres constructions semblent bien permettre, en effet, tout en évitant ce grave inconvénient, d'obtenir les avantages recherchés, soit une meilleure protection matérielle de l'enfant et de la mère, un renforcement de la responsabilité du père naturel, en même temps qu'une prévention plus efficace des faux témoignages³⁴⁶.

A tout ceci s'ajoute une considération d'ordre « politique » : des propositions de réforme tendant à introduire en cette matière la responsabilité plurale trouveraient-elles grâce aux yeux de l'opinion publique ? Cela paraît peu probable. Les quelques traditions cantonales en ce sens sont déjà bien oubliées, et les justifications d'ordre théorique auraient peu de poids sur l'opinion, dans un domaine surtout où prévalent trop souvent les réactions instinctives et les préjugés³⁴⁷. Quand bien même, par conséquent, une telle proposition de réforme ne serait pas déjà largement dépassée en raison des progrès des méthodes scientifiques de preuve, elle ne nous paraîtrait pas mériter d'être accueillie. D'autres moyens, répétons-le, permettent de remédier de manière plus satisfaisante aux graves défauts du système actuel du Code civil. Le meilleur de ces moyens a été évoqué plus haut : il consiste à remplacer l'art. 314 al. 2 par une prescription imposant au défendeur qui fait l'objet de la présomption de paternité *la preuve de l'impossibilité* (dans la mesure, on l'a vu, où elle peut être exigée ici, selon la nature des choses, c'est-à-dire dans une mesure atténuée).

³⁴⁶ A noter que M. Grendelmeyer, dans son postulat, reconnaît que le système de la responsabilité plurale n'est pas entièrement satisfaisant et peut faire souffrir l'enfant « de plusieurs pères » ; cf. son exposé au Conseil national le 20 septembre 1955.

³⁴⁷ A cela s'ajoute, selon le rapport SCHLEGEL, déjà cité, la considération que notre époque ne serait pas favorable à l'augmentation de la responsabilité pour les relations intimes hors mariage.

Pour résoudre le problème posé par ceux que l'on a appelés, d'une abréviation hardie, les «Mehrverkehrsinder», d'autres procédés encore sont concevables et ont été proposés, que l'on peut se borner à mentionner brièvement. L'on pourrait permettre l'action, au choix de la partie demanderesse, contre l'un quelconque des pères *possibles*, c'est-à-dire des hommes qui ont cohabité avec la mère pendant la période critique. Ceci à l'instar du système autrichien (du reste en cours de révision³⁴⁸), qui n'admet pas l'*exceptio plurium*. Il se peut donc qu'un défendeur qui n'est pas le père réel soit condamné à l'obligation alimentaire, s'il ne parvient pas à démontrer l'impossibilité de sa paternité; il n'est pas nécessaire que sa paternité soit la plus vraisemblable³⁴⁹. Mais cette simple possibilité de paternité paraît une base assez arbitraire à l'action, et se concilie mal avec le système suisse fondé sur la paternité réelle^{350a}. Ce que l'on peut en retenir, c'est seulement l'exclusion de l'*exceptio plurium* et l'obligation pour le père présumé de faire la preuve, libératoire, de l'impossibilité; ce qui nous ramène à la première solution qui a été esquissée plus haut.

Un autre procédé consisterait à laisser subsister le système actuel de l'art. 314, dans son ensemble, mais en le corrigeant de manière à permettre, en cas de déboutement, un nouveau procès contre un deuxième défendeur – ce qui impliquerait un nouveau délai, de trois mois par exemple, du jour où le jugement de rejet est passé en force. Sans être négligeable, le progrès ainsi réalisé par rapport au système actuel serait mince. Les charges et les lenteurs d'une seconde procédure

³⁴⁸ Cf. SPERL, in Österreichische Juristen-Zeitung 1964, p. 141 ss.

³⁴⁹ Certains commentateurs autrichiens préféreraient à cette solution, qui peut paraître arbitraire, la condamnation solidaire de tous les «concubins». Remarquons que, sur d'autres points, par exemple en ce qui concerne l'étendue de la dette alimentaire, la situation de l'enfant illégitime est moins favorable en Autriche qu'en Suisse.

^{350a} Cependant le droit suisse connaît des solutions voisines, contraires à la parenté réelle, ainsi lorsque le mari, demandeur en désaveu, échoue dans la preuve de l'impossibilité.

pèseraient sur la mère et l'enfant, et l'on pourrait se demander en outre si le second défendeur ne serait pas placé, par rapport au premier, en état d'infériorité en ce qui concerne la preuve, mais cette considération nous paraît secondaire. À l'évidence, une telle réforme ne remédierait que très imparfaitement aux inconvénients nombreux du régime de l'art. 314.

Une meilleure solution, qui évite la duplication des procédures en paternité, est celle du droit danois actuel, selon lequel toute personne qui se révèle avoir cohabité avec la mère pendant la période critique doit d'office prendre part au procès comme défendeur^{350b}. On retrouve ici une préoccupation proche de celle d'EUGEN HUBER, qui avait songé, on l'a vu, pour éviter l'abus de l'*exceptio plurium*, à permettre l'appel en cause de tous les «concubins»³⁵¹. Une condamnation ne peut être prononcée que contre l'un d'eux. Conforme à l'esprit d'un procès régi par la maxime de l'officialité, une telle règle doit exercer un effet préventif salutaire sur les faux témoins éventuels, en même temps qu'elle permet ou favorise la découverte du véritable père³⁵².

En résumé, les propositions tendant à permettre l'action pécuniaire en paternité contre plusieurs défendeurs, et la condamnation de ceux-ci à titre solidaire, doivent être rejetées comme présentant plus d'inconvénients que d'avantages. L'intérêt qu'une telle solution a pu susciter dans divers milieux, ces dernières années, en dépit de ses défauts pourtant apparents, témoigne de l'insatisfaction profonde que suscite le droit en vigueur. La réforme proposée est superflue pour une double raison : nous avons vu que d'autres solutions permettent d'atteindre, d'une manière plus satisfaisante, des résultats analogues, cependant que le dévelop-

^{350b} Cf. Rapport BOEHMER, p. 71.

³⁵¹ Motifs, p. 229.

³⁵² En particulier si l'on admet que seul un défendeur, mais non pas un témoin au procès en paternité, peut être astreint à l'expertise du sang ; cf. *infra*, Chapitre XIII.

pement des procédés scientifiques de preuve, loin d'inciter à abandonner un régime juridique fondé sur la paternité réelle, le justifie toujours davantage.

Chapitre XII:

L'inconduite

Parmi toutes les règles du Code civil sur la filiation illégitime, aucune n'est plus attaquée que celle de l'art.315, selon lequel «*l'action en paternité est rejetée lorsque la mère vivait dans l'inconduite à l'époque de la conception*». Après l'exception des doutes sérieux, de l'art.314, al.2, dont elle est du reste indépendante, c'est l'arme favorite des défenseurs en paternité. Elle était même, jusqu'à une époque récente, une «arme absolue» puisqu'elle entraînait le rejet de l'action même si le défendeur était le père réel de l'enfant. Bien que cette disposition ne trouve aujourd'hui plus guère de défenseurs avoués, il faut tout de même, avant que de porter un jugement sur les propositions de réforme de l'art.315, rappeler brièvement le contenu de ce dernier, signaler les principaux problèmes d'interprétation qu'il suscite, et retracer en bref l'évolution de la jurisprudence.

L'Avant-projet d'EUGEN HUBER prévoyait déjà, on l'a vu, en son art.349 (sous la rubrique «mère de mœurs déréglées»), le rejet de l'action «lorsque la mère menait mauvaise vie à l'époque de la conception». L'idée était de laisser au juge le soin de prononcer librement, dans chaque espèce, et de décider, selon cette disposition générale unique, par exemple si la cohabitation avec plusieurs était ou non une cause de déchéance, ou si l'action dirigée contre un homme marié devait être accueillie ou non³⁵³. On sait que les travaux de la Commission d'Experts et les délibérations parlementaires aboutirent à renforcer singulièrement la position du défendeur en paternité, muni par le Code civil de deux armes indépendantes, l'art.314, al.2, et l'art.315.

³⁵³ Motifs, p.229.

La jurisprudence fédérale, dont les variations n'ont pas besoin d'être retracées ici, s'est efforcée de préciser, et même de restreindre, la notion essentiellement vague et élastique (Kautschukbegriff) d'inconduite. Elle ne retient pas des fautes isolées, mais exige une véritable «conduite»; c'est-à-dire une absence marquée et *habituelle* de retenue au point de vue sexuel («unzüchtiger Lebenswandel; condotta scostumata») ³⁵⁴. La base de cette disposition, nous disent la jurisprudence et la doctrine, comme dans le cas de l'art. 314, al. 2, se trouve dans l'idée que l'action doit être rejetée lorsque la paternité du défendeur est incertaine. Quand bien même des faits pouvant justifier les doutes sérieux au sens de l'art. 314, al. 2, ne seraient pas établis, il se peut que le comportement de la mère dans son ensemble soit tel qu'il rende impossible la détermination sûre de la paternité, tel que le soupçon (Verdacht) s'impose que la mère a eu des relations non seulement avec le défendeur, mais aussi avec d'autres hommes inconnus ³⁵⁵. En d'autres termes, cette conduite fait naître une présomption de cohabitation avec des tiers inconnus, présomption en fait irréfutable ³⁵⁶.

La conception classique est bien exposée dans un arrêt un peu ancien ³⁵⁷, où le Tribunal fédéral souligne que l'art. 315 est bien davantage qu'un cas particulier de la règle de l'art. 314, al. 2. En cette espèce, les juges cantonaux avaient déduit l'inconduite des circonstances dans lesquelles la demanderesse avait cohabité avec le frère du défendeur; comme

³⁵⁴ Voir par exemple ATF 82. II. 268 = JT 1957. I. 523, 525; 79. II. 25 = JT 1953. I. 323.

³⁵⁵ ATF 79. II. 26 = JT 1953. I. 323; 82. II. 268, 270 = JT 1957. I. 525.

³⁵⁶ AUBERT, p. 119, observe que «pour la renverser, il faudrait prouver l'impossibilité ou la haute invraisemblance de la paternité de tous les hommes qui ne sont que suspects d'avoir cohabité avec la mère». Ceci n'est plus vrai depuis que l'expertise anthropobiologique permet la preuve positive de la paternité; voir l'ATF 89. II. 273 = JT 1964. I. 260, commenté plus loin dans le texte.

³⁵⁷ ATF 39. II. 685 du 18 décembre 1913; cf. SILBERNAGEL, art. 314, N. 63.

elle était alors déjà enceinte, cette dernière cohabitation ne pouvait pas avoir été causale et la présomption de paternité de l'art. 314, alinéa premier, à l'égard du défendeur, n'était donc pas renversée. Conformément au système, l'arrêt n'autorise pas la demanderesse à faire la contre-preuve, et rejette l'action pour inconduite.

Malgré les efforts du Tribunal fédéral, surtout dans ces dernières décennies, pour préciser le concept d'inconduite et éviter des généralisations hâtives, le fait demeure que l'application de l'art. 315 laisse une très large place à l'appréciation personnelle, subjective, conditionnée par la personnalité du juge, ses sentiments, son expérience plus ou moins limitée de la vie, son éducation, ses tendances confessionnelles ou autres. Sans doute n'est-ce pas là un phénomène unique, mais il faut convenir que l'art. 315 prête particulièrement le flanc à la critique de ce point de vue³⁵⁸ et que le risque d'inégalité de traitement et d'arbitraire y est dangereusement grand. La lecture même des arrêts du Tribunal fédéral le révèle, il n'est pas rare que des juges cantonaux, de première instance surtout, se laissent entraîner à des inférences hasardeuses, à des condamnations peu charitables et non exemptes d'un certain pharisaïsme. C'est ainsi, par exemple, que le Tribunal fédéral a dû réagir contre la tendance de certaines instances cantonales, non seulement à déduire, par un réflexe vertuiste, l'inconduite de certains faits isolés, mais aussi à en admettre l'existence «à l'époque de la conception» sur la base de faits survenus avant ou après cette période. L'imprécision même du texte légal, il est vrai,

³⁵⁸ Sur ce sujet, cf. NEHRWEIN, SJZ 1957, p. 177 ss. 180; comparer, sur l'attitude des juges en matière de divorce, HINDERLING, *Das Schweizerische Ehescheidungsrecht*, 2^e éd., 1960, p. 10; il faut accepter avec réserve la remarque d'EUGEN HUBER, *Motifs*, p. 229, selon qui «alors même que le juge chercherait un élément d'appréciation dans le niveau moral de la contrée, nous n'y trouverions rien à redire, puisqu'aussi bien il se servirait de la mesure qui seule peut garantir en cette matière une jurisprudence équitable».

favorise une telle tendance³⁵⁹. Divers arrêts ont admis que le juge se fonde sur un comportement antérieur ou postérieur à l'époque de la conception, mais en tant qu'indice imposant la conclusion que ce comportement avait continué ou déjà commencé pendant cette période³⁶⁰.

Cette jurisprudence n'a pas suffi à éviter des interprétations trop larges, et le Tribunal fédéral a dû préciser encore, dans le sens restrictif, dans un important arrêt de 1956, les conditions dans lesquelles le juge pouvait, du point de vue temporel, conclure à l'inconduite³⁶¹. Il faut, déclare la Deuxième Cour civile, des faits *concrets* survenus *pendant* la période de la conception et qui constituent un lien avec le comportement, soit précédent, soit ultérieur de la mère³⁶². « On ne peut pas déduire de la seule tendance à la persistance des habitudes, inhérente à la nature humaine selon l'expérience, ni de l'absence de circonstances positives permettant d'admettre un amendement, que la mère a continué à se comporter à l'époque de la conception comme elle le faisait aupara-

³⁵⁹ «A l'époque de la conception», ou *vers* cette époque, «um die Zeit der Empfängnis», ce qui est plus étroit, en un sens, que la période critique légale; cf. AUBERT, p. 118, EGGER, 315, N. 8.

³⁶⁰ ATF 43. II. 139 = JT 1917. I. 543; 40. II. 6; 39. II. 688.

³⁶¹ ATF 82. II. 268 du 12 juillet 1956, affaire H. contre Sch. = JT 1957. I. 523. – Rappelons que cette conclusion – que la mère vit dans l'inconduite – n'est pas une constatation de fait, mais l'appréciation juridique d'un fait d'après l'expérience générale de la vie, et qu'elle est par conséquent soumise au contrôle du TF; cf. ATF 79. II. 26 = JT 1953. I. 323.

³⁶² Le TF cite comme exemple le fait que, après des actes «extrêmement déréglés» antérieurs à la période critique, la demanderesse, pendant cette période, se livrait à la boisson et sortait avec des hommes, ou sortait fréquemment danser toute la nuit et se laissait raccompagner par des garçons qu'elle recevait dans sa chambre. Contre l'avis de l'instance cantonale, il n'a en revanche pas admis l'inconduite, alors que plusieurs semaines s'étaient écoulées entre les premiers incidents retenus par le premier juge et le début de la période critique, qu'aucun comportement critiquable n'était établi pendant cette période et qu'il était donc tout à fait concevable que la demanderesse ait, depuis les premiers incidents, «maîtrisé son absence de retenue».

vant. Cela reviendrait à inverser le fardeau de la preuve...»³⁶³ Sur divers points, on le voit, la jurisprudence fédérale s'est efforcée, en une casuistique parfois subtile, de mieux délimiter les contours de la fuyante notion d'inconduite et de limiter le danger d'interprétations extensives, tout en restant fidèle à l'intention du législateur³⁶⁴.

Certains tribunaux cantonaux ont même été plus loin dans la voie de l'interprétation restrictive et se sont fait rappeler à l'ordre par le Tribunal fédéral pour avoir soumis l'application de l'art.315 à des conditions subjectives qu'il ne contient pas; c'est ainsi que le Tribunal du district de Lausanne³⁶⁵ avait estimé, à tort, que les faits établis à la charge de la demanderesse ne constituaient pas l'inconduite «en raison du manque évident d'éducation et d'intelligence de la mère». Ainsi que l'a déclaré plus justement le Tribunal supérieur du canton de Thurgovie, «même une imbécile peut vivre dans l'inconduite au sens de cette disposition»³⁶⁶; celle-ci n'a pas de caractère pénal, répètent à l'envi la jurisprudence et la doctrine³⁶⁷.

Ce travail d'élaboration jurisprudentielle n'a pas suffi –

³⁶³ ATF 82. II.268–274 = JT 1957. I.523; cf. ATF 40. II.6; 40. II.168; 43. II.143 = JT 1917. I.567. A l'inverse, le Tribunal fédéral a refusé de conclure à l'existence d'aventures sexuelles du fait des fréquentes sorties nocturnes en compagnie masculine d'une demanderesse, parce que, pendant le temps antérieur et pendant le temps postérieur à la période critique, aucun fait ne démontrait que de telles sorties se terminaient généralement pour la demanderesse en relations intimes, ATF 76. II.177, 180 = JT 1951. I.98.

³⁶⁴ Un autre exemple, typique, concerne la question de savoir si des relations intimes en présence de tiers constituent ou non l'inconduite au sens de l'art.315. L'évolution jurisprudentielle a graduellement établi de nouvelles distinctions et introduit divers facteurs d'atténuation; voir à ce sujet l'ATF 82. II.268, 271 = JT 1957. I.525 et les arrêts cités.

³⁶⁵ Dans un jugement du 18 février 1963, cf. ATF 89. II.273 = JT 1964. I.260.

³⁶⁶ Arrêt du 11 mars 1941, RO Thurgovie 1941, p.44, cf. AUBERT, p.119.

³⁶⁷ Cette affirmation est discutée plus loin dans le texte.

mais pouvait-il suffire ? – à désarmer la critique. L'art. 315 a continué à susciter de nombreux reproches, qu'il convient de passer maintenant en revue.

On reproche souvent à l'art. 315 son caractère pénal, encore que le Tribunal fédéral en nie l'existence³⁶⁸. La doctrine approuve généralement cette thèse, mais il semble que ses commentaires à ce sujet reflètent moins une constatation de fait de la volonté du législateur que le désir de limiter raisonnablement la portée d'une disposition contestable³⁶⁹. Ces affirmations jurisprudentielles ou doctrinales, qu'elles soient justifiées ou non par de louables arrières-pensées, ne nous convainquent guère. Il nous paraît difficile de soutenir que, dans la pensée du législateur, la seule base de l'art. 315 était l'incertitude totale qu'entraîne l'inconduite dans la recherche de la paternité réelle. De cette *ratio legis* ne pouvait être tirée qu'une seule conséquence, le renversement de la présomption de l'art. 314, al. 1^{er}, comme dans le cas des doutes sérieux³⁷⁰. Or, l'art. 315 va bien au-delà, puisqu'il exclut totalement l'action.

On ne saurait non plus faire totalement abstraction de la note marginale qui, dans les trois textes du Code civil, parle d'une *faute* de la mère³⁷¹. L'Avant-projet faisait allusion à

³⁶⁸ Récemment encore dans l'ATF 90. II. 269, 272 = JT 1965. I. 213, où il est dit : « il n'y a pas d'intention pénale dans l'art. 315... » ; cf. ATF 39. II. 14, cons. 3 = JT 1913. I. 495.

³⁶⁹ Cf. EGGER, Art. 315, N. 2, SILBERNAGEL, Art. 315, N. 6–7 ; AUBERT, p. 119, affirme catégoriquement : « on comprend donc sans peine que l'art. 315 n'a pas un caractère pénal ».

³⁷⁰ Même à l'époque de l'élaboration du Code civil, en l'absence de toute preuve scientifique, il n'était pas entièrement exclu que la preuve de la paternité *puisse* être apportée en dépit de l'inconduite de la mère ; ainsi dans l'hypothèse où il serait prouvé qu'un seul des hommes avec lesquels la mère a pu avoir des relations intimes est un Noir, alors que l'enfant est négroïde.

³⁷¹ Sur l'importance des notes marginales dans le Code civil, voir le Commentaire bernois, LIVER, Einleitung, N. 128, et MEIER-HAYOZ, art. 1, N. 97, ainsi que 184 et 187. Le Tribunal fédéral ne manque pas, à l'occasion, de se fonder sur les notes marginales, par exemple pour refuser à l'auteur d'une reconnaissance mensongère

la mère «de mauvaise vie» ou «de mœurs déréglées». Ne retrouve-t-on pas ici comme un écho, assourdi peut-être mais perceptible, de ces droits cantonaux qui connaissaient de multiples causes de déchéance fondées sur le «deshonneur» de la demanderesse? Les travaux des experts et les délibérations parlementaires montrent assez que ce genre de préoccupations n'avait pas disparu des esprits à l'époque de l'élaboration du Code civil³⁷². Nous pensons donc qu'un certain caractère pénal n'a pas été effacé de l'art. 315, en dépit des efforts de la jurisprudence fédérale, et même qu'il reste réel aux yeux de bien des juges inférieurs, des parties en cause et de l'opinion en général. Cet élément de disqualification morale, manifeste dans les droits cantonaux et latent seulement dans le Code civil, s'attache à la mère mais non pas au défendeur, même lorsque ce dernier, comme cela sera généralement le cas, n'ignorait ni ne pouvait ignorer une inconduite dont il a peut-être, précisément, voulu tirer parti. En conférant ainsi à ce défendeur le privilège de l'irresponsabilité, le législateur de 1907 s'est dans doute laissé guider, dans une mesure difficile à déterminer mais non négligeable, par une certaine tradition historique, par les réflexes obscurs d'une conscience collective, celle de l'électorat masculin de l'époque, beaucoup plus que par une analyse rationnelle. Si l'art. 315 frappait, ou voulait frapper, sans l'avouer, l'immoralité féminine, il n'était guère propre à «relever le niveau de la moralité publique», selon l'expression d'EUGEN HUBER³⁷³, du côté masculin!

Et ce qui est plus grave, il frappait et frappe encore l'enfant, innocent des fautes de ses parents. On a pu s'étonner à juste titre qu'une telle évidence n'ait pas arrêté le législateur fédéral au début du siècle. Il appartient aux psychologues et aux moralistes, autant sinon plus qu'aux juristes, de s'interroger sur les motifs profonds des comportements hu-

la qualité d'intéressé au sens de l'art. 306; ATF 49. II. 155 = JT 1923. I. 540; 75. II. 7, 13 = JT 1950. I. 354.

³⁷² Cf. SILBERNAGEL, art. 315, N. 1 ss.

³⁷³ Motifs, p. 205.

maines, sur la permanence ou la résurgence, même aux époques dites «éclairées», des instincts et des préjugés anciens³⁷⁴.

Le moins que l'on puisse dire, en résumé, est que l'art. 315 a un fondement juridique ambigu. Il est aussi illogique et inéquitable. Illogique puisque, comme on l'a vu, bien que fondé sur l'incertitude de la paternité, il prescrit clairement la déchéance de l'action même si la paternité est établie³⁷⁵. Enfin l'art. 315 est étranger à l'esprit général du Code civil, fondé, ainsi qu'il est dit plus haut, sur l'idée de parenté et non pas celle de responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle; on s'explique mal que la «faute» de la victime entraîne le rejet de l'action. Par son imprécision, par les interprétations extensives qu'elle permet, cette disposition n'entraîne pas seulement un risque d'arbitraire; elle se prête à d'évidents abus de la part des défendeurs, dont beaucoup n'hésitent pas, devant une justice mal armée sans doute pour réagir mais aussi parfois bien tolérante, à diffamer à la légère la demanderesse³⁷⁶.

Que l'art. 315, enfin, soit inéquitable, peut-on sérieusement le contester? Aucune voix, dans la doctrine, ne s'est élevée jusqu'ici à notre connaissance pour s'essayer à cette entreprise sans espoir. On aurait tort d'en conclure, pourtant, que certains secteurs de l'opinion ne tenteront pas de défendre l'art. 315, ou tout au moins d'en sauver ce qui peut l'être. L'argument est facile à imaginer: est-il équitable,

³⁷⁴ Cf. SILBERNAGEL, art. 315, N. 6, qui souligne la présence, dans l'ancien droit, de l'idée d'indignité de la mère; à quoi s'ajoutait le fait que, ni moralement, ni juridiquement, l'enfant naturel n'était jugé mériter la même considération que l'enfant légitime.

³⁷⁵ Cf. cependant l'ATF 89. II. 273 = JT 1964. I. 260, commenté plus loin. Cet illogisme apparaît aussi en ceci que l'inconduite devrait également être admise dans l'hypothèse, citée par le rapport SCHLEGEL à l'Association suisse des Tuteurs officiels, 1^{er} septembre 1955, de relations contre nature, qui ne peuvent justifier aucune incertitude quant à la paternité du défendeur.

³⁷⁶ Sur les graves conséquences qui peuvent en résulter pour le psychisme de la mère, et indirectement pour l'enfant, voir BINDER, p. 299 ss. et 309.

nous dira-t-on, qu'une prostituée ait les mêmes droits qu'une jeune fille honorable, et qu'elle puisse par exemple choisir de se faire faire un enfant par un homme dont la situation sociale lui apparaît favorable ?³⁷⁷ Moralement, ne se justifie-t-il pas de faire une différence entre ces deux cas ?

La question ne manque pas d'habileté, mais est-elle bien posée ? Peut-on isoler ainsi la question des *droits* éventuels de la mère de celle de la *responsabilité* du père, envers la mère comme envers l'enfant ? De ce point de vue, on serait tenté de reformuler la question, d'une manière tout aussi légitime, ou en tous cas pas plus tendancieuse : celui qui a engendré un enfant, par ses relations avec une mère vivant dans l'inconduite, mérite-t-il d'être libéré de toute responsabilité, d'être dispensé de toute contribution, en raison du comportement de la mère ? S'il ignorait ou pouvait ignorer cette inconduite, en quoi justifie-t-elle sa libération ? Et s'il la connaissait, et en a « profité », n'est-ce pas une prime à l'immoralité que de le dégager de toute responsabilité ?

Les défenseurs de l'art.315 ne manqueront pas d'invoquer ici l'indépendance des deux actions de la mère et de l'enfant, pour s'opposer seulement à la première, au nom d'un critère moral. La question mérite d'être soumise à l'analyse. Si l'on veut refuser à la mère qui vivait dans l'inconduite les « avantages » des prestations prévues à l'art.317³⁷⁸, il faudrait pouvoir se réclamer de raisons objectives, et non d'une condamnation morale unilatérale. Alléguera-t-on le principe « *nemo audiatur propriam turpiludinem allegans ...* » ? Mais l'action pécuniaire de la mère est fondée sur le fait de la paternité, sur la grossesse et l'accouchement, et non pas sur sa conduite ! Les partisans de l'art.315 ne vont pas jusqu'à soutenir que, dans le cas d'une prostituée, le client aurait limité d'avance ses prestations pécuniaires au « *pretium*

³⁷⁷ Cf. deux articles de la NZZ, Nr.1616 et 2271, du 16 avril et 26 mai 1964, commentés plus loin à propos de l'ATF 89.II.273, voir note 383.

³⁷⁸ Sur le contenu et la réalité de ces « avantages », voir plus loin, Chapitre XV.

stupri»? Ils ne préconisent pas non plus, semble-t-il, que les subsides dus par le père soient versés, non pas à la demanderesse – dont l'inconduite n'a pas, selon eux, à être ainsi «récompensée» – mais à une caisse publique d'assistance, par exemple, solution qui, à défaut d'autres mérites, aurait au moins celui de ne pas «avantager» (d'une manière beaucoup plus réelle que ne peut l'être la mère créancière des prestations de l'art.317) le partenaire de la prostituée.

Si nous comprenons bien l'argument, en résumé, le «sentiment populaire» exigerait que l'inconduite de la mère fut sanctionnée. A supposer que cela soit vrai, la question est de savoir si des moyens de *droit civil*, en particulier si des règles touchant l'action en paternité, sont les plus propres à atteindre ce but. Il suffit, croyons-nous, de poser la question. Si l'on se rappelle, enfin, qu'à défaut de paiement par le père, c'est l'assistance publique, c'est-à-dire la communauté, qui risque bien d'avoir à supporter les frais occasionnés par la naissance, sans parler de l'entretien de l'enfant, on peut douter que le «sentiment populaire» des contribuables suisses soit enchanté de cette proposition. Il convient donc de ne pas se laisser impressionner à l'excès par certains exemples extrêmes, toujours les mêmes, qui sont avancés pour émouvoir l'opinion. Laissons aux connaisseurs du «milieu» le soin d'apprécier la vraisemblance de l'hypothèse selon laquelle une prostituée risquerait, si la règle de l'art.315 n'existait pas, d'user de ruse pour avoir un enfant d'un homme riche, afin de profiter des «avantages» des prestations de l'art.317. Pour pittoresques que puissent apparaître à certains les exemples mettant en scène des prostituées, ils nous paraissent manquer de valeur générale, d'autant que, comme les commentateurs l'ont souvent remarqué, il est probable que ces personnes savent généralement mieux que d'autres éviter ce genre d'«accidents».

On aurait pu penser que l'apparition de la preuve positive de la paternité, par le moyen de l'expertise anthropologique, n'affecterait que l'application de l'art.314 et non pas celle de l'art.315, étant donné le texte formel de cette

disposition. Il n'en a rien été. Le Tribunal fédéral, sensible sans doute, par ailleurs, au concert des critiques doctrinales, a saisi l'occasion de redresser une injustice. Après avoir laissé la question ouverte³⁷⁹, il s'est prononcé de façon catégorique dans une décision du 26 septembre 1963³⁸⁰. L'arrêt rappelle tout d'abord que les art. 314, al. 2 et 315 procèdent de la même idée, mais diffèrent dans leurs effets, la contre-preuve n'étant pas admise en cas d'inconduite. Le passage suivant mérite d'être cité intégralement:

«... Cette différence apparaissait plus théorique que pratique, car on pensait alors (en 1918, à l'époque de l'ATF 44. II. 26) que la preuve exclue par l'art. 315 CC serait presque toujours impossible. Or, les progrès de la science permettent aujourd'hui d'établir la paternité directement, c'est-à-dire sans l'aide de la présomption que l'art. 314, al. 1 CC attache à la cohabitation durant la période critique. *En présence de cette situation nouvelle, la distinction qu'opérait la jurisprudence ne se justifie plus.* En effet, aucune raison logique ou morale ne commande de soustraire le défendeur à l'obligation de contribuer à l'entretien d'un enfant dont il est reconnu être le père, sous le prétexte que la mère aurait vécu dans l'inconduite à l'époque de la conception. Du moment que la paternité est prouvée directement, l'art. 315 CC, dont le sens n'est pas de punir la mère et encore moins l'enfant, perd sa raison d'être ... Il s'ensuit que l'inconduite de la mère ne saurait faire obstacle à l'administration de la preuve directe de la paternité du défendeur au moyen d'une expertise anthropobiologique.»³⁸¹

³⁷⁹ Dans l'arrêt 87. II. 65, 73, cons. 5 = JT 1961. I. 527.

³⁸⁰ Affaire Demoiselle M. contre J., ATF 89. II. 273, SJ 1964, 135 = JT 1964. I. 260.

³⁸¹ Italiques ajoutées.

La décision est d'importance. L'on perçoit d'emblée qu'elle limite beaucoup les inconvénients de l'art. 315, sans pourtant les éliminer tout à fait : l'expertise anthropobiologique peut en effet ne pas donner de résultats concluants, et la constatation judiciaire de l'inconduite subsiste, avec ses effets défavorables sur la mère et sur l'enfant³⁸². La décision n'en reste pas moins fort importante et assez audacieuse ; mais il est permis, tout en approuvant le résultat, de s'interroger sur sa justification. La Deuxième Cour civile se fonde sur la prémisse que l'art. 315 a exactement la même base juridique que l'art. 314 al. 2, sans aucun élément pénal quelconque. Nous avons dit que cette interprétation, compréhensible en tant que dirigée vers l'avenir, n'était, du point de vue historique, pas complètement convaincante. Admettons cependant que, depuis que la preuve directe de la paternité est possible, l'art. 315 ait perdu toute sa raison d'être, ce à quoi l'on se résignera volontiers. Il reste la question, délicate, de savoir à qui il appartenait de le constater et d'en tirer les conclusions, au juge ou au législateur ?

Sur ce point, l'arrêt du 26 septembre 1963 a pu être critiqué par certains, et qualifié même, avec quelque sévérité, de « violation du droit »³⁸³. Il est vrai que le texte de l'art. 315 est formel ; mais s'ensuit-il vraiment qu'il ne laisse place, ainsi qu'on l'a prétendu, à « aucune interprétation » dès que l'inconduite est établie ? N'est-il pas permis, et même indispensable, d'en retenir l'esprit aussi bien que la lettre (cf. art. 1^{er}, al. 1^{er} CCS) et de se fonder sur la *ratio legis*³⁸⁴ ? S'il a eu

³⁸² Cf. BINDER, p. 309 ss.

³⁸³ Voir les art. signés C. B. dans la « Neue Zürcher Zeitung » du 16 avril 1964, Nr. 1616, ainsi que N° 2271 du 26 mai 1964 ; outre une critique, non dénuée de pertinence, de l'arrêt, sur le terrain des limites du pouvoir du juge dans un « Rechtsstaat », ces articles contiennent aussi une apologie, un peu voilée et hésitante, de l'art. 315, à laquelle il a déjà été fait allusion plus haut.

³⁸⁴ Sur les problèmes d'interprétation et les pouvoirs du juge, nous ne pouvons que nous référer ici aux exposés fondamentaux de MEIER-HAYOZ et MERZ, dans le Commentaire bernois, ad art. 1 et 2 ; cf. aussi GERMANN, Méthodes d'interprétation des lois, Mont-

connaissance de ces critiques, le Tribunal fédéral ne s'est pas laissé émouvoir. Dans un arrêt du 23 octobre 1964³⁸⁵, il a confirmé sa nouvelle jurisprudence, en se fondant sur l'absence d'intention pénale dans l'art. 315, article qui n'est pas motivé par une disqualification morale de la mère. Or si l'action était rejetée alors que la paternité peut être prouvée, cela reviendrait à punir la mère et à punir de même l'enfant totalement innocent. La Deuxième Cour civile en conclut que, selon son but primitif, la «règle générale» de l'art. 315 doit être «complétée par une exception», qui réserve la preuve positive de la paternité du défendeur.

Ce qui mérite d'être noté, c'est la réaffirmation de l'idée que la possibilité³⁸⁶ d'une preuve positive de la paternité remet en question l'interprétation donnée jusqu'alors à l'art. 315. En présence de la «situation nouvelle» créée par les progrès de la science, «la distinction qu'opérait la jurisprudence» – et la loi elle-même, pourrait-on observer, au moins le croyait-on – «ne se justifie plus»³⁸⁷. Il est assez significatif que, dans ces deux arrêts, le Tribunal fédéral s'attache à démontrer que la différence entre les dispositions de l'art. 314, al. 2 et 315, que l'on pensait exister jusqu'alors dans le Code lui-même, n'existait en réalité que sur le terrain de l'interprétation jurisprudentielle, et que cette interprétation doit être modifiée, ou, mieux, complétée, lorsque l'évolution sociale et scientifique fait apparaître dans la loi des lacunes³⁸⁸.

pellier, 1957, et MERZ, *Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, April 1964, p. 305 ss.

³⁸⁵ Affaire M. contre K., ATF 90. II. 269 = JT 1965. I. 213.

³⁸⁶ Admise depuis l'arrêt 87. II. 65 = JT 1961. I. 527.

³⁸⁷ ATF 89. II. 273, 277 = JT 1964. I. 260.

³⁸⁸ Cf. MEIER-HAYOZ, ad art. 1, N. 271, 276 et 295 ss. – Selon GOEPFERT, *Das anthropologisch-erbbiologische Gutachten im Vaterschaftsprozess*, Basler Juristische Mitteilungen, 1965, Heft Nr. 1, p. 13, le juge doit tenir compte de l'existence des nouveaux moyens de preuve pour empêcher que, par une interprétation purement littérale, l'art. 315 ne se voie attribuer des effets opposés à son sens réel.

Trois ans auparavant, pourtant, le même Tribunal fédéral, défendant contre STREBEL sa jurisprudence constante relative à l'art.314, déclarait :

«si séduisante qu'elle soit, la seconde objection est tout aussi peu déterminante que la précédente. Elle tend à interpréter différemment la loi *depuis* que la science permet d'exclure la paternité et que ses conclusions ont été admises par les tribunaux; la portée traditionnelle conférée à l'art.314 CC était juste autrefois; elle ne l'est plus. On voit immédiatement qu'une telle argumentation contingente est fallacieuse et cause d'insécurité...»³⁸⁹

A cette époque, notre Cour suprême considérait qu'une modification, dont l'importance n'est certes pas supérieure à celle que constitue l'admission de la preuve de la paternité en cas d'inconduite, ne pouvait résulter que d'une révision législative. Plus audacieux, les juges de 1963 et de 1964 n'ont pas refusé d'intervenir pour corriger une situation peu satisfaisante. Les puristes regretteront peut-être que l'inactivité du législateur ait poussé les juges à s'aventurer sur le terrain d'une interprétation très «créatrice». Pour notre part, nous approuvons, tout bien considéré, le Tribunal fédéral, tout en souhaitant qu'une intervention législative prochaine vienne apporter une solution complète au problème.

En quoi doit consister cette solution ? En la *suppression pure et simple de l'art.315*, ainsi que le réclament diverses propositions de réforme³⁹⁰. Il n'existe, nous l'avons vu, aucune raison logique ou morale qui puisse justifier le maintien de cette disposition, qui se prête à de très fâcheux abus

³⁸⁹ ATF 86. II.311, 315 = JT 1961. I.524, 525.

³⁹⁰ Cf. postulat Grendelmeyer, propositions de l'Association suisse des Tuteurs officiels, de l'Alliance des Sociétés féminines suisses, du Groupe suisse des Femmes du PSS, etc. Ainsi qu'on l'a vu au texte, la doctrine, elle aussi, est depuis longtemps hostile à l'art.315, cf. par exemple SILBERNAGEL, Art.315, N.9, EGGER, Art.302, N.12, NEHRWEIN, SJZ 53, 1957, 180.

de la part des défendeurs en même temps qu'à des interprétations très variées, voire arbitraires, de la part des tribunaux. La plupart des pays européens, notamment ceux qui nous entourent, ignorent cette fin de non-recevoir³⁹¹. Il n'est pas sans intérêt de retenir ici cet enseignement du droit comparé.

En résumé, un large accord semble de plus en plus évident sur la nécessité de modifier le droit suisse de la filiation illégitime au moins en ce qui concerne les art. 314 al. 2 et 315. Cette question, qui a récemment été examinée par une Commission d'étude du Département fédéral de justice et police³⁹², paraît mûre, et l'on ne voit pas de raison décisive de reculer plus longtemps le jour d'une intervention législative, par exemple en arguant de l'opportunité d'attendre une révision générale du droit de la famille ou même du Code civil dans son ensemble. Il est peu probable, si l'on peut risquer ici un pronostic, qu'une opposition sérieuse puisse ou ose se manifester à l'encontre d'une réforme dont la nécessité, depuis longtemps perçue, apparaît de plus en plus éclatante³⁹³.

³⁹¹ Par exemple l'Allemagne, l'Autriche, l'Italie, de même que les pays scandinaves et les démocraties populaires; si la France fait exception, elle ne connaît ce moyen que sous une forme atténuée, celle de l'inconduite notoire pendant la période légale de conception, art. 340 CC.

³⁹² Cf. SPITZER, art. cité, p. 149-150: la composition de cette Commission, et le fait qu'elle est présidée par notre collègue J.M. GROSSEN, de l'Université de Neuchâtel, sont une garantie certaine de la valeur de ses travaux, dont on veut espérer qu'ils pourront être rendus publics prochainement.

³⁹³ On a objecté pourtant que le climat moral de notre époque n'était guère favorable au renforcement de la responsabilité personnelle; cette remarque comporte une part de vérité, et l'on ne peut certes pas s'attendre à ce que la réforme proposée suscite l'enthousiasme chez les pères illégitimes. On ne doit pas douter cependant que, dans son immense majorité, le peuple suisse considérera comme juste que le père naturel réponde, en fait, de l'entretien de son enfant. — On a dit d'autre part, dans certains milieux de la tutelle, qu'il fallait s'attendre à une opposition ... des avocats; cf. rapport SCHLEGEL, du 1^{er} septembre 1955. Cette supposition nous paraît tout à

Chapitre XIII:

*Recherche de la paternité et moyens scientifiques
de preuve*

Il a été question à maintes reprises déjà, jusqu'ici, de l'influence exercée sur le droit de la filiation illégitime par les progrès scientifiques en matière de preuve de la paternité. Une des raisons majeures, mais non pas la seule, qui commandent en effet au moins l'étude d'une révision de ce droit, est le développement récent, et rapide, des méthodes et techniques de laboratoire, développement tout à fait insoupçonné des auteurs de notre Code civil. Quel chemin parcouru depuis que, à l'époque même de l'élaboration du Code civil, Landsteiner découvrait que le sang humain possédait certaines qualités caractéristiques et que, quelques dix ans plus tard, la preuve était faite qu'il s'agissait de caractéristiques héréditaires³⁹⁴ !

Dans le présent chapitre, nous ne songeons pas, bien entendu, à retracer les progrès des diverses méthodes de preuve et l'histoire de leur accueil graduel par la jurisprudence ; le sujet a été fréquemment étudié. Il s'agira seulement de proposer à l'attention des juristes quelques observations sur des questions choisies, dans la mesure où elles nous paraissent concerner soit la révision proprement dite, soit aussi, le cas échéant, une modification des jurisprudences actuelles.

fait gratuite ; il est possible que des fonctionnaires de tutelle aient gardé un mauvais souvenir de certains affrontements judiciaires, où les avocats ne pouvaient guère s'abstenir d'user en faveur de leur client des nombreuses armes que leur offrait généreusement le Code civil. On ne saurait en conclure que les avocats ne se rendent pas compte de la nécessité de modifier profondément le système actuel.

³⁹⁴ Cf. A. Ross, *The Value of Blood Tests as Evidence in Paternity Cases*, 71 *Harvard Law Review*, Jan. 1958, p. 466 ; cf. aussi la préface du Commentaire de M. HEGNAUER sur la filiation légitime, p. V.

1. L'expertise par la durée de la gestation et le degré de maturité à la naissance

On sait que, selon la jurisprudence, l'état de maturité de l'enfant à la naissance permet, à lui seul, d'élever des «doutes sérieux» sur la paternité du défendeur, sans qu'existe un indice quelconque de cohabitation avec un tiers, lorsqu'il paraît «hautement invraisemblable» («äußerst unwahrscheinlich») que la mère ait porté l'enfant le temps qu'aurait duré la grossesse s'il avait été conçu lors de la cohabitation prouvée avec le défendeur. D'une manière analogue, cette expertise peut faire écarter la paternité du tiers et détruire ainsi les doutes sérieux de l'art. 314, al. 2³⁹⁵. D'autre part, les constatations de l'expert quant à la durée de la gestation peuvent, bien qu'insuffisantes en elles-mêmes, permettre au juge d'aboutir à une conclusion en liaison avec d'autres éléments, tels que la conduite de la mère³⁹⁶.

Ce qu'il importe de souligner, c'est le caractère approximatif des conclusions auxquelles peut conduire une telle expertise^{397a}. Les calculs de l'expert quant à la date la plus vraisemblable du rapport fécondant sont fondés sans doute sur un très grand nombre de données d'expérience, enregistrées statistiquement dans des tableaux de probabilités comme les Tables de LABHARDT ou de HOSEMANN. Elles peu-

³⁹⁵ Voir par exemple ATF 68. II. 277 = JT 1943. I. 146; 68. II. 339 = JT 1943. I. 226; 69. II. 137 = JT 1943. I. 610; 78. II. 107 = JT 1952. I. 354; 80. II. 294 = JT 1955. I. 362. On trouvera dans le commentaire de M. HEGNAUER, Art. 254, N. 35-36, un tableau comparatif de la jurisprudence à ce sujet.

³⁹⁶ Cf. par exemple ATF 81. II. 84 = JT 1957. I. 518. Cf. aussi HEGNAUER, Art. 254, N. 35-36 et N. 74.

^{397a} Voir HOSEMANN, *Tragzeitgutachten* in BEITZKE, HOSEMANN, DAHR, SCHADE, *Vaterschaftsgutachten für die gerichtliche Praxis*, Göttingen 1956, p. 25ss., et notamment pp. 53-54, qui relèvent les insuffisances du système de LABHARDT. Sur cette expertise, ainsi que sur l'expertise du sang, nous devons de précieuses informations à l'amabilité de notre collègue le Dr Jacques Bernheim, professeur et directeur de l'Institut de Médecine légale de l'Université de Genève.

vent être corroborées par des calculs faisant intervenir la date des dernières règles de la mère, date qui permet de fixer, dans l'hypothèse d'un cycle féminin parfaitement régulier, le moment optimum de la conception^{397b}. Mais il s'agit toujours de moyennes, de probabilités et, quant au dernier procédé de calcul, de chiffres fondés sur les souvenirs et les déclarations de la mère. Une très grande prudence s'impose donc, comme l'a reconnu le Tribunal fédéral dans un important arrêt du 13 mars 1952³⁹⁸, qui analyse les qualités mais aussi les faiblesses des Tables de LABHARDT :

« Les constatations médicales sur le degré de maturité et les conclusions qu'on en peut tirer sur la durée de la grossesse, ne peuvent détruire à elles seules, soit la présomption tirée de l'art. 314, al. 1^{er}, soit les doutes sérieux de l'art. 314, al. 2, que s'il en résulte de manière décisive (schlüssig) qu'il est impossible que le défendeur, ou le tiers, soit le père, ou si la paternité de l'intéressé, sans être à vrai dire absolument impossible, est cependant extrêmement invraisemblable, pratiquement exclue (ATF 77. II. 29 ss., cons. 3 et jurisprudence citée). – et non pas déjà lorsqu'elles font apparaître la paternité du défendeur, ou du tiers, comme peu vraisemblable. »³⁹⁹

L'expertise qui tend à fixer la probabilité de la paternité par la date approximative du rapport fécondant, déterminée

^{397b} On notera à ce propos que la « méthode Knaus-Ogino » est très contestée par les spécialistes. Le TF en a déduit que le juge ne violait pas le droit fédéral s'il refusait d'ordonner une expertise fondée sur cette méthode; ATF 88. II. 65.

³⁹⁸ Affaire N. contre G., ATF 78. II. 107 = JT 1952. I. 354.

³⁹⁹ Notons en passant la difficulté qu'il y a à traduire en français, avec exactitude, des expressions, classiques dans la jurisprudence, comme « Wahrscheinlichkeit », « unwahrscheinlich », etc. Les ATF ou leurs traductions semblent employer indifféremment « vraisemblance » et « probabilité », comme synonymes; or au moins une nuance les sépare et le second de ces termes, logiquement distinct à la fois de la « certitude » et de la simple « possibilité », nous paraît se distinguer aussi de la « vraisemblance », et être plus fort qu'elle.

d'après le degré de maturité de l'enfant et la durée d'une gestation normale, souffre donc de divers éléments d'insécurité⁴⁰⁰. Malgré la réserve manifestée dans cet arrêt par le Tribunal fédéral, il ne semble pas que les tribunaux fassent toujours preuve d'une prudence suffisante à l'égard de ce genre d'expertise⁴⁰¹. C'est là un des aspects, un des exemples d'un problème plus général auquel il sera fait allusion plus loin, celui des rapports entre la preuve scientifique et la preuve juridique, et des relations entre le juge et l'expert.

2. *L'expertise du sang*⁴⁰²

Les tribunaux font aujourd'hui un large et croissant usage des indications fournies par les diverses méthodes d'analyse des caractéristiques sanguines, d'où l'on sait que peut résulter seulement, jusqu'ici, la preuve de la non-paternité⁴⁰³. L'importance de ce moyen de preuve est attesté notamment par le fait que, selon la jurisprudence, le droit fédéral confère au défendeur le droit d'exiger cette expertise pour détruire la présomption de sa paternité, et ceci sans avoir à rendre vraisemblable d'abord que la mère a eu des relations avec un tiers⁴⁰⁴, à la différence du cas de l'action en désaveu, où l'expertise ne peut être réclamée que si des faits, établis par d'autres moyens de preuve, font apparaître comme pos-

⁴⁰⁰ Un important élément tient par exemple au fait que, dans les Tables de LABHARDT, les probabilités sont déterminées par décades, et non par jours, cf. ATF 78. II. 107, 109 = JT 1952. I. 354.

⁴⁰¹ Voir à ce sujet les justes observations d'HEGNAUER, art. 254, N. 30-33.

⁴⁰² Voir à ce sujet DAHR, Blutgruppengutachten, in BEITZKE, HOSEMANN, DAHR, SCHADE, pp. 59 ss.; HEGNAUER, art. 254, N. 41 ss.

⁴⁰³ La méthode proposée par Löns, depuis 1950, pour arriver à déterminer *positivement* la paternité par l'analyse du sang n'a pas encore fait ses preuves et ne devrait pas être utilisée, bien qu'elle ait été admise par certains arrêts allemands à titre complémentaire; DAHR, op. cit. p. 97, HEGNAUER, art. 254 N. 48.

⁴⁰⁴ ATF 61. II. 75 = JT 1936. I. 240; 64. II. 253 = JT. 1939. I. 258; 67. II. 84 = JT 1942. I. 6; 82. II. 510 = JT 1957. I. 301, etc.

sible une conception hors mariage⁴⁰⁵. Cette différence, justifiée par l'honneur de la mère⁴⁰⁶, se justifie aussi selon l'ATF 79.II.20⁴⁰⁷ en ce qu'elle diminue la possibilité théorique d'erreur en cas d'expertise du sang excluant la paternité du mari de manière non absolue⁴⁰⁸. Cette dernière considération, notons-le, vaut aussi en matière de filiation illégitime. On peut se demander d'ailleurs si cette différence de régime est entièrement justifiée et si – compte tenu entre autre de ce que KNAPP appelait la présomption de fidélité à l'amant – le défendeur en paternité ne devrait pas au moins, pour obtenir l'expertise, rendre vraisemblable les relations de la mère avec un tiers⁴⁰⁹.

L'expertise du sang pose, dans la perspective qui est la nôtre, une question principale – outre le problème général des rapports de la preuve scientifique avec la preuve juridique – celle d'un éventuel *devoir juridique de se soumettre à une expertise* ou, si l'on veut, celle d'un éventuel droit de s'y dérober⁴¹⁰. La question, qui n'est certes pas nouvelle en Suisse ni

⁴⁰⁵ ATF 87.II.12, 15; 87.II.281, 284 et 87.II.286, 289 = JT 1963.I.258; 90.II.149.

⁴⁰⁶ ATF 87.II.15 et arrêts cités.

⁴⁰⁷ JT 1954.I.162.

⁴⁰⁸ Dans une affaire de désaveu, ATF 87.I.505, 506–7 = JT 1963.I.258, le Tribunal fédéral a même admis qu'une demande d'expertise soit étendue en appel à un facteur sanguin dont l'importance scientifique avait été découverte entre temps. La Deuxième Cour civile, siégeant comme cour de droit public, a considéré que l'intérêt du demandeur à ce que soient épuisées toutes les chances d'exclusion offertes par l'expertise demandée par lui d'une manière générale, selon l'état de la science atteint pendant la procédure cantonale, prévalait manifestement sur l'intérêt de l'autre partie à une conclusion accélérée du procès. Il en sera de même, *a fortiori* semble-t-il, dans le procès en paternité.

⁴⁰⁹ Sur ce problème relativement à la demande d'expertise anthropobiologique, voir plus loin.

⁴¹⁰ Voir à ce sujet, notamment, HEGNAUER, art.254, N.56 ss.; GROSSEN, La protection de la personnalité en droit privé, Rapport à la Société suisse des Juristes, 1960, p.59a, ss., et 120a ss., et les diverses études citées par ces deux auteurs.

à l'étranger, est-elle résolue aujourd'hui de façon satisfaisante ? Laissons de côté le cas, facile à résoudre, où l'une des parties en cause refuserait de se prêter à l'analyse du sang pour nous attacher à la situation, plus problématique, du tiers⁴¹¹. Deux thèses s'affrontent à ce sujet : selon l'une, la prise de sang constitue une atteinte à l'intégrité corporelle et, partant, à la liberté individuelle, et l'obligation du tiers (témoin ou non) de s'y soumettre doit reposer sur une base légale précise. Selon la seconde thèse, en revanche, il est possible de dégager des principes généraux l'obligation de collaborer à l'expertise du sang.

La première opinion est celle du Tribunal fédéral, dans des arrêts bien connus de décembre 1956⁴¹². Elle repose en somme sur une double prémisse : l'obligation de se prêter à la prise de sang relève du droit cantonal de procédure, et non pas du droit fédéral, d'une part, et, d'autre part, cette prise de sang constitue une atteinte à l'intégrité corporelle⁴¹³ contraire à la protection constitutionnelle de la liberté individuelle, à moins d'intérêt public et de base légale. Or en cette matière il n'est pas possible, malgré la présence d'un intérêt public et le caractère minime de l'atteinte, de fonder le devoir du tiers, par analogie, sur la simple obligation de témoigner, par exemple ; le juge ne peut ici combler les lacunes de la loi.

Les conséquences, paradoxales, de cette jurisprudence sont notoires : lorsque le tiers, qui a témoigné avoir eu des relations intimes avec la mère et a justifié ainsi l'*exceptio plurium*, refuse de se soumettre à la prise du sang, la partie demanderesse verra rejeter son action, faute de pouvoir établir

⁴¹¹ D'une manière générale, le juge pourra tirer, de l'attitude négative d'une partie, des conclusions défavorables à sa thèse ; sur le refus de la mère, voir ATF 82. II. 495 = JT 1957. I. 301, sur le refus du curateur de l'enfant, ATF 89. I. 92 = JT 1964. I. 111, et HEGNAUER, art. 254, N. 59 a.

⁴¹² ATF 82. I. 234 = JT 1957. I. 300 ; 82. II. 495 = JT 1957. I. 301 ; 89. I. 92 = JT 1964. I. 111 ; sur ces arrêts, et les réactions qu'ils ont suscitées, voir GROSSEN, Rapport SSJ, p. 63 a ss.

⁴¹³ Relativement inoffensive, il est vrai, précise un arrêt de 1963, ATF 89. I. 92 = JT 1964. I. 111.

autrement la paternité ou en faire renaître la présomption⁴¹⁴. Le Tribunal fédéral ne manque pas, au demeurant, de déplorer l'iniquité de ce résultat : «il est très désirable que, dans des cas de ce genre, le témoin puisse être contraint à se prêter à l'expertise du sang ... L'intérêt de l'enfant comme l'intérêt public à la découverte de la vérité l'emporte sur celui du témoin...» Il est choquant, lit-on encore, que le défendeur ait la possibilité d'écarter la présomption de paternité par l'expertise du sang alors que l'exécution de la même preuve en faveur de la demanderesse doit échouer par la résistance de ce même témoin qui a fait naître des doutes sérieux sur la paternité du défendeur⁴¹⁵. On ne saurait mieux dire. Mais le Tribunal fédéral conclut qu'il s'agit là seulement de considérations de politique législative qui ne peuvent qu'inciter le législateur cantonal à intervenir pour modifier sa procédure, mais non pas suppléer à l'absence de base légale⁴¹⁶.

D'autre part, le Tribunal fédéral a refusé d'atténuer les conséquences pratiques de sa position et de modifier, comme le lui suggérait STREBEL, sa jurisprudence relative au fardeau de la preuve dans l'art.314⁴¹⁷. STREBEL jugeait «injuste que la mère et l'enfant perdent le procès lorsque la preuve par expertise est impossible en raison du refus du tiers (témoin ou non) de s'y soumettre». La Deuxième Cour civile se contente de répondre que le problème n'est pas nouveau, qu'il existe d'autres impossibilités (comme la mort du tiers avant l'expertise) et que peu importe pour quelle raison la preuve échoue⁴¹⁸.

⁴¹⁴ L'admission de l'expertise anthropobiologique, depuis lors, a pu remédier en partie à cette situation, dans la mesure seulement où elle se révèle concluante et aussi positive.

⁴¹⁵ ATF 82. I.234, 241 = JT 1957. I.296.

⁴¹⁶ Cf. aussi l'ATF 86. II.311, SJ 1961, 228 = JT 1961. I.522, du 29 septembre 1960.

⁴¹⁷ Cf. ATF 86. II.311, 314, cité supra note 416.

⁴¹⁸ Ce genre d'argument formaliste est tout sauf convaincant ; Voir, sur l'arrêt 86. II.311 = JT 1961. I.522, les critiques de KUMMER, dans ZBJV 98, 1962, p.71.

Cette jurisprudence est-elle vraiment, comme on l'a prétendu, «irréprochable»? ⁴¹⁹ Il est permis de la tenir pour erronée, tout en approuvant le louable souci qu'elle manifeste de défendre la liberté individuelle. En ce qui concerne tout d'abord l'argument tiré de l'atteinte à l'intégrité corporelle, il ne faut tout de même pas exagérer «le trouble personnel causé par un coup d'épingle» ⁴²⁰.

«A vouloir défendre ici strictement le principe de l'inviolabilité du corps humain, on agit un peu comme le Guillot de la fable et nous craignons de ne plus trouver de défenseurs, le jour où la liberté humaine se trouvera véritablement en danger.» ⁴²¹

La comparaison des intérêts en présence est trop éloquente pour qu'elle ait besoin d'être refaite ici ⁴²².

Sur un autre point, la jurisprudence du Tribunal fédéral nous paraît contestable. Elle considère que, si le droit d'exiger l'expertise du sang découle du droit fédéral, le devoir de s'y soumettre, d'autre part, relève de la procédure cantonale, et exige en outre une base légale précise. Quelques cantons seulement ont récemment modifié leur législation dans

⁴¹⁹ Cf. GROSSEN, Liberté individuelle, protection de la personnalité et obligation de collaborer à l'œuvre du juge civil. JT 1957. I. 290; il est significatif que l'auteur ait changé d'avis par la suite, pour conclure, dans son rapport à la SSJ, 1960, p. 65 a ss., avec raison, «que l'obligation de se prêter à l'examen des sangs aurait pu être admise même en l'absence d'une règle spéciale de procédure», ce qui ne préjuge aucunement, note-t-il à juste titre, le problème de la coercition.

⁴²⁰ Formule de R.V., Preuves et atteintes à la personne, JCP 1949, I. 758, citée par NERSON, Progrès scientifiques et droit familial, Etudes Ripert, I, 403, 428 (1950).

⁴²¹ NERSON, loc. cit., qui envisage surtout le cas du plaideur lui-même, lequel, observe-t-il avec raison, «abuse de son droit à l'intégrité corporelle» en refusant une atteinte aussi bénigne.

⁴²² Cf. certains arrêts cantonaux comme Cour d'Appel de Berne, ZBJV 87, 1951, 269 = SJZ, 48, 1952, 28 et TC Fribourg, Extraits 1953, 10, SJZ 51, 1955, 174.

ce sens⁴²³. Il est très improbable que, dans un avenir prévisible, tous les autres cantons suivent cet exemple et adaptent leur procédure aux progrès des méthodes scientifiques de preuve⁴²⁴. «Quant aux dispositions cantonales qui persistent à préférer la liberté individuelle du tiers à la découverte de la vérité si nécessaire à la mère et à l'enfant – déclarait en 1960 la Deuxième Cour civile – il n'y a qu'à souhaiter que les cantons procèdent à leur révision.»⁴²⁵

Ce vœu pieux ne saurait suffire. Devons-nous vraiment nous résigner à accepter une situation juridique où des abus manifestes sont protégés, et des injustices patentes consacrées, compromettant par là, dans l'opinion, dans une mesure que l'on aurait tort de sousestimer, le respect du droit et des tribunaux ? Il faut partir d'une constatation, peu discutable : la jurisprudence actuelle, et la carence des législations cantonales de procédure, empêchent une saine réalisation du droit fédéral, et il est difficile d'admettre que, par l'art. 310, le législateur ait voulu permettre une pareille paralysie des dispositions du Code civil⁴²⁶. Il est superflu de revenir sur l'éternel débat, familier aux membres de la Société Suisse des Juristes, relatif à l'art. 64 de la Constitution et à l'unification de la procédure civile en Suisse. La ques-

⁴²³ Selon l'ATF 89. I. 92, 102 = JT 1964. I. 111, il s'agit des cantons de Schaffhouse, Neuchâtel, Lucerne et Valais, auxquels il faut ajouter Bâle-Campagne, § 149 a, ZPO. Cf. sur le contenu de ces dispositions, dans les trois premiers cas, HEGNAUER art. 254, N. 58, GROSSEN, Rapport SSJ, p. 65 a.

⁴²⁴ Il est affligeant de constater que, dans certains cantons où s'élaborent en ce moment de nouvelles lois de procédure civile, on ne semble même pas songer à introduire des dispositions adéquates sur ce point.

⁴²⁵ ATF 86. II. 311, 316, cons. 5.

⁴²⁶ L'art. 310, s'il prévoit l'application de la procédure cantonale à l'action en paternité, réserve les dispositions du CCS, par quoi il faut entendre aussi les règles qui en découlent implicitement et sont nécessaires à sa réalisation. Sur les relations du droit privé fédéral et de la procédure civile cantonale, voir les rapports de GULDENER et de VOYAME à la SSJ, dans ZSR 80, 1961, II, pp. 22 et 160 ss.

⁴²⁷ En ce sens BRAND, *Rabels Z.* 1958, p. 61 ss.

tion est ici beaucoup plus limitée et plus simple; il ne s'agit pas, en réalité, de préconiser une atteinte aux compétences cantonales en matière de procédure, mais de reconnaître que le devoir de se prêter à l'expertise du sang est indispensable à la réalisation des règles fédérales sur la filiation illégitime, et doit par conséquent être régi par le droit fédéral.

Nous doutons que cette interprétation puisse susciter beaucoup d'oppositions, même chez les partisans les plus résolus de la souveraineté cantonale en matière de procédure, car ils risqueraient par là de compromettre la cause même à laquelle ils sont attachés. On pourrait appliquer à ce problème la pénétrante observation faite, dans un autre contexte, par NERSON⁴²⁸: à force de crier «au loup», on ne trouve plus d'oreilles attentives à l'heure du danger, et il est probable que les jeunes générations, entrées déjà dans l'ère européenne, et jugeant surtout sur les résultats, comprennent de moins en moins les résistances des défenseurs du cantonalisme ou du «fédéralisme» intégral.

Il reste pourtant à justifier ce devoir de se prêter à la prise de sang, à lui trouver un véritablement fondement juridique. Des arrêts cantonaux, tel celui du Tribunal cantonal d'Obwald qui donna lieu à la première jurisprudence du Tribunal fédéral, ont rattaché ce devoir à l'obligation de comparaître et de témoigner⁴²⁹. Il est clair que ce raisonnement est critiquable, et il faut approuver sur ce point le Tribunal fédéral; l'expertise du sang n'est pas un moyen de preuve approprié à la vérification de l'exactitude des dires du témoin. Ce dernier ne déclare pas: «je suis le père», mais il affirme avoir eu des relations intimes avec la demanderesse. De cette affirmation, l'expertise du sang, au moins en l'état actuel de la science⁴³⁰, ne saurait démontrer la fausseté⁴³¹. Il pourrait en

⁴²⁸ Cf. *supra*, note 421.

⁴²⁹ ATF 82. I. 234 = JT 1957. I. 296.

⁴³⁰ Sur les tentatives d'aboutir à la preuve positive par l'analyse du sang, cf. *supra*, note 403.

⁴³¹ Cf. ATF 82. I. 234, 240 = JT 1957. I. 296 et 60. II. 86 = JT 1934. I. 617.

être différemment, dans l'hypothèse d'un témoin niant toute cohabitation, de l'expertise anthropobiologique⁴³².

Les tentatives de fonder le devoir de se prêter à la prise de sang, en l'absence d'une base légale spécifique, sur des principes généraux de procédure, ne pouvaient qu'aboutir à un échec⁴³³. Il faut se rendre à l'évidence : sur le terrain de la procédure et du droit public, le tiers n'a aucun devoir juridique de se soumettre à l'expertise (toujours en l'absence d'une base légale précise). C'est donc du côté du droit privé qu'il faut chercher une réponse. De ce point de vue, le sentiment naturel indique bien que le tiers, en refusant de se prêter au « coup d'épingle » qu'implique la prise de sang, abuse de son droit et adopte un comportement illicite, surtout, mais pas uniquement, lorsqu'il est témoin dans le procès en paternité. Encore faut-il démontrer en quoi consistent cet abus de droit et ce comportement illicite.

C'est le mérite de GULDENER⁴³⁴ d'avoir fourni cette démonstration. L'inexistence d'un devoir de droit public du tiers n'implique pas celle d'une prétention *de droit privé*, de la mère ou de l'enfant, contre le tiers pour qu'il se soumette à l'expertise du sang. Cette prétention (Anspruch) n'a pas à être prévue spécialement par la législation fédérale de droit privé puisque, dans ce domaine, le juge peut combler les lacunes de la loi et que des prétentions peuvent naître du prin-

⁴³² On s'est demandé aussi si le Tribunal, faute de pouvoir contraindre le tiers témoin, ne pourrait pas exiger de lui la production de son livret militaire, où sont indiqués le groupe sanguin et les facteurs Rhésus. Ce procédé, du reste très imparfait, se heurterait à divers obstacles juridiques, cf. SJZ 1957, p. 176 et JT 1967. I. 382-3.

⁴³³ Le sentiment qu'il était impossible d'obliger un homme à se soumettre à une expertise, en dehors d'une action judiciaire dirigée contre lui, a joué un rôle dans l'attitude des partisans d'une action pécuniaire en paternité dirigée contre une pluralité de défendeurs, cf. *supra* Chapitre XI.

⁴³⁴ Zum Nachweis der rechtsbegründenden Tatsachen im Vaterschaftsprozess nach zürcherischem Recht, in Probleme und Ziele der vormundschaftlichen Fürsorge – Problèmes et Buts de la Tutelle, 1963, p. 37, 46 ss.

cipe de la bonne foi (art. 1 et 2 CC). GULDENER rappelle ici la jurisprudence qui, sans base légale particulière, impose à l'auteur d'une action en soi licite, mais susceptible de porter préjudice à autrui, un devoir d'action complémentaire⁴³⁵. Il conclut que le tiers qui a cohabité avec une femme pendant la période critique en dehors du mariage, et a rendu par là la paternité de l'enfant incertaine, est obligé, de par le principe de la bonne foi, de collaborer dans la mesure du possible à l'élucidation du problème de la filiation, c'est-à-dire de se soumettre à l'expertise du sang⁴³⁶; faute de quoi l'enfant serait exposé, par le jeu de l'*exceptio plurium*, au danger d'un dommage pécuniaire certain. L'auteur observe enfin que la réalisation de cette obligation impliquera, en cas de résistance du tiers, un procès particulier, pendant lequel le procès en paternité devrait être suspendu⁴³⁷.

Sans doute le tiers pouvait-il ignorer qu'il n'était pas le seul à avoir des relations intimes avec la mère pendant la période critique, et qu'il rendait, par sa cohabitation, la filiation de l'enfant incertaine, mais cette ignorance ne joue évidemment aucun rôle. C'est plus tard, lorsque, averti de la situation et conscient du dommage que l'impossibilité de la preuve peut entraîner pour l'enfant et pour la mère, il refuse de se prêter à la prise de sang, que le tiers agit contrairement à la bonne foi. Son comportement est *a fortiori* illicite si la cohabitation a été délictuelle et, par exemple, si le tiers a

⁴³⁵ Par exemple ATF 82. II. 98 = JT 1956. I. 324.

⁴³⁶ Ce n'est que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, par exemple lorsque le tiers, atteint d'hémophilie, serait exposé par la prise du sang à un trouble grave dans sa santé, que l'on pourrait admettre l'inexistence de ce devoir. En Allemagne et en Italie, l'obligation de supporter la preuve de sang, si elle est utile, ou nécessaire, est soumise à la condition qu'elle soit *sans danger*; cf. HEGNAUER, 254 N. 57.

⁴³⁷ La menace des peines prévues pour l'insoumission aux décisions de l'autorité (art. 292 CPS) pourra être employée efficacement, comme elle l'est par exemple dans l'art. 251 bis du CPC de Neuchâtel.

eu des relations intimes avec la mère à l'instigation du défendeur.

En résumé, une réforme s'impose absolument, dans la jurisprudence tout au moins mais aussi, peut-être, dans la législation, pour que soit consacrée l'obligation de tout tiers, témoin ou non, ayant eu des relations intimes avec la mère pendant la période critique, de se prêter, sauf raison majeure, à l'expertise du sang. Ceci ne préjuge pas, répétons-le, la question d'un éventuel refus d'exécuter cette obligation, et en particulier le problème d'un éventuel emploi de la contrainte⁴³⁸.

3. *L'expertise anthropobiologique*⁴³⁹

Un des développements jurisprudentiels les plus significatifs de ces dernières années est sans aucun doute l'admission de l'expertise anthropobiologique comme moyen de preuve positive ou négative de la paternité – d'abord comme moyen pertinent de la procédure cantonale⁴⁴⁰, ensuite, depuis un arrêt du 15 mai 1964⁴⁴¹, comme moyen de droit fédéral.

⁴³⁸ Nous sommes d'avis que la force physique ne devrait pas être utilisée ici ; il y a lieu de critiquer à cet égard les nouveaux art. 185^{bis} et 185^{ter} du CPC de Lucerne, du 13 mai 1958, qui admettent l'exécution forcée dans le procès en paternité avec effets d'état civil, à l'instar de l'art. 372 a ZPO de l'Allemagne fédérale ; à ce sujet, voir les intéressantes considérations de droit comparé de GROSSEN, Rapport SSJ, p. 60 a ss. ; NERSON, loc. cit. ; HEGNAUER N. 57.

⁴³⁹ Par souci de brièveté, nous utiliserons cette expression, plutôt que de parler, par exemple, d'expertise « anthropologique et hérédobiologique ». Voir à ce sujet : ABRAVANEL, La preuve anthropologique dans la recherche de la paternité, Hommage du JT à la Société Suisse des Juristes, 1958, p. 93 ss. ; SCYBOZ, Jurisprudence du TF en matière de preuves scientifiques de la paternité, JT 1962. I. 201 ; HEGNAUER, art. 254, N. 63 ss. ; GOEPFERT, Das anthropologisch-erbbiologische Gutachten im Vaterschaftsprozeß, Basler Juristische Mitteilungen, Heft Nr. 1 – 1965, p. 1 ss.

⁴⁴⁰ Cf. ATF 82. II. 259 = JT 1957. I. 518, 523 ; 87. II. 65 = JT 1961. I. 522 ; 87. II. 286 = JT 1963. I. 258 ; 88. II. 393 = JT 1963. I. 258 ; 89. II. 273.

⁴⁴¹ Affaire W. contre M., ATF 90. II. 219 ; cf. aussi 90. II. 269 = JT 1965. I. 213.

Pareille nouveauté ne peut manquer d'avoir des répercussions considérables dans le droit de la filiation, légitime comme illégitime⁴⁴². Elle soulève de multiples questions, dont quelques-unes au moins doivent nécessairement être évoquées dans une étude relative à la révision de cette partie du droit civil. Avant de les aborder, il convient de rappeler la nature et les particularités de cette expertise; il y aura lieu ensuite de tenter d'évaluer sa valeur probante.

On sait que l'expertise consiste dans la comparaison, chez la mère et l'enfant, ainsi que chez le défendeur et, le cas échéant, chez un ou plusieurs tiers, de caractéristiques corporelles (entre 200 et 300) comme la forme de la tête, du visage, des oreilles, la couleur et la structure des cheveux, des yeux, du système papillaire, etc., y compris, bien entendu, des particularités ou anomalies constitutionnelles des sujets⁴⁴³. Il est évident que ces caractéristiques corporelles (de même, du reste, que leur processus héréditaire) sont infiniment plus complexes en général que les caractéristiques sanguines et ne se laissent pas déterminer aussi exactement qu'elles⁴⁴⁴. La personnalité de l'expert, le fait, par exemple, qu'il a la main plus ou moins «lourde» dans ses mesures⁴⁴⁵, peuvent jouer un rôle non négligeable⁴⁴⁶. Il faut ajouter que

⁴⁴² On en a vu un exemple, à propos de l'interprétation de l'art. 315 relatif à l'inconduite, au chapitre XII.

⁴⁴³ Voir en particulier SCHADE, *Anthropologisch-erbblologische Gutachten*, in BEITZKE, HOSEMANN, DAHR, SCHADE, op. cit., p. 103 ss., et les autres publications scientifiques citées par HEGNAUER et GOEPFERT.

⁴⁴⁴ Il est vrai que si les groupes sanguins présentent une haute sécurité, ils sont techniquement difficiles à mettre en évidence et requièrent des laboratoires et un personnel de grandes qualités et expérience. Pour cette raison, il est souhaitable que les tribunaux veillent à ne pas disperser, mais à concentrer les expertises dans quelques instituts spécialisés.

⁴⁴⁵ Les anthropologues non-médecins se livrent parfois à des comparaisons sans mensurations, en regardant les intéressés et en notant, par des croix, ressemblances et différences. Ce procédé est contesté par les experts anthropobiologistes.

⁴⁴⁶ Cf. ATF 87. II. 286, 289 = JT 1963. I. 258.

les diverses caractéristiques peuvent avoir des significations très différentes et que la même caractéristique, en outre, peut changer de sens selon le pays ou le milieu. Pour déceler, et écarter, ce qui est d'origine pathologique, il faut que l'expert soit un médecin.

L'expert devra tenir compte de la certitude plus ou moins grande de la nature héréditaire des caractéristiques examinées, de la fréquence dans la population de ces caractéristiques, du nombre des indices rares ou particulièrement significatifs, et de la constellation des caractéristiques chez tous les sujets examinés. On saisit d'emblée que, en réalité, chaque expertise se présente dans des conditions tout à fait particulières et soulève ses problèmes propres, selon par exemple que la mère, ou le père, appartiennent ou non à la moyenne de population, selon que le seul défendeur est en cause ou qu'il peut être comparé à un tiers (ce qui renforcera la valeur des conclusions), selon que les deux hommes entrant en ligne de compte sont apparentés, ce qui rend l'expertise plus difficile et moins fructueuse, ou encore que le défendeur est apparenté à la mère⁴⁴⁷, etc. La base de l'expertise n'est en somme rien d'autre qu'une forme plus élaborée d'une ancienne constatation du bon sens populaire : les enfants ressemblent davantage à leurs parents, ou à l'un d'entre eux, qu'à des personnes quelconques prises au hasard dans la population⁴⁴⁸. Mais le problème de la transmission héréditaire des caractères morphologiques, on s'en doute, n'est pas simple, et malgré les progrès récents accomplis par la génétique, notamment à l'aide d'observations sur des jumeaux univitellins, de nombreuses questions restent à résoudre et divisent les experts⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ Voir le cas tranché par la Cour d'Appel de Berne, SJZ 55, 1959, p.314; cf. les faits de l'ATF 86. II.311 où il ne s'agit du reste pas d'expertise anthropobiologique.

⁴⁴⁸ Cf. SCHADE, p.105.

⁴⁴⁹ Dans une intéressante étude sur «La recherche en paternité par la méthode anthropobiométrique (méthode de KEITER)», *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1964, n° 3,

Ce qui doit être mis en évidence, et contrasté avec le cas de l'expertise des sangs, c'est l'importance, inévitable, de l'élément subjectif, de la personnalité de l'expert, non seulement, comme on l'a dit, dans la phase des mensurations (où elle doit être relativement minime), mais surtout dans les deux phases suivantes de l'expertise, celle de l'évaluation des caractéristiques relevées dans la première phase, et enfin celle de la détermination du degré de probabilité de la paternité⁴⁵⁰. C'est aussi que l'expertise anthropobiologique peut aboutir aux résultats les plus divers, selon une très large gamme de possibilités⁴⁵¹. Elle a cependant le très grand avantage, par rapport à l'expertise des sangs, de permettre, selon les circonstances, une preuve *positive* de la paternité, laquelle peut aussi, semble-t-il, être exclue par ce moyen, bien qu'avec une certitude moindre que par l'expertise du sang⁴⁵².

Quant aux conditions d'ordre scientifique dans lesquelles l'expertise anthropobiologique doit être faite, il faut rappeler – outre les conditions usuelles garantissant le sérieux de toute expertise – les quelques points suivants. Tout d'abord, cette expertise ne doit être accomplie qu'*après* l'expertise des

p. 216 ss., p. 221, le Dr G. BAUMANN et le Prof. J.A. BAUMANN estiment que «le nombre des facteurs connus génétiquement est trop faible et la détermination en est trop compliquée pour avoir une portée pratique»; pour cette raison, ils préfèrent se borner à «constater la présence et le degré d'une caractéristique, sans tenir compte de son mode de transmission héréditaire».

⁴⁵⁰ Cf. l'utile mise au point de GOEPFERT, *op. cit.* pp. 3–4.

⁴⁵¹ Ces possibilités sont concentrées en six degrés dans les directives de la Société allemande d'anthropologie: paternité non déterminable, paternité possible, paternité plus probable que la non-paternité – ou le contraire –, paternité probable, ou improbable; paternité pratiquement prouvée – avec une vraisemblance confinant à la certitude – ou pratiquement exclue; cf. SCHADE, *op. cit.* p. 127.

⁴⁵² L'arrêt 87. II. 286 = JT 1963. I. 258, cons. 3b, relève qu'il n'y a pas encore d'unanimité chez les hommes de science sur la question de savoir à quelles conditions la paternité peut être *exclue* par ce procédé, au moins dans le cas d'un seul homme – bien qu'une décision allemande ait admis, en 1953 déjà, cette possibilité.

sangs, dont elle va du reste évaluer, et au besoin compléter⁴⁵³ les résultats; lorsque l'expertise des sangs a abouti à l'exclusion de la paternité, il ne se justifie pas, sur le plan scientifique toujours, de procéder à l'expertise anthropobiologique⁴⁵⁴. Il est ensuite désirable, non seulement que tous les examens soient faits par le même expert, bien entendu, mais aussi que toutes les parties à examiner soient simultanément présentes, ceci pour permettre des comparaisons⁴⁵⁵. Cependant – et ceci peut avoir son intérêt – l'expertise demeure possible même si l'un des sujets est mort, pourvu que l'on possède de bonnes photographies du défunt ou que l'on puisse examiner ses parents et ses frères et sœurs. Enfin, et surtout – condition qui aura d'importantes conséquences sur le terrain juridique – l'expertise anthropobiologique ne peut avoir lieu utilement avant que l'enfant ait trois ans révolus, car ses caractéristiques morphologiques ne sont pas suffisamment développées auparavant. Plus l'enfant est âgé, plus le résultat pourra être décisif. Exceptionnellement, il se peut qu'une expertise soit utile avant que l'enfant ait atteint trois ans, comme il se peut, d'autre part, qu'elle se révèle peu concluante à l'âge de trois ans et demi ou de quatre ans, si l'enfant n'a pas encore développé de caractéristiques suffisamment nettes⁴⁵⁶.

⁴⁵³ Par exemple par l'expertise des sangs des parents du père présumé ou d'autres proches; il n'est pas rare en Allemagne, paraît-il, que la grand-mère du défendeur, ou de la mère, soit convoquée également pour l'expertise du sang.

⁴⁵⁴ Sinon à la rigueur dans des cas exceptionnels, dans un procès pénal, selon SCHADE, p. 133. – On verra plus loin les principes énoncés par le Tribunal fédéral quant aux rapports entre ces deux genres d'expertises.

⁴⁵⁵ SCHADE, p. 104, insiste sur l'importance de cette condition. Au contraire, BAUMANN, op. cit., p. 217, écrit qu'il «est préférable d'examiner la mère et l'enfant d'une part, l'homme d'autre part, dans des séances différentes, ceci pour éliminer toute influence subjective chez l'examineur».

⁴⁵⁶ Cf. SCHADE, p. 103, BAUMANN, op. cit. p. 217. L'expertise des sangs, elle, est possible beaucoup plus tôt, parfois dès la naissance, pour certains enfants dont les facteurs sanguins sont bien marqués.

L'évaluation mathématique des résultats de l'expertise

Une faiblesse de l'expertise anthropobiologique réside dans la part relativement importante qu'elle laisse aux appréciations personnelles de l'expert; ceci, au stade de l'analyse des constatations faites ainsi que, et surtout, au stade final de l'évaluation du degré de probabilité de la paternité ou de la non-paternité. On s'explique dès lors que diverses tentatives aient été faites, depuis une trentaine d'années, pour «objectiviser» les résultats de l'expertise anthropobiologique par l'emploi de méthodes mathématiques. Elles consistent, en résumé, dans une comparaison entre la fréquence, parmi les pères d'enfants présentant certaines caractéristiques corporelles, des porteurs de ces mêmes caractéristiques, et celle des porteurs de ces caractéristiques dans la population en général⁴⁵⁷. On voit que la valeur de ces méthodes dépend déjà d'un premier facteur, la manière dont les «moyennes» ont été établies⁴⁵⁸. En outre, d'autres éléments semblent motiver le scepticisme de nombreux experts: la méthode mathématique implique l'emploi de la formule alternative «caractéristique présente – caractéristique absente», schématisation qui, par définition, rend les rapports plus grossiers. De plus, tous les indices morphologiques n'ont pas la même valeur informative. L'on comprend donc sans peine qu'une première difficulté surgit déjà au stade de l'appré-

On parle en général d'un âge minimum de 6 mois, cf. HEGNAUER, 254 N.52 et auteurs cités, mais cette affirmation doit être nuancée; cf. *infra*, note 574.

⁴⁵⁷ Cf. SCHADE, p. 130. Dans leur étude déjà citée, sur la méthode de KEITER, MM. BAUMANN écrivent ce qui suit, p. 216: «... Ces indices et ces «caractéristiques» sont ensuite appréciés en fonction de moyennes anthropobiométriques et reçoivent une note exprimant leur écart de cette moyenne».

⁴⁵⁸ Selon BAUMANN, *loc. cit.*, la méthode de KEITER est fondée «sur l'étude de 620 cas de paternité et de non-paternité connus d'avance»; le profane est enclin à se demander si ce nombre est assez élevé pour fournir des bases sûres à cette méthode.

ciation arithmétique des données biologiques⁴⁵⁹. Il semble aussi que les méthodes mathématiques ne tiennent pas assez compte, dans l'emploi des moyennes, des différences de sexe et surtout des différences d'âge. Reproche plus grave encore, elles n'écarteraient pas suffisamment la corrélation positive des caractéristiques, c'est-à-dire le fait que les caractéristiques utilisées dans le calcul ne sont pas indépendantes les unes des autres; en les faisant intervenir plusieurs fois, de façon indépendante, les méthodes mathématiques faussent donc les résultats et multiplient le degré de vraisemblance. En 1955, les experts de la Société allemande de biométrie comme ceux de la Société allemande d'anthropologie étaient parvenus à la conclusion que les valeurs particulières entrant dans les calculs, et par conséquent aussi les résultats d'ensemble, n'étaient pas statistiquement assurés, que les «pourcentages» de vraisemblance de paternité, exprimés dans certaines expertises, n'avaient aucune signification exacte⁴⁶⁰.

A l'opposé, les partisans des méthodes mathématiques critiquent la façon empirique et incertaine, à leur avis, dont sont exprimés souvent les résultats des expertises anthropobiologiques. Selon KEITER, «on ne saurait appliquer des expressions comme: peu probable, douteux, impossible, certain, etc., sans les lier à une représentation mathématique de l'ordre de grandeur; celui qui emploierait de telles expressions sans pouvoir les justifier anthropobiométriquement, n'oserait au fond pas les appliquer scientifiquement, ni juridiquement»⁴⁶¹.

Il n'appartient pas au juriste de se prononcer dans cette querelle d'experts. Mais il peut, et doit, prendre note de cette absence d'unanimité et constater, sur le terrain qui est le sien,

⁴⁵⁹ Pour cette critique, voir SCHADE, p.129ss.; cf. aussi HUMMEL, Zum Problem des positiven Vaterschaftsbeweises, NJW 1964, p.2192.

⁴⁶⁰ Il ne semble pas que, depuis cette date, l'opinion de la majorité des experts ait évolué d'une manière significative.

⁴⁶¹ Cf. BAUMANN, p.219.

qu'une expression chiffrée des appréciations d'un expert sur la ressemblance ou la dissemblance, entre l'enfant et le défendeur par exemple, comporte un risque sérieux: celui d'éveiller chez le juge l'impression qu'il s'agit de données statistiquement certaines, scientifiquement aussi sûres que les résultats d'une expertise des sangs. Mal en mesure de contrôler la validité de cette présentation mathématique, le juge doit se garder à la fois d'une confiance exagérée⁴⁶² et d'une réserve systématique⁴⁶³.

Si l'expertise anthropobiologique suscite certains problèmes juridiques communs à toute expertise scientifique⁴⁶⁴, elle soulève aussi certaines questions spécifiques, vu sa nature particulière. «Ce qui vaut pour l'expertise du sang ne vaut cependant pas nécessairement pour l'expertise anthropobiologique»⁴⁶⁵. Le fait que cette dernière ne peut être exécutée avec profit, on l'a vu, avant que l'enfant ait atteint trois ans, alors que l'action en paternité est soumise à un délai de prescription d'un an depuis la naissance (art. 308), n'a pas empêché le Tribunal fédéral, à juste titre, considérer ce moyen de preuve comme admissible⁴⁶⁶. Mais il y a là un facteur

⁴⁶² On a vu, à propos de l'expertise fondée sur le degré de maturité de l'enfant et la durée de la gestation, que la jurisprudence avait parfois tendance à surestimer la valeur des probabilités statistiques et à sous-estimer les facteurs d'incertitude de ces calculs; cf. *supra* au début du présent chapitre, et HEGNAUER, art. 254 N. 32.

⁴⁶³ En accordant trop de crédit aux probabilités indiquées par une expertise, le juge ne commet pas nécessairement plus d'erreurs que s'il manifeste une défiance systématique envers les conclusions des experts; sur cette question, voir plus loin: 4. Certitude biologique et certitude juridique.

⁴⁶⁴ Nous n'entendons pas ici, pas plus que dans le reste du présent rapport d'une manière générale, approfondir les questions de procédure; voir à ce sujet, pour l'expertise anthropobiologique, la récente étude de GOEPFERT, citée plus haut.

⁴⁶⁵ ATF 87. II. 286, 289 = JT 1963. I. 258.

⁴⁶⁶ Cf. ATF 90. II. 219, 223 ss. = JT 1965. I. 213, cons. 3. – Ce fait peut cependant être considéré comme un argument, supplémentaire, en faveur de la prolongation, discutée plus loin, Chapitre XIV, du délai de l'art. 308.

que les tribunaux ne sauraient négliger en statuant sur un éventuel droit, évoqué plus loin, du défendeur en paternité d'exiger ce genre d'expertise. Ce fait essentiel, lié sans doute à d'autres caractéristiques, comme le coût de la procédure et la certitude généralement moindre des résultats obtenus, explique que la jurisprudence attribue à ce mode de preuve un rôle en quelque sorte subsidiaire; cette preuve apparaît comme superflue si la paternité a déjà été exclue, avec une probabilité confinant à la certitude, par l'analyse des sangs ou l'expertise fondée sur la durée de la gestation. Elle se justifie au contraire, après ces deux genres d'expertises, lorsque celles-ci n'ont pas donné de résultats concluants, ou même, exceptionnellement, à titre principal, lorsqu'il n'aurait pas été possible de les entreprendre⁴⁶⁷. Dans l'arrêt, du 15 mai 1964, où il admet pour la première fois que le juge est obligé par le droit fédéral d'ordonner cette expertise si elle lui est demandée, le Tribunal fédéral pose nettement comme condition que tous autres moyens de preuve aient été préalablement épuisés⁴⁶⁸.

Quant à la valeur probatoire de l'expertise anthropobiologique, le même arrêt fondamental de 1964⁴⁶⁹ se prononce avec netteté: bien que cette expertise n'offre pas le même degré de certitude que l'analyse des sangs, et que la personnalité de l'expert y joue davantage de rôle, elle ne peut être exclue, dès le moment où sa pertinence a été admise en principe. Est réservé le pouvoir du juge d'en apprécier dans chaque cas la valeur concluante. Se fondant sur les acquisitions les plus récentes de l'anthropologie, et sur les

⁴⁶⁷ En ce dernier cas, comme le note GOEPFERT, p. 5, N. 20, le juge doit faire preuve d'une prudence particulière; on se souvient que l'expertise anthropobiologique tire une part de sa valeur du fait qu'elle succède à l'expertise des sangs, dont elle utilise les résultats.

⁴⁶⁸ ATF 90. II. 219 = JT 1965. I. 213, arrêt confirmé par l'ATF 90. II. 269; – Comparer, de ce point de vue, les ATF 87. II. 65 = JT 1961. I. 522 où l'expertise du sang n'excluait pas la paternité et 88. II. 393 = JT 1963. I. 258, où elle l'excluait au contraire, ce qui motiva le refus d'une demande d'expertise anthropobiologique.

⁴⁶⁹ ATF 90. II. 219, 224 = JT 1965. I. 213, cf. ATF 90. II. 269.

expériences faites notamment en Allemagne, le Tribunal fédéral considère que l'expertise anthropobiologique peut permettre (dans le cas où un seul homme est en cause comme, *a fortiori*, dans celui où il s'agit d'opposer et de comparer le défendeur au tiers) de tenir la paternité pour exclue ou pour établie, avec une vraisemblance «confinant à la certitude»⁴⁷⁰. Que ce soit pour la preuve positive ou pour la preuve négative de la paternité, l'on ne doit pas poser des conditions irréalisables et demander une certitude absolue; mais il faut se contenter, ici comme en bien d'autres domaines, d'un très haut degré de vraisemblance, d'une certitude pratique⁴⁷¹. Il faut observer aussi que, même si ce genre de certitude n'est pas atteint, l'expertise anthropobiologique pourra rendre des services, en conjonction avec un autre mode de preuve⁴⁷².

Le droit d'exiger l'expertise et le devoir de s'y soumettre

L'admissibilité de l'expertise anthropobiologique comme moyen de preuve, consacré par les premiers arrêts du Tribunal fédéral⁴⁷³, ne signifiait pas qu'il y eût un droit (Anspruch) à l'exécution d'une telle expertise. Laissée d'abord indé-

⁴⁷⁰ Cf. l'ATF 82. II.259 = JT 1957. I.518, 523, où il est dit que les conclusions de l'expertise anthropobiologique doivent attester une probabilité confinant à la certitude pour pouvoir faire échec, soit à la présomption de l'art. 314 al. 1^{er}, soit à l'*exceptio plurium*.

⁴⁷¹ ATF 90. II.219, 222-3 = JT 1965. I.213 et 87. II.65, 70-71 = JT 1961. I.522. A noter que le Tribunal fédéral, dans l'arrêt 87. II.65, 72-73, se garde d'attacher une valeur excessive au pourcentage de probabilités indiqué par l'expert; il relève que les chiffres indiqués ne prétendent pas à une exactitude mathématique mais peuvent cependant donner une idée d'un ordre de grandeur quant au degré de la probabilité.

⁴⁷² Cf. par exemple ATF 87. II.65, 70 = JT 1961. I.522, SJZ 52, 1956, p.227; cf. HEGNAUER, art.254, N.74, qui observe: «die vielfachen Möglichkeiten des Additionsbeweises werden im allgemeinen von der Rechtsprechung nicht genügend ausgeschöpft» – Cf. cependant, sur la preuve par addition d'éléments en soi non décisifs, supra notes 279 et 284.

⁴⁷³ ATF 82. II.259, 266 = JT 1957. I.518, 523 et 87. II.65, 72 = JT 1961. I.522. Cf. aussi les arrêts cités plus haut, notes 440 et 441.

cise⁴⁷⁴, cette question fut résolue affirmativement, on l'a vu, dans un arrêt du 15 mai 1964⁴⁷⁵. Ce droit, que la jurisprudence fonde à la fois sur les art. 307 ss. et sur l'art. 8 du Code civil, et qu'elle estime à juste titre nécessaire, comme l'expertise des sangs, à la réalisation du droit fédéral, ne soulève pas de difficulté lorsqu'il est exercé par la partie demanderesse⁴⁷⁶, sous réserve de la question, qui sera abordée plus loin, du devoir éventuel d'un tiers de se soumettre à cette expertise.

Il n'en est pas de même lorsque l'expertise anthropobiologique est requise par le *défendeur*, désireux de démontrer l'impossibilité de sa paternité ou l'existence de doutes sérieux. Par la force des choses, l'expertise anthropobiologique va prolonger la procédure (qui devra être suspendue jusqu'à ce que l'enfant entre dans sa quatrième année) et renvoyer la décision, et donc, si elle est favorable aux demandeurs, le versement des subsides à la mère et à l'enfant, de plusieurs années peut-être. Le danger est réel que les défendeurs en paternité – de même qu'ils tentent souvent leur chance, si l'on peut dire, avec l'*exceptio plurium* et l'objection tirée de l'inconduite – se mettent à requérir l'expertise anthropobiologique par système, comme un moyen dilatoire efficace et propre à décourager la partie adverse ou à précipiter le moment d'une transaction avantageuse.

Le Tribunal fédéral s'est d'abord montré sensible à ce risque, soulignant que la prolongation de la procédure, entraînée par l'expertise, constitue un sérieux inconvénient pour la partie demanderesse, qui attend des subsides d'entretien⁴⁷⁷. Il a jugé que la demande d'expertise pouvait être

⁴⁷⁴ ATF 87. II. 286 = JT 1963. I. 258; cf. aussi ATF 88. I. 144.

⁴⁷⁵ ATF 90. II. 219 = JT 1965. I. 213.

⁴⁷⁶ Celle-ci a pris en considération les inconvénients d'une prolongation de la procédure, et il n'y a pas lieu de subordonner l'acceptation de sa requête à des conditions particulières; cf. GULDENER, art. cité in Problèmes et Buts de la Tutelle, p. 45; cf. cependant infra note 492.

⁴⁷⁷ ATF 87. II. 286, 289 = JT 1963. I. 258.

refusée, sans violation du droit fédéral, lorsque le défendeur n'avait pu faire valoir des indices d'une cohabitation de la mère avec un tiers ou alléguer, contre l'hypothèse de sa paternité, des caractéristiques frappantes chez l'enfant (et in-existantes chez la mère et chez lui-même)⁴⁷⁸.

Reprenant le problème en 1964, la Deuxième Cour civile s'est demandé s'il fallait exiger, avant d'ordonner l'expertise, qu'existent des indices d'une cohabitation de la mère avec un tiers; ces indices existant en l'espèce, la question a été laissée indécise⁴⁷⁹. L'arrêt reconnaît les inconvénients de l'expertise anthropobiologique et il se fonde sur eux (ainsi que sur la nature scientifique propre de l'expertise) pour exiger que soient préalablement utilisés tous autres moyens de preuve qui peuvent conduire «plus rapidement et avec de moindres frais à l'exclusion de la paternité». Mais il ne les juge pas suffisants pour refuser aux défendeurs un véritable droit d'obtenir cette expertise, au moins dans les circonstances d'espèce (existence d'indices d'une cohabitation avec un tiers).

Ce qu'il faut observer, c'est que cet arrêt 90.II.219 paraît quelque peu minimiser, en regard des décisions antérieures, les conséquences de l'admission de cette expertise sur la durée du procès. S'il y a prolongation, elle ne serait pas excessive, selon la Cour, proportionnellement à la durée habituelle jusqu'ici des procès en paternité: l'analyse des sangs et l'expertise du degré de maturité exigent elles aussi du temps, si bien que l'enfant atteint souvent trois ans avant que la dernière instance cantonale se soit prononcée⁴⁸⁰. Selon le Tribunal fédéral, il faut peser les intérêts en présence

⁴⁷⁸ ATF 82.II.266 = JT 1957.I.518; 87.II.286 = JT 1963.I.258.

⁴⁷⁹ ATF 90.II.219 cons. 4c = JT 1965.I.213; cf. ATF 90.II.269.

⁴⁸⁰ ATF 90.II.219, 223, cons.3b = JT 1965.I.213; l'argument est à double tranchant: le fait que, avant même l'admission de l'expertise anthropobiologique, les procédures en paternité étaient souvent excessivement longues ne nous paraît justifier aucune complaisance ou résignation particulières quant à de nouvelles prolongations.

et comparer les inconvénients d'un procès plus long (en particulier pour l'enfant demandeur en prestations d'entretien) et, d'autre part, les avantages que l'expertise anthropobiologique, par la découverte de la vérité, procure aux parties.

Pour séduisant qu'il apparaisse à première vue, ce considérant ne peut être accepté sans examen. Il convient de rechercher, *pour chacune des parties en présence*, de quels inconvénients et de quels avantages il s'agit. Or il est facile de se rendre compte qu'ils ne sont aucunement les mêmes, ni matériellement, ni moralement – ce qui n'a rien de surprenant, la situation des parties étant profondément différente. Les inconvénients d'une prolongation du procès sont beaucoup plus faciles à supporter par le défendeur, qui a tout intérêt à faire durer les choses et à lasser la patience de la partie adverse. La mère et l'enfant, eux, sont en état d'infériorité manifeste, presque toujours, sur le plan économique; il ne faut pas sousestimer non plus, comme on a trop souvent tendance à le faire, le sérieux préjudice psychologique et moral qu'entraîne pour la mère le procès en paternité et, *a fortiori*, sa prolongation pendant des années. Quant aux avantages de l'expertise, quant à l'intérêt des parties à la découverte de la vérité, eux aussi, ils ne sont pas les mêmes pour les parties en présence. Rappelons-nous que nous sommes dans l'hypothèse où, les autres expertises n'ayant pas exclu sa paternité, le défendeur place son dernier espoir dans les résultats de l'expertise anthropobiologique (à supposer qu'il ne veuille pas simplement gagner du temps); il n'a en somme plus rien à perdre et tout à gagner.

On ne saurait donc accepter sans autre l'idée, qui semble implicite dans l'arrêt 90. II. 219, que l'intérêt à la découverte de la vérité est plus grand que l'inconvénient d'une prolongation du procès par l'expertise anthropobiologique. D'une part, cet inconvénient est beaucoup plus sérieux pour la partie demanderesse, humainement et concrètement, que le juriste, dans l'isolement de son cabinet de travail, n'a parfois tendance à le croire. D'autre part, il s'agit de s'entendre sur ce que signifie l'«intérêt à la découverte de la vérité».

S'agit-il d'un intérêt public, objectif, ou des intérêts privés des parties ? Du point de vue subjectif, on a vu que cet intérêt pouvait être fort différent, pour une partie ou pour l'autre⁴⁸¹. Si le procès en paternité met certainement en cause aussi un intérêt public à la découverte de la vérité, il n'en résulte pas qu'il faille méconnaître toute autre considération. En matière de droit de la famille, on le sait, la découverte de la vérité n'est pas nécessairement le bien suprême ; d'autres valeurs, sociales et morales, conduisent parfois le législateur à limiter la liberté de la preuve (particulièrement, il est vrai, mais non pas exclusivement, dans le domaine de la filiation *légitime* et du désaveu)⁴⁸².

De sérieuses considérations d'ordre politico-social nous conduisent donc à penser que, s'il est légitime de permettre au défendeur, dans l'intérêt de la vérité, d'obtenir une expertise anthropobiologique, ceci ne peut pas être sans conditions. Il ne faut pas aggraver encore la situation déjà précaire, matériellement et moralement, des demandeurs et ouvrir la porte toute grande aux manœuvres dilatoires. N'oublions pas que celui qui sollicite l'expertise *est le père présumé*, puisque sa cohabitation a été établie, et que cette présomption est d'autant plus forte que les autres expertises – nécessaire préalable à l'examen anthropobiologique – n'ont pas exclu cette paternité. L'on doit donc exiger du défendeur qu'il établisse ou rende vraisemblable la cohabitation de la mère avec un tiers, pendant la période critique ou, tout au moins et à la rigueur, qu'il fasse valoir la présence chez l'enfant de caractéristiques corporelles frappantes, inexistantes chez la mère et chez lui. On objectera peut-être

⁴⁸¹ Dans certains arrêts, concernant notamment l'obligation du tiers de se soumettre à l'expertise du sang, le Tribunal fédéral a semblé concevoir de manière large l'intérêt public à la découverte de la vérité ; ATF 82. I. 234 = JT 1957. I. 296 ; 84. I. 217 = JT 1957. I. 518, cf. 82. II. 495 = JT 1963. I. 258, SJ 1963, 265 ; voir à ce sujet les critiques de GROSSEN, Rapport SSJ, p. 66 a, qui insiste sur le fait que les procès de filiation sont des procès *civils*.

⁴⁸² Cf. NERSON, op. cit. p. 425 ss.

que cette solution se sépare de celle qu'a admise la jurisprudence quant au droit de requérir l'expertise du sang⁴⁸³. Il suffit de répondre à cela par une phrase du Tribunal fédéral lui-même⁴⁸⁴: «ce qui vaut pour l'expertise du sang ne vaut pas nécessairement pour l'expertise anthropobiologique». De même, le fait qu'une telle solution se rapprocherait de celle qui a été admise pour le désaveu de paternité, dans un contexte «totalement différent», nous paraît dénué de pertinence⁴⁸⁵.

En imposant ainsi au défendeur la réalisation de certaines conditions *préliminaires* avant de lui accorder l'expertise anthropobiologique, on évite de faire peser sur la partie demanderesse tout le poids d'une prolongation de la procédure⁴⁸⁶ et l'on n'aggrave pas de manière intolérable ou injustifiée la position d'un défendeur qui, il sied de le répéter,

⁴⁸³ En ce sens GOEPFERT, op. cit., p.8, qui se borne à affirmer, sans autre motivation: «eine abweichende Behandlung des erbbiologischen Gutachtens läßt sich auch nicht mit der Verzögerung des Verfahrens begründen»; SCYBOZ, JT 1962. I. 201, HEGNAUER, art.254, N.66.

⁴⁸⁴ ATF 87. II.286, 289 = JT 1963. I.258.

⁴⁸⁵ Cf. GOEPFERT, loc. cit., Au demeurant, nous avons dit déjà, à propos de l'expertise du sang, qu'il ne fallait pas exagérer, en ce qui concerne le droit de requérir une expertise, le contraste entre le domaine du désaveu et celui de l'action en paternité. Il ne s'agit aucunement – à peine est-il besoin de le répéter – d'assimiler paternité légitime et paternité illégitime ou d'affaiblir l'institution du mariage! Il s'agit seulement, sur le terrain du fait, et de la réalité d'une paternité physique, de considérer des probabilités et un mécanisme de preuve. De ce point de vue, la situation du défendeur, père présumé en vertu de l'art.314, al.1^{er} et en conséquence de la non-exclusion de sa paternité par l'expertise du sang ou par l'expertise fondée sur la durée de grossesse, n'est pas si différente que cela de celle du demandeur en désaveu, compte tenu aussi de la «présomption de fidélité à l'amant».

⁴⁸⁶ Cette prolongation sera le plus souvent inévitable, même si des précautions sont prises, comme celle, souhaitée par les experts, qui consiste à rendre l'ordonnance et à faire les actes préparatoires trois mois au moins avant le moment où l'enfant aura trois ans révolus; cf. SCHADE, p.105.

par sa cohabitation avec la mère a donné lieu à la présomption de paternité, une présomption «renforcée» en quelque sorte par le résultat de l'expertise des sangs. Toute autre solution nous paraîtrait inéquitable pour la mère et l'enfant, au moins en l'état actuel des choses⁴⁸⁷. En effet, une autre solution, favorable au droit absolu d'obtenir l'expertise anthropobiologique, pourrait mieux se concevoir dans un système où la partie demanderesse n'aurait plus à supporter les graves inconvénients d'une prolongation substantielle de la procédure en paternité. Abstraction faite des inconvénients moraux, difficiles voire impossibles à écarter entièrement, des mesures pourraient et devraient être envisagées pour améliorer la situation matérielle de la partie demanderesse⁴⁸⁸. L'art. 321 est à tous égards insuffisant pour résoudre ce problème⁴⁸⁹. L'entretien de la mère et de l'enfant devrait être assuré par des versements intérimaires, d'autant plus justifiés que le défendeur doit être considéré comme le père, jusqu'à preuve du contraire par l'expertise anthropobiologique⁴⁹⁰. On éviterait aussi bien des demandes dilatoires d'expertise anthropobiologique si le défendeur devait, non seulement faire l'avance des frais de l'expertise⁴⁹¹, mais

⁴⁸⁷ Les partisans de la thèse opposée semblent avoir conscience, cependant, du caractère inéquitable de leur solution, et tentent d'y remédier en recourant à l'art. 2 CC; cf. GOEPFERT, op. cit., p. 9. Comme c'est souvent le cas, ce recours à la notion d'abus de droit paraît constituer un aveu d'impuissance; selon GOEPFERT, la demande d'expertise présentée par le défendeur, en l'absence d'indices de «Mehrverkehr», devrait être rejetée comme abusive seulement dans des cas extrêmes. Cette solution est tout à fait insuffisante.

⁴⁸⁸ Voir à ce sujet les justes observations de GOEPFERT, p. 11–12.

⁴⁸⁹ Voir à ce sujet infra, Chapitre XV.

⁴⁹⁰ Il est vrai que pourrait se poser le problème de la restitution de ces versements intérimaires, au cas où l'action viendrait à être rejetée sur le vu de l'expertise, mais cette difficulté ne saurait suffire à faire rejeter cette solution; l'application des règles sur l'enrichissement illégitime permettrait probablement d'arriver à un résultat équitable.

⁴⁹¹ Ce qui n'est pas le cas, dans bien des procédures cantonales,

encore verser des subsides d'entretien suffisants jusqu'à ce que ces résultats soient connus⁴⁹².

De même que pour l'expertise du sang, la question devait inévitablement se poser à la jurisprudence de l'existence d'un *devoir juridique de se prêter à l'expertise anthropobiologique*. Les réponses données jusqu'ici par le Tribunal fédéral sont une nouvelle illustration de l'idée que «ce qui vaut pour l'expertise du sang ne vaut pas nécessairement pour l'expertise anthropobiologique»⁴⁹³. En effet, dans la même affaire qui a donné lieu au célèbre arrêt de 1956 niant que le devoir de se prêter à une prise de sang puisse être déduit, en l'absence de base légale, de l'obligation de témoigner⁴⁹⁴, la Chambre de droit public a jugé quelques deux ans plus tard, sur un recours interjeté cette fois par le défendeur, que les parties ont l'obligation de se prêter à cette expertise en raison de leur devoir général de comparaître personnellement et de répondre à l'interrogatoire⁴⁹⁵. Selon cet arrêt, l'expertise anthropobiologique, à la différence de l'expertise des sangs, n'implique aucune atteinte à la personnalité, à l'intégrité corporelle. Cette affirmation est certainement discutable. De bons auteurs ont pu soutenir que l'examen anthropomorphique comportait «sinon une atteinte à l'intégrité corporelle, en tous les cas une atteinte à la liberté individuelle», une intrusion dans la «Geheimsphäre»⁴⁹⁶.

même lorsque c'est le défendeur qui sollicite l'expertise! Cf. GOEPFERT, p. 11.

⁴⁹² La situation est différente lorsque l'expertise anthropobiologique est demandée par la partie demanderesse, cf. GULDENER, pp. 45–46; celle-ci a accepté, dira-t-on, la prolongation du procès et les frais qui en résultent. Il n'est pas sûr que cette considération soit toujours équitable, bien que l'assistance judiciaire soit souvent appelée ici à intervenir, et il se peut que les inconvénients et les frais de l'expertise anthropobiologique doivent parfois, en toute équité, être supportés au moins en partie par le défendeur, bien que demandés par la partie demanderesse.

⁴⁹³ ATF 87. II. 286, 289 = JT 1963. I. 258.

⁴⁹⁴ ATF 82. I. 234 = JT 1957. I. 296.

⁴⁹⁵ ATF 84. I. 217 = JT 1957. I. 518.

⁴⁹⁶ GROSSEN, note au JT 1957. I. 290, 293; cf. aussi Rapport à la

Il nous paraît difficile de généraliser sur ce point. Telle personne qui se prêterait volontiers aux mensurations de l'expertise anthropobiologique considérerait comme une atteinte à son intégrité corporelle la prise de sang. Telle autre personne, au contraire, jugerait sans importance le «coup d'épingle» de la prise de sang, mais ressentirait comme une humiliation intolérable, analogue à l'expérience d'un prisonnier devant le service anthropométrique de l'identification judiciaire, le fait de devoir se prêter à l'observation et aux mesures du médecin chargé de l'expertise. Telle autre personne enfin, qui n'a aucune objection envers la prise de sang ou l'examen anthropomorphique, s'estimerait blessée dans sa personnalité, dans sa sphère intime et sa liberté individuelle, par l'interrogatoire poussé du magistrat; subir une inspection psychologique et morale peut-être minutieuse, et qui tend à mettre le cœur à nu, pourra être ressenti par certains comme atteignant beaucoup plus la personnalité que le fait de se dévêtir devant un médecin⁴⁹⁷. Si l'on ne peut ou ne veut se fonder sur des critères aussi subjectifs, admettons alors qu'il y a atteinte à la personnalité, mais, comme dans le cas de l'expertise du sang, une atteinte de très peu de gravité, si minime qu'elle doit être acceptée, elle aussi, en présence d'intérêts manifestement supérieurs.

Reste à déterminer la base juridique de ce devoir, base qui ne sera pas la même pour les parties et pour les tiers. En ce qui concerne le défendeur, le Tribunal fédéral a considéré que le devoir de se prêter à l'expertise découlait de l'obligation, prévue par la procédure cantonale, de prendre part à la comparution personnelle et à l'interrogatoire des parties⁴⁹⁸.

SSJ, p. 69 a, et l'observation de REGAMEY, SSJ, PV de la 94^e assemblée annuelle, 1960, p. 641 a.

⁴⁹⁷ Il ne s'agit pas toujours, comme l'écrit GROSSEN, Rapport SSJ, p. 69 a, du simple fait «de se rendre à la salle d'audience, où l'on répondra comme on voudra aux questions d'un magistrat». Bien des juges ne se contenteront pas, en effet, de ce genre de réponses.

⁴⁹⁸ On observera que ce dernier devoir n'est pas susceptible de contrainte, une partie pouvant refuser de parler, tout comme un témoin.

Ce même Tribunal, dans un arrêt de 1957⁴⁹⁹, va jusqu'à affirmer que l'expertise ne dépasse pas substantiellement la comparution à fin d'interrogatoire, ce qui est peut-être aventureux⁵⁰⁰. Mais il nous paraît exact, en revanche, de considérer que le juge peut, sans arbitraire, déduire l'existence de ce devoir par interprétation, sans une base légale particulière. Les règles de la procédure devraient permettre, dans tous les cantons semble-t-il⁵⁰¹, cette interprétation raisonnable, le juge pouvant ici combler les lacunes de la loi et devant en tout cas, selon le principe général, préférer l'interprétation qui assure le mieux la réalisation du droit matériel⁵⁰². L'on peut d'ailleurs, et l'on doit même, croyons-nous, aller plus loin et admettre que le devoir des parties de se soumettre à l'expertise anthropobiologique est imposé par le droit fédéral, à la réalisation duquel il est, selon les circonstances, indispensable⁵⁰³.

Une autre question est celle de savoir si ce devoir juridique est susceptible de coercition. Ainsi qu'on l'a vu plus haut, à propos de l'expertise du sang, et pour les mêmes raisons, la réponse doit être négative. S'agissant d'un refus du défendeur, le juge recourra, plutôt qu'à la sanction pénale de l'insoumission (art. 292 CPS), à la sanction civile normale pour ce cas : il retiendra le refus contre le défendeur. Encore faut-il se demander, plus précisément, ce qui peut justifier la conclusion du juge qui accueille ici l'action en paternité. Le juge peut-il déduire du refus du défendeur que l'expertise anthropobiologique aurait un résultat défavorable à ce dernier, qui ne peut pas en connaître d'avance le résultat⁵⁰⁴ ? Le refus, par le défendeur, de l'expertise anthropobiologique solli-

⁴⁹⁹ ATF 84. I. 217, cons. 3 = JT 1957. I. 518.

⁵⁰⁰ Cf. GROSSEN, Rapport SSJ, p. 69 a.

⁵⁰¹ En ce sens GOEPFERT, p. 12.

⁵⁰² Cf. ATF 84. I. 217, 221.

⁵⁰³ Cf. *supra*, note 426.

⁵⁰⁴ Pour le cas où la *défenderesse* en désaveu se refuse à l'expertise du sang : ATF 82. II. 508 = JT 1957. I. 301. Voir à ce sujet la juste analyse de GULDENER, art. cité, p. 46.

citée par la partie demanderesse peut survenir dans deux hypothèses: premièrement, la cohabitation n'a pu être établie, et la demanderesse cherche à faire la preuve directe de la paternité⁵⁰⁵; dans ce cas, le refus du défendeur s'explique par la crainte du résultat de l'expertise, ce qui implique l'aveu d'une cohabitation pendant la période critique. Deuxièmement, l'expertise est sollicitée par une demanderesse, dont la cohabitation a été établie non seulement avec le défendeur mais aussi avec un tiers. Ici aussi, le refus du défendeur s'explique par la crainte du résultat de l'expertise et permet de penser que le défendeur a des raisons de croire que l'enfant est bien de lui et non pas du tiers⁵⁰⁶.

Quant au devoir éventuel *d'un tiers* de se soumettre à l'expertise anthropobiologique, on peut faire des observations analogues à celles qui ont été proposées plus haut au sujet de l'expertise des sangs. Si l'on adopte le point de vue du Tribunal fédéral, selon lequel l'expertise n'implique pas d'atteinte à la liberté individuelle, l'on conclura que le tiers, s'il est témoin, a l'obligation de se prêter à l'expertise, en vertu des principes généraux de la procédure⁵⁰⁷. Il n'importe guère, à cet égard, que l'expertise soit ou non propre à vérifier l'exactitude des dires du témoin⁵⁰⁸. Que si l'expertise est au contraire tenue pour impliquer une atteinte à la per-

⁵⁰⁵ Cf. ATF 87. II. 65, 69, cons. 1 = JT 1961. I. 522.

⁵⁰⁶ Reste l'hypothèse où le défendeur, membre d'une secte quelconque, refuserait par principe de se soumettre à l'expertise; sur le terrain du droit civil, le juge ne peut entrer dans ces considérations et il doit tenir le comportement du défendeur comme illicite, comme un manquement au devoir des parties de collaborer à la découverte de la vérité, conformément au but du procès; cf. ATF 84. I. 217, 220 = JT 1957. I. 518 et GULDENER, loc. cit.

⁵⁰⁷ En ce sens GOEPFERT, p. 12-13.

⁵⁰⁸ Cf. ATF 82. I. 234, 240 = JT 1957. I. 296; Elle est impropre à cette vérification dans le cas où le témoin déclare avoir cohabité avec la mère, puisque l'expertise ne peut en aucun cas conclure à l'inexistence des relations intimes; en revanche, dans l'hypothèse où le témoin nierait la cohabitation, l'expertise pourrait infirmer cette déclaration dans la mesure où elle parviendrait à établir positivement sa paternité.

sonnalité, le tiers, témoin ou non, n'en reste pas moins soumis au devoir de s'y prêter, ainsi que le démontre GULDENER, sur le terrain du droit civil⁵⁰⁹.

4. Certitude biologique et certitude juridique

L'importance capitale, dans le domaine de la filiation naturelle, des méthodes scientifiques de preuve, importance illustrée par les chapitres précédents, conduit à s'interroger sur les rapports de la preuve et de la vérité scientifiques, d'une part, et de la preuve et de la vérité juridiques, de l'autre. Les quelques observations qui suivent ne visent pas à évoquer tous les aspects d'une question complexe, et encore moins à les approfondir, mais à susciter des réflexions, à amorcer un débat. Ce sujet, qui nous a paru en Suisse insuffisamment exploré, mériterait un effort plus poussé de recherche de la part des juristes, collaborant ici avec les biologistes et les statisticiens.

Il ne s'agit pas ici de mettre en cause le principe de l'utilisation judiciaire des conclusions d'une expertise scientifique ; il serait absurde de priver la justice des moyens offerts par le progrès scientifique et technique, par on ne sait quelle défiance irraisonnée. D'autre part, le pire est d'invoquer inopportunément la science⁵¹⁰, de croire aveuglément à la rigueur d'une méthode inexistante ou non encore vérifiée. Pour le juriste, pour le juge en particulier, se pose la question préalable de la valeur scientifique de telle ou telle méthode, des garanties offertes par la compétence de l'expert et par l'excellence de la technique de laboratoire employée. Les formules de la jurisprudence à ce sujet sont bien connues, en particulier quant à l'expertise des sangs. Cette expertise, ou plutôt les divers systèmes et méthodes graduellement découverts par la science et successivement admis, avec le

⁵⁰⁹ Cf. *supra*, note 434.

⁵¹⁰ Cf. les pénétrantes observations de NERSON, *op. cit.*, p. 423, ainsi que GORPHE, *L'appréciation des preuves en justice*, S. 1947, 155, p. 15 ss.

décalage de rigueur, par les tribunaux, fournit un excellent terrain d'observation à qui souhaite étudier la question du passage de la vérité scientifique à la vérité juridique.

La détermination des groupes et facteurs sanguins, pour démontrer l'impossibilité de la paternité, ou pour élever des «doutes sérieux» sur elle, est aujourd'hui tellement passée dans les mœurs judiciaires, tellement acceptée et familière que le praticien ne s'interroge sans doute plus beaucoup à son sujet. La confiance qu'inspire aux juristes l'expertise des sangs paraît totale; elle est plus grande, semble-t-il, que celle qu'inspire l'expertise fondée sur la maturité de l'enfant à la naissance et la durée de la gestation, et plus grande aussi, à coup sûr, que celle que suscite, pour le moment du moins, l'expertise anthropobiologique. Et cependant l'on parle parfois, à son propos, de risque d'erreurs, de marge de sécurité, etc. De quoi s'agit-il exactement?

Il ne s'agit pas, du moins en général, des risques d'erreurs d'ordre purement pratique ou technique, comme il en existe pour toute expertise. Si rares qu'ils soient, pour autant que l'analyse du sang est faite *lege artis* dans un institut spécialisé et par un personnel ayant toute l'expérience voulue⁵¹¹, ces risques ne sont pourtant pas inexistants, et il convient de les rappeler. On peut concevoir d'abord une erreur d'identité (le défendeur envoie un ami à sa place, et le laboratoire omet de lui demander une pièce d'identité et de prendre son empreinte digitale), des erreurs de lecture du résultat de l'analyse, ou de transcription du résultat sur un registre, ou encore de copie du registre sur le rapport d'expertise. Diver-

⁵¹¹ Le caractère techniquement délicat de la détermination des groupes et facteurs sanguins est parfois sousestimé par les juristes; selon le professeur ZANGGER, il est essentiel que l'analyse et même la prise de sang soient faites dans des instituts ayant une grande expérience en la matière, cf. ATF 61. II. 72 = JT 1936. I. 240, et WUILLERET, Über die Verwertbarkeit der Blutgruppenantigene A¹, A², K, Fy^a und P bei der Klärung von strittigen Abstammungsfragen, Diss. Zurich 1960, p. 18. Sur les précautions à prendre du point de vue technique, cf. ATF 86. II. 129, 136 et *supra*, note 444.

ses précautions sont évidemment prises, telles celles de la double analyse, et de la double lecture, pour y parer. Il reste que, si ténue qu'elle soit, la possibilité d'une erreur humaine ne peut jamais être écartée tout à fait.

De ces risques d'erreurs d'ordre technique, il faut distinguer le risque d'erreur scientifique, tel qu'il se présente dans une expertise conduite *lege artis*. C'est ici que se pose, de la manière la plus nette et la plus intéressante aussi, le problème des rapports entre la certitude scientifique et la certitude juridique, source de malentendus entre les experts et les juristes, et de bien des difficultés pour les uns comme pour les autres. Le juge ne doit-il retenir une expertise que si elle apporte une certitude scientifique *absolue* ? Il arrive aux experts de se plaindre, parfois non sans raison, de l'insistance que met un magistrat à vouloir leur arracher des affirmations catégoriques, qu'ils répugnent peut-être d'autant plus à donner qu'ils sont de véritables hommes de science⁵¹². Peut-on exiger de l'expert qu'il affirme par exemple, sur la base de l'analyse des sangs, une véritable *impossibilité* de la paternité ? Un expert réputé, le Dr HOLLÄNDER, s'est exprimé là-dessus de la façon suivante :

« Können wir Mediziner den Beweis der Unmöglichkeit durch unsere Blutgruppenuntersuchungen erbringen ? Wir sind der Auffassung, daß wir durch die Formulierung, jemand sei mit Wahrscheinlichkeit als Vater auszuschließen, die äußere Grenze des noch Verantwortlichen erreichen. Es handelt sich ja um biologische Untersuchungen, die nie den Begriff der Unmöglichkeit zulassen werden... »⁵¹³

⁵¹² Nous connaissons des cas récents d'expertise anthropobiologiques où il fut demandé à l'expert si sa méthode donnait une certitude *absolue* ; l'expert s'étant refusé, assez naturellement, à aller jusqu'à cette affirmation, l'action fut finalement rejetée. Que ce soit *in casu* à tort ou à raison, le fait est que la question du juge était mal posée.

⁵¹³ SJZ 1958, p. 9 ; cf. aussi ATF 87. II. 12, 17 = JT 1961. I. 528, SJ 1961, 383, un cas de désaveu où la défenderesse s'appuyait sur

Commentant cette citation, le Tribunal fédéral a rappelé que la jurisprudence s'accordait avec l'expert pour ne pas exiger une certitude absolue de la non-paternité. Sur ce point au moins, il y a concordance de vues entre les hommes de loi et les hommes de science. Ainsi que le Tribunal fédéral l'a proclamé à maintes reprises :

«A la preuve de la paternité du défendeur, comme à la preuve de la non-paternité d'un individu déterminé, il ne faut pas poser des conditions si sévères qu'elle ne puisse pratiquement jamais être apportée. Or ce serait le cas si l'on exigeait une preuve absolument certaine, car une telle preuve n'est pas possible de par la nature des choses. Il doit donc suffire que la paternité, ou son exclusion, soit établie de façon pratiquement certaine, avec une vraisemblance confinant à la certitude (ATF 77. II.31; 82. II.266). Dans de nombreux autres cas, le juge est aussi obligé de se contenter d'une vraisemblance de ce genre (cf. par exemple 74. II.205).»⁵¹⁴

Nous ne reviendrons pas ici sur le désaccord qui a pu surgir, à propos de tel ou tel facteur sanguin, quant au degré de vraisemblance ou de probabilité exigé par la jurisprudence; on a vu que les tribunaux maintiennent fermement leurs prérogatives, et n'entendent pas abandonner aux experts le soin de décider du degré de vraisemblance requis, ce qui est à l'évidence une question de *droit*⁵¹⁵. En revanche, «la question de savoir si ce degré de vraisemblance est atteint

l'article du D^r HOLLÄNDER pour tenter de faire écarter le résultat d'une expertise des sangs excluant la paternité du demandeur.

⁵¹⁴ ATF 87. II.65, 70, cons.2 = JT 1961. I.522.

⁵¹⁵ Voir ATF 86. II.316, cité supra, note 281. Il est à peine besoin de préciser que, dans ce contexte, il ne s'agit pas d'opposer «question de droit», soumise au contrôle du TF, et «question de fait», soumise au juge cantonal et non revue, en principe, par le TF; cf. ATF 82. II.262, 263 = JT 1957. I.518, 523; 86. II.133 = JT 1960. I.570 et 86. II.320 = JT 1960. I.522; 87. II.65. 70 = JT 1961. I.522.

relève des sciences naturelles; ce sont, dès lors, les experts qui la résoudront⁵¹⁶, mais le juge du fait appréciera leurs déductions, dans la mesure où il le pourra»⁵¹⁷.

Que faut-il entendre par l'expression classique «vraisemblance confinante à la certitude»⁵¹⁸? Le critère décisif est ici celui du risque maximum d'erreur, ou du degré de sécurité; selon une jurisprudence constante, ce degré de sécurité est atteint lorsque les chances d'erreur sont inférieures à un pour mille⁵¹⁹. La formule offre une séduisante précision mathématique. Pourtant, elle ne manque pas d'ambiguïté⁵²⁰. Diverses interprétations en sont en effet possibles. Elle peut signifier par exemple, que lors de l'analyse en série d'un grand nombre de cas, des déterminations erronées ne surviennent pas plus souvent que dans un pour mille de toutes les analyses faites. Mais on peut l'employer aussi pour dire, ce qui est bien différent, que, sur mille exclusions de paternité, sur un millier de diagnostics de non-paternité, un cas peut se produire d'une exclusion erronée, écartant le père

⁵¹⁶ Le juge est lié par les constatations faites par l'expert sur la base des lois de la biologie; cf. HEGNAUER, 254 N.53 et références citées.

⁵¹⁷ ATF 88. II.492, 494 = SJ 1963, 265 et JT 1963. I.258; l'arrêt poursuit en rappelant que «lorsque le juge cantonal, se fondant sur l'expertise, a admis que le degré de vraisemblance requis était atteint, le Tribunal fédéral peut examiner si cette opinion est défendable au vu des bases sur lesquelles elle repose, ou si elle méconnaît la notion de certitude exigée par la loi ou de vraisemblance confinante à la certitude...».

⁵¹⁸ Voir par exemple ATF 86. II.133 et les arrêts cités.

⁵¹⁹ Voir par exemple ATF 61. II.72 = JT 1936. I.240; 79. II.23 = JT 1954. I.162; 80. II.13 = JT 1954. I.548. L'arrêt 88. II.492, cons. 3, SJ 1963, 265, JT 1963. I.258, qui admet pour la première fois la valeur probante, pour exclure la paternité, du facteur Duffy^a, se fonde sur les déclarations du Dr. HÄSSIG, selon lequel une exclusion de la paternité par ce facteur, déterminé *lege artis*, «atteint aujourd'hui un degré de sécurité de l'ordre de 999 pour 1000». – Sur toute cette question, voir l'exposé d'HEGNAUER, art.254, N.51 ss.

⁵²⁰ Voir l'intéressante démonstration du Dr WUILLERET, thèse Zurich 1960, p.18, déjà citée, note 511.

réel de l'enfant⁵²¹. La majorité des expertises semble se référer tacitement à la première de ces interprétations. Il est permis de se demander, avec le D^r WUILLERET, si ce n'est pas la seconde interprétation, plus rigoureuse, qui est préférable. En effet, il est beaucoup plus important, dans la procédure d'expertise des sangs, d'éviter d'exclure un véritable père que d'omettre à tort d'exclure un non-père. Compte tenu du but de ce genre d'expertises, par conséquent, le pourcentage des risques d'erreur devrait être calculé, non pas sur le total des analyses faites, mais sur le total des exclusions. Une difficulté en résulterait, il est vrai, du fait qu'un tel mode de calcul exigerait un nombre d'observations beaucoup plus considérable que ce n'est le cas actuellement⁵²².

On peut s'étonner qu'une question comme celle-là, qui n'est certes pas d'intérêt mineur, ait attiré relativement peu l'attention. C'est peut-être que personne n'est très pressé de s'aventurer dans ce qui pourrait se révéler un véritable guêpier. Les experts ont exprimé le désir de recevoir l'assistance des tribunaux dans l'élaboration du concept de «risque maximum d'erreur» et de «vraisemblance confinant à la certitude». Avec une prudence assez compréhensible, les tribunaux ont jusqu'ici décliné cette invitation :

« Il n'appartient pas aux juges de définir statistiquement avec précision le concept de vraisemblance confinant à la certitude, comme le D^r HÄSSIG dans son

⁵²¹ Nous faisons abstraction, pour simplifier, de la troisième interprétation suggérée par le D^r WUILLERET, selon laquelle la formule signifierait que, lors de mille analyses, une erreur peut se produire, la question restant ouverte de savoir si cette erreur va entraîner ou non un faux diagnostic quant à l'exclusion de la paternité.

⁵²² Prenant l'exemple de l'exclusion de paternité par les sous-groupes A¹ et A², le D^r WUILLERET constatait en 1960 que selon les statistiques de l'époque, on ne pouvait pas s'attendre, sur mille analyses, à plus de 24 exclusions. Si l'on adopte la première interprétation, il est facile d'observer la règle d'un maximum d'erreurs de un pour mille analyses. Si l'on adopte au contraire la seconde interprétation, il faudra 41 700 analyses pour arriver à observer 1000 exclusions par les sous-groupes A¹ et A²!

expertise, d'accord avec le D^r WUILLERET, l'estime souhaitable. Ceci exigerait des connaissances approfondies dans les domaines médico-biologique et statistico-mathématique, dont le tribunal ne dispose pas.»⁵²³

Selon le Tribunal fédéral, la question de savoir si une exclusion de paternité atteint le degré requis de certitude est une question *scientifique*, qu'il appartient à l'expert de trancher. Les juristes peuvent-ils se désintéresser complètement de cette question ? Dès le moment où les tribunaux admettent que les résultats d'une méthode scientifique donnée présentent un degré de vraisemblance «confinant à la certitude», parce que les risques d'erreur ne dépassent pas un pour mille, ne doivent-ils pas s'inquiéter de savoir ce que signifie ce pourcentage, et se demander si les divers experts ne lui donnent pas des interprétations tout à fait divergentes ? Il nous paraît que la doctrine ferait œuvre utile en s'attachant davantage à ces questions, où la collaboration des juristes avec les biologistes et les statisticiens apporterait peut-être d'heureuses clartés.

Ces considérations nous amènent à évoquer, aussi succinctement que possible, le problème, aussi fondamental que délicat, du «passage» de la certitude scientifique à la certitude juridique. Ceci toujours à propos de l'exemple de l'analyse des sangs.

La certitude biologique, on l'a vu, n'est pas absolue, c'est-à-dire de 100 %. Selon les systèmes, les facteurs ou groupes sanguins, la sécurité atteinte pourra être par exemple de 99,90 % (risque d'erreur de 1 pour 1000), ou même de 99,99 % (risque d'erreur de 1 pour 10000), ce qui présente des risques pratiquement insignifiants. Le degré de certitude ainsi obtenu est au moins aussi élevé que celui des méthodes traditionnelles utilisées par le magistrat, comme l'interrogatoire de témoins. Des chances d'erreur aussi faibles pour-

⁵²³ ATF 86. II.129, 133-134 = JT 1960. I.570, cf. D^r WUILLERET, op. cit. pp.20-21.

raient donc, et devraient, être négligées, aussi bien sur le terrain scientifique que sur le terrain juridique.

Un éminent juriste et philosophe danois, le professeur ALF ROSS⁵²⁴, a démontré cependant, d'une manière à notre avis décisive, que tout ce raisonnement reposait sur les prémisses tacites, et erronées, que la valeur probante, ou certitude juridique, de l'expertise des sangs était identique à leur certitude biologique. Pour comprendre la démonstration de Ross, il faut partir de la distinction entre deux genres de lois de probabilité: les lois *prospectives* qui, compte tenu des qualités connues des deux parents et des lois de l'hérédité, prédisent les caractéristiques de leur progéniture; et les lois *rétrospectives* qui, compte tenu notamment des caractéristiques de l'enfant et de la mère, et des lois de l'hérédité, cherchent à déterminer qui est le père de l'enfant. Or ces dernières lois, qui seules intéressent le juge, ne sont pas la contrepartie exacte des premières; ce sont ce que les généticiens appellent des lois de population, dont la validité pré-suppose une distribution statistique donnée, dans une certaine population, de certains caractères héréditaires. Elles ne sont donc pas les mêmes selon les pays ou les régions, et en les appliquant pour calculer la probabilité «rétrospective» d'une paternité, il convient en outre de tenir compte, non seulement de la masse de la population totale, mais des possibilités de contact qu'a eues la mère avec tel ou tel secteur de cette population.

D'autre part, il faut bien s'entendre sur le sens des termes «certitude biologique», et «certitude juridique». En déclarant par exemple que le système ABO offre une certitude de 99,99%, le biologiste veut dire que, sur 10000 naissances, il ne peut y avoir qu'une exception aux lois génétiques, c'est-à-dire qu'un cas où, malgré l'incompatibilité des systèmes sanguins, un individu est bel et bien le père physique de l'enfant. Une «certitude juridique» de 99,99% signi-

⁵²⁴ Article cité supra, note 394. Il faut souhaiter que cette remarquable étude soit traduite en Suisse dans un avenir prochain.

fiera statistiquement que, sur 10 000 décisions rendues sur la base d'une expertise biologique, *une* seulement sera erronée en ce sens qu'elle aura exclu la paternité d'un individu qui est le père physique de l'enfant.

Si ces deux genres de certitudes ne sont pas identiques, contrairement à une opinion généralement répandue, cela est dû, comme le montre Ross, à l'existence de ce que les statisticiens appellent une *sélection*. Supposons par exemple que, dans l'ensemble de la population, il survient *une* «exception biologique» seulement sur 1000 naissances⁵²⁵. Pour que le degré de certitude soit le même en matière juridique, il faudrait en tout cas que la fréquence des exceptions soit, dans les cas de naissances qui sont soumis aux tribunaux, la même que pour l'ensemble des naissances dans toute la population. En d'autres termes, il faudrait que les exceptions biologiques (leur rareté plus ou moins grande ne jouant aucun rôle dans cette démonstration) soient distribuées dans la même proportion entre ce que l'on peut appeler les cas «latents», c'est-à-dire non soumis aux tribunaux, et les cas litigieux. Or rien ne permet d'affirmer qu'il en est ainsi. Si, sur 10 000 naissances par an, il y a, dans notre hypothèse, 10 exceptions biologiques possibles, la question est de savoir comment ces exceptions sont réparties ou distribuées : or il n'est pas inconcevable que ces exceptions se trouvent concentrées dans la catégorie des cas litigieux, plutôt que concentrées dans l'autre catégorie, ou même réparties également dans les deux catégories. Dans cette hypothèse, et à supposer qu'il y ait seulement 100 procès pour 10 000 naissances, on saisit d'emblée que le juge n'atteindra pas dans

⁵²⁵ Nous entendons par là non pas les exceptions apparentes dues à des imperfections techniques ou à des facteurs sanguins encore inconnus, mais l'accident dû par exemple à une mutation génétique, ainsi que la possibilité en a été reconnue par les spécialistes ; cf. Ross, *op. cit.*, p. 467, note 5 et références citées. Sur le rôle des mécanismes biologiques d'inhibition qui peuvent empêcher le développement complet d'un facteur sanguin, voir par exemple ATF 88. II. 492, 496 = SJ 1963, 265, JT 1963. I. 258.

ses décisions le degré de sécurité de 999 sur 1000 (risque d'erreur de 1 pour 1000 au maximum) s'il exclut la paternité dans l'ensemble des 100 cas, en se fiant à la «certitude biologique»; ses jugements atteindront un coefficient d'exactitude de 9 sur 10 seulement. «La certitude juridique de l'exclusion de la paternité serait identique à la certitude biologique de la détermination de tel ou tel groupe sanguin si la paternité avait à être décidée judiciairement pour *toutes* les naissances»⁵²⁶ ou si, répétons-le, les exceptions biologiques se trouvaient réparties par hasard dans la même proportion parmi les «naissances litigieuses» et parmi les autres naissances. C'est ici qu'il faut faire intervenir divers facteurs de «sélection», qui exercent des influences, variables du reste, sur les actions en recherche de paternité et sur les cas où une expertise du sang est produite devant le tribunal (crédibilité des déclarations de la mère, attitude du père présumé, crainte d'un procès, pour l'une ou l'autre des parties, etc.).

Ces considérations, qui sont ici nécessairement résumées et simplifiées, conduisent le professeur Ross, non seulement à établir l'absence d'identité entre certitude biologique et certitude juridique, mais aussi à proposer que les juristes calculent, en collaboration avec les biologistes, pour chaque région géographique et pour chaque facteur sanguin, les degrés de vérité probable ou de «certitude juridique». Pour le Danemark, et pour l'exclusion de la paternité par le système ABO, système d'une sécurité de plus de 99,99 % (soit un maximum d'erreurs de 1 pour 10 000), un calcul élémentaire donne, pour 80 000 naissances annuelles, une possibilité d'exceptions de 8 par an. Or 2000 naissances, soit $\frac{1}{40}^e$ des cas y donnent lieu annuellement à des analyses sanguines. Parmi ces 2000 expertises, il y aura (si l'on suppose par prudence une distribution *égale* des exceptions entre les deux groupes de naissances, soit les 78 000 d'une part et les 2000 de l'autre), une exception tous les cinq ans. Tenant compte du nombre possible d'exclusions de paternité par le système

⁵²⁶ Ross, p. 475.

ABO, et parmi ces cas, de la proportion des expertises qui contredisent la déclaration de la mère qu'elle n'a eu de relations qu'avec le seul individu en cause, Ross parvient à la conclusion qu'il peut se trouver au maximum, parmi ces derniers cas, *une* exception biologique sur 100 cas d'exclusion; si bien que le juge, en excluant dans chaque cas la paternité comme l'y invite l'expertise du sang, atteint une certitude juridique de 99%, alors que la certitude scientifique du système ABO est de 99,99%; le risque d'erreur est donc 100 fois plus grand sur le plan juridique⁵²⁷!

De telles conclusions paraissent inviter le juriste au scepticisme. Doit-il donc se défier des experts et chercher à individualiser davantage la procédure probatoire, par exemple lorsque la mère affirme n'avoir eu de relations qu'avec l'individu en cause alors que l'expertise des sangs exclut la paternité de ce dernier? Le juge chercherait en somme ici à déceler la présence de l'exception biologique, du cas rarissime où le défendeur, malgré les conclusions formelles de l'expertise faite *lege artis*, est bien le père physique de l'enfant. Mais est-il vraiment en mesure de découvrir ce cas exceptionnel (surtout si l'on tient compte du fait que l'ensemble des cas pouvant contenir cette «exception» se présente en l'espace de plusieurs années et devant différents magistrats, si bien que le juge en cause ici ne peut même pas étayer son choix sur une comparaison?) La réponse doit être négative, comme le démontre Ross. En réalité, des calculs analogues à ceux qui ont été esquissés plus haut montrent que, en adoptant une telle méthode d'«individualisation», c'est-à-dire en s'écartant des conclusions d'une expertise du sang excluant la paternité, la jurisprudence aboutirait inévitablement à un nombre plus grand de décisions contraires à l'ex-

⁵²⁷ Le juriste suisse doit corriger les démonstrations de Ross en tenant compte du fait que, chez nous, la majorité des expertises du sang ont lieu au cours du procès et non pas, comme au Danemark, avant son introduction. Cette différence importante mise à part, les lignes générales du raisonnement, telles qu'elles ont été esquissées ici, demeurent valables.

pertise qu'il ne peut y avoir d'exceptions biologiques; le pourcentage d'erreurs juridiques (au sens de décisions contraires à la «certitude juridique» définie plus haut) serait donc *plus grand* que si la jurisprudence reconnaissait une valeur absolue au résultat de l'analyse des sangs. Par crainte de commettre une erreur au préjudice de la mère, le juge serait entraîné à commettre des erreurs plus nombreuses encore au préjudice de pères prétendus⁵²⁸.

Toute l'analyse qui précède, il n'est pas superflu de le rappeler, repose sur l'idée, conforme à la «Verwandtschaftstheorie» du droit suisse, que le but du juge, dans la procédure en paternité, doit être de découvrir le véritable père (tout comme l'expert cherche à apporter cette preuve, ou à la faciliter, soit négativement, par l'expertise des sangs, soit aussi positivement, par l'expertise anthropobiologique). Il n'y a pas lieu de mettre en question ces prémisses dans le domaine de la filiation illégitime, tout au moins. D'autres considérations que la recherche de la vérité peuvent cependant jouer un rôle, et conduire le droit à limiter par exemple la liberté de la preuve. Ceci est particulièrement visible en matière de filiation légitime et de désaveu. Ces considérations, fondées sur la nature et la valeur des intérêts en présence, si elles étaient retenues, amèneraient le juriste à s'écarter davantage de la «vérité scientifique» et le juge à se libérer, si l'on peut dire, de l'influence de l'expert. On a vu dans des chapitres précédents qu'une telle optique serait étrangère au Code civil, qui ne connaît pas l'action délictuelle en paternité dirigée contre plusieurs défendeurs, mais est fondée sur la parenté biologique. Dans un tel système, une analyse comparée des certitudes biologique et juridique, et des probabilités respectives d'erreur, mérite d'être faite et peut

⁵²⁸ Cf. Ross, pp. 482–483; l'auteur souligne la différence qui sépare ici les affaires civiles des affaires pénales et il critique avec raison des décisions pénales danoises condamnant pour faux témoignage, sur la base d'une exclusion de paternité par l'analyse des sangs, des mères ayant affirmé sous serment, en 1952, n'avoir eu de relations intimes qu'avec l'individu exclu par l'expertise.

conduire à une meilleure collaboration entre experts et magistrats et à une meilleure administration de la justice.

Chapitre XIV:

Questions de procédure

1. Le délai d'introduction de l'action en paternité (art. 308)

L'action en recherche de paternité, qu'elle soit pécuniaire ou avec effets d'état civil, «peut être intentée avant ou après la naissance de l'enfant», prescrit l'art. 308; «elle doit l'être, au plus tard, un an après la naissance».

L'histoire de cette disposition est connue et révèle bien son caractère de compromis; de trois mois qu'il était dans le projet du Conseil fédéral, avec possibilité de restitution pour justes motifs, ce délai finit par être porté par les Chambres à six mois, puis à un an, mais sans «*restitutio in integrum*». «Nous avons fini, déclarait Rossel au Conseil national, par préférer un délai unique d'un an, afin de ne consacrer aucune injustice et pour tenir compte de toutes les circonstances particulières et nous évitons ainsi ce qu'il y a toujours d'arbitraire dans l'excuse admise pour cause de retard.»⁵²⁹ Beaucoup plus long que dans la plupart des droits cantonaux, le délai ainsi établi recevait un caractère péremptoire fortement marqué, en considération surtout des intérêts des défendeurs.

Il n'est dès lors pas étonnant que la jurisprudence, en particulier dans les premières années suivant l'entrée en vigueur du Code civil, ait appliqué strictement l'art. 308, conformément à la volonté du législateur historique. L'arrêt Ulrich contre Pfister, de 1910, en fournit une illustration⁵³⁰: aucun curateur n'ayant été nommé à l'enfant dans les délais, l'action n'avait pu être intentée à temps. Se fondant sur les

⁵²⁹ Bull. Stén. 1907, I, 272 CN; SILBERNAGEL, art. 308, N. 1–8.

⁵³⁰ ATF 45. II. 235 = JT 1919. I. 428.

travaux préparatoires, sur la nature des délais de péremption et leur but de protection des défendeurs et de l'intérêt général, ainsi que, *a contrario*, sur l'art. 257 al. 3, le Tribunal fédéral, suivant le Tribunal supérieur de Zurich, refusa d'admettre que l'art. 308 fût compatible avec aucune restitution, interruption ou suspension de délai⁵³¹.

La rigueur de cette interprétation ne pouvait, à l'évidence, être maintenue. Au cours d'une évolution qu'il est ici superflu de décrire, la jurisprudence devait lui apporter deux tempéraments, à l'aide de l'art. 139 CO et de l'art. 2 CC, malgré les difficultés logiques que cela pouvait entraîner quant à la distinction des notions de péremption et de prescription⁵³². Mais ces tempéraments, s'ils ont permis d'éviter les injustices les plus criantes, restent d'une portée assez limitée. Le Tribunal fédéral a jugé par exemple l'art. 139 CO applicable à condition qu'une action ait été intentée dans les délais ordinaires, qu'elle ait été atteinte d'un vice de forme réparable et ait été rejetée pour ce motif après l'expiration du délai⁵³³. Pour bénéficier du délai de grâce de 60 jours de

⁵³¹ Voir la critique de cet arrêt par K. EHRLICH, «Wiederherstellung der Frist zur Anhebung der Vaterschaftsklage», SJZ 30, 1933, 161; cf. aussi un arrêt de 1921 de la Cour de Justice civile de Genève, SJ 1921, 264, où il est dit que le délai de l'art. 308 est un délai de péremption «à l'égard duquel aucune *restitutio in integrum* n'est possible, même si l'inaction de la demanderesse n'est pas imputable à une faute de sa part».

⁵³² Cf. EHRLICH, op. cit., supra; EGGER, art. 308, N. 8–9.

⁵³³ ATF 80. II. 288 = JT 1956. I. 32. On doit aussi accorder le bénéfice de l'art. 139 CO, en dépit de sa lettre, lorsque l'action n'a pas été rejetée, mais a été retirée, après l'expiration du délai, parce que vouée à un échec certain en raison de l'incompétence du juge saisi ou d'un vice de forme réparable, SJ 1947, 198. Ce dernier arrêt contient le considérant suivant: «ainsi que le dit fort bien VON TUHR, p. 557, lorsque l'acte à accomplir consiste dans l'ouverture d'une action dans un certain délai, les conséquences de la péremption sont analogues à celles de la prescription, et l'institution d'un délai de grâce se justifie rationnellement aussi bien dans un cas que dans l'autre». – L'arrêt relève aussi que l'application de 139 CO ne suppose pas l'absence de faute de la partie mise au bénéfice du délai

l'art.139 CO, délai qui ne peut être octroyé qu'une seule fois^{534a}, ceci «en raison des risques d'abus qui pourraient en résulter», il faut donc que l'excuse invoquée par la partie demanderesse soit au nombre de celles que la loi a prévues^{534b}.

D'autre part, si le Tribunal fédéral a accepté relativement tôt⁵³⁵ d'assouplir le principe de l'art.308 en recourant à la notion d'abus de droit, ce ne pouvait être là qu'un expédient. Expédient justifié, certes, car il est abusif d'invoquer l'écoulement du délai de l'art.308 lorsque, par son comportement, on a donné lieu de croire à la partie demanderesse qu'il était superflu d'intenter l'action en recherche de paternité. Mais le procédé n'offre, et ne peut offrir que des ressources restreintes. Pour conserver un sens au délai de l'art.308, et un minimum de sécurité juridique, les tribunaux ont dû s'efforcer, dans un délicat jeu d'équilibre, de limiter au strict nécessaire l'emploi de l'art.2 CC. Nul ne peut ignorer la loi, et celui qui est la victime de sa propre négligence ne saurait invoquer l'art.2. Un arrêt de 1957 illustre de façon significative cette tendance⁵³⁶. Le Tribunal fédéral y rejette la «re-

supplémentaire de 60 jours. Cf. aussi 61. II.149 = JT 1936. I.72; 72. II.328 = JT 1947. I.556; 85. II.312 = JT 1960. I.570.

^{534a} ATF 80. II.288, 293 = JT 1956. I.32.

^{534b} Un autre inconvénient du système, qu'il suffit de mentionner, en même temps qu'une autre source de complications, tient à la variété des procédures cantonales.

⁵³⁵ Voir par exemple l'arrêt PATOCCHI, du 12 mai 1920, ATF 46. II.90 = JT 1920. I.365; dans ce cas, le défendeur avait procédé à une reconnaissance volontaire, nulle pour vice de forme, et avait en outre promis par lettre de ne pas se soustraire à ses responsabilités.

⁵³⁶ Affaire X contre Dagmar R., ATF 83. II.93 = JT 1957. I.18; contrairement au Tribunal cantonal de Fribourg, le Tribunal fédéral n'a pas admis que le défendeur abusait de son droit en invoquant l'art.308, ceci pour deux motifs, dont le premier, seulement, est indiscutable: le défendeur avait indiqué son refus de reconnaître sa paternité et d'assumer des engagements *avant* l'expiration du délai. Le second motif est discuté au texte. Il n'est pas inutile d'indiquer que, en l'espèce, le Jugendamt allemand qui s'occupait des intérêts

plicatio doli» pour la raison que le père présumé n'avait fait que des promesses vagues et indéterminées en chiffres à la demanderesse. Celle-ci ne pouvait donc, «raisonnablement», penser que l'introduction d'une action en paternité serait superflue; les termes vagues dans lesquels le défendeur s'exprimait pour faire prendre patience à la mère, et ses quelques versements en argent, d'un montant minime, n'étaient pas de nature, aux yeux de la Deuxième Cour civile, à faire attendre une exécution convenable des obligations du père.

Cette jurisprudence satisfait parfaitement à première vue, et l'on ne peut qu'approuver la volonté qu'elle traduit de contenir en de justes limites la notion d'abus de droit. Si l'on y regarde de plus près, toutefois, l'on est amené à douter davantage de sa pertinence sur le terrain, non pas du droit des obligations, mais du droit de la filiation illégitime dont il s'agit ici. Il est clair qu'un commerçant tant soit peu avisé ne saurait, «raisonnablement», se contenter des promesses vagues et des versements très minimes de son débiteur pour renoncer à agir contre ce dernier dans les délais légaux. C'est de la même manière qu'aurait dû se comporter, selon le Tribunal fédéral, une jeune Allemande de 17 ans, en service dans une boulangerie bernoise. Elle avait eu tort de se fier aux promesses du défendeur, un apprenti de 19 ans, aux ressources modestes, tort de se contenter pendant quelques mois de versements modiques⁵³⁷, tort enfin d'ignorer les règles du Code civil suisse, tout comme le Jugendamt de son pays.

Valables «*in abstracto*», les principes de cet arrêt paraissent curieusement détachés, distants de la réalité sociale à laquelle ils doivent s'appliquer. Sans recourir ici à l'opposition facile du «Juristenrecht» et du «Volksrecht», on ne peut s'empêcher de penser que cette jurisprudence, qui affaiblit

de la mère, retournée en Allemagne, ignorait le délai de péremption de l'art. 308, inconnu du BGB; ce cas est loin d'être unique.

⁵³⁷ Sur la foi des promesses du jeune homme, la demanderesse avait accepté de taire le nom du père. Plus tard, devant l'insuffisance des versements de ce dernier, elle s'était vue contrainte de demander l'aide du Jugendamt.

la protection accordée jusque-là à la mère et à l'enfant naturel (par les ATF 46.II.90 et 49.II.319), méconnaît les conditions dans lesquelles se situe la relation mère-père naturel, qu'elle ne tient aucun compte du contexte psychique et moral du drame, petit ou grand, que constitue la maternité illégitime. Traiter de la même manière la mère célibataire et l'«*homo juridicus*», exiger d'eux les mêmes réactions, ceci ne peut guère conduire qu'à l'artificiel.

La responsabilité de résultats aussi peu satisfaisants incombe davantage, à notre avis, à la règle de l'art.308 qu'à la jurisprudence; cette dernière ne pouvait et ne peut corriger les imperfections du Code par les seules armes de l'art.139 CO ou de l'abus de droit. Les correctifs se révélant insuffisants, c'est au principe même qu'il faut s'attaquer.

Que le délai d'un an de l'art.308 soit trop court, il n'est guère possible de le nier. Que l'on songe seulement aux multiples démarches⁵³⁸ qui sont nécessaires pour arriver à l'introduction de l'action, à la nomination d'un curateur pour l'enfant (art.311)⁵³⁹, à la demande, fréquente, d'assistance judiciaire (du reste assez libéralement accordée, lorsque l'action a une chance d'aboutir) aux incertitudes du for, aux

⁵³⁸ Un arrêt de 1961, l'ATF 87.II.364 = JT 1962.I.363 fournit une bonne illustration – qui n'est même pas particulièrement compliquée – du temps que prennent toutes ces démarches préliminaires; en l'espèce le tribunal avait ordonné une expertise des sangs dans le cadre de la procédure sur la demande d'assistance judiciaire. Finalement, un avocat d'office fut nommé quelques semaines seulement avant l'expiration du délai, qu'il négligea d'ailleurs de respecter, commettant ainsi une négligence grave, que le Tribunal fédéral devait sanctionner dans ce procès en responsabilité.

⁵³⁹ Il y aurait lieu de préciser et de compléter les règles relatives à la nomination du curateur en prévoyant un for alternatif, comme en matière judiciaire; on diminuerait le nombre des cas d'inobservation de l'art.308, et on faciliterait les démarches de la mère, en prescrivant par exemple un for alternatif, celui de l'autorité tutélaire du domicile de la mère à la naissance, cf. ATF 56.I.139, 142 = JT 1930.I.564, auquel s'ajouterait la compétence de l'autorité tutélaire du lieu de la naissance, comme la proposition en a été faite dans divers milieux.

tentatives de conciliation ou d'arrangements, à l'utilité d'expertises préalables⁵⁴⁰, etc.

Une raison d'un autre ordre fait encore apparaître le délai de l'art. 308 comme trop bref. Il arrive que la mère ne désire pas intenter l'action en paternité parce qu'elle espère pouvoir amener le père à l'épouser, et qu'elle craint qu'une assignation en justice, lancée peut-être en temps inopportun, n'envenime définitivement la situation. De même, l'heureux aboutissement d'une négociation tendant à la conclusion d'une convention alimentaire peut être compromis par la nécessité de respecter le délai d'un an dès la naissance. Il n'y a pas là un simple risque théorique. Un délai plus long donnerait ici aux autorités de tutelle, aux curateurs, aux avocats de la partie demanderesse, pour ne pas parler des parties elles-mêmes, une plus grande liberté de réflexion et d'action.

On observera que le droit civil suisse ne s'oppose nullement d'une façon absolue à ce que l'action en paternité soit intentée des années après la naissance⁵⁴¹. La preuve en est la règle de l'art. 316 qui, lorsque la mère était mariée à l'époque de la conception, ne permet l'action qu'après le désaveu de l'enfant et fait partir le délai, avec logique, du jour du jugement de désaveu⁵⁴².

Une autre preuve peut en être trouvée dans la jurisprudence relative au droit international privé; il a été jugé, avec

⁵⁴⁰ La possibilité de procéder à une expertise *préalable*, au moins des sangs – qui ne donne en principe de résultats utiles que si l'enfant est âgé de six mois au moins – faciliterait sans doute bien des arrangements et éviterait des procès. Cette possibilité est largement utilisée au Danemark. – Quant à l'expertise anthropobiologique, on sait qu'elle ne peut généralement être accomplie avec fruit sur un enfant âgé de moins de trois ans, cf. *supra*, Chapitre XIII, 3.

⁵⁴¹ Malgré les délais fixés à l'action en désaveu, il est clair que, dans ce cas, il se pourra que l'action en paternité après désaveu soit intentée en fait quelques années après la naissance; cf. art. 253, 256, 257.

⁵⁴² On sait que l'art. 316 est mal rédigé et qu'il doit s'appliquer dans tous les cas où l'enfant est d'abord légalement légitime; cf. EGGER, art. 316 N. 2.

raison, que le délai de l'art. 308 n'était pas d'ordre public et ne s'appliquait pas à l'action régie par un droit étranger⁵⁴³. Dans un arrêt de 1952, le Tribunal fédéral a admis que le délai de l'art. 316 al. 2 parte d'un jugement allemand déclarant l'illégitimité de l'enfant 7 années après la naissance⁵⁴⁴.

A toutes les considérations qui précèdent vient s'ajouter un élément décisif: le développement, depuis l'entrée en vigueur du Code civil, des preuves scientifiques de la paternité. Il ne s'agit pas ici seulement, ni même principalement, de l'expertise anthropobiologique. A ce sujet, le Tribunal fédéral a du reste fait remarquer que l'art. 308 ne visait pas la durée du procès⁵⁴⁵. Si la constatation est exacte, elle n'empêche pas qu'il y ait des liens, d'un certain point de vue, entre le délai d'introduction de l'action et la durée du procès, durée prolongée par l'expertise. Un délai plus long permettra souvent, par une meilleure préparation, d'abrégier la procédure. Il permettra même, dans bien des cas, d'éviter tout procès quelconque, dans la mesure où les résultats concluants d'une expertise préalable auront amené l'une ou l'autre des parties à modifier sa position.

On ne peut évidemment pas concevoir une expertise anthropobiologique préalable si l'on ne porte pas le délai de l'art. 308 de un an à plus de trois ans. Pour la partie demanderesse, une telle solution n'offrirait, semble-t-il, guère plus d'inconvénients que le système actuel, qui oblige, une fois l'action introduite, à la suspendre jusqu'au moment où l'expertise pourra avoir lieu. Si l'on fait abstraction, pour la facilité du raisonnement, de l'intérêt des demandeurs à obtenir une solution judiciaire rapide et à ne pas être privés trop longtemps de subsides d'entretien, on devra s'inquiéter de l'intérêt du défendeur. Le législateur de 1907 s'était pré-

⁵⁴³ Cf. ATF 41. II. 423 = JT 1916. I. 52, 69. II. 347 = JT 1944. I. 227.

⁵⁴⁴ Arrêt Bertschmann contre Kirckhöffel, non publié, cité et commenté dans notre chronique de l'Annuaire suisse de Droit international, XII, 1955, pp. 239-243.

⁵⁴⁵ ATF 90. II. 219, 233 = JT 1965. I. 213.

occupé de le protéger contre des réclamations formulées trop longtemps après la naissance pour lui éviter des difficultés de preuve. Or cette «*ratio legis*», qui n'était pas dénuée de fondement à l'époque, semble avoir perdu tout sens à l'âge de la preuve scientifique de la paternité. Certains iront jusqu'à en dire autant du procès lui-même.

En résumé, il ne nous paraît pas douteux que l'art. 308 doive être modifié. Il y a quelque dix ans, le Conseiller fédéral FELDMANN reconnaissait que ce délai devait être réexaminé, ne fût-ce qu'en raison de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Cette jurisprudence, nous l'avons vu, a dû s'écarter de l'intention indiscutable du législateur pour tenter de corriger, avec les moyens dont elle disposait, certaines conséquences choquantes du texte légal. Le caractère imparfait de ces tentatives a été signalé plus haut. En outre, la technique de l'expertise des sangs et, plus récemment, celle de l'expertise anthropobiologique, ont profondément bouleversé tout le contexte de fait du procès en paternité et enlevé sa raison d'être, dans une très large mesure au moins, à l'art. 308. A toutes ces raisons décisives s'ajoute la considération, non négligeable, du droit comparé: le droit suisse est l'un des rares ordres juridiques à consacrer un délai aussi bref⁵⁴⁶.

On s'explique dès lors les propositions de réforme de l'art. 308. Les unes sont timorées, les autres plus hardies. On a suggéré, comme une solution minimum, d'accorder un délai supplémentaire à la partie demanderesse dont une première action aurait été rejetée, en raison par exemple d'une *exceptio plurium* victorieuse; ceci permettrait d'agir contre un second défendeur, mais ce n'est là qu'une solution très par-

⁵⁴⁶ Il suffit, sans vouloir faire ici un tableau des solutions très diverses que présentent les droits étrangers, d'indiquer que plusieurs pays européens, comme la Suède et les démocraties populaires, prévoient pour l'enfant une action imprescriptible, et que, dans deux pays voisins, l'Italie et la France, l'enfant peut agir après sa majorité; en France, le délai qui est d'un an (art. 340 CC) serait porté à deux ans selon le projet de la Commission de réforme du Code civil, art. 521.

tielle au problème. Un progrès, mais insuffisant lui aussi, consisterait à ajouter à l'art. 308 une disposition analogue à celle de l'art. 257 al. 3, et stipulant que l'action pourrait être intentée au-delà du délai d'un an, «lorsque de justes motifs rendent le retard excusable». Dans son postulat du 14 juin 1955, le Conseiller national HUBER a proposé un délai maximum de deux ans, lorsque l'inobservation du délai annuel se justifiait par des motifs importants. Il a indiqué ne pas vouloir aller plus loin, pour des raisons de sécurité du droit, car après deux ou trois ans, selon lui, le défendeur en paternité risquerait de n'être plus en mesure de fournir les contre-preuves dont il dispose, par hypothèse, dans les années qui suivent immédiatement ses relations avec la mère. On reconnaît là la préoccupation qui était celle du législateur fédéral de 1907. L'auteur de la proposition ajoutait que, éventuellement, l'enfant devrait pouvoir intenter l'action passé ce délai, mais sans possibilité de se voir allouer des prestations financières échues à ce moment-là⁵⁴⁷.

Les défauts de la règle actuelle étant démontrés, et le principe de sa réforme étant admis, l'on peut bien entendu hésiter entre divers délais, aucun chiffre ne s'imposant ici sans discussion possible. Ce qu'il faut éviter, croyons-nous, ce sont des demi-mesures comme celles qui viennent d'être esquissées. Compte tenu de l'intérêt manifeste de la partie demanderesse à agir vite, pour bénéficier le plus tôt possible des prestations prévues par la loi, et d'autre part des moyens d'exclusion de la paternité que la science offre au défendeur, il ne faudrait pas hésiter à prolonger le délai de manière substantielle; c'est ainsi seulement que le droit de la filiation illégitime pourra tirer un plein parti des ressources que présentent les expertises scientifiques, en évitant notamment, grâce à elles, le mécanisme, peut-être anachronique, du pro-

⁵⁴⁷ Il convient de remarquer que, à l'époque du postulat Huber, la possibilité n'était pas connue de la preuve positive de la paternité par l'expertise anthropobiologique, preuve dont l'auteur du postulat entrevoyait seulement une perspective encore lointaine.

cès. L'exemple des droits étrangers, tels celui de la Grèce ou de la Finlande, montre qu'il n'y a aucun inconvénient majeur à porter le délai à quatre ou cinq ans après la naissance. Après tout, dans le domaine des obligations, quantité d'actions se prescrivent par cinq ou même par dix ans (art. 127 et 128 CO), ce qui peut entraîner des difficultés de preuve pour les défendeurs, qui ne disposent pas ici, en général, du sûr moyen de libération que peut donner une expertise scientifique. S'il devait se révéler trop difficile de se détacher à ce point des habitudes d'un demi-siècle, il faudrait au moins que le délai de l'art. 308 fût porté à deux ans au minimum, avec une possibilité de «*restitutio in integrum*» en cas de retard excusable⁵⁴⁸.

2. Le for de l'action en paternité (art. 312)

En instituant pour les deux actions en recherche de paternité le for alternatif de l'art. 312, le Code civil a réalisé un progrès important. On sait du reste qu'il n'a pas été obtenu sans peine; les règles traditionnelles, de l'art. 59 de la Constitution pour l'action pécuniaire et de l'art. 8 de la LRDC de 1891 pour l'action d'état, paraissaient intangibles à beaucoup, et il fallut vaincre pas mal d'hésitations, dont celles d'EUGEN HUBER, pour que soit introduit le «*forum actoris*», à l'instar des règles posées dans certains cantons pour les situations intracantonales, même pour l'action pécuniaire, dont le caractère de droit de famille est ainsi nettement marqué. La mère et l'enfant ont donc le choix d'intenter l'action

⁵⁴⁸ Dans l'arrêt 67. II. 70 = JT 1941. I. 439, SJ 1941, 475, le TF rappelle que l'action avec suites d'état civil peut être intentée même après un an, pour autant que l'action pécuniaire ait été introduite en temps utile, l'action nouvelle n'étant ici considérée que comme une modification de l'ancienne. En revanche, l'échec de l'action pécuniaire entraîne nécessairement la péremption pour l'action avec suites d'état civil. – Lorsque, l'action ayant été intentée, une transaction judiciaire intervient, le père qui n'exécute pas cette transaction ne pourrait pas invoquer l'art. 308 si, plus tard, une action est intentée contre lui, car il s'agit d'une simple reprise de l'action.

en paternité, soit au for ordinaire, du domicile du défendeur au temps de la demande, soit aussi devant le juge de leur domicile au temps de la naissance⁵⁴⁹. Personne ne songe à remettre en cause une règle essentielle à la réalisation du droit matériel, à la protection efficace de la mère et de l'enfant contre d'éventuelles et faciles manœuvres d'esquive des défendeurs. La seule question qui se pose est de savoir si, dans le même esprit, cette protection ne peut ou ne doit pas être améliorée.

L'application de l'art.312 soulève en effet certaines difficultés. Passons sur celles, bien résolues, qui concernent par exemple la détermination du domicile de l'enfant ou la communauté nécessaire d'actions entre les deux demandeurs⁵⁵⁰. On ne peut nier que, dans la pratique, il n'est pas toujours aisé d'appliquer avec sûreté la notion complexe de domicile, notamment lorsque la mère est mineure, ce qui est souvent le cas. D'autre part, l'art.312 laisse place à l'incertitude dans le cas où l'action est introduite avant la naissance; le domicile de la mère «au temps de la naissance» n'est alors pas encore déterminable⁵⁵¹. Malgré les précisions apportées par la jurisprudence, un risque demeure que l'action ainsi intentée ne vienne à être rejetée pour incompétence *ratione loci* parce que la demanderesse a eu l'imprudence de changer de domicile depuis l'introduction de l'action⁵⁵².

⁵⁴⁹ Sur le risque, très minime en pratique, que l'action de la mère et celle de l'enfant, dont on sait qu'elles sont indépendantes, soient intentées à des fors différents, voir EGGER, art.312, N.9.

⁵⁵⁰ Cf. ATF 67. II.80 = JT 1941. I.590; 82. II.2 = JT 1956. I.322; 44. I.61 = JT 1919. I.23, etc.

⁵⁵¹ Comparer sur ce point le commentaire de SILBERNAGEL, 2^e éd., 1927, N.17, et la solution donnée par l'ATF 82. II.257 = JT 1957. I.518 du 13 septembre 1956: l'action intentée avant la naissance ne doit pas l'être nécessairement au domicile du défendeur, et il suffit que le juge puisse dire, sur la base des faits survenus entre temps, que l'action introduite avant la naissance l'a bien été au domicile de la mère à la naissance.

⁵⁵² Selon certains praticiens des milieux tutélaires, les difficultés seraient dues davantage à l'attitude, à la bonne ou mauvaise vo-

Les complications et les difficultés, non négligeables, que peut entraîner l'application de l'art. 312 actuel incitent donc à rechercher une amélioration du texte, dans le sens même des préoccupations du législateur. Celui-ci, en introduisant le *forum actoris*, pour faciliter l'introduction de l'action en paternité, n'a pas envisagé, ou pas assez, le cas des mères accouchant en dehors du lieu de leur domicile. Or ce cas, loin d'être une rare exception, est sans doute extrêmement fréquent aujourd'hui. D'une part, l'accouchement à la maternité ou en clinique, et non pas à la maison, est devenu la règle⁵⁵³. D'autre part, une forte proportion des mères célibataires sont des mineures, qui vivent ailleurs qu'au domicile des parents sans s'être créé un domicile indépendant⁵⁵⁴. Enfin, la mobilité de la population est beaucoup plus grande aujourd'hui qu'au début du siècle, et l'on peut penser que ce phénomène est particulièrement net pour les catégories sociales et le genre de professions où l'on trouve de nombreuses mères célibataires. Tenant compte de ces considérations, il paraît possible, et indiqué, de traduire en termes modernes, sans la trahir, la pensée initiale du législateur en permettant l'introduction de l'action au lieu de la naissance de l'enfant. Non pas comme un for remplaçant celui du domicile, lequel peut rendre des services même lorsqu'il ne coïncide pas avec le lieu de la naissance. Mais comme un troisième for, au choix

lonté des autorités compétentes, qu'à la notion de domicile elle-même; cf. rapport SCHLEGEL du 1^{er} septembre 1955 à l'Association suisse des Tuteurs officiels. A supposer exacte cette généralisation, il reste que des règles de for plus claires et plus simples laisseraient moins de place à des divergences d'interprétation et, partant, amélioreraient peut-être la coopération entre certaines autorités. – Sur la compétence de l'autorité tutélaire pour la nomination du curateur, voir les art. 396 et 376 CC, ainsi que les observations faites au texte, et *supra*, note 539.

⁵⁵³ L'art. 26 précise, rappelons-le, que le séjour dans une clinique ne constitue pas le domicile.

⁵⁵⁴ Par exemple parce qu'elles exercent une profession dépendante, comme celle de domestique, de sommelière, etc.; cf. ATF 67. II. 80 = JT 1941. I. 590, arrêt Forestier contre de Siebenthal.

de la partie demanderesse. Cette liberté de choix entre trois possibilités n'a rien d'excessif⁵⁵⁵. Sans compromettre en aucune façon les intérêts légitimes du défendeur, ce for constituerait simplement une meilleure adaptation de la compétence aux nécessités de la vie, pour reprendre les termes du postulat Grendelmeyer du 25 mars 1954.

Objectera-t-on que la compétence du lieu de la naissance a quelque chose d'arbitraire ? Il se peut que ce lieu soit sans autres relations avec l'affaire, avec le milieu social où vit la mère, par exemple parce qu'elle a tenu à aller accoucher en une clinique située loin de son lieu de domicile ou de résidence. Il n'en résulte pas à notre avis que le for du lieu de la naissance soit arbitraire ou abusif⁵⁵⁶. Ce for ne paraît pas plus arbitraire, en tous les cas, que celui du for du lieu d'origine, qui a été proposé par certains comme for subsidiaire⁵⁵⁷; dans bien des cas, l'affaire aura beaucoup moins de liens réels avec le lieu d'origine qu'avec le lieu de la résidence ou même le lieu de la naissance. La question n'est du reste pas là : elle consiste à rechercher les meilleurs moyens de réaliser une intention législative indiscutée, celle de faciliter l'introduction de l'action en paternité. De ce point de vue, le for

⁵⁵⁵ Rappelons qu'un quatrième for est possible, au moins pour l'action pécuniaire, le for conventionnel; cf. EGGER, art. 312 N. 4, SILBERNAGEL, art. 312 N. 15.

⁵⁵⁶ Tout au moins sur le plan suisse. La question ne se pose pas nécessairement de la même manière sur le terrain du droit international privé; selon la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral, des arrêts Sarmenti 82. II. 573 = JT 1957. I. 518 et Reinprecht, 84. II. 602 = JT 1959. I. 550, l'art. 312 est valable aussi en matière internationale si bien que l'action peut être intentée en Suisse, par une demanderesse étrangère, au lieu de son domicile, contre un défendeur domicilié à l'étranger. Cette règle jurisprudentielle – que nous avons commentée dans l'Annuaire suisse de Droit international, XIII 1956, pp. 260 ss. et XVI 1959, pp. 327 ss., voir en particulier p. 338 n° 12 – devrait-elle être étendue à un nouvel art. 312 prévoyant la compétence du lieu de la naissance ? Il n'existe aucune raison pour cela.

⁵⁵⁷ Il ne s'agit évidemment pas ici du for de l'art. 313, justifié par le fait que toutes les parties sont domiciliées à l'étranger.

du lieu de la naissance apparaît sans contredit comme un choix légitime, auquel ne s'oppose aucun intérêt décisif du défendeur ou de l'ordre public. Ceci admis, il n'existe aucune raison d'en faire un for subsidiaire et non pas un for principal, à l'égal des deux autres.

Par souci de simplification, et pour des raisons analogues à celles qui viennent d'être indiquées, il y aurait lieu, à l'occasion d'une réforme de l'art.312, de compléter les règles relatives à la compétence des autorités de tutelle quant à la nomination d'un curateur à l'enfant, dans le sens d'un parallélisme avec les règles sur la compétence judiciaire; ainsi qu'il a déjà été indiqué, il y aurait lieu de prévoir que le curateur peut être nommé aussi bien par l'autorité du lieu de la naissance que par celle du domicile de la mère. L'intérêt général qu'il y a à faciliter l'introduction de l'action en paternité, aussi bien que les démarches qui peuvent, par un arrangement, en supprimer la nécessité, comme l'intérêt de la mère et de l'enfant, doivent prévaloir sur les quelques difficultés administratives, nullement insurmontables d'ailleurs, qu'une compétence alternative pourrait faire surgir dans ce domaine⁵⁵⁸.

Chapitre XV:

Questions pécuniaires

1. Les prestations dues à la mère

Les prétentions d'ordre pécuniaire reconnues à la mère et à l'enfant par les art.317 à 323 du Code civil étaient conçues, dans l'esprit du législateur, de manière libérale⁵⁵⁹; mais l'ex-

⁵⁵⁸ En ce qui concerne l'intervention de la commune d'origine, prévue par l'art.312 al.2, nous renvoyons aux critiques que nous avons formulées dans un chapitre précédent quant à la qualité pour agir ou pour intervenir de l'autorité publique dans le domaine de la reconnaissance ou de la recherche en paternité; – sur les possibilités de la commune d'origine dans le cadre de l'art.312, voir par exemple ATF 68. II.197 = JT 1943. I.6.

⁵⁵⁹ Cf. Message du Conseil fédéral, p.40; cf. EGGER, art.317 N.1.

périence d'un demi-siècle et, notamment, le développement des assurances sociales⁵⁶⁰, ont fait naître dans de nombreux milieux la conviction que des améliorations sont possibles et même nécessaires.

La principale d'entre elles, quant aux prestations dues à la mère, concerne l'art.317 chiffre 2, selon lequel la mère est indemnisée «de l'entretien, au moins pour quatre semaines avant et quatre semaines après la naissance». Ce texte n'empêche pas, il est vrai, des indemnités plus généreuses, mais il est notoire que la jurisprudence prend généralement ce minimum légal pour la règle. Or il n'est pas contesté que ce délai de huit semaines soit trop court. La santé de la mère, comme celle de l'enfant, exige une plus longue période de repos avant et après l'accouchement, ainsi qu'une interruption de travail plus longue. Il devrait être tenu un compte particulier de cette vérité générale dans le cas de la mère célibataire, étant donné sa situation matérielle très souvent inférieure ainsi que les conditions psychologiques et morales très difficiles dans lesquelles elle doit faire face aux problèmes et responsabilités de sa future maternité⁵⁶¹. La période qui suit l'accouchement, en particulier, devrait permettre à la mère, non seulement de rétablir sa propre santé, mais de se consacrer aux soins à donner à son enfant. Pour ces motifs, d'hygiène sociale et d'intérêt public, les lois sociales modernes, poussant plus loin la durée, de six semaines, prévue dans la loi de 1914 sur le travail dans les

⁵⁶⁰ Pour ne pas augmenter démesurément le volume du présent rapport, nous nous abstenons d'analyser ici la situation de la mère ou celle de l'enfant illégitime du point de vue des assurances sociales. Il suffira de rappeler que ces lois assimilent d'une manière générale la filiation légitime à la filiation illégitime; cf. BINDER, pp.301 ss., AUBERT, L'état civil et l'assurance-vieillesse, SZSV 6, 1962, p.27, HEGNAUER, art. cité, note 200, pp.58 ss., ainsi que in SJZ 54, (1958) p.265. Cf. aussi l'important arrêt Bauer, ATFA 1964, p.232.

⁵⁶¹ Cette constatation n'entend aucunement minimiser, il est à peine besoin de le dire, la grande valeur du soutien accordé, malgré des moyens souvent insuffisants, par les tuteurs officiels et les milieux d'assistants sociaux.

fabriques (art.69), et suivant en cela, au moins en partie, l'exemple de nombreuses lois étrangères plus généreuses, tendent à prévoir une durée minimum de *huit* semaines avant et de huit semaines après la naissance. Ceci sans préjudice de la possibilité pour le juge, comme actuellement du reste, d'accorder les subsides d'entretien pour une durée plus longue, selon les nécessités de l'espèce⁵⁶². Il se justifie donc, comme le proposait voici dix ans le postulat Huber, de doubler le délai minimum de l'art.317, chiffre 2, en alignant par là les critères du droit civil sur ceux qui prévalent de plus en plus dans d'autres domaines législatifs pour la protection de la mère et de l'enfant.

On s'est demandé si l'art.317 permettait à la mère de faire valoir d'autres prétentions que celles qui y sont expressément indiquées⁵⁶³. Il ne nous paraît pas que l'énumération de l'art.317 soit exhaustive⁵⁶⁴ et qu'elle exclue par exemple d'autres réclamations fondées sur les art.41 et ss. CO lorsque la cohabitation constituait un acte illicite⁵⁶⁵. Quoi qu'il en soit de cette interprétation, il paraît souhaitable que la réforme de l'art.317 chiffre 2, généralement reconnue comme nécessaire, soit aussi l'occasion d'une révision rédactionnelle de l'ensemble, dans le sens d'une plus grande souplesse, de façon à permettre au juge d'ordonner, dans des cas appropriés, que la mère soit indemnisée de sa perte de gain par exemple⁵⁶⁶. Il conviendra, dans l'étude d'une telle révision,

⁵⁶² Cf. EGGER, art.317 N.8.

⁵⁶³ A remarquer que, selon la jurisprudence, le manque à gagner n'est pas visé par l'art.317 al.3, ne constituant pas une «dépense occasionnée par la grossesse et l'accouchement»; cf. ATF 44. II.24 = JT 1919. I.40; SJ 1943, 501; EGGER, art.317 N.9. Quant aux frais de layette, le Tribunal fédéral a jugé, contre l'avis d'EGGER, art.317 N.6, qu'ils n'étaient pas dus en vertu de l'art.317, mais entraient dans la contribution d'entretien due par le père en vertu de l'art.319, ATF 68. II.281, cf. JT 1943. I.124.

⁵⁶⁴ Cf. EGGER, art.317 N.3 in fine.

⁵⁶⁵ Cf. SILBERNAGEL, art.317 N.32 et 34; ROSSEL, 9^e éd. CCS ad art.317, note 3, et ATF 67. II.78 = JT 1941. I.487.

⁵⁶⁶ Contra, *de lege lata*, SILBERNAGEL, art.317 N.29, qui critique

de ne pas ignorer l'existence des diverses prestations sociales auxquelles la mère peut avoir droit, ce qui n'entraîne pas comme conclusion nécessaire que le défendeur doive être libéré de ses obligations lorsque la mère est assurée à un titre ou à un autre.

EGGER⁵⁶⁷ pense que la prétention de la mère au remboursement des frais d'accouchement disparaît en cas de gratuité de ces frais ou de couverture par une caisse-maladie. Nous ne sommes pas persuadés de la justesse de cette solution, qui favorise singulièrement le défendeur. D'autres procédés peuvent être trouvés pour éviter que la mère ne soit enrichie. S'agissant d'une assurance privée, mais l'hypothèse paraît un peu théorique, il appartiendrait au contrat de trancher le problème. On peut se demander s'il peut y avoir compensation entre les prestations de l'assurance et celles du défendeur ; ou si l'assurance peut être subrogée dans les droits de la mère contre le défendeur, malgré la nature familiale et personnelle de ces droits. Peut-on songer à appliquer à l'assurance l'art. 51 al. 2 du CO ? Il paraît difficile de l'admettre, les rapports intimes hors mariage ne constituant pas, sauf cas particulier, un acte illicite.

Dans cet ordre d'idées, on lira avec intérêt un important arrêt du Tribunal fédéral⁵⁶⁸ concernant l'art. 322, arrêt où se trouve fortement marquée l'indépendance des deux domaines, de droit public, de l'assurance sociale d'une part et de droit civil, de famille, d'autre part. Le Tribunal fédéral critique avec fermeté l'opinion de l'instance cantonale selon laquelle la créance alimentaire de l'enfant illégitime serait éteinte par les prestations sociales ; ni le droit public, ni le droit privé ne prescrivent un tel remplacement ou une telle imputation. La créance de l'enfant illégitime est indépendante de la question de savoir si, vu ses circonstances finan-

l'opinion exprimée par EGGER dans la 1^{re} édition de son Commentaire.

⁵⁶⁷ Art. 317 N. 6.

⁵⁶⁸ 86. I. 137 = JT 1961. I. 57.

cières ou celles de sa mère, il a besoin de ces subsides⁵⁶⁹, et l'enfant n'abuse pas de son droit en exigeant le paiement. Ceci n'empêche pas que l'on puisse tenir compte, sur le terrain du droit privé, des prestations sociales dues pour mesurer les besoins du demandeur en paternité. Il y a lieu de s'inspirer de ces considérations, *mutatis mutandis*, aussi dans le cas de la mère célibataire.

2. Le cas de la fausse couche

Les prestations pécuniaires dues à la mère en vertu des art. 317 et 318 peuvent être réclamées, l'art. 309 al. 2 le précise, même si l'enfant est mort-né⁵⁷⁰. L'indépendance des deux actions, de la mère et de l'enfant, explique ce principe. Mais ce qui peut paraître curieux, c'est que la responsabilité du père à l'égard de la mère ne soit pas consacrée dans tous les cas où la cohabitation a été suivie d'une grossesse et n'englobe donc pas le cas de la fausse couche⁵⁷¹. La raison théorique en est la base familiale de l'action; il faut, dit-on, qu'il y ait un «enfant», au sens juridique du terme, même mort-né, pour que l'on puisse parler de «paternité» et fonder les réclamations de la mère. Cette explication ne saurait être déterminante, car rien ne peut empêcher le législateur, s'il l'estime utile, d'élargir le droit de la mère à des prestations au cas de la fausse couche, quelle que soit la réglementation adoptée par ailleurs, à l'art. 46 par exemple. En fait, il s'agit, non pas d'une question de construction dogmatique, mais d'opportunité sociale. Il s'agit d'examiner *pour eux-mêmes* les

⁵⁶⁹ Cf. ATF 78. II. 322 = JT 1953. I. 393.

⁵⁷⁰ Ceci signifie, compte tenu des données médicales mais aussi de l'art. 46 CC, que le produit de la conception a été porté au moins 24 semaines, faute de quoi on parlera de fausse couche. La durée de 28 semaines, indiquée par les commentaires comme la durée minimum de la grossesse pour que l'embryon soit viable, cf. SILBERNAGEL, art. 309, N. 3 et EGGER, art. 309, N. 4, paraît inexacte; cf. Dr STAMM, REC, 1958, pp. 18 ss., ainsi que MERZ, *ibid.*, p. 21 et «Anfang und Ende der Persönlichkeit», ZSR, 76 (1957) p. 321.

⁵⁷¹ Cf. SILBERNAGEL, art. 309, N. 3.

arguments qui militent soit en faveur, soit contre l'extension des droits de la mère à une indemnité au cas de la fausse couche.

Cette extension, qui entraînerait une modification de l'art. 309 bien plutôt, pour des raisons évidentes, que celle de l'art. 317, a été proposée notamment dans le postulat Huber⁵⁷². Des motifs d'équité justifient en effet, à première vue, que la femme ne soit pas privée de toute indemnité, et le défendeur libéré de toute dette, lorsque la grossesse n'a pu s'achever normalement. Pourquoi toutes les conséquences matérielles de la grossesse, dans ce cas, devraient-elles être laissées, comme les conséquences morales, à la seule charge de la femme ?

On a répondu à cela en soulignant les inconvénients du système envisagé. La mère pourrait par exemple provoquer elle-même la fausse couche⁵⁷³. Cela est vrai, mais l'auteur de la conception le pourrait aussi, et il y a même un intérêt matériel certain, dans le système actuel de notre Code civil. On invoque aussi les difficultés de preuve de la « paternité » ; comment établir la responsabilité du défendeur⁵⁷⁴ ?

L'objection ne manque pas de poids, mais elle semble pouvoir être soulevée tout aussi bien dans le cas de l'enfant mort-né⁵⁷⁵. Dans les deux cas, la preuve scientifique est difficile, mais il se peut que d'autres moyens de preuve permettent d'établir la « paternité » ou, si l'on veut, la responsabilité

⁵⁷² Voir aussi GROB, cité par BINDER, p. 301.

⁵⁷³ EGGER, art. 309 n° 4.

⁵⁷⁴ Il n'est pas question ici d'une expertise anthropobiologique. L'expertise des sangs, nous y avons fait allusion plus haut, Chapitre XIII, 2, et note 456, ne donne en principe des résultats que si l'enfant, vivant, a six mois au moins. Il n'est cependant pas impossible scientifiquement de déterminer certains facteurs sanguins, en tous cas pour les groupes ABO, sur le produit d'une fausse couche.

⁵⁷⁵ Dans ce cas, le prélèvement est possible et l'expertise a trois chances sur quatre environ d'aboutir, pourvu que le cadavre soit frais ; si l'enfant était mort par exemple depuis une huitaine de jours dans le ventre de sa mère, les globules risqueraient d'être altérés.

du défendeur. Si tel n'est pas le cas, il faut bien admettre que l'on risquerait d'aggraver la situation du défendeur en le rendant responsable des frais occasionnés par une fausse couche, alors qu'il ne dispose pas des preuves scientifiques libératrices. Mais, encore une fois, n'en est-il pas de même si l'enfant est mort-né? N'oublions pas d'autre part, avant d'aggraver la responsabilité du défendeur, que ce dernier n'est pas nécessairement et toujours le séducteur sans scrupules d'une jeune innocente, comme une vision stéréotypée et romantique des choses pourrait le faire croire.

En définitive, l'examen des divers aspects du problème conduit à une conclusion nuancée. Il ne semble ni juste ni opportun de prescrire dans tous les cas le paiement des frais de fausse couche par le défendeur, pas plus qu'il n'est juste ou opportun d'*exclure* ces indemnités d'une manière générale, comme le fait le Code civil. Sur le terrain du droit privé, et indépendamment des améliorations nécessaires que peuvent apporter les lois d'assurances sociales, la meilleure solution paraît être de donner au juge, comme le prévoit pour l'autorité administrative la loi danoise du 18 mai 1960, la *faculté* d'imposer à l'auteur de la conception une contribution pour les dépenses particulières causées par une fausse couche.

3. La réparation morale

Le principal défaut de l'art. 318, serait-on tenté de dire, est qu'il n'est pas appliqué. Plus précisément, il faut regretter ici, comme en d'autres occasions, l'excessive retenue dont fait preuve la jurisprudence lorsqu'elle est appelée à allouer des indemnités à titre de réparation morale. A la différence de divers tribunaux étrangers, on le sait, les tribunaux suisses, par un singulier matérialisme, semblent ne reconnaître de réalité qu'au dommage *matériel* et il est notoire que les indemnités accordées pour le tort moral sont généralement faibles, sinon dérisoires⁵⁷⁶. A ce sujet, on relira avec profit

⁵⁷⁶ Le plaidoyer d'EGGER, art. 318 N. 6, en faveur d'indemnités plus raisonnables pour tort moral, ne semble guère avoir été entendu.

les observations générales des rapporteurs de 1960 à la Société Suisse des Juristes, sur la protection de la personnalité, lesquelles conservent toute leur actualité⁵⁷⁷.

Cette observation préliminaire faite, il faut examiner le texte même de l'art.318. Certaines améliorations, de détail pour la plupart, pourraient lui être apportées. Il conviendrait ainsi de dire que l'indemnité *doit* être allouée lorsque les conditions légales sont remplies, et non pas qu'elle le *peut*⁵⁷⁸. Une telle rédaction, conforme du reste au sens actuel de la loi, semble-t-il, écarterait un inconvénient du texte en vigueur, qui paraît encourager les juges à la timidité en matière de réparation morale⁵⁷⁹. Cette correction se justifie d'autant plus que, cas spécial du principe de l'art.28, l'art.318 présuppose une atteinte illicite et grave aux intérêts personnels de la mère de l'enfant illégitime⁵⁸⁰, ainsi qu'une

⁵⁷⁷ Voir les rapports de MM. GROSSEN, pp.36a-37a, et JÄGGI, pp.185a ss. Il faut citer aussi les remarques de M. COMMENT, juge fédéral, à l'assemblée de Lugano, PV de la 94^e assemblée, 1960, p.663, quant au caractère trop modeste des montants alloués par les tribunaux: «...Je pense avec M. GROSSEN que l'élévation sensible du taux de l'indemnité pour tort moral aurait un effet préventif appréciable.» – Ces considérations, faites à propos de l'art.49 CO, valent aussi pour l'art.318 CC. Après avoir été, selon SILBERNAGEL et EGGER, de quelques centaines de francs, les sommes allouées sur la base de cette disposition, lorsqu'un tribunal se décide à l'appliquer, seraient aujourd'hui de l'ordre de 1000 à 3000 francs, ce qui a fait dire que le prix de l'honneur n'était pas élevé chez nous; cf. Le Trait d'Union, Bulletin de l'Association des anciennes élèves de l'Ecole d'Etudes sociales, 1956, n° 2-3, p.5.

⁵⁷⁸ Tel est du reste le sens du texte actuel, selon EGGER, art. 318 N.5, pour qui le pouvoir d'appréciation du juge est limité à la *mesure* de l'indemnité, sauf cependant dans le dernier cas cité par l'art.318, où la demanderesse «était encore mineure à l'époque de la cohabitation». Opinion différente sur le principe, SILBERNAGEL, art. 318 N.9.

⁵⁷⁹ Cf. aussi les art.93 et 151 CC; l'art.49 CO est, à cet égard, plus clair.

⁵⁸⁰ Sur ce point, voir EGGER, art.318 N.3 et SILBERNAGEL, art. 318, N.8; l'incapacité psychologique de ressentir une douleur mo-

faute, pas nécessairement grave, du défendeur⁵⁸¹ – éléments qui sont implicitement contenus dans la casuistique de cet article. Cette constatation justifie l'interprétation restrictive qui est donnée par la jurisprudence et la doctrine à la dernière des conditions citées: le fait que la demanderesse était encore mineure à l'époque de la cohabitation ne prouve pas, et ne fait même plus présumer l'existence d'une atteinte illicite aux intérêts personnels ou celle d'une faute du défendeur⁵⁸². L'occasion pourrait donc être saisie d'harmoniser le texte à son interprétation jurisprudentielle en prévoyant par exemple que la réparation morale est due «lorsque le défendeur a abusé de l'inexpérience ou de la confiance d'une mineure»⁵⁸³. Cette formule générale permettrait même de renoncer, du moins si on en supprimait la condition de minorité, au cas de la promesse de mariage, qui soulève certaines difficultés de preuve⁵⁸⁴. La formule correspond en outre au sens de la loi, qui veut que la promesse de mariage ait pré-

rale ne prive donc aucunement une demanderesse anormale de son droit à la réparation morale.

⁵⁸¹ Dans un arrêt de 1913 de la Cour d'Appel de Bâle, relaté par SILBERNAGEL, art. 317, N. 33, une indemnité pour tort moral a été refusée parce que le défendeur n'avait pas commis une faute grave en ne prenant pas en considération la possibilité qu'il contaminerait la demanderesse. Il semble bien y avoir là une illustration de la pratique exagérément restrictive de bien des tribunaux.

⁵⁸² Ainsi dans le cas où la mère aurait pris l'initiative de la cohabitation, ou aurait poursuivi sans y être contrainte des relations durables; cf. EGGER, N. 4 et jurisprudence citée.

⁵⁸³ Cf. l'art. 196 CPS.

⁵⁸⁴ Ce cas peut susciter d'autres difficultés d'application, en raison par exemple du concours possible avec celui de l'art. 93, plus exigeant du reste, sur la rupture des fiançailles. – Signalons ici, d'autre part, un arrêt genevois, SJ 1942, 486, selon lequel n'a pas droit à la réparation morale de l'art. 318 la femme qui, sans motif légitime, refuse le mariage qui lui avait été promis; un tel «principe» paraît fort contestable, voire contraire à la liberté du mariage; il confère au juge la tâche dangereuse de décider quand il est «légitime» que la femme refuse d'épouser son séducteur.

cédé la cohabitation⁵⁸⁵. Elle rendrait en outre superflues les propositions tendant à ce que la loi prévoie la réparation morale dans le cas de «fréquentation sérieuse et durable»⁵⁸⁶, hypothèse dans laquelle cette réparation est loin d'être toujours méritée.

Une nouvelle rédaction de l'art.318 devrait éviter d'exclure une éventuelle application des art.41 et 49 CO en raison de prétentions fondées sur un acte illicite indépendant, par exemple lorsque le défendeur, pour se procurer le bénéfice de l'*exceptio plurium*, a été l'instigateur de relations intimes de la mère avec un tiers⁵⁸⁷. D'autre part l'art.318 actuel ne permettant aucune réparation morale dans le cas de fausse couche, il y aurait lieu, pour les raisons indiquées précédemment, de prévoir cette possibilité dans les mêmes conditions que pour la réparation matérielle.

4. Les prestations dues à l'enfant

La très grande importance de la règle de l'art.319 est bien connue, et il est aussi superflu d'en commenter le principe que le fondement juridique. On sait aussi que ce devoir d'entretien, à base familiale, (malgré l'absence d'une famille véritable), obéit à des règles analogues à celles qui régissent le devoir des parents légitimes. Le partage qu'opère l'art.319 entre les «contributions» des deux parents, en fonction de leur position sociale (plus que de leur patrimoine), apparaît juste, comme apparaît inévitable le large pouvoir d'appréciation laissé au juge.

Si l'art.319, dans son ensemble, ne suscite pas de critiques et mérite d'être conservé, son alinéa 2, cependant, fait l'objet de propositions de réforme tendant à étendre les limites temporelles de l'obligation d'entretien. L'intérêt public,

⁵⁸⁵ Cf. ATF 52. II. 332 = JT 1927. I. 98 et le texte allemand, «Vor der Beiwohnung», de l'art.318.

⁵⁸⁶ A ce sujet, voir plus loin, Chapitre XVI. – Sur la comparaison des conditions prévues à l'art.323 avec celles de l'art.318, voir par exemple SILBERNAGEL, N.11 ss.

⁵⁸⁷ Dans ce sens EGGER, N.11 et SILBERNAGEL, N.5.

a-t-on fait remarquer, exige, aussi bien que l'intérêt de l'enfant lui-même, que les prestations du père ne cessent pas trop tôt, de façon que l'enfant ne soit pas contraint de gagner rapidement sa vie, sans pouvoir terminer ses écoles ou son apprentissage. Les efforts faits par la communauté, dans d'autres domaines et par d'autres procédés, pour favoriser la formation professionnelle peuvent et doivent être appuyés, sur le terrain du droit civil, par une meilleure réglementation de l'obligation alimentaire, notamment dans le cas de l'enfant naturel. Des considérations analogues valent pour l'enfant naturel infirme, malade ou faible d'esprit. Dans diverses hypothèses par conséquent, il apparaît souhaitable que la pension soit payable au moins jusqu'à la majorité de l'enfant⁵⁸⁸ – d'autant plus que le devoir de la mère n'est, lui, pas limité de la sorte⁵⁸⁹ – et même, dans des cas appropriés, au-delà de la majorité. On pourrait s'inspirer ici du système souple de la loi danoise de 1960 qui, bien que mettant fin à l'obligation en principe lorsque l'enfant atteint 18 ans (ou, en outre, s'agissant d'une fille, lors de son mariage) permet à l'autorité compétente, non seulement de prescrire des contributions spéciales en cas de maladie par exemple, mais aussi d'imposer des subsides pour l'enseignement et la formation jusqu'à l'âge de 24 ans révolus⁵⁹⁰.

La modification de l'art. 319 al. 2, dans le sens d'une prolongation, est certes justifiée. L'on doit prendre garde, pourtant, de ne pas accroître à l'excès les charges du défendeur,

⁵⁸⁸ Comme l'avaient du reste prévu les projets; le Conseil national devait réduire cette durée à la limite actuelle, EGGER, art. 319 N. 5.

⁵⁸⁹ Cf. art. 324 et 270 ss.

⁵⁹⁰ A noter aussi, en passant, que, au Danemark, la dette alimentaire, qui est payable par semestre et d'avance, peut même être ordonnée rétroactivement pour l'année précédant le dépôt de la demande et, exceptionnellement, pour plus longtemps encore. – Selon des propositions faites ces dernières années en Allemagne, la limite du devoir d'entretien devrait être reportée à 25 ans au maximum en raison d'une incapacité de travail ou des nécessités de la formation professionnelle de l'enfant naturel.

qui a peut-être d'autres responsabilités familiales, et tenir compte ici non seulement des ressources de ce dernier mais aussi, dans une certaine mesure, des moyens de droit public qui peuvent exister, dans des domaines comme ceux de l'assurance-invalidité ou de l'aide à la formation professionnelle, par exemple. Une certaine flexibilité doit être conservée au mécanisme qui permet au juge de tenir compte des circonstances et, soit de prolonger l'obligation après la majorité, soit même d'y mettre fin avant, quand la formation professionnelle a été achevée entre 18 ou 20 ans ou, comme le prévoit du reste l'art. 320, quand l'enfant a des ressources personnelles suffisantes, eu égard à sa position sociale⁵⁹¹. L'art. 320 devrait en outre être assoupli de sorte que le juge puisse réviser ses décisions quant au montant de la pension chaque fois que les circonstances l'exigent (à l'instar de l'autorité de surveillance danoise) et non pas seulement lorsque les circonstances «se modifient *notablement*». Tout recours à l'art. 320 est d'ailleurs superflu lorsque le juge prend la précaution, dans sa décision initiale, de tenir largement compte de l'accroissement constant des frais d'entretien de l'enfant jusqu'à sa majorité. Il n'en reste pas moins que le système actuel de révision de la pension en cas de «faits nouveaux» («à la requête de l'une des parties», le débiteur comme le créancier) peut avoir des inconvénients réels pour la partie la plus faible, c'est-à-dire l'enfant ou sa mère, qui risque d'être obligée d'entamer de nouvelles procédures chaque fois que la pension se révèle insuffisante. Le texte de l'art. 320 ne devrait pas seulement être corrigé de la condition,

⁵⁹¹ Un intéressant arrêt Sacker contre Kaufmann, ATF 78. II. 318 = JT 1953. I. 393, donne une analyse nuancée des conditions mises par l'art. 320 à la *suppression* de la pension; il rappelle que la créance de l'enfant contre le père est indépendante (a) du fait que par sa situation financière ou celle de sa mère, il a besoin ou non de ces prestations, et (b) du fait que son entretien est, ou peut être, assumé par sa mère ou par des tiers. Lorsque l'enfant est entretenu par des parents nourriciers en vue d'adoption, la *suppression* de l'obligation du père naturel, sans être exclue, est à déconseiller en général.

trop stricte, du changement «notable» des circonstances; il devrait aller jusqu'à permettre l'*indexation* du montant de la pension à l'indice du coût de la vie. Une telle innovation heurterait peut-être des traditions juridiques établies, mais qui apparaissent plus inéquitables encore en matière de filiation illégitime qu'en matière de divorce par exemple; le système favorise à l'excès le débiteur et fait supporter au seul enfant créancier (et à sa mère, sinon même à l'assistance publique) le fardeau du renchérissement général de la vie.

5. *Les conventions alimentaires*

Etant donné la grande importance pratique de ces conventions, qui remplacent souvent l'action pécuniaire en paternité, quelques observations à leur sujet ne sont pas hors de propos ici ⁵⁹². L'engagement de payer une pension alimentaire déterminée à un enfant illégitime, a dit le Tribunal fédéral, peut être également pris extra-judiciairement et sans forme spéciale, cela avec force obligatoire; il n'y a pas de motif valable de renvoyer dans tous les cas les parties à la procédure d'action en recherche de paternité ⁵⁹³. Depuis longtemps, il est fait un large usage, on le sait, de cette possibilité d'arrangements entre la mère, le curateur et le père ⁵⁹⁴,

⁵⁹² Sur ce sujet, voir en particulier l'étude du juge fédéral COMMENT, Problèmes juridiques dérivant de conventions relatives aux enfants de parents divorcés et aux enfants illégitimes, in Problèmes et Buts de la Tutelle, 1963, pp. 73 ss., 104 ss. – Il n'est question ici ni des conventions, exceptionnelles, entre l'autorité tutélaire et la mère, ni des conventions, du reste non susceptibles d'exécution en justice, par lesquelles le père s'engagerait à reconnaître l'enfant après sa naissance. Il ne sera pas fait allusion non plus aux clauses ou aux conventions portant sur d'autres points que le versement de prestations pécuniaires, comme le droit de visite, etc.

⁵⁹³ ATF 44. II. 3 = JT 1919. I. 290.

⁵⁹⁴ Mais une tendance semble se dessiner, depuis peu, à la diminution du nombre des engagements alimentaires et à l'augmentation de celui des procès en paternité. Ceci parce que l'expertise, sanguine ou anthropobiologique, est de plus en plus sollicitée par les pères prétendus. En outre un jugement présente de grands avan-

au sujet desquels diverses précautions légales étaient manifestement nécessaires⁵⁹⁵.

« Ces conventions contiennent généralement un aveu de paternité du père, éventuellement une renonciation à invoquer les moyens tirés des art. 314 et 315 et un engagement d'effectuer la pension alimentaire. »⁵⁹⁶

Elles peuvent contenir aussi l'engagement de la mère, et même du curateur, de taire le nom du père, en échange des engagements et des garanties d'entretien de ce dernier; la validité de ce genre de contrat (*Schweigevertrag*) n'est pas discutée⁵⁹⁷. Il est significatif qu'EGGER⁵⁹⁸ admette aussi cette validité, tout en étant d'avis que la mère a un devoir juridique, en vertu de l'art. 324, al. 2, de révéler le nom de l'auteur de la conception; d'où résulte même, selon lui, la possibilité pour les cantons d'imposer à la mère le devoir de donner les informations nécessaires durant sa grossesse et de sanctionner pénalement un refus! Cette thèse est vivement combattue par HEGNAUER⁵⁹⁹. Sur le principe même,

tages, sur le terrain de l'exécution à l'étranger, en raison des Conventions internationales citées *infra*, note 622.

⁵⁹⁵ Approbation de l'autorité tutélaire et de l'autorité de surveillance, art. 421–422. Le cas échéant, la mère ne sera pas partie à la convention, art. 319 al. 3.

⁵⁹⁶ COMMENT, p. 105.

⁵⁹⁷ Cf. aussi HEGNAUER, in *Problèmes et Buts de la Tutelle*, p. 64.

⁵⁹⁸ Art. 311 N. 8.

⁵⁹⁹ Art. cité, pp. 64 ss.; voir dans le même sens le « *Münchener Entwurf* » sur la réforme du droit allemand de la filiation illégitime, ainsi qu'une intéressante décision de la Direction de justice de Zurich, du 14 juin 1961, RDT 1963, p. 21, n° 4, selon laquelle on ne peut exercer aucune pression sur la mère naturelle qui se refuse à donner le nom du père et l'on doit considérer comme contraire à la bonne foi la révélation par le curateur du nom que lui a confié la mère sous le sceau du secret, lorsque le père a souscrit un engagement d'entretien suffisant; dans ce cas, l'autorité tutélaire ne peut refuser son approbation. A noter que, selon COMMENT, pp. 109–110, il n'est pas admissible que l'autorité tutélaire approuve une convention sans con-

et compte tenu des droits de la personnalité de tous les intéressés, nous pensons que la mère n'a pas, et ne doit pas avoir une obligation juridique de révéler le nom du père, ni à l'égard de l'autorité ni même à l'égard de son enfant, malgré les hésitations que l'intérêt de ce dernier peut faire naître quant à cette solution. Comme le dit le «Münchener Entwurf» sur la réforme du droit allemand, ni en droit civil ni en dehors de ce droit, la mère ne doit subir de préjudice du fait qu'elle refuse de nommer le père.

Ce qui est controversé, en revanche, c'est la nature et le fondement juridiques de l'engagement pécuniaire ou, plus précisément, de l'obligation assumée par le débiteur. Est-elle fondée ou non sur la paternité? La question est importante, notamment, dans le cas d'une éventuelle action en annulation. Selon certains arrêts, le législateur est parti de l'idée que celui qui assume des obligations pécuniaires envers un enfant naturel alors qu'il est, ou pourrait être, en butte à une recherche de paternité, est réputé être le père de l'enfant. Selon d'autres, la volonté des parties n'a nullement trait en réalité, dans de semblables accords, à la reconnaissance de la paternité, contrairement à ce qu'affirme EGGER⁶⁰⁰, et leur intention est au contraire justement d'éviter celle-ci⁶⁰¹. Il en résulterait que la cause juridique de l'obligation de payer les subsides n'est pas fondée sur la paternité illégitime, mais sur la reconnaissance des prétentions pécuniaires réclamées, et que cette reconnaissance crée une ob-

naître le nom du père. — En pratique, il arrive que le père signe un engagement et le dépose chez un avocat, lequel en garantit l'existence et la conservation, à toutes fins utiles, à l'autorité tutélaire, sans pourtant communiquer à cette dernière le nom de l'obligé.

⁶⁰⁰ Dans la 1^{re} édition de son Commentaire, ad 319, N. 7 a.

⁶⁰¹ ATF 71. IV. 196, 200 = JT 1946. IV. 44, qui parle de «convention, engagement ou transaction extra-judiciaire par lesquels les parties préviennent ou terminent à l'amiable un procès en paternité». ATF 44. II. 3 = JT 1919, 290, déjà cité, affaire Muller contre Karg; l'arrêt a été confirmé par l'ATF 48. II. 194; cf. aussi ATF du 12 décembre 1952, SJ 1953, 472.

ligation *indépendante* du titre d'où découlaient à l'origine lesdites prétentions.

Il n'est pas dans notre intention d'approfondir ici cette question, ni celle, qui y est liée, du caractère exécutoire ou non de la promesse d'accomplir un devoir moral; cette étude dépasserait le cadre du présent rapport. Bornons-nous à signaler, comme un argument en faveur d'un effort de clarification législative au moment de la révision du Livre II du Code civil, les incertitudes de la jurisprudence. Avec DESCHENAUX⁶⁰², nous pensons qu'il y a lieu de distinguer la *cause* de l'obligation, qui sera souvent la concession faite par l'autre partie qui renonce au procès en paternité, et sa *nature juridique*, qui est le titre juridique sur lequel la mère ou l'enfant fondaient ou auraient pu fonder leur action. Il faut reconnaître que le co-contractant de la mère ou de l'enfant peut agir en fonction de facteurs divers: il conclut la convention, ou accepte la transaction judiciaire, parce qu'il croit être le père ou pouvoir l'être, ou bien seulement pour éviter le procès, sans se soucier de trancher la question de sa paternité ou même, exceptionnellement, en sachant qu'il n'est pas le père⁶⁰³.

«Lorsqu'une personne reconnaît un enfant, a dit le Tribunal fédéral, c'est en général pour exécuter une obligation morale.»⁶⁰⁴ Lorsqu'une personne assume un engagement alimentaire envers un enfant naturel, il peut aussi en être de même, notamment dans le cas où l'engagement a été assumé

⁶⁰² Note au JT 1946. IV. 48, La promesse d'entretien envers un enfant naturel a-t-elle le caractère d'une obligation du droit de famille?

⁶⁰³ OG Zurich, 1^{er} mai 1934, Bl. ZR 1935 n° 88 p. 195, confirmé par l'ATF 60. II. 261 = JT 1935. I. 2; cf. ATF 44. II. 3 = JT 1919. I. 290; sur ces questions voir aussi AUBERT, thèse, pp. 58 ss., ainsi que KNAPP, Le droit civil de la famille dans le Code pénal suisse, 1943, Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, vol. XVII, fasc. 1, p. 37.

⁶⁰⁴ ATF 79. II. 33 = JT 1954. I. 98; il serait préférable de dire, observe AUBERT, p. 59, «pour rendre civile l'obligation morale qui lui incombe».

après l'expiration du délai de l'art.308. Citant un cas de ce genre devant le Parlement, EUGEN HUBER déclarait qu'il s'agissait là de l'accomplissement d'un devoir moral dont l'exécution devait pouvoir être poursuivie⁶⁰⁵. Toute autre solution heurterait à l'évidence le sens de l'équité. Quelles que soient les théories que l'on a pu soutenir en matière de droit des obligations, sur le devoir moral et la promesse de l'accomplir, il est clair que l'engagement de verser des sub-

⁶⁰⁵ Bull. stén. CN 1906, 1237; dans une consultation de 1921, EUGEN HUBER exprimait aussi l'opinion que le défendeur était lié aussi bien par les prestations qu'il avait faites que par ses promesses de prestations futures, mais cette thèse fut rejetée par la Cour de Justice de Genève, SJ 1921, 264, suivant la jurisprudence du Tribunal fédéral pour qui «la promesse de l'accomplissement d'un devoir purement moral n'a pas de caractère obligatoire»; ATF Günther, 19, p.165, Schoch contre Stelli 13.II.60, et Dürer, 45.II.291 = JT 1919.I.423, en accord avec une grande partie de la doctrine, OSER, SCHNEIDER-FICK, ROSSEL, etc. VON TUHR, 2^e éd. fr. I, paragr.4, pp.28, 30, plus justement, considère que l'exécution peut non seulement être accomplie mais en outre être promise valablement. – Cette jurisprudence du TF a été vivement critiquée par BUSSY, L'enrichissement illégitime, 1922, p.56. Les tribunaux ont d'ailleurs adopté aussi la thèse opposée: voir les ATF Zimmerli, 46.II.38, Stähelin contre Rüdlinger, 53.II.198 = JT 1928.I.12, ainsi que deux arrêts genevois, SJ 1950, 469 et 1958, 182. Voir aussi le Message du Conseil fédéral, FF 1905, 45. On trouvera une intéressante analyse de la jurisprudence dans une note de DESCHENAUX, «De la saisie d'une gratification future», JT 1945.II.33, qui ignore cependant l'arrêt Stähelin. L'auteur remarque très justement que, si la promesse d'exécution suppose en général, comme le dit le TF dans l'arrêt 45.II.291, 297 = JT 1919.I.423, l'existence d'une «obligation» au sens juridique du terme – ce dont le TF déduisait l'absence de caractère obligatoire de la promesse d'exécuter un devoir moral – une telle promesse peut aussi signifier, le cas échéant, que son auteur *contracte* une telle obligation. L'intention de s'obliger fait souvent défaut, comme le dit le TF, mais ce n'est pas toujours le cas: la promesse peut être davantage que le simple aveu d'une obligation naturelle; elle peut parfaire l'obligation naturelle, sans l'agrément, acquis d'avance, du créancier, et la rendre civilement obligatoire, selon DESCHENAUX, sans novation; cf. ici CARBONNIER I, p.136. Enfin, le paiement révèle la volonté du débiteur de se reconnaître civilement obligé.

sides d'entretien à un enfant naturel n'est généralement pas⁶⁰⁶ une donation mais une promesse exécutoire, même si elle est assumée dans des circonstances où l'action en paternité serait impossible ou dénuée de chances de succès⁶⁰⁷. Etant donné les incertitudes de la jurisprudence, il paraît souhaitable, répétons-le, qu'une disposition soit insérée dans le Code civil relativement aux conventions alimentaires, à l'instar de certains droits étrangers. La question mériterait en effet, par son importance, autre chose qu'une allusion indirecte comme celle de l'art. 319 al. 3. La sécurité du droit, l'intérêt même de toutes les parties en cause et surtout, cela va de soi, les exigences d'une bonne protection de l'enfant, nous semblent justifier une claire consécration de la validité de tels engagements.

Une disposition nouvelle à ce sujet devrait aussi, pour des raisons analogues, réglementer, au moins succinctement, l'*action en annulation*, pour vice du consentement, d'une convention alimentaire ou d'une transaction judiciaire⁶⁰⁸. La jurisprudence sur cette question est claire: le débiteur d'aliments a le droit d'intenter une action en annulation de son engagement, pour vice du consentement, par application analogique des art. 23 et ss. du Code des Obligations (même s'il a consenti à une transaction judiciaire, cas dans lequel il n'aura pas à introduire une instance en révision). Il n'est pas rare que les débiteurs fassent usage de cette possibilité, et invoquent le dol ou l'erreur essentielle, lorsqu'ils

⁶⁰⁶ Cf. art. 239 al. 3 CO.

⁶⁰⁷ Rappelons que la convention relative à des prestations pécuniaires conclue par la mère avec les deux hommes avec lesquels elle aurait entretenu des relations intimes n'est pas immorale – pour autant qu'elle est conclue après lesdites relations; par cette convention, à base de pur droit des obligations, les débiteurs accomplissent un devoir moral, ATF 48. II. 194 = JT 1922. I. 614, cf. COMMENT, p. 108.

⁶⁰⁸ Les principes applicables à la nullité d'une transaction judiciaire ne sont pas différents, selon le droit fédéral, de ceux qui valent pour l'annulation d'une convention, ATF 82. II. 186, 192 = JT 1957. I. 518.

découvrent, ou prétendent découvrir, après la signature de la convention, un certain fait nouveau, qui aurait justifié par exemple, dans un procès, des objections fondées sur les art. 314 al.2 et 315. Le Tribunal fédéral pose ici des conditions moins strictes que pour l'action en annulation de reconnaissance⁶⁰⁹ car il ne voit pas, pour le simple contrat alimentaire, de motifs tirés de la sécurité du droit qui justifieraient une rigueur particulière. Il se montre soucieux, d'autre part, de ne pas encourager les débiteurs récalcitrants ou de mauvaise foi en admettant trop aisément soit le dol soit l'erreur essentielle⁶¹⁰.

Quant à l'erreur de base, motif le plus souvent invoqué par le demandeur en annulation, il y a lieu d'être très circonspect. Dans un important arrêt du 5 juillet 1956⁶¹¹, le Tribunal fédéral admet l'erreur essentielle lorsque le débiteur s'est engagé sur la foi d'une certaine donnée, tenue par lui pour base nécessaire de l'engagement, mais qui se révèle inexacte (par exemple absence de cohabitation de la mère avec un tiers) et lorsque l'autre partie devait, selon les règles de la bonne foi, se rendre compte de l'importance que le débiteur attachait à cette donnée. Mais la Deuxième Cour civile ajoute cette précision capitale : pour que la représentation ou donnée qui était à la base de l'engagement se révèle erronée, il ne suffit pas que les faits découverts après coup par le demandeur entrent sérieusement en considération pour le juge comme des circonstances propres à établir les exceptions des art. 314 al.2 ou 315 ; il faut que le demandeur *ait pu réellement faire triompher ces objections*. Pour obtenir l'annulation de sa dette, le demandeur ne peut donc pas se

⁶⁰⁹ Cf. supra, Chapitre IV.

⁶¹⁰ Voir ATF 56. I. 224 = JT 1931, I. 431 ; 60. II. 57 = JT 1934. I. 197 ; 60. II. 262 = JT 1935. I. 2, et surtout 70. II. 196 = JT 1945. I. 105 et 82. II. 186 = JT 1957. I. 518, et le résumé de COMMENT, pp. 106 ss. : «... Ainsi donc ces conventions ayant pour but d'éviter l'action en paternité doivent être inspirées par des principes de loyauté et de bonne foi.»

⁶¹¹ 82. II. 186, 193 = JT 1957. I. 518.

contenter de prouver la découverte de faits rendant possible l'application des art. 314 al. 2 ou 315. Une solution différente affaiblirait de manière inadmissible le principe de la force obligatoire des engagements et, en particulier, l'efficacité de ces conventions alimentaires, qui est déjà parfois, en pratique, quelque peu sujette à caution.

On peut conjecturer que cette jurisprudence, pour équilibrée et satisfaisante qu'elle soit d'une manière générale, subira aussi les contrecoups du développement des preuves scientifiques de la paternité, ainsi que de la disparition, nécessaire comme on l'a vu, des art. 314 al. 2 et 315. Ne devrait-il pas être plus difficile de prouver l'erreur essentielle à celui qui, alors qu'il avait cette possibilité, a négligé de recourir à l'expertise des sangs par exemple⁶¹² ?

Peut-être y aurait-il lieu, puisqu'une disposition légale paraît utile sur le chapitre des conventions alimentaires, d'y ajouter une clause ou une référence consacrant cette jurisprudence et soulignant son caractère strict – ce qui pourrait exercer un certain effet préventif sur les débiteurs récalcitrants. A défaut d'une telle clause sur l'annulation, dont nous reconnaissons volontiers qu'elle n'est pas indispensable, nous souhaiterions en tout cas l'insertion d'une disposition nouvelle sur le principe même des conventions alimentaires. Les praticiens de la tutelle et de l'assistance sociale nous diront si une consécration légale expresse serait dépourvue de toute utilité ou si, au contraire, elle ne pourrait pas exercer, en quelque mesure, un effet éducatif.

Il faut enfin évoquer une dernière question, qui est sans doute, pour les intéressés, la première : celle du *montant* des prestations stipulées dans les conventions alimentaires ou les transactions judiciaires. Deux situations doivent ici être distinguées, celle du contrat prévoyant le versement d'une pension, et celle du contrat prévoyant le versement d'une

⁶¹² Lorsque le débiteur a contracté sans se soucier d'éclaircir la question de sa paternité, pour éviter le scandale d'un procès, on inclinera à admettre qu'il a fait la part des doutes et qu'il ne peut invoquer l'erreur essentielle; COMMENT, p. 106.

somme globale et unique («Abfindungsvertrag»)⁶¹³. Si cette dernière formule offre à la mère l'avantage de disposer d'emblée d'une certaine somme, et même la seule garantie possible dans certains cas (lorsque le père, étranger, est sur le point de quitter la Suisse), elle a d'autre part divers inconvénients; non seulement pour le «père», souvent obligé d'emprunter pour réunir le capital nécessaire, mais aussi et surtout pour la mère et l'enfant. Il semble en effet que le montant des sommes forfaitaires ainsi versées soit très inférieur au total des pensions qui auraient pu être exigées, à quoi s'ajoute le fait qu'aucune modification n'est possible si la situation du «père» vient à s'améliorer⁶¹⁴. On comprend que les conventions alimentaires prévoient dans la très grande majorité des cas le versement d'une *pension*⁶¹⁵.

Sur les montants généralement stipulés, qui varient, ou devraient varier, en s'accroissant, en trois ou quatre tranches d'âge successives, il est difficile d'avoir des renseignements assez généraux et complets⁶¹⁶. Ce que l'on peut dire, c'est que

⁶¹³ Voir à ce sujet HANS SORG, Der Unterhalts-, insbesondere Abfindungsvertrag bei außerehelichen Vaterschaften, RDT 1963, p. 1 et p. 55.

⁶¹⁴ Selon F. HUGUENIN, La situation sociale et économique des enfants illégitimes à Genève, Ecole d'Etudes sociales, 1955, p. 34, les sommes forfaitaires versées à titre transactionnel correspondaient, dans les cas étudiés par l'auteur, à un versement moyen de Fr. 1.— à 2.— par mois pendant les 18 années de l'enfant!

⁶¹⁵ Un avantage important, vu la durée d'application de la convention, tient à la possibilité de modifications, nécessitées par un changement de la situation économique soit individuelle, soit générale; sur ce point voir COMMENT, pp. 110 ss., cf. EGGER, art. 319 N. 34.

⁶¹⁶ En ce qui concerne Genève, nous devons cependant à l'amabilité des services du Tuteur Général — sur ce point comme sur d'autres — d'utiles indications; voir aussi les intéressantes enquêtes faites à l'Ecole d'Etudes sociales, notamment par F. HUGUENIN, déjà cité, et C. SECRÉTAN, Quelques aspects de la situation juridique et sociale de l'enfant illégitime, 1956, p. 69. Selon COMMENT, p. 105, la pension «se situe souvent, aujourd'hui, entre Fr. 80.— et 200.—»; l'auteur déplore à ce propos que les parties fassent rarement usage «du droit qu'elles auraient de différencier le paiement de la dette ali-

les montants conventionnellement fixés, tout comme les chiffres, sur lesquels ils tentent de s'aligner, des pensions allouées par les tribunaux, paraissent faibles. Il y a à cela diverses explications. La première tient aux ressources des «pères illégitimes», au milieu social et économique dans lequel beaucoup d'entre eux se recrutent. Le curateur de l'enfant et les autorités de tutelle doivent faire preuve de réalisme et ne pas chercher à obtenir l'accord du débiteur sur un engagement important qui a peu de chance d'être tenu. Il se peut aussi que le débiteur ait d'autres obligations familiales, qui ne doivent pas être sacrifiées⁶¹⁷. Ce réalisme, comme celui des tribunaux, dont il est pour partie le reflet, ne doit pas cependant amener les représentants de la mère et de l'enfant à se contenter de sommes insuffisantes. Ils y sont parfois poussés par la crainte de perdre le procès en paternité en raison des objections de l'art. 314 al. 2 ou 315. Ici aussi, l'indispensable réforme qui a été préconisée dans un chapitre précédent devrait avoir d'heureuses répercussions; la conclusion même de la convention alimentaire devrait en être facilitée, et le contenu en être rendu plus équitable.

La première question que soulèvent les conventions alimentaires, disions-nous, avant toute autre considération juridique, c'est, pour les intéressés, celle du montant des pensions⁶¹⁸. Il faut nuancer cette remarque: si la pension doit

mentaire en établissant des périodes successives, par exemple jusqu'à sept ans, douze et dix-huit ans»; cette remarque ne semble pas valable pour le canton de Genève.

⁶¹⁷ Cf. la décision du 13 avril 1948 de la Direction de Justice de Zurich, RDT 1949, n° 3, p. 20, qui rappelle avec raison que l'obligation d'entretien à l'égard de l'enfant illégitime ne jouit d'aucune préférence sur l'obligation d'entretien de l'enfant légitime, d'où il suit que les deux obligations doivent être exécutées également et, le cas échéant, être réduites dans la même proportion.

⁶¹⁸ Les conventions alimentaires ne sont pas insuffisantes seulement quant au montant de la pension prévue, mais aussi sur d'autres points; selon F. HUGUENIN, *op. cit.*, note 614 *supra*, p. 35, sur plusieurs centaines de cas examinés, dans plus de la moitié aucune indemnité n'était prévue pour les frais de couches, ce qui ne saurait s'expliquer seulement et toujours par l'existence d'une assurance.

atteindre un minimum décent, il est plus important encore qu'elle soit effectivement et régulièrement payée. Cette vérité élémentaire, qui est valable aussi pour les subsides alloués par les tribunaux, nous amène à nous arrêter enfin à la question du paiement.

6. Le paiement de la pension alimentaire

On pourrait déplorer, dans ce domaine aussi, le caractère fragmentaire de l'information statistique et sociale dont le juriste dispose lorsqu'il veut étudier l'application du droit. Toutefois, un certain nombre d'études isolées, et surtout les témoignages des praticiens, tuteurs officiels, avocats, assistants sociaux, alliés à l'observation directe permettent de se faire une idée assez exacte de la situation actuelle concernant la récupération des pensions judiciairement ou conventionnellement fixées. Les indications sont concordantes, et l'on peut considérer comme un fait notoire la grave insuffisance de nos procédures de recouvrement des pensions.

Dans son postulat du 14 juin 1955, le Conseiller national Huber a très justement dénoncé un système qui laisse à la mère et à l'enfant le fardeau des multiples démarches nécessaires, devant plusieurs instances différentes, pour obtenir, tardivement et souvent imparfaitement, le paiement des mensualités dues, et qui offre au débiteur de mauvaise volonté de larges possibilités d'obstruction. Les choses se passent par exemple de la façon suivante : lorsque le débiteur ne paie pas à temps la pension de l'enfant, la mère s'adresse, au bout d'un certain temps, à un service officiel de tutelle ou au curateur ; ou c'est ce dernier qui, sans l'intervention de la mère, prend l'initiative des démarches. Celles-ci consistent d'abord en des contacts directs avec le père, après quoi, le temps passant, une plainte pénale en violation d'obligation d'entretien (art. 217 CPS) est déposée. Après des interrogatoires par la police et le juge d'instruction, l'affaire est transmise au Parquet qui, le cas échéant, prononce une inculpation et renvoie à la juridiction de jugement. On imagine que ces diverses instances, d'ailleurs assez chargées de dossiers

de ce genre, demandent un certain temps pour la transmission du dossier; du reste, si le débiteur «fait un geste», invoque sa maladie, sa gêne momentanée ou quelque excuse valable, la procédure a de fortes chances d'être suspendue, voire classée. Il en est de même devant la juridiction de jugement, où l'on assiste parfois à des marchandages singuliers, le tribunal usant de son pouvoir de persuasion pour amener le débiteur récalcitrant à faire preuve «de bonne volonté» en payant une plus grande partie de l'arriéré, et pour convaincre le créancier de l'obligation alimentaire d'être «compréhensif» en acceptant un paiement partiel. Si le débiteur s'obstine, on en arrive à la condamnation pénale, à quelques jours d'arrêts ou de prison, généralement avec sursis, une peine ferme n'étant évidemment pas de nature à permettre au débiteur d'augmenter sa capacité financière. Ces poursuites en violation d'obligation d'entretien, qui encombrent certains jours le rôle des tribunaux, où elles sont inévitablement traitées comme des affaires de routine, laissent une impression très mélangée à l'observateur, et sans doute à la mère, cependant que sur le débiteur, il y a tout lieu de penser que l'effet d'intimidation est faible, voire nul⁶¹⁹. Dans certains cas pourtant, à l'un ou l'autre des stades de cette longue procédure, le débiteur reprendra parfois ses versements ou signera une cession sur salaire; mais il lui sera facile aussi de quitter son emploi ou de changer de domicile, sinon même de quitter la Suisse, pour entraver ou paralyser tout recouvrement.

En vérité, les ressources de la procédure et de l'organisation judiciaire pénales paraissent peu faites, sauf cas ex-

⁶¹⁹ Cf. l'enquête de F. HUGUENIN, *op. cit.*, p. 21, qui observe «il est évident que la procédure de plainte ... n'offre aucune protection pour la mère qui, pendant ce temps, assure l'entretien de l'enfant, en attendant des versements fort aléatoires ... et nous comprenons fort bien que la presque totalité d'entre elles y renoncent». L'auteur note en outre, avec objectivité, que certaines mères préfèrent «se débrouiller seules» pour éviter que le père ne demande à voir l'enfant et n'exerce sur lui une influence.

ceptionnels, pour apporter une solution aux problèmes pécuniaires de l'enfant illégitime et de sa mère. On peut en dire autant, *mutatis mutandis*, avec SILBERNAGEL⁶²⁰, de la loi sur la poursuite pour dettes. Il suffit de rappeler, notamment, qu'elle ne permet de faire valoir que les créances *échues*. On comprend que divers milieux, reprenant les propositions faites par GROB il y a quelques trente ans déjà, aient demandé ces dernières années des modifications ou compléments aux règles de la loi fédérale de 1889⁶²¹. Sur le plan pratique, la voie de la poursuite pour dettes offre à l'évidence bien des inconvénients pour la mère et l'enfant, et son efficacité est loin d'être démontrée.

Il faut mentionner aussi les cas, assez nombreux, où le débiteur de l'obligation alimentaire est un étranger. On ne s'étonnera pas que, alors, le jugement pécuniaire, ou la convention, soient souvent inexécutables en fait. Ceci malgré l'utile activité d'institutions comme le Service social international, de Genève, ou des ambassades et consulats suisses à l'étranger. Des efforts ont été faits ces dernières années, sur le plan international, pour assurer un peu d'ordre dans ce domaine⁶²².

Il est constant, en résumé, que le recouvrement des pensions alimentaires cause à la mère et à l'enfant, ainsi qu'au curateur et à de nombreux organismes de tutelle et d'assis-

⁶²⁰ Art. 319, N. 77.

⁶²¹ Cf. GROB, *Revue Pro Juventute* 1936, p. 272.

⁶²² Cf. la Convention de New York, du 20 juin 1956, sur le recouvrement à l'étranger des obligations alimentaires, conclue sous les auspices de l'O. N. U., et la Convention de La Haye, du 15 avril 1958, concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants, convention à laquelle la Suisse est partie; cf. W. VON STEIGER, *Der Schutz des Kindes im internationalen Privatrecht der Neuzeit*, in *Problèmes et Buts de la Tutelle*, pp. 121 ss.; cf. HEGNAUER, art. 272, N. 211–214. – A noter que, dans le cas des défendeurs étrangers, la difficulté n'est pas seulement de faire exécuter le jugement, mais aussi parfois, et tout d'abord, de l'obtenir, lorsque le défendeur a quitté la Suisse et doit par conséquent être assigné par voie édictale.

tance, les plus grandes difficultés. Pour la mère, et par conséquent pour l'enfant, les problèmes ne sont d'ailleurs pas seulement d'ordre matériel, mais aussi psychologiques. Accoutumés à la routine du contentieux, aux longueurs des procédures, les juristes éprouvent quelque peine à se représenter l'effet, sur l'esprit et sur l'équilibre d'une femme, d'un niveau culturel souvent moyen, déjà traumatisée par la maternité illégitime, des luttes et des démarches incessantes qu'elle doit mener pour obtenir le versement des indemnités ou des mensualités qui sont dues à son enfant ou à elle ⁶²³.

On comprend que, dans ces conditions, un certain nombre de mères célibataires soient poussées à rechercher à tout prix le mariage avec un tiers, pour mettre un terme à ces difficultés matérielles (en même temps que, peut-être, donner un père à leur enfant) ⁶²⁴; or il semble bien que, assez souvent, cette « solution » ne fasse que créer d'autres problèmes, surtout pour l'enfant ⁶²⁵. On comprend aussi que, pendant que durent toutes ces longues démarches, la majorité des mères soient contraintes de s'adresser à divers organismes d'assistance, et par exemple à leur commune d'origine, pour des secours provisoires ou même de longue durée.

Une appréciation d'ensemble portée sur ce système ne peut donc que constater son *échec*. Les pensions, dont le montant est déjà souvent tout juste suffisant, ne sont pas payées régulièrement ou pas payées du tout, et cela, notamment, pendant la période où la mère aurait le plus urgent besoin

⁶²³ Cf. BINDER, pp.290 ss., notamment p.300, qui insiste sur l'importance d'une procédure rapide en paternité et surtout sur le versement très prompt et ponctuel des indemnités et subsides dus à la mère et à l'enfant; rappelant les angoisses et les psychoses des mères célibataires pendant ces périodes de difficultés, il conclut d'une large enquête qu'*un tiers* de toutes les mères illégitimes voient leur équilibre mental durablement perdu, pour des causes diverses dont les difficultés matérielles forment une part non négligeable.

⁶²⁴ Sur les légitimations de complaisance, voir *infra*, Chapitre XVIII.

⁶²⁵ Cf. F. HUGUENIN, p.53; voir aussi BINDER, *passim*.

d'être aidée à entretenir son enfant. Les arriérés s'accumulent et finissent par se prescrire, ou par être remis, de guerre lasse, par le créancier découragé⁶²⁶. Il y a quelques années, les services du Tuteur général du canton de Genève pouvaient évaluer ces arriérés à plus d'un million de francs! Certaines enquêtes ont montré que les pensions dues à l'enfant illégitime n'étaient payées complètement (ce qui ne veut pas dire «ponctuellement») que dans 6 à 10% des cas!⁶²⁷ Le phénomène n'est du reste pas limité, chacun le sait, aux obligations alimentaires en matière de filiation illégitime, et des constatations analogues, quoique probablement moins défavorables, pourraient être faites par exemple quant aux paiements des indemnités et pensions après divorce⁶²⁸. Il semble donc bien qu'un véritable abîme sépare ce que l'on pourrait appeler la *théorie* des obligations alimentaires, telles qu'elles sont fixées par les tribunaux ou, contractuellement, par les parties, d'une part, et la *pratique*, soit leur paiement effectif d'autre part. Le phénomène paraît être d'une telle ampleur que les causes n'en sont certainement pas accidentelles ou passagères. Essayons de les discerner.

Une première cause doit être recherchée sans aucun doute dans la situation même des débiteurs. Une forte proportion d'entre eux sont insolvables ou dans une situation financière très modeste. Ceci n'est pas un hasard. Les enquêtes faites à ce sujet démontrent que les pères illégitimes, tout comme les mères, se recrutent principalement dans les couches les plus modestes de la population (manœuvres, ouvriers non qualifiés, petits employés, etc.). A cela s'ajoute un fait significatif: le fort pourcentage, parmi les pères connus⁶²⁹, des al-

⁶²⁶ Cf. art.128, 131 CO. Si le droit aux aliments est imprescriptible, les montants dus se prescrivent par 5 ans; cf. ATF 76. II. 113 = JT 1950. I. 546 et App. G. de Bâle-Campagne, du 28.4.1953, RDT 1955, n° 27 p.156.

⁶²⁷ Cf. F. HUGUENIN, op. cit., pp.26 et 44.

⁶²⁸ Sur ce point voir HEGNAUER, art. 272, N. 170 ss. et références.

⁶²⁹ C'est-à-dire dans $\frac{3}{4}$ des cas environ; on peut situer entre 20 et 30% le nombre des cas où l'identité du père n'est pas déterminable,

cooliques et d'autres éléments plus ou moins asociaux, criminels, débiles mentaux, etc.⁶³⁰. Ce tableau général, assez déprimant, de la moyenne des pères illégitimes, ne saurait surprendre; l'irresponsabilité dans le domaine sexuel se présente ainsi, dans la plupart des cas, comme un aspect d'une irresponsabilité plus générale qui suffira souvent à expliquer les conditions matérielles dans lesquelles se trouvent la plupart des débiteurs de pensions alimentaires. Si l'on tient compte enfin du fait que, dans nombre de cas, le père illégitime est marié (qu'il vive ou non séparé) et a d'autres charges de famille⁶³¹, on comprend que la récupération des pensions alimentaires suscite bien des difficultés.

Ceci ne constitue en aucune façon une explication complète, pourtant, d'autant moins que, dans la fixation même du montant des pensions, par jugement ou par convention, il a déjà été tenu compte, très largement, des possibilités du débiteur⁶³². Une seconde cause de la mauvaise exécution des obligations alimentaires est *la mauvaise volonté* de très nombreux débiteurs. Le fait est trop notoire pour qu'il soit nécessaire de s'y attarder. Il n'est pas surprenant si l'on tient compte des circonstances qui ont été à l'origine de cette paternité d'une part, et à l'origine de la consécration légale de l'obligation, d'autre part. Dans une minorité de cas seule-

soit que la mère ne la connaisse pas, soit qu'elle ne puisse donner que des indications insuffisantes, ou refuse même de nommer le père.

⁶³⁰ Voir à ce sujet les constatations détaillées de BINDER, pp. 80-83, qui concordent avec les enquêtes faites à l'Ecole d'Etudes sociales de Genève, cf. par exemple F. HUGUENIN, op. cit., p. 26, ainsi qu'avec l'impression générale que laissent les faits énoncés dans les décisions judiciaires.

⁶³¹ Le père illégitime était marié dans un cinquième des cas observés par BINDER, p. 80; dans les résultats de certaines enquêtes faites en Allemagne, ce pourcentage s'est élevé jusqu'à 50 %.

⁶³² Et quelquefois *trop* largement: dans un souci compréhensible d'éviter de rendre des décisions «théoriques», il arrive que certains tribunaux allouent des montants dérisoires, et sousestiment l'effort qui peut être exigé du père dès le moment où sa responsabilité légale et morale a été reconnue.

ment, l'engagement a été pris spontanément. La plupart des pères illégitimes n'ont aucun intérêt personnel pour l'enfant; dans le cas contraire, il arrive aussi qu'ils ressentent avec irritation le fait de n'être qu'un débiteur impersonnel, qui n'a rien à dire dans l'éducation de l'enfant⁶³³.

Quelles que soient les causes ou les explications de la mauvaise volonté de la majorité des débiteurs (un phénomène sur lequel l'ordre juridique a peu de prise, comme il n'en a guère, directement, sur leur situation matérielle et sociale), il faut constater qu'un troisième et dernier facteur vient expliquer l'échec de notre système de paiement des pensions alimentaires. Ce troisième facteur, c'est *l'imperfection des procédures et des mécanismes d'exécution des jugements et des conventions alimentaires*, mécanismes qui laissent une grande latitude à la négligence et à la volonté d'obstruction. La voie de la poursuite, on l'a dit, se limite aux prestations déjà échues et exige des poursuites sans cesse renouvelées. Quant aux moyens de droit pénal (art. 217, 1, al. 2, CPS, pour ne pas parler de l'art. 218, qui ne mérite guère une mention) l'abondance de la jurisprudence, tant fédérale que cantonale, sur la violation d'obligation d'entretien suffit déjà à attester qu'ils ont un effet préventif fort limité. La faute n'en est pas seulement, ni même principalement, croyons-nous, à une pratique judiciaire parfois trop indulgente et qui abuse du principe dangereux, du reste non consacré par le droit fédéral, «*in dubio pro reo*»⁶³⁴, en même

⁶³³ Ce qui ne signifie pas qu'une reconnaissance volontaire soit souhaitée par eux, ni qu'elle soit possible ou désirable. Il ne faut pas croire du reste que, à l'égard des enfants reconnus avec effets d'état civil, l'exécution des prestations alimentaires soit toujours ponctuelle et complète! – A noter enfin que, en cas de reconnaissance, il est prudent de faire signer au père un engagement alimentaire séparé et précis, pour éviter d'être obligé, en cas de non-paiement, de demander la fixation judiciaire des prestations, préalablement à toute poursuite.

⁶³⁴ Voir les remarques du juge DIENER, Die strafrechtliche Verfolgung der Vernachlässigung von Unterstützungspflichten i.S. von Art. 217 StGB, 1949, cité par HANSEN, Le délit de violation

temps que du sursis⁶³⁵. Il est évident que la répression pénale, si indispensable qu'elle soit dans certains cas, ne convient pas comme moyen *ordinaire* et général de recouvrement des obligations alimentaires⁶³⁶. On sait que la règle de l'art.217 du Code pénal suscite de nombreuses difficultés d'interprétation et d'application, notamment des difficultés de preuve de la «mauvaise volonté» et de la capacité financière de s'acquitter⁶³⁷.

A côté de ces mécanismes d'une inefficacité patente, d'autres armes sont-elles offertes par notre droit aux créanciers de l'obligation alimentaire ?

Il faut bien, pour être complet, mentionner la disposition de l'art.321 qui, «lorsque la paternité du défendeur paraît

d'une obligation d'entretien, thèse Genève, 1955, p.83; cette excellente thèse signale aussi, sur la base des enquêtes de PETER, TRÜB et MEYER, «nombre de non-lieux et d'acquittements injustifiés», qui ont pu faire parler d'une véritable prime à l'inconduite (Prämierung der Liederlichkeit).

⁶³⁵ Depuis que, par la loi du 5 octobre 1950, la violation d'une obligation d'entretien est devenue un délit *sur plainte*, du lésé ou de l'autorité, plainte qui peut être retirée avant le jugement, l'art.41 CPS, observe HANSEN, p.97, avec raison, a perdu ici beaucoup de son utilité: «en effet, celui qui ne revient pas sur ses sentiments sous la menace d'une condamnation, ne s'amendera guère après ce jugement, et n'a pas mérité de bénéficier d'un sursis».

⁶³⁶ A noter que l'art.217 CPS sanctionne aussi l'inobservation d'un engagement unilatéral; cf. F. CLERC, De la violation d'une obligation d'entretien, Revue pénale suisse 1942, p.378 ss., 383.

⁶³⁷ Voir par exemple CLERC, op. cit., HANSEN, p.81 ss. et passim, LOGOZ, Commentaire du CPS, vol. II, art.217, p.410 ss. – Une loi française du 23 juillet 1942 a tenté de résoudre le problème en posant une *présomption* de culpabilité: «le défaut de paiement sera présumé volontaire sauf preuve contraire». En Suisse, les définitions assez larges que donne le Tribunal fédéral de la mauvaise volonté, par exemple ATF 73.IV.176 = JT 1947.IV.180 et 76.IV.109 = JT 1950.IV.137, n'ont pas suffi à empêcher de nombreux acquittements injustifiés, cf. HANSEN, pp. 74, 77. A noter que, selon le premier arrêt cité, le fait que le débiteur, convaincu de n'être pas le père naturel, estime avoir été condamné à tort par le juge civil, n'exclut pas sa mauvaise volonté au sens de l'art.217 CPS.

établie», et «si la mère est dans le besoin» permet de condamner le défendeur «avant le jugement à fournir des *sûretés* pour les frais présumables de l'accouchement et pour ceux d'entretien de l'enfant pendant trois mois», ceci même lorsque les droits de la mère ne sont pas en péril. Inspirée de bons sentiments, cette disposition semble être fort rarement utilisée, et l'on ne s'en étonnera pas : ce ne sont pas ces *sûretés* qui vont permettre à la mère de nourrir son enfant, de payer la layette ou la pouponnière ! La protection accordée par l'art.321 est illusoire, comme l'observait EGGER (art. 321, N.5), et devrait être remplacée par le versement d'*avances*⁶³⁸. Une correction, vu le texte clair de l'art.321, ne peut pas être apportée par la jurisprudence et nécessite l'intervention du législateur⁶³⁹. Le devoir de fournir des avances lorsque la mère est dans le besoin (ce qui sera souvent le cas) devrait d'autant plus pouvoir être imposé que la mère et l'enfant doivent attendre souvent pendant de longs mois, ou même des années, le jugement du procès en paternité. Le risque que cela comporterait pour le défendeur, risque à peine limité par l'action en enrichissement illégitime, peut être fondé sur la cohabitation et la possibilité de paternité⁶⁴⁰. Une disposition dans ce sens pourrait rendre des services dans certains cas et, comme il n'existe pas, par ailleurs, de raison majeure de l'exclure, nous pensons que c'est là une raison suffisante de préconiser cette réforme. La longueur, partiellement inévitable, des procédures de recherche en

⁶³⁸ Cf. pour l'ancien droit, une intéressante disposition du Landbuch de Nidwald, cité par SILBERNAGEL Vorbemerkungen, N.15, p.278.

⁶³⁹ Voir à ce sujet un jugement de l'Obergericht du canton d'Argovie, du 18 mai 1962, SJZ = 60, 1964, p.158, n° 93, ainsi que ATF 63. II. 65, JT 1937. I. 386. – A noter que, selon HANSEN, p.60, citant HAFTER et KNAPP, ces *sûretés* constituent bien des «obligations pécuniaires» au sens de l'art.217 CPS, d'où la possibilité – d'intérêt bien théorique – d'une condamnation pénale en cas de refus de les fournir par mauvaise volonté.

⁶⁴⁰ EGGER, art.321 N.5, cf. SPITZER, in: Problèmes et Buts de la Tutelle, p.162.

paternité, ou même des négociations de convention alimentaire, la situation matérielle souvent dramatique des mères célibataires pendant les quelques mois précédant et suivant la naissance, tous ces facteurs justifient et même exigent qu'aucun moyen ne soit négligé de porter remède à ces problèmes⁶⁴¹. Mais il ne faut pas se dissimuler le caractère très limité d'une telle réforme. Ce n'est pas elle qui améliorera d'une manière appréciable la situation actuelle, ce qui n'est pas une raison, répétons-le encore, de ne pas modifier dans ce sens l'art.321.

Plus intéressante, dans une certaine mesure, est la proposition qui a été faite d'introduire dans le Code un article nouveau, analogue à l'art.171, permettant au juge de prescrire aux débiteurs, notamment à l'employeur, du père naturel (ou, plus précisément, du débiteur de l'engagement alimentaire) «d'opérer tout ou partie de leurs paiements entre les mains de la mère et du représentant légal de l'enfant»⁶⁴². Une telle disposition aurait l'avantage de remédier en partie aux inconvénients que présente, dans notre domaine, la voie de la poursuite pour dettes, mais elle ne pourrait empêcher les débiteurs récalcitrants de faire obstruction en changeant d'emploi, comme ils savent le faire aujourd'hui déjà⁶⁴³.

⁶⁴¹ Cf. BINDER, p.308: «une aide économique temporaire, mais donnée en temps utile, ... peut souvent empêcher la séparation de la mère et de l'enfant et prévenir ainsi les tâches beaucoup plus lourdes que donnera le placement de l'enfant ...». – Il n'y a pas de raison de laisser aux seuls fonds publics ou aux œuvres d'assistance privées le soin de résoudre ce grave problème économique lorsque, exceptionnellement, le défendeur est en mesure de fournir des avances.

⁶⁴² En ce sens, le postulat Huber, les propositions de l'Alliance des Sociétés féminines suisses et du Groupe des femmes du PSS, etc., ainsi que SPITZER, op. cit., p.162.

⁶⁴³ Une disposition correspondante devrait alors être introduite relativement aux paiements des indemnités en cas de divorce, ainsi que pour les créances alimentaires des enfants légitimes, ce qui serait déjà possible aujourd'hui, selon certains, par la voie de l'analogie; cf. HEGNAUER, art.272, N.173.

Sans sousestimer l'intérêt de ces quelques propositions de réforme, on reconnaîtra leur caractère très fragmentaire. Que faire alors pour améliorer sérieusement la situation ? Réformer le droit pénal en matière de violation d'entretien ou, tout simplement, l'appliquer plus énergiquement ? Nous éprouvons quelque scepticisme à cet égard. Améliorer la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, comme le souhaitait GROB ? Cette voie mérite d'être explorée par les spécialistes, mais elle ne nous paraît pas de nature à apporter une véritable solution. Quels autres remèdes envisager ? Développer les assurances sociales et notamment l'assurance-maternité ? Créer et développer des homes pour mères célibataires, des «hôtels maternels», comme le réclament depuis longtemps les milieux médicaux et d'assistance sociale ? Toutes ces mesures générales sont sans doute, à des degrés divers, utiles ou même indispensables, mais elles ne concernent pas directement le problème évoqué dans le présent chapitre, soit celui du *paiement* des obligations pécuniaires fixées par le jugement de paternité ou par une convention alimentaire.

On peut apprécier diversement telle ou telle décision judiciaire en matière de recherche de paternité, avoir des avis différents sur les montants alloués dans certaines espèces. Sur un point au moins, il ne devrait pas y avoir de divergences : *les jugements qui sont rendus doivent être respectés et exécutés*. Il y va non seulement de l'intérêt de l'enfant innocent et de sa mère, et de l'intérêt général ; il y va aussi de la dignité de la justice et de la confiance qu'elle doit conserver dans l'opinion. Pour le prestige de la justice, pour le respect du droit, il est dangereux que tant de décisions restent lettre morte, et que l'impression puisse se répandre que l'appareil judiciaire continue à fonctionner selon ses mécanismes immuables, sans que l'on paraisse se soucier de savoir s'il est «embrayé» sur la réalité sociale. Ne serait-il pas singulièrement vain que les juristes suisses travaillent à réformer des textes de lois alors que, les procédures d'exécution restant inchangées, les conséquences pratiques risqueraient fort d'être les mêmes ? La vraie tradition juridique de notre pays,

croyons-nous, nous écarte des purs exercices dogmatiques et nous ramène sans cesse à la réalité sociale contemporaine. Dans cet esprit, une révision du droit de la filiation illégitime doit nécessairement s'attacher à la réalisation concrète des normes législatives.

Quels remèdes proposer, en conclusion ? On a suggéré la création, dans chaque canton, d'offices spécialisés chargés de la récupération des pensions, qui déchargeraient la mère et le curateur (privé) de l'enfant des pénibles et continuelles démarches que le système implique aujourd'hui. Constatons simplement que la chose existe déjà en bien des endroits, d'une manière plus ou moins développée, et qu'un remarquable travail social est accompli, à cet égard aussi, par les organismes officiels de tutelle. Mais une telle «réforme» ne saurait suffire et il conviendrait, au lieu d'accroître les tâches grandissantes de ces organismes, de les en décharger pour les laisser à d'autres tâches, plus proprement tutélaires. Il faut aller plus loin et adopter ce qui nous paraît, tout bien considéré, la seule solution véritable du problème : l'enfant et sa mère, ainsi que le curateur ou le tuteur officiel doivent être déchargés de l'obligation de réclamer sans cesse, à un débiteur souvent récalcitrant, et par des procédures complexes et lentes, le paiement des aliments *auxquels ils ont droit*, et que leur a reconnus une décision de justice ou un engagement formel. Il faut que le paiement de ces prestations à base familiale *soit assuré par les avances d'une caisse publique*, seule à même d'y procéder avec la régularité nécessaire et de veiller à leur récupération, comme d'une créance fiscale, auprès des débiteurs.

Objectera-t-on à cela des difficultés de réalisation technique ? L'organisation des caisses de compensation, des caisses d'assurance-vieillesse – qui d'ailleurs pourraient collaborer à la mise sur pied d'un tel système – n'était pas moins compliquée. Si l'on veut que le Code civil soit effectivement appliqué, que les art. 317 et ss., et notamment l'art. 319, trouvent leur traduction concrète dans la vie quotidienne et atteignent leur but, il faut en vouloir les moyens. Un juge an-

glais avait l'habitude de dire : « il y a deux sortes de juristes ; les uns trouvent des difficultés à toutes les solutions et les autres des solutions à toutes les difficultés ». Nous souhaitons tous, sans doute, appartenir à la seconde catégorie plutôt qu'à la première. Cela est d'autant plus aisé, en l'espèce, que le système qui vient d'être esquissé existe déjà en fait ; il existe à l'étranger, dans certains pays scandinaves, mais il existe aussi, sous une forme embryonnaire, dans quelques endroits de notre pays, où des administrations éclairées ont su l'introduire déjà, dans une mesure limitée, par l'intermédiaire d'un « fonds de roulement ». Ces pratiques, nées de la pression des faits, pourraient et devraient être généralisées et institutionnalisées. Tel nous paraît être, quelles qu'en soient les modalités, le seul remède véritable à ce que des praticiens expérimentés ont pu appeler la « *faillite* » du système. Il est à peine besoin d'ajouter qu'une telle solution ne favorise nullement la mère ou l'enfant illégitime et ne constitue en rien une « prime à l'union libre » ! C'est au contraire le système actuel qui favorise l'irresponsabilité ainsi que le mépris des engagements ou des décisions de justice. Si la loi a consacré l'obligation d'entretien du père naturel à l'égard de son enfant, cette obligation ne doit pas rester lettre morte ; des moyens appropriés doivent être trouvés qui en assurent l'exécution régulière et empêchent le débiteur d'en reporter le fardeau sur l'enfant et sa mère ou sur l'assistance publique.

Chapitre XVI:

La déclaration judiciaire de paternité

Considérée à l'origine par beaucoup comme l'une des institutions les mieux venues et les plus généreuses du Code civil⁶⁴⁴, l'action en paternité avec effets d'état civil, inspirée de la tradition canonique⁶⁴⁵, s'est révélée une déception.

⁶⁴⁴ EGGER, art. 323, N. 2.

⁶⁴⁵ Et du droit de certains cantons, comme le Valais et Appen-

Elle est peu utilisée en pratique, ce qui ne s'explique pas seulement par les conditions supplémentaires et plus strictes posées par la loi à ce genre d'action en paternité. La raison doit en être cherchée aussi dans les effets de cette action et dans la nature même de l'institution. Négligeant ici l'ordre «chronologique» des facteurs, nous voudrions rappeler d'abord, brièvement, les effets de l'action en déclaration de paternité, puis les diverses conditions de l'action et leur justification. Ceci pour tenter d'apprécier s'il y a lieu de maintenir cette institution, voulue par le législateur comme une protection plus accentuée de l'enfant naturel, de la corriger ou de la développer le cas échéant, ou même de l'abandonner⁶⁴⁶.

Les effets de la déclaration judiciaire de paternité sont régis par les art. 325 à 327; l'art. 325, en particulier, précise que l'enfant attribué par jugement avec effets d'état civil, tout comme l'enfant reconnu, «porte le nom de famille de son père, acquiert son droit de cité, et a, dans la famille tant du père que de la mère, les droits et les devoirs résultant de la filiation illégitime». Un second alinéa pose le principe, essentiel, que «les obligations du père sont les mêmes que si l'enfant était légitime». La «grande» action en recherche de paternité aboutit donc à placer l'enfant à l'égard de son père et de la parenté paternelle dans la même situation qu'envers la ligne maternelle, sous réserve des droits de succession (art. 461)⁶⁴⁷. La responsabilité du père est accentuée et la protection due à l'enfant⁶⁴⁸ est, ou est censée être, ren-

zell Rh. int.; la conception française de la reconnaissance forcée, en cas d'enlèvement, et de viol, qui se retrouvait dans les cantons romands, s'est amalgamée en quelque sorte, dans le CCS, avec la tradition des cantons germaniques sur la «Brautkindschaft»; cf. SILBERNAGEL, art. 323 N. 2 ss., EGGER, art. 323, N. 1, 2.

⁶⁴⁶ Sur le fondement même de l'action, et sur sa nature, constitutive ou déclarative, cf. *supra*, Chapitre II.

⁶⁴⁷ Cf. *Motifs*, p. 204.

⁶⁴⁸ Ainsi qu'à la mère, cf. l'art. 318 sur la réparation du tort moral.

forcée. On comprend que cette situation, en laquelle certains commentateurs étrangers voient une sorte de demi-légitimité⁶⁴⁹, ne puisse être obtenue qu'à des conditions très particulières: le juge ne peut déclarer la paternité, selon l'art. 323 al.1^{er}, que lorsque le défendeur «avait promis le mariage à la mère ou lorsque la cohabitation a été un acte criminel ou un abus d'autorité».

Pour comprendre cette disposition, il faut rappeler les deux idées maîtresses sur lesquelles elle se fonde. La première, qui ressort clairement de l'Exposé des Motifs, est la certitude plus grande de la paternité dans ces circonstances⁶⁵⁰. La seconde idée est celle de la protection renforcée due à la confiance ou à la faiblesse de la mère, en relation avec la responsabilité particulièrement lourde du père.

Quant à la *promesse de mariage*, ces deux motifs s'expliquent d'eux-mêmes. Mais il n'est pas sûr que le but de la loi soit ici entièrement atteint. Tout d'abord, la preuve de cette promesse (unilatérale) peut être difficile à apporter. En outre, l'interprétation jurisprudentielle apparaît contestable sur deux points. Pour permettre l'attribution de l'enfant avec suites d'état civil, la promesse de mariage suppose, sinon la majorité du défendeur, du moins sa capacité de discernement; l'idée de protection devrait conduire à l'application de l'art. 323 aussi lorsque le défendeur était atteint d'une incapacité *non reconnaissable* de discernement⁶⁵¹. D'autre part, le Tribunal fédéral pose la condition, qui ne résulte ni du texte légal (dans les trois langues) ni des travaux préparatoires, que la promesse de mariage, au sens de

⁶⁴⁹ Cf. Rapport BOEHMER, p. 102.

⁶⁵⁰ «Dans ces circonstances, et encore que le défendeur nie sa paternité, on pourra la considérer comme dûment établie...», Motifs, p. 204. EGGER, N. 8, nous paraît sousestimer l'influence de ce facteur.

⁶⁵¹ Dans ce sens, EGGER, N. 7, in fine; contra: ATF 67. II. 76 = JT 1941. I. 445; l'exigence de la capacité de discernement se justifie en revanche un peu mieux dans les autres cas prévus par l'art. 323, cf. ATF 71. II. 14 = JT 1945. I. 194.

l'art.323, ait *précédé* la conception, car c'est à cette condition qu'elle a pu influencer la volonté de la mère (sans que le juge ait du reste à rechercher si cette volonté a réellement été influencée). Cette condition, dont la preuve est du reste difficile à apporter, du point de vue chronologique surtout⁶⁵², a entraîné la jurisprudence sur la voie d'une casuistique fort subtile⁶⁵³. Avec raison, EGGER observe que cette jurisprudence, qui ajoute inutilement une condition à celles de la loi, n'est pas sans rappeler les préjugés étroits d'autrefois; elle semble en effet participer de cette double morale masculine qui condamne la femme et absout le séducteur. Critique plus grave encore, cette jurisprudence méconnaît les réalités de la vie, tout comme la jurisprudence française sur ce point⁶⁵⁴. Que la promesse de mariage ait été faite avant ou après la conception n'implique pas nécessairement que la mère soit moralement indigne de la protection légale; elle ne fait pas apparaître le défendeur dans une lumière radicalement différente et, surtout, ne justifie pas que soit refusée *à l'enfant* «la protection de l'art.323», selon les termes mêmes du Tribunal fédéral⁶⁵⁵.

⁶⁵² Il faut poser la présomption que la promesse, une fois établie, a précédé la conception, et imposer au défendeur la preuve contraire; EGGER, N.11; cf. ATF 56. II.155; 58. II.400 = JT 1933. I.260.

⁶⁵³ Ainsi la promesse, qui peut être tacite, ne doit pas avoir été révoquée, expressément ou tacitement, avant la cohabitation qui a donné lieu à la conception; il est arbitraire de rejeter l'action parce que le père *aurait* révoqué sa promesse s'il avait connu la conduite de la demanderesse; cf. ATF 84. II.65 = JT 1958. I.582 et 1959. I.550, du 27 février 1958, Affaire M. c. K., où, assez curieusement, une pension n'est allouée que jusqu'à l'âge de 18 ans, comme dans le cas de l'action pécuniaire. Voir aussi ATF 73. II.140 = JT 1947. I.553, et ATF 52. II.309 = JT 1926. I.589, et 58. II.400 = JT 1933. I.260.

⁶⁵⁴ En effet, «la promesse a pu venir après coup et déterminer la femme à accepter la venue de l'enfant, alors qu'il n'y en avait pas eu besoin pour lui faire accepter les relations sexuelles», CARBONNIER, I, p.527; H. MAZEAUD, S. 1952, 2, 87.

⁶⁵⁵ ATF 84. II.65, 69 = JT 1958. I.582 et 1959. I.550; cf. EGGER, N.12.

En ce qui concerne l'*acte criminel* ou l'*abus d'autorité*, on saisit aisément les motifs du législateur : dans ces cas, la paternité pouvait apparaître (dans l'ère « pré-scientifique » des preuves de paternité) comme sûre ou en tous cas plus sûre ; du point de vue moral, il n'était plus possible ici de blâmer la mère, victime de la faute pénale du défendeur. Si une protection particulière de la victime s'imposait ici (et l'on en espérait peut-être aussi un certain effet préventif venant renforcer la prévention pénale), le législateur pouvait penser aussi que le défendeur méritait d'être sanctionné par une responsabilité légale plus forte⁶⁵⁶. L'idée que l'art. 323 a ici un certain caractère sanctionnateur – l'acte du défendeur entraînant une responsabilité aggravée – est confirmée par l'exigence de l'élément subjectif, de la *faute*, donc de la capacité de discernement ; mais, du point de vue de la mère ou de l'enfant, on ne voit pas pourquoi leur protection devrait être diminuée lorsque l'auteur du viol, par exemple, était incapable de discernement⁶⁵⁷.

Toute cette réglementation légale repose sur les prémisses suivantes : la déclaration judiciaire de la paternité serait avantageuse pour l'enfant naturel⁶⁵⁸. Or ceci demande vérification. Sur le plan pécuniaire, les avantages paraissent nets ; l'enfant est dans la même situation qu'un enfant légitime, et ne souffre donc pas des limitations évoquées plus

⁶⁵⁶ Quoi qu'il en soit de l'idée, très contestable et discutée plus loin, du caractère de « sanction » que pourrait avoir la déclaration judiciaire de paternité, il faut observer l'illogisme de l'art. 323 sur ce point ; si le jugement avec effets d'état civil est, en ce qui concerne le défendeur, la juste conséquence de ses « fautes », on s'explique mal que l'action soit refusée lorsque le défendeur était marié lors de la cohabitation, art. 323 al. 2 ; l'homme marié répond, comme tout autre, de ses délits pénaux, et sa famille légitime en subit inévitablement les contrecoups.

⁶⁵⁷ Sur cette condition de faute, cf. le texte allemand de l'art. 323 ainsi que ATF 71. II. 14 = JT 1945. I. 194.

⁶⁵⁸ Cf. EGGER, N. 4, qui accepte cette idée presque sans réserve : « Durch die Standesfolge wird zumeist die Rechtslage des Kindes wesentlich verbessert. »

haut à propos de l'action pécuniaire. On doit cependant, qu'il s'agisse de la loi ou d'un jugement, aller au-delà des textes et regarder la *réalité*, c'est-à-dire le paiement, l'acquiescement de l'obligation d'entretien⁶⁵⁹. Il est peu probable que le défendeur qui a perdu le procès de paternité avec effets d'état civil, qui s'est vu attribuer un enfant qu'il refuse vraisemblablement pour sien, montre beaucoup plus de bonne volonté dans l'accomplissement de ses obligations.

Quant aux autres «avantages» de l'attribution judiciaire de paternité, relatifs au nom, au droit de cité, aux liens avec la famille du père, aux droits successoraux, même éventuellement réduits, que valent-ils «*in concreto*», dans les circonstances d'espèce? Si le défendeur s'est rendu coupable d'un acte criminel ou d'un abus d'autorité, il apparaît tout à fait absurde d'établir avec lui un lien juridique de filiation⁶⁶⁰. Du point de vue de l'enfant, on peut même dire, avec certains commentateurs contemporains, que la réglementation atteint au grotesque⁶⁶¹. Elle serait tout à fait incompréhensible si l'on ne se souvenait qu'une préoccupation semble avoir dominé l'esprit du législateur de 1907: celle de la *preuve* de la paternité physique. Des remarques analogues peuvent être faites à propos du cas, moins frappant, de la promesse de mariage. Qu'il s'agisse d'une promesse unilatérale ou de véritables fiançailles, le fait demeure que le mariage n'a pas eu lieu⁶⁶². Si l'action a dû être intentée et a pu suivre son cours, c'est bien que le défendeur ne souhaite pas ses res-

⁶⁵⁹ A ce sujet, voir *supra*, Chapitre XV.

⁶⁶⁰ A moins d'imaginer des circonstances exceptionnelles, comme celle où l'auteur, pris de repentir, s'intéresserait à l'enfant et deviendrait le meilleur des pères; même ici, l'action en déclaration de paternité n'aura aucun sens, vu la possibilité de reconnaissance volontaire ou de légitimation.

⁶⁶¹ Cf. par exemple Rapport BOEHMER, pp. 102 ss.

⁶⁶² Il n'importe pas que ce soit la mère qui ait rompu les fiançailles, peut-être même sans raison, cf. ATF 58. II. 402 = JT 1933. I. 260; AUBERT, p. 102. Il pourrait se faire, exceptionnellement, que le père ait bien souhaité le mariage ainsi que la paternité, mais il reste la possibilité de la reconnaissance.

ponsabilités de père. Peut-on penser que, dans ces conditions, il va les assumer convenablement ?

Dans bien des cas, l'attribution judiciaire de l'enfant à son père, contre le vœu de ce dernier, semble présenter beaucoup plus d'inconvénients que d'avantages, sur les plans psychologique et éducatif notamment. Selon un certain courant d'opinion, apparu assez récemment, il conviendrait donc de *restreindre* l'application de l'art. 323 plutôt que de l'étendre. La création, entre le père et l'enfant naturels, d'un lien de droit, avec des conséquences proches de celles de la légitimité, ne se justifierait que lorsqu'existent entre les parties, du point de vue psychologique et sociologique, des relations de fait analogues à celles de la parenté légitime⁶⁶³.

En sens contraire, on a proposé de rendre plus facile l'action en paternité avec effets d'état civil en adoucissant la condition relative à la promesse de mariage, malaisée à prouver, voire en la remplaçant par une autre condition, celle des *relations durables et sérieuses*⁶⁶⁴. L'idée se justifie davantage,

⁶⁶³ En ce sens, Rapport BOEHMER, pp. 102 ss., qui souligne avec raison l'importance de ces conditions de fait et s'exprime de façon critique à l'égard du droit suisse, mais en négligeant trop le caractère réellement volontaire de bien des reconnaissances, et la possibilité que ces relations de fait «vaterähnlich» – qu'il exige comme une condition préalable, à la manière des règles sur l'adoption – puissent être, dans une minorité de cas il est vrai, une *conséquence* de l'intervention judiciaire. A noter que l'existence, entre les parents, d'une relation plus ou moins analogue au mariage, «eheähnlich», ne préjuge pas nécessairement l'existence de liens psychologiques et sociologiques entre le père et l'enfant, par exemple un enfant de fiancés. Il se peut que le père se désintéresse de son enfant après la rupture des fiançailles ou le retrait de sa promesse, tout comme il peut, inversement, s'y attacher en l'absence de toute intention d'épouser la mère.

⁶⁶⁴ Postulat Huber: «La paternité avec effets d'état civil peut être déclarée si les parents s'étaient fréquentés longtemps, de façon sérieuse, avant la conception.»; cf. aussi les propositions du Groupe des femmes du PSS. En France, le concubinage notoire, au sens large où l'entend la Cour de Cassation, n'impliquant pas une communauté d'habitation, cf. par exemple 26 février 1940, D.H. 1940–

sans contredit, que celle d'acte criminel comme base à la déclaration de paternité; peut-être même est-elle plus justifiée que celle de simple promesse de mariage, à certains égards⁶⁶⁵. La proposition s'explique mieux sur le terrain de la *preuve* de la paternité que sur celui de l'intérêt de l'enfant. En outre, comme le remarquait le Conseiller fédéral FELDMANN, la notion de «relations durables et sérieuses» ne laisse pas de susciter des difficultés quant à la définition de son but, de son contour et de sa nature.

En conclusion, le scepticisme nous paraît s'imposer à l'égard de l'art.323. Cette «protection renforcée» que le législateur avait voulu attribuer à l'enfant naturel, semble dans certains cas s'être révélée très décevante, voire inexistante. Faut-il alors préconiser la suppression de cet article, dans l'intérêt d'une simplification et d'une unité de régime pour tous les enfants illégitimes? Nous ne pensons pas possible d'aller jusque-là, au moins en l'absence d'une information sociologique détaillée et précise. Des cas peuvent se produire où l'action avec effets d'état civil rendra des services; si rares soient-ils, ils suffiraient à justifier le maintien de l'institution, à côté de celle de la reconnaissance, à côté de la légitimation ou de l'adoption. Des arguments d'ordre purement quantitatif, nous l'avons dit, ne peuvent être tenus pour décisifs en matière de droit de famille. Il va sans dire que, pour nous, le maintien de l'art.323 devrait s'accompagner d'une refonte, dans le sens des observations qui précèdent. La condition de l'acte criminel, et probablement aussi celle de l'abus d'autorité, devraient disparaître de l'art.323, et celle de la promesse de mariage y être conservée, peut-être avec les précisions propres à corriger la jurisprudence actuelle. La disposition ainsi conservée n'aurait plus qu'un caractère extrêmement subsidiaire, si les réformes

131; 3 mai 1946, D. 1946-269, est un motif de déclaration de paternité – ainsi du reste que la participation à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

⁶⁶⁵ Puisqu'il existe ici, selon les théories de BOEHMER, une relation «analogue» à celle du mariage.

indispensables sont apportées à l'action pécuniaire et, surtout, à sa mise en œuvre pratique.

Cette conclusion, quelque peu hésitante par la force des choses en l'état de nos informations⁶⁶⁶, s'inspire d'une considération générale: de même que les différences *de fait* existant, quoi que puisse faire la législation, entre enfants légitimes et enfants illégitimes (absence, dans la majorité des cas, d'un véritable milieu familial et d'un père) ne semblent pas permettre ou recommander une assimilation totale des uns avec les autres, de même, comme l'observe excellemment BOEHMER dans son rapport déjà cité⁶⁶⁷, il paraît erroné de pratiquer une assimilation schématique de tous les enfants nés hors mariage et de négliger les différences de fait qui peuvent exister entre eux.

Qu'en est-il, enfin, de l'article 323 alinéa 2, qui prohibe la déclaration de paternité «si le défendeur était déjà marié lors de la cohabitation»? A supposer que l'on conserve l'institution même de la déclaration de paternité, faut-il maintenir cette exception? On songe aux critiques que mérite l'article 304, qui interdit la reconnaissance des adultérins⁶⁶⁸; mais il faut admettre que le législateur pourrait avoir des raisons de distinguer ici reconnaissance et recherche de paternité et qu'il pourrait permettre la reconnaissance par un homme marié tout en interdisant l'action dirigée contre lui⁶⁶⁹. Ce qu'il faut regretter d'abord, c'est l'interprétation donnée par la jurisprudence à l'art. 323 alinéa 2, par exemple dans le cas où le père, marié lors de la cohabitation, ne l'est plus lors de l'action et n'a pas d'enfants légitimes. Il suffit de rappeler les justes critiques adressées par EGGER⁶⁷⁰ au Tribunal fédéral, qui tend à étendre et à «absolutiser» l'in-

⁶⁶⁶ Emettons le vœu que les débats de notre Société à St-Gall donnent l'occasion d'une véritable mise en commun des expériences faites, et d'une large confrontation des points de vue.

⁶⁶⁷ Cf. supra note 663.

⁶⁶⁸ Cf. supra Chapitre VI.

⁶⁶⁹ Cf. EGGER, art. 323 N. 21.

⁶⁷⁰ Art. 323 N. 19–22; cf. ATF 51. II. 45.

terdiction de 323 al.2, et à l'assimiler à celle de l'art.304. Ici aussi, il faudrait pour le moins revenir aux idées, beaucoup plus modérées, d'EUGEN HUBER, qui laissait au juge le soin d'accueillir ou de repousser l'action dirigée contre un homme marié en tenant compte des circonstances, et notamment du fait que la mère connaissait le mariage du père⁶⁷¹.

Chapitre XVII:

Aspects de la condition juridique de l'enfant naturel

1. Le nom de l'enfant naturel

Il suit des considérations qui précèdent que la règle de l'art.325, qui donne automatiquement à l'enfant reconnu ou attribué judiciairement le nom de son père, pèche par une excessive rigidité. L'intérêt indiscuté de l'enfant, du point de vue psychologique et affectif, est d'être intégré le mieux possible, par son nom également, dans le milieu familial où il est appelé à grandir. Des distinctions devraient donc pouvoir être faites selon que l'enfant, ce qui est rare, vit chez son père, ou qu'il est placé chez des tiers, ou enfin qu'il vit avec sa mère. Dans ce dernier cas au moins, il y a de fortes raisons pour que l'enfant porte le nom actuel de sa mère; mais il peut être opportun de tenir compte aussi du point de vue du père si celui-ci est l'auteur d'une reconnaissance volontaire de paternité. On priverait probablement cette dernière institution d'une partie de son attrait auprès de certains pères en ne lui conférant aucun effet sur le nom de l'enfant. Bien que cet élément ne soit pas décisif, il peut constituer une raison, parmi d'autres, de préférer une solution flexible, permettant par exemple à l'autorité tutélaire de tenir compte de toutes les circonstances.

⁶⁷¹ Cf. Motifs, pp.228 ss.

En ce qui concerne l'enfant non reconnu et non attribué judiciairement à son père, la règle de l'art. 324 al. 1^{er} présente un double défaut: celui de la rigidité, aussi, qui ne tient pas compte de la possibilité pour l'enfant d'être placé chez des tiers, de vivre chez des parents nourriciers qui souhaitent peut-être lui donner leur nom (avant de remplir les conditions d'âge de l'adoption, par exemple), ou même chez le père⁶⁷². D'autre part, l'art. 324 al. 1^{er} contient une bizarrerie, dénoncée avec raison dans le postulat Huber, qui oblige l'enfant à porter le nom *de la famille de sa mère*, même si cette dernière en porte un autre, parce qu'elle est veuve ou parce qu'elle s'est mariée depuis la naissance de l'enfant. Répondant à ce postulat, le Conseiller fédéral FELDMANN reconnaissait les conséquences très désavantageuses qu'une telle réglementation peut avoir sur l'enfant, ainsi lorsqu'il découvre, à l'entrée à l'école, la différence de nom et, par là, sa naissance illégitime. On s'est contenté jusqu'ici de résoudre tant bien que mal tous ces problèmes (ou plutôt certains d'entre eux, dans les seuls cas venant à être soumis à l'autorité) par la procédure de changement de nom de l'art. 30. D'où des solutions souvent humaines, certes, mais disparates⁶⁷³. Divers pays étrangers semblent s'être donné en cette matière une réglementation plus satisfaisante que celle du Code civil suisse; ainsi l'Allemagne et le Danemark. Dans ce dernier pays, selon la loi de 1960 déjà citée, lorsque la paternité est établie, l'enfant naturel prend soit le nom de famille de la mère soit celui du père; en outre, comme en Allemagne, si la mère épouse un autre homme que le père de l'enfant, le mari peut, à de certaines conditions, donner son nom à l'enfant.

⁶⁷² Si celui-ci ne peut pas le reconnaître, ni se le voir attribuer judiciairement, parce qu'adultérin; cf. ATF 70. I. 216 = JT 1945. I. 296.

⁶⁷³ Sur les questions très délicates qui peuvent se poser, et sur la pratique neuchâteloise en la matière, voir une intéressante étude de C. JÉQUIER, REC novembre 1964, p. 358.

2. *Le «droit de visite»*⁶⁷⁴

Selon la doctrine, celui qui est juridiquement le père de l'enfant naturel, par jugement déclaratif ou par reconnaissance, a le droit d'entretenir avec lui «les relations personnelles indiquées par les circonstances», par analogie avec l'art. 326 al. 1^{er}⁶⁷⁵. On a vu plus haut, à propos de la filiation maternelle, que les art. 325 à 327 laissaient passablement à désirer; la même constatation peut être répétée ici. Il conviendrait en tous les cas d'éviter, dans de nouveaux articles sur cette question, des dispositions trop schématiques. D'un point de vue abstrait, un droit du père illégitime aux relations personnelles avec l'enfant s'analyse et se justifie aisément en une sorte de droit naturel⁶⁷⁶. Dans la réalité, il semble bien que ce «droit» soit souvent mal employé et crée beaucoup plus de problèmes, pour l'enfant et son éducation, qu'il n'en prévient ou n'en résout. Faut-il suggérer ici une différence de traitement entre le père qui a reconnu volontairement l'enfant et celui qui se l'est vu, malgré lui, attribué judiciairement? Il a déjà été fait allusion à cette différence de fait. *De lege ferenda*, et à supposer que l'on conserve le principe de l'action avec effets d'état civil, une telle distinction nous paraîtrait tout à fait justifiée. Il semble difficile, dans le cas de la reconnaissance volontaire, et si l'on veut conserver un certain sens, en même temps qu'un certain attrait, à cette institution, de rejeter tout droit du père à avoir des relations avec son enfant, et de s'en remettre simplement à la discrétion des autorités de tutelle. Celles-ci

⁶⁷⁴ Voir aussi supra, Chapitre I, sur la filiation maternelle et ses effets.

⁶⁷⁵ Cf. EGGER, art. 326, N.1; COMMENT, art. cité, p.108; voir surtout l'analyse approfondie de MARTHALER, «Le droit de visite des parents séparés de leurs enfants», thèse Neuchâtel, 1963, p.28. Cette question a fait l'objet de nombreuses décisions administratives ou judiciaires, relatées par exemple dans la Revue du Droit de Tutelle; cf. par exemple RDT 1961, p.51, n° 12, 1954, p.144, n° 26.

⁶⁷⁶ Cf. ATF 72. II. 10 = JT 1946. I. 322.

paraissent du reste suffisamment outillées pour contrôler la mise en œuvre du «droit de visite»⁶⁷⁷.

Il va de soi qu'aucun droit de ce genre ne peut être reconnu au défendeur condamné après action en paternité simplement *pécuniaire*; on a vu cependant que certains débiteurs seraient davantage enclins à payer régulièrement leur dette s'ils avaient certains contacts avec l'enfant⁶⁷⁸. Il n'est pas rare que la question de ce droit de visite fasse l'objet d'une stipulation dans une convention alimentaire et que ce droit soit donc exercé en dehors de toute filiation naturelle juridique⁶⁷⁹.

On peut se demander enfin si un droit aux relations personnelles devrait être reconnu aux *grands-parents*, du côté maternel ou paternel⁶⁸⁰. La jurisprudence française a reconnu parfois l'existence d'un rapport de parenté entre l'enfant naturel et ses grands-parents sous la forme d'un droit

⁶⁷⁷ MARTHALER, p. 28, rejette toute distinction à cet égard entre l'auteur de la reconnaissance et le père condamné judiciairement; mais il parle *de lege lata*.

⁶⁷⁸ Il semble bien que, pour le sentiment populaire, celui qui paie une pension alimentaire aurait un «droit» de voir l'enfant ou même d'avoir son mot à dire sur son éducation; cf. à ce sujet les faits de l'arrêt ATF 78. II. 319 = JT 1953. I. 393. On ne s'étonnera guère que l'opinion ne soit pas parvenue à comprendre, même après plus d'un demi-siècle d'application du Code civil, la distinction, familière aux juristes, entre la paternité de pur fait, non documentée à l'état civil, et la paternité constatée judiciairement ou reconnue.

⁶⁷⁹ Sur ce sujet, voir COMMENT, pp. 108 ss., qui écrit, p. 109: «... on ne peut qu'accueillir favorablement une entente qui veut favoriser des rapports d'affection entre un enfant et son père illégitime»; juste en principe, la formule est peut-être un peu trop absolue.

⁶⁸⁰ Comme la proposition en avait été faite, d'une manière générale et non limitée au domaine de la filiation illégitime, dans la pétition KRAFFT et BRIDEL du 7 février 1956 à l'Assemblée fédérale. On sait qu'un tel droit n'est reconnu ni par le Code civil ni par la jurisprudence sinon, très indirectement, sous la forme limitée de l'admission d'un abus de droit possible; ATF 54. II. 5 = JT 1928. I. 194.

de visite des grands-parents⁶⁸¹. En droit suisse, une consécration légale d'un tel droit présenterait plus d'inconvénients que d'avantages, et sa nécessité n'a pas été démontrée; ici encore, tout principe trop rigide est à proscrire et il suffirait de permettre à l'autorité tutélaire d'imposer, le cas échéant, le respect de conditions pratiques équivalentes.

3. *Les droits successoraux*

Du côté maternel, on l'a vu, l'enfant se trouve, quantitativement et qualitativement, dans la même situation que les enfants légitimes du point de vue successoral (art. 461 al. 1). Il n'en est pas de même du côté paternel⁶⁸²; aussi certaines propositions ont-elles été faites tendant à la modification des alinéas 2 et 3 de l'art. 461, notamment dans le postulat Huber. Selon Huber, l'opinion publique ne comprendrait plus aujourd'hui que l'enfant reconnu ou attribué judiciairement à son père voie sa part successorale réduite à la moitié parce qu'il est en concours avec un enfant légitime ou ses descendants⁶⁸³, pas plus qu'elle ne comprendrait pourquoi l'enfant non reconnu ou attribué n'a aucune prétention successorale contre son «père» naturel⁶⁸⁴. Il conviendrait donc de réviser l'art. 461 et d'établir l'égalité successorale, au moins pour les enfants reconnus ou dont la filiation a été déclarée judiciairement.

⁶⁸¹ Cour d'Appel de Grenoble, 25 mars 1946, D. 48, 118, note Lebrun; cf. CARBONNIER, I, p. 535.

⁶⁸² Cf. AKSOY, Das Erbrecht außerehelicher Kinder in rechtsvergleichender und kritischer Darstellung, thèse Zurich, 1954.

⁶⁸³ Mais non pas, assez bizarrement, lorsqu'il est seulement en concours avec la femme légitime de son père; on discerne mal pour quelle raison la femme mériterait moins de «protection successorale» que ses propres enfants à l'égard des prétentions de l'enfant naturel de son mari.

⁶⁸⁴ Cf. note 678, supra. On peut rappeler ici la juste observation de CARBONNIER, I, p. 535, selon qui «il n'y a pas de lien nécessaire entre la vocation successorale, droit civil, et la créance d'aliments, qui est en un sens un droit naturel».

Malgré l'intérêt limité que ces questions successorales doivent avoir dans la pratique, vu la situation matérielle de la plupart des pères illégitimes, la question a une importance de principe indéniable. Il est probable que, en cette matière comme dans d'autres, toute proposition tendant à améliorer la situation d'un enfant naturel suscitera l'objection classique de la «prévention», et de la défense de la famille légitime et du mariage. Dans des chapitres précédents, nous avons montré plus d'une fois déjà le peu de valeur de ce genre d'arguments, qui semble particulièrement contestable ici. Peut-on soutenir que les discriminations d'ordre successoral à l'égard de l'enfant naturel aient un effet préventif quelconque? Peut-on croire qu'elles protègent les liens du mariage, liens qui sont du reste mis en cause davantage par la cohabitation elle-même que par la naissance de l'enfant naturel? En vérité, il est difficile de prendre l'argument au sérieux, aussi longtemps en tout cas que l'on n'aura pas commencé par rendre plus réelle la responsabilité matérielle du père illégitime et que l'on n'aura pas, en tout premier lieu, assuré le paiement des pensions dues par ce dernier.

Faut-il craindre qu'une assimilation des enfants naturels aux enfants légitimes, dans ce domaine, n'ait pour effet de détourner un certain nombre de pères d'une reconnaissance volontaire? On peut conjecturer que ce danger n'est pas très grand, mais il ne peut être écarté tout à fait. Une comparaison illustrera cette idée: peut-être découragerait-on quelques futurs parents adoptifs si l'on supprimait la règle de l'art. 268 al. 3, qui permet de déroger aux règles légales par une convention authentique antérieure à l'adoption. Quoiqu'il en soit, si le caractère peu satisfaisant de l'art. 461 al. 2 et 3 nous paraît évident, nous hésitons encore à suivre HUBER dans ses propositions; principalement parce qu'une règle générale, valable pour tous les cas, et équitable dans tous, paraît difficile à trouver, parce que le système de l'art. 323 est très discutable et que, dans les cas de paternité purement «pécuniaire», il n'est pas sûr qu'un droit de succession se jus-

tifie toujours⁶⁸⁵. Si l'on tient compte enfin des règles actuelles de l'art. 304 et de l'art. 323 al. 2, l'on voit que la révision de l'art. 461 ne peut en tout cas pas être envisagée isolément.

Etablir l'égalité successorale entre les enfants légitimes et les enfants illégitimes reconnus supprime sans doute une discrimination peu justifiée; mais cela laisse subsister d'autres discriminations, qui ne le sont peut-être pas plus, entre différentes catégories d'enfants illégitimes. Or, si l'on considère que ce droit de succession est fondé sur le lien naturel, physique, de paternité, et qu'il sert en quelque mesure de compensation à l'enfant naturel pour le préjudice social que lui cause sa naissance, on doit bien admettre qu'il ne se justifie guère de refuser ce droit de succession aux enfants naturels non reconnus⁶⁸⁶.

Conclusion

Une révision du droit de la filiation illégitime doit, sans aucun doute, s'efforcer de faire disparaître le plus possible les discriminations juridiques qui frappent encore l'enfant naturel, mais sans renoncer, d'autre part, aux qualités de souplesse qu'offre actuellement le Code civil, par exemple en ce qui concerne la puissance parentale. Sans mettre en cause bien entendu la nécessité de règles, de principes conducteurs garantissant la sécurité et l'égalité du droit, il faut tenir compte de la réalité sociale et de sa grande variété, et laisser aux autorités de tutelle et aux autres organismes compétents une assez large liberté d'action. Conformément à la

⁶⁸⁵ Notamment dans le cas des conventions alimentaires, dont on risquerait d'entraver la conclusion si elles devaient impliquer toujours l'aveu d'une paternité et un droit de succession correspondant.

⁶⁸⁶ Selon BOEHMER, p. 10, l'enfant naturel n'hérite pas, malgré le principe constitutionnel de l'égalité, en Allemagne de l'Est (RDA), parce que le droit de succession y est fondé en première ligne sur la « communauté familiale vécue », et non pas sur le sang, et que l'enfant naturel, généralement, ne vit pas dans le cercle familial du père. — Sur la distinction entre la créance successorale et la créance alimentaire, cf. note 684 supra.

tradition humaniste et chrétienne qui est celle de notre pays, et aux idées de notre temps qui admettent de moins en moins des inégalités de traitement fondées sur la naissance hors mariage, conformément aussi aux idées généreuses d'EUGEN HUBER, il convient d'améliorer la condition juridique de l'enfant naturel, et d'accorder à cet enfant comme à sa mère toute la protection légale dont ils ont un particulier besoin. Mais il faut en même temps se garder d'idées préconçues, comme celles qui voient le progrès dans le seul resserrement des liens familiaux entre le père et l'enfant. Si cette tendance peut se justifier dans quelques cas, elle méconnaît une donnée élémentaire : la majorité des pères naturels n'ont aucun intérêt pour leur enfant et ressentent comme un fardeau la responsabilité que l'ordre juridique tente de leur attacher. L'intérêt de l'enfant est certes d'avoir un père, mais il n'appartient pas à la loi de changer cette donnée réelle que les parents illégitimes et leur enfant ne forment pas une « famille », et ont les uns avec les autres les rapports internes et externes les plus divers. On ne peut qu'approuver sur ce point les conclusions de BINDER⁶⁸⁷ qui concordent parfaitement avec celles auxquelles conduit l'étude de la jurisprudence ou les informations pratiques dont nous avons pu disposer. La réglementation légale doit permettre des solutions différenciées, adaptées aux circonstances, ce qui implique une grande liberté, et une grande responsabilité aussi, des autorités tutélaires surtout mais aussi judiciaires, chargées de l'application des normes générales et souples du Code.

Chapitre XVIII:

Désaveu, légitimation et adoption

Si l'on veut obtenir une véritable impression d'ensemble sur le droit de la filiation illégitime, il ne faut pas négliger, pour des raisons évidentes, l'étude de l'action en désaveu,

⁶⁸⁷ Pp. 305–308.

cette sorte d'action en paternité à rebours, ni surtout celle de la légitimation et celle de l'adoption, deux institutions qui peuvent contribuer, et contribuent, à améliorer le sort de nombreux enfants naturels.

Sur le *désaveu*, deux brèves remarques suffiront. Il convient de supprimer, pour les raisons indiquées plus haut à propos de l'action en annulation de reconnaissance (art. 306) et de l'action en déclaration de paternité (art. 312 al. 2), le droit de l'autorité compétente du canton d'origine d'intenter l'action même lorsque le mari ne conteste pas la paternité. Même contenue dans ses limites actuelles (conception avant le mariage, et charge de la preuve de l'impossibilité), cette disposition doit disparaître à la fois pour des motifs de principe⁶⁸⁸ et par son caractère ridicule, du point de vue technique, puisqu'elle ne peut pas atteindre son but de droit public⁶⁸⁹. Quant au *for de l'action* en désaveu, il conviendrait de combler une lacune du Code civil et de revenir au *for ordinaire* de la partie défenderesse, qui se confondra souvent avec celui du demandeur. La solution actuelle du *for d'origine*, tirée par le Tribunal fédéral de l'art. 8 de la loi de 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour, indépendamment de sa valeur juridique contestable, offre des inconvénients pratiques; non seulement pour le demandeur en désaveu, dont il n'est pas nécessaire de favoriser l'action, mais aussi pour les défendeurs, et notamment pour le curateur de l'enfant, lesquels peuvent être obligés d'aller se défendre devant un tribunal situé à l'autre bout de la Suisse, alors même que toutes les parties sont domiciliées au même endroit.

⁶⁸⁸ L'esprit du système du désaveu veut que seul le mari, et à la rigueur ses héritiers, soit juge en cette matière; sauf dans les Etats totalitaires, il est difficile de concevoir que la paix familiale puisse être troublée par un acte aussi grave qu'une action en désaveu sur l'initiative d'une autorité étatique et contre le vœu du mari lui-même.

⁶⁸⁹ Sauf dans le cas où la mère, de mauvaise foi, voit son mariage annulé: cf. ATF 60. I. 329 et REC 1960, p. 26.

Les mêmes raisons de principe conduisent à recommander la suppression, en matière de *légitimation*, du droit de l'autorité compétente d'attaquer la légitimation, quand bien même la situation est ici quelque peu différente⁶⁹⁰. Quant au droit des héritiers présomptifs des père et mère d'agir en nullité de légitimation, il nous paraît assez contestable; un intérêt successoral, purement pécuniaire, ne devrait pas être déterminant et nous avons déjà indiqué que, dans l'étude du droit de la filiation, surtout *de lege ferenda*, il convient de distinguer nettement ces divers aspects. Il peut cependant exister pour les enfants légitimes d'un premier mariage du père un intérêt moral, digne d'une certaine considération, à attaquer une légitimation fausse, indépendamment de ses conséquences successorales. Il serait plus facile de lui faire une place si, par ailleurs, la condition juridique de l'enfant illégitime était nettement améliorée; dans l'état actuel des choses, en tous les cas, on inclinera à faire prévaloir l'intérêt de l'enfant naturel à trouver un foyer par une légitimation (même de complaisance).

Sur le principe même de l'art. 258, il n'y a certes aucune raison de revenir. Le législateur fédéral a adopté ici une solution particulièrement heureuse et généreuse, qui fait de l'enfant légitimé par mariage subséquent (ou par décision judiciaire dans le cas de l'art. 260) un enfant légitime au plein sens du terme – quand bien même il serait adultérin, adopté ou décédé. La légitimation par mariage subséquent⁶⁹¹ joue donc un rôle appréciable, dans la pratique, dans la diminution du nombre des enfants illégitimes. Les statistiques et les enquêtes en témoignent, un pourcentage assez élevé de pères, notamment de ceux qui ont procédé à

⁶⁹⁰ En tout cas du point de vue de l'acquisition du droit de cité, cf. HEGNAUER, art. 262, N. 9; d'autre part il est permis de conjecturer que le nombre des légitimations de complaisance n'est pas négligeable.

⁶⁹¹ La terminologie allemande «*die Ehelicherklärung*» est partiellement impropre, comme le constate le Tribunal fédéral dans l'arrêt 86. II. 437, 440.

une reconnaissance volontaire, épousent la mère de l'enfant, surtout pendant les premières années de ce dernier⁶⁹². Notons aussi, en passant, que le nombre des naissances illégitimes serait quelque peu réduit, ou le nombre des légitimations quelque peu augmenté, si l'art. 150 du Code civil sur les interdictions de remariage, un texte de plus en plus critiqué par la doctrine, venait à être modifié ou supprimé⁶⁹³.

On se gardera d'imaginer, toutefois, que la légitimation par mariage subséquent n'ait que des effets heureux, et qu'il faille par exemple y pousser systématiquement les intéressés. Si un mariage conclu dans de telles conditions, sous la pression des familles ou même de milieux tutélaires, peut certes réussir, il a aussi de fortes chances de conduire au divorce et de procurer ainsi à l'enfant, en définitive, un avantage illusoire⁶⁹⁴. D'autre part, et sur un plan plus général, il est probable que, dans un certain nombre de cas, la possibilité d'une légitimation par mariage subséquent a contribué à précipiter le divorce de l'un ou l'autre des parents⁶⁹⁵. On

⁶⁹² En 1963, pour 1636 enfants légitimés, 1003 avaient moins de un an, 313 un an et 228 entre deux et quatre ans; cf. aussi les statistiques citées par HEGNAUER, art. 258-259, N. 41.

⁶⁹³ Sur ce sujet voir l'excellente étude de Götz, REC 1964, trad. fr., pp. 335 ss. qui remarque que le délai, lorsque les parties n'ont pas les moyens financiers de le tourner en se rendant à l'étranger, «n'aura d'autre effet que d'empêcher que l'enfant naisse légitime». — On objectera peut-être que rien n'empêche les parents de légitimer l'enfant par un mariage conclu après l'expiration du délai d'interdiction; mais des accidents peuvent survenir, ou le père changer d'avis! En cas de décès du père ou de la mère, il restera cependant la possibilité d'une légitimation par autorité de justice, pour autant que la promesse de mariage soit valable; cf. sur ce dernier point HEGNAUER, art. 260-261, N. 6.

⁶⁹⁴ Dans son Essai sur le Principe de population, cité supra, note 187, MALTHUS déjà critique la «fausse politique» des officiers de paroisse tendant à obliger le père à épouser la mère et remarque que c'est là la dernière solution, «qui n'aura probablement d'autre effet que de rendre très misérable» la femme ainsi mariée.

⁶⁹⁵ Selon CARBONNIER, I, p. 551, «dans une société dominée par la considération de l'intérêt de l'enfant, la perspective de la légitimation fait juger le divorce avec faveur».

connaît à ce sujet les arguments qui s'affrontent : « influence moralisatrice par l'encouragement à régulariser » les choses, d'une part, et « incitation au désordre immédiat par la certitude que tout pourra s'arranger plus tard », d'autre part ⁶⁹⁶. Le droit suisse a tranché, de la manière la plus nette, en faveur de la légitimation, et il se trouve ici en accord avec la tendance générale du droit comparé. Il n'est pas question qu'une révision législative intervienne sur ce principe.

Reste le problème des *légitimations dites « de complaisance »* ⁶⁹⁷. Quelles que soient les dispositions légales prises pour les empêcher, ou pour les annuler, et quels que soient aussi les inconvénients et les risques, sur le plan familial, pour les intéressés eux-mêmes, cette pratique a toutes les chances de persister, en Suisse comme ailleurs, dans une partie de la population. Le décalage paraît sensible, ici, entre la réglementation juridique et les données sociales et psychologiques. Cela étant, on peut se demander si une formule juridique ne pourrait pas être trouvée, qui tienne compte de cette réalité sociale et morale tout en évitant de paraître tolérer le mensonge. En permettant au mari de la mère de donner son nom à l'enfant lors du mariage, ou même de procéder à une sorte d'adoption facilitée à ce moment-là, on contribuerait probablement à donner satisfaction à une aspiration sociale digne de sympathie ⁶⁹⁸.

Dans une étude relative à la filiation illégitime, il est im-

⁶⁹⁶ CARBONNIER, I, p. 554.

⁶⁹⁷ Sur la reconnaissance de complaisance, qui, elle, est mensongère, voir supra Chapitre V ; la légitimation, se produisant *ipso jure*, ne peut guère être qualifiée de « mensongère ». Sur les légitimations de complaisance en droit français, voir JEAN SAVATIER, note D. 1950. Chr. III, p. 9, ainsi que les observations suggestives de CARBONNIER, I, pp. 555-556.

⁶⁹⁸ Cf. l'intéressante observation de M^e A. MARTIN, dans REC février 1965, p. 34, 40, qui envisage la déclaration du mari à l'officier d'état civil, au moment du mariage, disant non pas « je suis le père » mais « je veux *devenir* le père de cet enfant ». — On sait que, en Allemagne, le mari de la mère peut donner son nom à l'enfant de celle-ci ; cf. BGB 1706 et, pour l'Autriche, ABGB 165, 2.

possible de ne pas évoquer enfin, fût-ce très succinctement, l'institution de l'*adoption*⁶⁹⁹. La grande majorité des enfants adoptés sont en effet des illégitimes, et il est clair que, à défaut d'une légitimation, l'adoption représente la meilleure solution possible aux graves problèmes de tous genres qui sont ceux de l'enfant naturel. Conçue aujourd'hui comme une institution centrale dans le domaine de la protection de l'enfance abandonnée, l'adoption suscite un regain d'intérêt, voire un véritable engouement dans presque tous les pays, ce qui se traduit par de nombreuses réformes législatives ainsi que par une intense activité, étatique aussi bien que privée, sur le plan international.

En Suisse, l'accord semble général sur la nécessité de réviser les art. 264 et ss. du Code civil qui, de plus en plus, se révèlent inadaptés aux conditions sociales et aux idées d'aujourd'hui, comme l'atteste entre autres le trop petit nombre des adoptions. Ce que l'on sait des propositions de la petite Commission fédérale d'étude présidée par notre collègue GROSSEN⁷⁰⁰ permet d'espérer – dans un avenir pas trop lointain, souhaitons-le – des progrès substantiels. Qu'il nous suffise de citer ici l'abaissement de l'âge limite de 40 à 35 ans, avec possibilité de dispenses (qui devraient être assez libéralement accordées), ainsi que la suppression, ou tout au moins l'assouplissement, de la condition relative à l'absence d'enfants légitimes. Il faut également approuver l'idée de faire de l'adoption un mode d'acquisition du droit de cité, comme le souhaitait déjà CHARLES KNAPP; vu les précautions prises dans la phase de l'autorisation, il n'y a pas lieu de craindre une quelconque «Überfremdung» dans ce domaine, et il est parfaitement choquant qu'aujourd'hui des

⁶⁹⁹ Nous renvoyons ici au commentaire, fondamental, d'HEGNAUER, pp. 129–204, à SPITZER, op. cit., pp. 167 ss. ainsi qu'aux études plus récentes de GROSSEN, *Le droit suisse de l'adoption dans les perspectives d'aujourd'hui*, REC, septembre 1964, pp. 301 ss., et LIESCH, *Premier séminaire sur les problèmes de l'adoption en Suisse*, RDT 1964, n° 1, pp. 33 ss.

⁷⁰⁰ Voir son article cité, et SPITZER note 699 supra.

parents adoptifs suisses doivent solliciter des autorisations de police pour leurs enfants ou des visas pour faire une excursion dans un pays voisin. Si, conformément à la tendance moderne, l'institution doit être conçue avant tout comme dans l'intérêt de l'enfant, il n'y a pas lieu de négliger totalement, à notre avis, l'intérêt des parents adoptifs eux-mêmes, et de leur mariage, pas plus du reste que l'on ne doit faire totalement abstraction du point de vue des parents du sang⁷⁰¹. Une autre question, capitale, est celle de savoir si, l'adoption une fois autorisée et conclue, des liens doivent subsister avec la famille de sang⁷⁰². La solution de compromis de notre Code apparaît ici assez boiteuse, et la Commission d'étude a raison de proposer la suppression de cette double allégeance⁷⁰³. Enfin, il faut bien admettre que l'adoption ne peut pas être totalement irrévocable; il devrait pouvoir y être mis fin par décision judiciaire et pour motifs graves, selon l'art. 269 nouveau, dans des conditions d'égalité entre les parties.

⁷⁰¹ Cf. sur ce point, l'étude de FEHR, *Die Zustimmung der leiblichen Eltern zur Kindesannahme*, RDT 1947, p. 130, qui critique à juste titre le fait que notre droit permette l'adoption sans consultation et contre l'avis des parents qui n'ont pas la puissance paternelle.

⁷⁰² On a vu ces dernières années, par exemple en France, quels drames et quels scandales pouvaient surgir d'une mauvaise réglementation légale à cet égard; ils ont du reste suscité d'importantes réformes législatives.

⁷⁰³ Des voix hostiles à la rupture des liens naturels se font cependant entendre, notamment dans certains milieux catholiques; elles méritent d'être entendues pour autant qu'elles tendent à éviter des adoptions trop faciles, sans un consentement véritable de la mère. Ce qui ne signifie pas que l'on puisse admettre le surprenant conseil donné aux parents de sang «de s'abstenir autant que possible de consentir à une adoption», cf. KLEIN, *Cahiers du droit*, n° 31, 1954, pp. 109 ss. — L'affirmation selon laquelle le droit naturel s'opposerait à la rupture complète des liens est du reste contestée par d'autres voix catholiques; cf. l'opinion du R. P. BASSETTE, *ibid.*, qui refuse d'accorder «un pouvoir exclusif à la filiation charnelle» et note avec raison que «il y a beaucoup de femmes qui sont dans une incapacité totale d'exercer la maternité spirituelle malgré le lien charnel».

CONCLUSION

Pour des raisons diverses, à cause des transformations sociales et de l'évolution des idées, à cause aussi des progrès de la science, le Titre VIII du Code civil sur la filiation illégitime nous révèle aujourd'hui une réglementation dépassée, humainement et techniquement. La nécessité est de plus en plus ressentie d'une meilleure et plus juste protection de l'enfant naturel et de la mère célibataire. Qui croit encore de nos jours qu'il soit de l'intérêt du mariage et de la famille de frapper l'enfant innocent par des discriminations légales ? Qui oserait se déclarer entièrement satisfait de notre système de « paternité à responsabilité limitée » ?

Si le Titre VIII a tant vieilli, et davantage peut-être que tout autre secteur du Code civil, c'est sans doute parce qu'il en a constitué, dès l'origine, l'une des parties les moins bienvenues. Divisé et incertain, le législateur fédéral était, avec raison, « loin de penser que la solution qu'il avait trouvée fût la seule compatible avec le sentiment juridique du peuple suisse »⁷⁰⁴. Pénétrée de tendances contradictoires, partagée entre un idéal élevé et des préjugés tenaces, son œuvre ne brille ici, il faut bien l'admettre, ni par la cohérence ni par la générosité. On ne s'étonne donc pas que le mouvement de réforme ait débuté déjà lors de l'entrée en vigueur du Code ni que, sur plusieurs points, ce mouvement tende à revenir tout simplement aux idées d'EUGEN HUBER. A tout cela s'ajoute enfin le fait que, dans ce domaine aussi, « le droit suisse ne peut se tenir à l'écart d'une évolution générale en Europe »⁷⁰⁵.

Au demeurant, l'indispensable révision de notre droit de la filiation naturelle n'exige pas des bouleversements complets de la législation civile ; les quelques « thèses » formulées plus loin montrent sur quels points essentiels elle devrait

⁷⁰⁴ Cf. ATF 77. II. 13.

⁷⁰⁵ DESCHENAUX, rapport sur la Révision du régime matrimonial, SSJ 1957, p. 558 a.

porter. La question semble assez mûre aujourd'hui – et les débats de la Société Suisse des Juristes en fourniront, nous l'espérons, la confirmation – pour que le Parlement lui apporte à bref délai la solution qu'elle réclame depuis si longtemps.

Thèses principales

1. La révision du Code civil dans le domaine de la filiation illégitime est nécessaire et urgente.
2. La réglementation de la preuve dans le procès en paternité doit être repensée, en fonction des expériences faites depuis 1912 et des progrès des moyens scientifiques de preuve.
3. Il y a lieu, en particulier, de supprimer les articles 314 al.2 et 315 CCS, et de n'autoriser le défendeur à renverser la présomption née de la cohabitation que par la preuve de l'impossibilité de sa paternité.
4. Le droit fédéral doit prévoir expressément l'obligation, pour les parties et pour les tiers, sauf motifs impérieux, de se prêter à une expertise du sang ou une expertise anthropobiologique.
5. L'action devrait pouvoir être intentée dans un délai de 4 ans après la naissance, et un troisième for, celui du lieu de la naissance, être offert à la partie demanderesse.
6. Le principe de l'action avec effets d'état civil devrait être réexaminé, et ses modalités modifiées en tout état de cause. Cette action devrait être, soit supprimée, soit limitée aux quelques cas où les circonstances justifient réellement, dans l'intérêt de l'enfant, l'établissement de liens juridiques avec le père.
7. Les règles légales relatives aux prestations dues à la mère et à l'enfant doivent être améliorées et, surtout, être effectivement appliquées. A cette fin, une refonte complète des procédures actuelles d'exécution est indispensable.

8. Il n'y a pas lieu de donner à l'action en paternité un autre fondement juridique que familial et, en particulier, il ne convient pas de permettre l'action contre plusieurs défendeurs.
9. Quant à la filiation maternelle, il n'est pas nécessaire de modifier les règles touchant son établissement, et il suffit d'aménager certaines dispositions relatives à ses effets.
10. Diverses modifications législatives sont encore souhaitables, par exemple la suppression de l'interdiction de reconnaître un enfant adultérin et la modernisation du droit de l'adoption.

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE ET ABRÉVIATIONS

On trouvera dans le rapport en langue allemande, de M. C. HEGNAUER, une bibliographie détaillée. Nous nous bornons à indiquer ici le titre complet de quelques ouvrages cités ci-dessus sous une forme abrégée. D'autres études sont mentionnées dans les notes.

AUBERT, J. F. Les Actions de la Filiation en droit civil suisse, thèse Neuchâtel 1955, Imprimerie Messeiller.

BINDER, HANS. Die uneheliche Mutterschaft. Ihre psychologischen, psychiatrischen, sozialen und rechtlichen Probleme, Bern 1941, Verlag H. Huber.

BEITZKE, G., HOSEMAN, H., DAHR, P., SCHADE, H. Vaterschaftsgutachten für die gerichtliche Praxis, Göttingen 1956, Verlag O. Schwarz.

BOEHMER, G. Welche Anforderungen sind an eine Reform des Rechts des unehelichen Kindes zu stellen? Gutachten erstattet von Gustav Boehmer. Verhandlungen des vierundvierzigsten Deutschen Juristentages, Hannover 1962, Band 5. (Gutachten) 1. Teil. Heft A., Tübingen 1962, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

BOSCH, F. W. Même ouvrage, Heft B.

EGGER, A. Das Familienrecht, 2. Abteilung: Die Verwandtschaft, Art. 252–359, 2. Aufl., Zürich 1943, Schulthess & Co.

HEGNAUER, C. Das Familienrecht. 2. Abteilung: Die Verwandtschaft. 1. Das eheliche Kindesverhältnis, Art. 252–301 ZGB, Bern 1964, Stämpfli & Cie.

Problèmes et Buts de la Tutelle = Probleme und Ziele der Vormundschaftlichen Fürsorge, Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Vereinigung schweizerischer Amtsvormünder, Zürich 1963, Polygraphischer Verlag.

SILBERNAGEL, A. Familienrecht, II. Abteilung: Die Verwandtschaft. Art. 252–334. 2. Aufl., Bern 1927, Stämpfli & Cie.

QUELQUES ABRÉVIATIONS

| | |
|------|---|
| BLZR | Blätter für zürcherische Rechtsprechung. |
| CIEC | Commission Internationale de l'Etat Civil, Fichier de documentation. |
| RDT | Revue du Droit de Tutelle = (ZVW) Zeitschrift für Vormundtschaftswesen. |
| REC | Revue de l'Etat Civil = (ZZiv) Zeitschrift für Zivilstandswesen. |
| SJZ | Schweizerische Juristenzeitung = (RSJ) Revue Suisse de Jurisprudence. |
| SZSV | Schweizerische Zeitschrift für Sozial-Versicherung = (RSAS) Revue Suisse des Assurances Sociales. |
| ZBJV | Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins = (RSJB) Revue de la Société des Juristes Bernois. |
| ZSR | Zeitschrift für Schweizerisches Recht = (RDS) Revue de Droit Suisse. |

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|------------------------|-----|
| Introduction | 543 |
|------------------------|-----|

Titre I

La Filiation illégitime maternelle

| | |
|--|-----|
| Chapitre I | |
| L'Etablissement de la filiation maternelle et ses effets | 545 |

Titre II

La Reconnaissance volontaire de paternité illégitime

| | |
|---|-----|
| Chapitre II | |
| Nature et effets de la reconnaissance | 565 |
| Chapitre III | |
| Les Conditions de validité de la reconnaissance | 570 |
| Chapitre IV | |
| Oppositions et annulations | 581 |
| Chapitre V | |
| La Reconnaissance de complaisance et son annulation | 595 |
| Chapitre VI | |
| La Reconnaissance des enfants adultérins et incestueux | 605 |

Titre III

La Recherche de la paternité illégitime

| | |
|--|-----|
| Chapitre VII | |
| Généralités | 621 |
| Chapitre VIII | |
| L'Objet et le fondement juridique de l'action en paternité | 627 |
| Chapitre IX | |
| La Preuve de la paternité | 636 |
| Chapitre X | |
| Le Renversement de la présomption de paternité et son rétablissement | 645 |

| | |
|---|-----|
| Chapitre XI | |
| Pluralité de défendeurs ? | 667 |
| Chapitre XII | |
| L'Inconduite | 677 |
| Chapitre XIII | |
| Recherche de la paternité et moyens scientifiques de preuve | 692 |
| 1. l'expertise par la durée de la gestation, p. 693. 2. l'ex- pertise du sang, p. 695. 3. l'expertise anthropobiolo- gique, p. 704. 4. certitude biologique et certitude juri- dique, p. 724. | |
| Chapitre XIV | |
| Questions de procédure | 736 |
| 1. le délai d'introduction de l'action, p. 736. 2. le for, p. 745. | |
| Chapitre XV | |
| Questions pécuniaires | 749 |
| 1. les prestations dues à la mère, p. 749. 2. le cas de la fausse couche, p. 753. 3. la réparation morale, p. 755. 4. les prestations dues à l'enfant, p. 758. 5. les conven- tions alimentaires, p. 761. 6. le paiement de la pension, p. 771. | |
| Chapitre XVI | |
| La Déclaration judiciaire de paternité | 783 |
| Chapitre XVII | |
| Aspects de la condition juridique de l'enfant naturel . | 792 |
| 1. le nom de l'enfant naturel, p. 792. 2. le droit de visite, p. 794. 3. les droits successoraux, p. 796. | |
| Chapitre XVIII | |
| Désaveu, légitimation et adoption | 799 |
| Conclusion | 806 |
| Thèses principales | 807 |
| Bibliographie sommaire et Abréviations | 809 |