LES ACTIONS DE LA FILIATION EN DROIT CIVIL SUISSE

Aber macht denn nur das Blut
Den Vater, nur das Blut ?

Lessing, *Nathan der Weise.*

Le Conseil de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel autorise la publication de la thèse de Monsieur Jean-François Aubert, intitulée : *Les actions de la filiation en droit civil suisse.*

Il ne donne ni approbation, ni improbation aux opinions émises, ses opinions devant être considérées comme propres à l'auteur.

Neuchâtel, le 3 novembre 1954.

Le Doyen de la Faculté de droit :
Frédéric Scheurer.

UNIVERSITÉ DE NEUCHATEL - FACULTÉ DE DROIT

LES ACTIONS DE LA FILIATION EN DROIT CIVIL SUISSE

Essai de classification

THÈSE

présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel
pour l'obtention du grade de Docteur en droit

par

JEAN-FRANÇOIS AUBERT

IMPRIMERIE H. MESSEILLER, NEUCHATEL
1955

A mes parents.

Merci à Monsieur le Professeur Charles Knapp, de l'Université de Neuchâtel, pour le temps et la peine qu'il n'a cessé de nous accorder. Qu'il veuille trouver ici l'expression de notre reconnaissance et de notre respect.

INTRODUCTION

D'autant plus que nous ne sommes guère habitués à faire confiance aux inscriptions.

Lermontov, *Un héros de notre temps.*

La filiation est l'un des éléments qui constituent l'état de la personne physique (par opposition à la personne morale). C'est le double lien qui l'attache à l'homme et à la femme dont elle descend.

Etat des personnes

A cet égard, il nous semble que l'état d'une personne physique peut signifier quatre choses :

1° Tout d'abord, l'état réel ou biologique, — ou naturel, ou physique, comme on dit plus communément.

L'enfant A descend de la femme F et de l'homme H. Il est le résultat de la fécondation d'un ovule de F par un spermatozoïde de H. Il se peut que personne n'en sache rien, cela n'en est pas moins un fait.

2° Puis, l'état légal ou juridique.

Le droit positif, — ici, la loi —, confère à l'enfant A deux parents, ou parfois un seul, avec qui il est lié par un *lien de famille*.

En droit suisse, la mère légale est toujours la mère réelle. Le père légal, lui, n'est pas toujours le père réel. Le mari est juridiquement le père d'un enfant adultérin *(a matre)* tant qu'un désaveu n'a pas été prononcé. Et si un jugement rendu selon l'art. 323

CCS attribue à tort au défendeur la paternité de l'enfant A, il crée un semblable hiatus entre le fait et le droit.

3° Ensuite, l'état civil.

Afin d'éviter des contestations interminables, on a depuis longtemps compris l'utilité d'établir — par mesure de précaution — une preuve préconstituée de l'état légal. Cette preuve consiste en inscriptions dans des registres. On indiquera au registre des naissances qu'à telle date et en tel lieu l'enfant A est né de la femme F. Au registre des mariages, on avait déjà constaté que F avait épousé M. En réunissant les deux inscriptions, — et la combinaison est nécessaire, 45.II.124 —, on en tire la preuve que A est l'enfant légal de F et M.

Bien entendu, aujourd'hui tout au moins, l'inscription ne crée pas l'état légal, mais doit s'y référer[1]. Si elle est discordante, on pourra, on devra même la rectifier, afin de la remettre en harmonie avec son modèle. Ainsi, nous venons de voir que l'enfant d'une mère adultère est légalement l'enfant du mari, et non de l'amant. Une inscription qui en ferait un enfant de l'amant serait fausse, bien qu'elle corresponde à la réalité physique. (AppK. de Zurich, 27 juin 1914, BlZR, 1916, p. 33, n° 27.) Il faudra donc la rectifier, à moins qu'entretemps l'enfant n'ait été désavoué, et n'ait ainsi changé d'état légal. (CA bernoise, 6 mai 1949, RSJB, 1950, p. 530. Comp. RSJB, 1935, p. 243, et BlZR, 1921, p. 291, n° 150.)

4° Enfin, l'état apparent, appelé l'état possédé.

La possession d'état est une notion assez vague, et elle est vague parce qu'elle doit tenir compte des multiples possibilités de la vie courante. L'enfant que chacun s'accorde à nommer du nom de la femme F *(nomen)*, qui est traité comme son enfant *(tractatus)*, et qui passe pour être son enfant *(fama)* possède l'état d'enfant de F.

1 Cette opinion n'est pas universellement partagée. On trouve une tendance divergente chez M. le professeur A. Cicu, par exemple. Cf. deux articles importants de la *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. IV, p. 285 ss. *(In difesa del titolo di stato)*, et p. 865 ss. *(Sistema dell'accertamento della filiazione)*. Pour M. Cicu, l'acte de l'état civil a une valeur de titre *(titolo)*, c'est-à-dire, dans son langage, plus qu'une simple valeur de preuve. Ainsi, la présomption de paternité s'intègre à l'acte de naissance qui documente l'accouchement d'une femme mariée, et ne s'attache plus directement au fait de cet accouchement.

Il se peut qu'un enfant ne possède aucun état, si ce n'est celui d'« enfant de parents inconnus », ou d'«enfant trouvé ».

La plupart du temps, les quatre états coïncident.

Premièrement, l'état légal se calque de manière assez générale sur l'état réel. C'est en tout cas le but d'une sage politique législative que de conférer à l'enfant la filiation à laquelle sa descendance physique lui donne un « droit », en accordant — autant qu'il est possible — l'agnation (parenté civile) avec la cognation (parenté du sang).

Deuxièmement, l'état civil, par définition, ne doit être qu'une image fidèle de l'état légal.

Et, troisièmement, il est bien rare que les relations humaines ne s'établissent pas de façon à correspondre aux relations juridiques qui doivent leur servir de fondement.

Cependant, des différences peuvent surgir, et c'est la raison pour laquelle le droit civil a dû organiser tout un système d'actions.

Il est même concevable qu'aucun des quatre états ne concorde avec les trois autres. Evidemment, les exemples manquent ici de vraisemblance. En voici un pourtant, qui clarifiera peut-être notre distinction.

Reprenons le cas d'une femme adultère F, qui, par prudence, accouche en un lieu isolé. L'enfant, qu'elle abandonne, est recueilli par les deux époux E, qui se font passer pour les véritables auteurs, sans se préoccuper de le faire inscrire à l'état civil. Dès lors, nous avons :

1. Etat réel : l'enfant descend de F et de son complice.

2. Etat légal : il est enfant de F et de son mari, qui ne connaît toutefois pas la naissance.

3. Etat civil : il n'a pas d'état civil du tout, sa naissance n'a été inscrite dans aucun registre.

4. Etat apparent : il possède l'état d'enfant des époux E.

C'est de la *filiation légale* que nous nous occuperons dans notre thèse.

Il s'agit d'un concept, — artificiel si l'on veut, parce qu'il est une figure d'un droit positif, qui est une création de l'esprit. — Il va de soi qu'une norme juridique ne peut s'appliquer à la réalité biologique que par le moyen d'un concept. Comme le disait

Gény : « La prise de la réalité ne s'offre à nous que moyennant sa décomposition schématique, et avec le secours des concepts, des mots et des formules, bref, par la voie des procédés » (*Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1922, t. I, p. 84). Ainsi, les progrès de l'hématologie n'ont pas d'influence directe sur un système légal de la filiation. Ils se situent sur un plan différent ; bien qu'il puisse arriver qu'ils déterminent une modification de l'armature juridique.

La question se pose, ici, de savoir s'il n'y a qu'un seul état légal, ou si au contraire nous devons admettre l'existence de deux ou plusieurs concepts de droit, selon, par exemple, que nous avons affaire à l'ordre civil ou à l'ordre pénal.

On peut se demander, à propos de l'inceste, si la *parenté* qui constitue un élément du crime d'après l'art. 213 CPS est cette même *parenté* que le CCS nous apprend à connaître.

Quand un homme marié entretient des relations avec une fille de sa femme qui est manifestement issue d'un commerce adultère, mais qu'il n'a pas désavouée, dirons-nous qu'il s'est rendu coupable d'un inceste ?

Oui, si nous nous refusons à diviser l'état légal. L'enfant civil d'un homme est également son enfant aux yeux du juge pénal.

Non, si nous pensons que, le droit civil et le droit pénal poursuivant des buts différents, l'un peut se satisfaire de notions conventionnelles quand l'autre doit chercher sans cesse à atteindre les choses dans leur nature réelle. On parle ici quelquefois d'une vérité matérielle, opposée à une vérité formelle. Le procédé du droit pénal consisterait donc à *légaliser* ce que nous avons appelé plus haut l'état réel. Il créerait, à côté de la notion civile, une notion pénale de la parenté.

Mais cette solution nous semble sous-estimer les efforts du droit civil. Les règles qu'il a instituées pour l'établissement de la filiation, il ne les a nullement imaginées dans l'intention de former un petit monde d'entités abstraites, avec lesquelles les juristes pourraient jouer, qu'ils manieraient à leur guise, en s'arrangeant à produire des situations bizarres (l'académisme !), et qui leur permettraient de montrer l'habileté de leur esprit.

Bien loin de là, les dispositions du CCS dénotent un souci constant d'approcher la vérité matérielle. « La parenté que nous appelons légale est censée correspondre à la parenté que nous disons physique » (Knapp, *Le droit civil de la famille dans le CPS*, 1943, p. 27). Si parfois le législateur s'est arrêté en deçà du but,

c'est qu'il juge inopportun de sacrifier la sécurité juridique à un résultat qui ne saurait être que douteux :

Certes, la vérité dite matérielle exige que seul soit considéré comme le père l'auteur physique de l'enfant, quelquefois donc l'amant de la mère. Mais le bon sens nous suggère que les exigences de cette vérité matérielle nous entraînent à de fâcheuses extrémités : des enquêtes peu réalisables, qui risquent de mécontenter tout le monde.

Par conséquent, il vaut mieux se satisfaire ici d'une vérité formelle. Au lieu de monter jusqu'au haut d'une échelle vacillante, nous demeurerons à un degré inférieur, où l'équilibre ne soit pas menacé. Nous dirons : l'expérience nous porte à croire que le mari de la mère est l'auteur de l'enfant. Pour nous, c'est lui qui sera le père. Aux intéressés, s'ils le veulent, à aller plus avant (action en désaveu).

Dans ces conditions, il paraîtrait regrettable que le législateur, après s'être montré si sage dans un domaine du droit (le droit civil), devienne téméraire dans un autre (le droit pénal). Pour savoir si un homme et une femme sont *parents*, le juge pénal ouvrira le CCS, et l'existence d'une filiation juridique, légitime ou illégitime, l'empêchera d'établir un lien de parenté qui serait incompatible avec elle. Ce qui revient à dire qu'un examen autonome du juge pénal n'est possible qu'à propos d'un enfant illégitime qui n'aurait pas de père légal, qui n'aurait donc pas fait l'objet d'une reconnaissance, ni d'une attribution avec effets d'état civil. (Quand à la maternité, il va de soi qu'elle peut parfois être contestée ou constatée, cf. ci-dessous.)

C'est pourquoi l'arrêt du TC des Grisons du 25 janvier 1946, RSJ, 1949, p. 365, semble erroné lorsqu'il déclare qu'il ne suffit pas, pour que l'art. 213 CPS soit applicable, qu'un mari n'ait pas désavoué l'enfant de sa femme, mais qu'il faut encore, si sa paternité réelle paraît douteuse, que le ministère public en fasse la preuve.

Même l'arrêt de la CA de Bâle-Ville du 17 novembre 1948, Bulletin de jurisprudence pénale, 1950, n° 136, p. 51, n'est peut-être pas tout à fait satisfaisant. Certes, il pose en principe que, pour déterminer si la parenté existe, il faut s'en tenir à la présomption (multiple) de l'art. 252 CCS, mais il ajoute : pour autant qu'elle n'est pas renversée par la preuve du contraire, en dehors de tout procès en désaveu. Autrement dit, l'élément constitutif de l'inceste demeurerait une parenté de sang. — *Blut-*

schande ! Il est regrettable que le terme allemand autorise cette interprétation.

Cela nous amène au point de savoir si le juge pénal peut établir lui-même un lien de parenté, ou s'il doit en laisser le soin au juge civil.

Le plus simple nous paraît être de distinguer entre les actions constitutives et déclaratives, comme nous aurons si souvent l'occasion de le faire par la suite.

Le juge pénal n'a pas la compétence de *modifier* d'aucune manière l'état des personnes. Pareille modification ne se peut opérer que selon des règles expresses. Et ces règles se trouvent dans le CCS, qui manifestement n'attribue de juridiction à ce sujet qu'au seul juge civil.

Le juge pénal ne peut donc que tenir compte d'un état déjà existant.

Mais parfois cet état est contesté. Quand il l'est à l'occasion même de l'action pénale, le point doit-il être renvoyé au juge civil, qui statuera préjudiciellement sur la question, ou peut-il être tranché par le juge pénal, au titre préalable (Comp. 64. II. 74) ?

Dans le premier cas, la décision du juge civil bénéficie naturellement de l'autorité (relative) de la chose jugée. Dans le second cas, le considérant du juge pénal ne bénéficie d'aucune autorité, sinon pour l'action en cours (Comp. 78.I.108).

La première solution amène une situation plus sûre.

Mais il pourrait arriver que la seconde solution soit plus opportune. En tout cas, elle gagnerait du temps.

La réponse nous semble résider dans le degré de difficulté que présente l'affaire. Si elle est simple, le juge pénal statuera. Si elle est complexe, il attendra la décision du juge civil.

En effet, il importe peu qu'un prononcé judiciaire soit dépourvu d'autorité lorsque le point qu'il tranche est si liquide qu'il ne paraît pas devoir faire l'objet de contestations ultérieures. Mais il serait peu désirable qu'un problème difficile puisse être posé dans deux procédures successives (la première pénale, sans autorité, et la seconde pénale ou civile), au risque de recevoir deux réponses différentes.

On trouve une même solution pour le partage de compétence entre les juridictions civiles d'une part, publiques et administratives d'autre part. Cf. 35.I.675, 55.I.19, 72.I.411 ; l'étude de M. A. Grisel sur l'*Autorité des décisions prises au sujet du*

droit de cité, dans les *Mélanges G. Sauser-Hall*, Neuchâtel (1952), p. 95 ; et la Fiche VI de la Section suisse de la Commission internationale de l'Etat civil, p. 15.

Actions déclaratives et actions constitutives

La filiation légale n'est pas toujours connue de manière certaine.

Et il est bon qu'on puisse parfois la modifier, quand elle ne correspond pas à la filiation réelle.

Le droit civil connaît donc — explicitement ou implicitement — deux groupes d'actions de la filiation. Les unes sont déclaratives, les autres sont constitutives.

Critère de distinction

Mais, demandera-t-on, comment décider qu'une action est déclarative ou constitutive ?

Le critère paraît être manifeste pour ceux qui se réclament des théories traditionnelles.

En effet, la doctrine dite classique nous enseigne que l'état des personnes ne se prescrit pas. C'est là un axiome qui semble dominer, maintenant encore, le droit civil suisse [1]. Un concubinage prolongé ne suffit pas à créer le lien juridique du mariage.

Or soumettre à un délai de péremption une action déclarative d'état revient à dire que l'état peut se prescrire.

Pour nous en persuader, raisonnons par l'absurde, et reprenons l'exemple habituel d'une femme mariée qui met au monde un enfant adultérin. Si nous supposons que l'action en désaveu de paternité est une action déclarative d'état, même à la naissance, le mari *n'est pas* le père légal, il n'a contre lui qu'une *présomption*, purement procédurale.

Admettons qu'il n'agisse pas dans le délai de trois mois que lui accorde l'art. 253 CCS, et qu'il ne puisse obtenir ni restitution ni prolongation. Il aura désormais tous les droits et les devoirs d'un père légitime, et il nous paraît évident que l'enfant a prescrit son état [2]. Ce qui est contraire à la règle.

[1] Mais nous n'entendons nullement dire par là que ceux qui rejettent cet axiome soient dans l'erreur. De toute façon, il faut partir de propositions qui ne sont pas sujettes à démonstration. Le tout est de les choisir de la manière la plus pratique.

[2] On échapperait à cette conclusion en distinguant la paternité légitime d'une « situation de père légitime ». Inutile de dire que c'est un byzantinisme.

Donc, chaque fois que notre code soumet une action d'état à un délai de péremption, l'action n'est pas déclarative, mais constitutive.

On s'étonne que le TF ne se soit pas montré plus affirmatif, en son arrêt 50.II.101. Il s'agissait, il est vrai, d'une action en rectification (ou mieux, en radiation, d'après la terminologie de M. Jaques, cf. ci-dessous) d'un acte de l'état civil, fondée sur l'art. 45 I CCS. Mais, outre qu'au fond cette action ne tend qu'à obtenir une déclaration, elle aurait pu, en l'espèce [1], être introduite comme une action en contestation de la légitimité (cf. chapitre IX), qui, elle, est certainement déclarative. Le TF ne s'est pas prononcé entre la prescriptibilité décennale ordinaire et l'imprescriptibilité.

Le TC vaudois a été plus net : il admet l'imprescriptibilité (23 juin 1943, RSJ, 1945, p. 138).

Utilité de la distinction

Cette ancienne distinction (elle nous vient probablement de Merlin, du moins dans son expression actuelle, cf. Répertoire, t. XVIII, v° Questions d'état, 3, art. 1, n° 1) entre actions déclaratives et constitutives n'a pas seulement un intérêt théorique.

Au jugement déclaratif s'applique la règle classique, que la chose jugée n'a qu'une autorité relative, *inter partes*, ou leurs ayants cause (note A). La question qu'il a tranchée n'est donc pas vidée de façon définitive.

En matière d'état des personnes, la relativité pourra sembler regrettable, et de nombreux auteurs ont cherché à montrer qu'ici même les jugements déclaratifs bénéficient exceptionnellement d'une autorité absolue.

Mais la théorie dite du légitime contradicteur (selon laquelle une seule personne ayant qualité pour affirmer ou nier l'existence d'un lien de parenté, nulle autre ne pourra plus entreprendre le prononcé du jugement) repose sur des fondements historiques aujourd'hui contestés. De plus, elle ne joue guère que pour des actions que nous croyons constitutives (action en recherche de paternité, action en désaveu de paternité...).

L'argument de l'indivisibilité de l'état est un argument surtout politique, très peu juridique. D'ailleurs, à un moindre degré, il

[1] L'enfant, inscrit à l'état civil comme fils de deux époux, était en réalité le fils d'une fille que l'épouse avait eue d'un premier mariage.

vaudrait pour tous les jugements. Il revient à identifier la preuve qu'on donne d'une chose avec cette chose elle-même, donc le signe avec l'objet représenté.

Enfin, le raisonnement qui consiste à dire — en droit français — que l'art. 1351, figurant au titre III du livre III du Code civil (des contrats), ne fait que répéter le principe de la relativité qui domine cette matière (cf. art. 1165 CCF), et ne vaut donc que pour les contrats, semble inexact, parce qu'il confond deux relativités qui sont sur des plans différents. (V. plus loin, la note C.)

Au reste, les inconvénients de la relativité des jugements déclaratifs d'état ne sont pas si grands qu'on pourrait le craindre :

D'abord, il se peut que tous les intéressés aient participé au procès, de sorte qu'il ne se trouve plus personne pour se prévaloir du fait que l'autorité du jugement n'est pas absolue.

Et surtout, le résultat du procès est régulièrement consigné dans les registres de l'état civil. (Le plus souvent, inscription tardive, ou rectification *sensu stricto*, voire radiation. Cf. pour tout cela la thèse de M. Jaques, *La rectification des actes de l'état civil*, Lausanne, 1949.)

L'inscription, elle, est présumée exacte, si bien que les tiers qui mettront en doute la vérité du jugement devront prouver eux-mêmes qu'il est faux, à supposer qu'ils aient qualité pour agir (intérêt à l'action).

Et si le jugement n'a fait l'objet d'aucune inscription, par exemple à la suite d'un oubli ?

Une telle omission pourra toujours être réparée. Toutefois, afin d'éviter qu'un tiers ne profite de cette irrégularité, il sera bon de conférer au jugement lui-même le caractère d'une présomption de vérité, comme le proposent par exemple MM. Colin, Capitant et Julliot de la Morandière. (*Traité de droit civil*, Paris, 1953, t. I, n° 426.) En retenant une pareille solution, on atténue dans une large mesure l'incertitude qui est le corollaire de la relativité (note B).

Un jugement constitutif, lui, ne pose pas le même problème. On dit souvent que c'est un acte d'autorité plutôt que de juridiction. Il n'a pas à décider qu'une situation juridique existe ou n'existe pas. Ou, s'il le fait, il n'y faut voir qu'un *motif*. Son rôle est de créer une nouvelle situation juridique, ou d'en détruire une ancienne. Les *motifs* pourront être entachés d'erreur, le *dispositif* ne saurait être ni vrai ni faux. Il n'est donc pas question pour un tiers de venir faire la preuve que le dispositif ne correspond

pas à la réalité. Il n'y a d'autre réalité que celle qui est formée par le jugement lui-même. On parle d'autorité absolue des jugements constitutifs. Mais ici l'expression est équivoque. Elle prête à croire qu'il y a parallélisme avec l'autorité relative des jugements déclaratifs, alors qu'il ne s'agit pas de la même autorité.

On dira d'un jugement déclaratif qu'il bénéficie d'une autorité parce qu'on attache plus de poids à la représentation qu'un tribunal se fait de la réalité, qu'à celle que s'en fait un simple particulier. A prétend ceci, B prétend cela. Le juge intervient, qui déclare par exemple : B a raison. Dès lors, l'affaire est close, entre A et B. Et nous venons même de voir que si un tiers, C, soutient, contre l'avis du tribunal, que B avait tort, il en sera pour le prouver.

Au contraire, le jugement constitutif, dans son dispositif, n'émet aucune appréciation. Le changement qu'il apporte dans l'ordre juridique s'impose à tous, comme lorsqu'un propriétaire grève son immeuble d'une servitude, ou que trois personnes s'entendent pour fonder une société en nom collectif. Il a l'autorité de ce qui *existe* (note C).

En définitive, et mise à part cette remarque de terminologie, on peut dire que les motifs de tous les jugements, dans la mesure où ils ne s'intègrent pas au dispositif — et c'est le point délicat, v. 71.II.284 —, bénéficient d'une présomption de vérité que les parties aussi bien que les tiers pourront chercher à renverser.

Quant au dispositif, il faut distinguer selon qu'il est muni d'une autorité relative, et alors les tiers, — mais eux seuls —, ont encore la faculté de l'attaquer ; ou d'une autorité absolue, et alors il est tout à fait inattaquable.

Jugements faux

Ici, nous nous heurtons à une grande difficulté.

En effet, nous pouvons bien dire d'une action qu'elle est déclarative ou constitutive, d'après son objet, encore que le point soit discuté. Mais que savons-nous du jugement qui suivra ? Rien n'est plus simple, dira-t-on. Le jugement qui répond à une action déclarative sera déclaratif, celui qui répond à une action constitutive sera constitutif quand l'action est reconnue bien fondée, déclaratif quand elle sera rejetée parce que mal fondée [1].

[1] Quand le juge déclare la demande mal fondée, il *constate* que les conditions n'étaient pas remplies, qui permettent d'obtenir un jugement constitutif. Et quand il déclare la demande bien fondée, pourrait-on objecter, que fait-il d'autre que de constater que ces conditions sont remplies ? Il le constate, sans doute, dans les motifs, qui figurent les prémisses, mais il viendra s'y ajouter la conclusion d'un dispositif créateur.

Que penser alors d'un jugement d'état qui serait faux ?

Un jugement peut être faux dans la constatation des faits ou dans l'application du droit.

Espérons que le second cas sera très rare, qu'en général l'erreur de droit commise en première instance sera redressée par l'autorité de recours. Et peut-on même toujours dire quelle solution est juste, ou fausse ? Sans doute existe-t-il une vérité objective. Mais qui prétendrait la connaître en toutes hypothèses ?

Par malheur, le premier cas est assez fréquent pour qu'il y ait lieu de s'en inquiéter. Et il semble bien que nous arrivons ici à une impasse.

Voyons d'abord une action constitutive, par exemple le désaveu de paternité.

Un mari a d'excellentes raisons de douter de sa paternité réelle, et, de fait, l'enfant n'est pas de lui. Il intentera l'action en désaveu, qui lui permettra d'extirper l'intrus de sa famille. Mais la preuve à fournir est malaisée. Rien d'étonnant qu'il échoue. Le jugement (déclaratif) qui le déboute est faux, le mari restera le père légal de l'enfant. Si regrettable que puisse être un pareil résultat, il ne présente aucune difficulté pour la pensée, car, en droit suisse, le recouvrement de la paternité légale avec la paternité réelle n'est qu'une *contingence*.

Et le cas inverse. Le mari croit, à tort, que l'enfant n'est pas à lui. Chose extraordinaire, il parvient à en convaincre le juge, qui, par un jugement constitutif cette fois-ci, sort l'enfant de sa famille. Le résultat est plus choquant encore que dans l'espèce précédente, s'il est possible, mais il est encore moins difficile à concevoir logiquement. Bien que le dispositif repose sur une constatation erronée des faits, — l'examen du sang aura été défectueux —, il est constitutif, et ne saurait dès lors être faux lui-même.

Passons maintenant à une action déclarative. La filiation maternelle nous en offre deux bons exemples, l'action en déclaration de la maternité et l'action en déclaration de la légitimité, qui sont symétriques, cf. plus loin, chap. II et IX. D'ailleurs, la filiation maternelle, et c'est là le point important, ne peut donner lieu qu'à des actions déclaratives, parce qu'en droit suisse la coïncidence de la maternité légale et de la maternité réelle est une *nécessité*.

Prenons l'action en déclaration de la maternité.

Un enfant trouvé pense voir sa mère dans une personne non mariée, qui, en fait, lui est totalement étrangère. Le juge partage son erreur.

Ou inversément. A est l'enfant de F, une femme célibataire. Il conteste ce lien de filiation, à tort, mais victorieusement.

Dans les deux cas, la maternité juridique ne correspond plus à la maternité physique, ce qui est contraire au principe.

Ici, tous les essais de surmonter la difficulté nous semblent devoir échouer. On peut encore, par l'artifice du jugement constitutif, faire qu'un rapport de droit qui n'existait pas existe, ou vice-versa. Mais, avec la meilleure volonté, on n'obtiendra pas que l'enfant né en réalité de la femme F soit né de la femme G. Il n'est pas encore possible à nos juges d'anéantir les faits.

Actions déclaratives

Notre droit civil connaît, implicitement (cf. toutefois, art. 130, al. 1, ch. 1 et 2 de l'OEC), des actions déclaratives, qui ont pour but d'établir quel est l'état légal d'une personne, et qui auront souvent pour conséquence la rectification d'un acte de l'état civil. Du même coup, on apprendra si la possession d'état de cette personne, — au cas où elle en avait une —, était conforme à sa filiation juridique.

Les actions en déclaration du mariage, de la maternité, de la légitimité, en nullité de la reconnaissance et de la légitimation font partie de ces actions déclaratives.

Ce sont des termes conventionnels que nous choisissons une fois pour toutes. Peu importe le nom, pourvu qu'on lui donne toujours le même sens. En opposant l'action en déclaration de la maternité (sous-entendu : illégitime) à l'action en déclaration de la légitimité, — qui tend aussi à la fixation d'une maternité —, nous avons essayé de montrer que, dans le domaine de l'illégitimité, la fixation de la maternité est indépendante de celle de la paternité, alors qu'il n'en va pas de même pour la légitimité.

Les Français ont une nomenclature beaucoup plus compliquée, parce que leurs actions d'état obéissent chacune à des règles particulières. Ainsi, l'action en contestation d'état d'enfant légitime (= pour nous, action en déclaration négative ou en contestation de légitimité) est ouverte à tout intéressé. Mais son correspondant positif, appelé en France action en réclamation d'état d'enfant

légitime, n'appartient qu'à l'enfant, à ses héritiers dans les limites des art. 329-330 CCF, et, d'après une jurisprudence assez récente, et discutée (cf. Req. 6 mai 1941, D.C. 1941, p. 108, note G. Holleaux, confirmé Civ. 27 mars 1950, D.C. 1951, p. 435), à ceux qui se prétendent les parents.

Des termes génériques amèneraient donc à confondre ce qui doit être séparé.

Ces cinq actions sus-nommées, que nous distinguons parce qu'elles nous semblent attachées à cinq situations bien différentes les unes des autres, ne sont au fond que cinq aspects d'une même action en déclaration de l'existence (action en constatation ou confessoire) ou de l'inexistence (action en contestation ou négatoire) d'un rapport de droit[1], qui a souvent retenu l'attention des auteurs et des tribunaux.

On peut en effet se demander si l'admission d'une action en déclaration de droit ne constitue pas un empiètement sur le terrain de la procédure cantonale.

Les actions déclaratives sont-elles recevables généralement ?

Ne serait-ce pas au canton à décider si l'action déclarative est recevable, mis à part les cas où pareille action serait expressément prévue par le CCS, comme à l'art. 29, par exemple (en effet, le juge doit appliquer la loi fédérale même quand elle est inconstitutionnelle) ?

Le TF a changé deux fois sa jurisprudence à ce propos.

La Cour civile a d'abord admis qu'il appartenait au *droit fédéral* d'accorder une action en déclaration de droit, et que, conformément aux principes généraux, il en donnait une chaque fois qu'une personne avait un intérêt immédiat à savoir qu'un rapport de droit existe ou n'existe pas. La Cour disait, dans son arrêt 41.II.425 : « Le CCS ne renferme pas une énumération limitative des procès qu'il est permis d'intenter, et, en ce qui concerne l'action en constatation, le TF en a toujours admis la recevabilité, lorsqu'elle est justifiée par un intérêt du demandeur ».

[1] Mis à part le cas exceptionnel où l'authenticité d'un document est mise en doute.

Le droit suisse fait d'ailleurs quelques entorses à la théorie dominante. Il connaît des actions en déclaration de *fait*, par exemple celle de l'art. 49 II CCS. Si importante que soit la mort dans ses effets juridiques, — ne fût-ce que pour l'ouverture de la succession du défunt, art. 537 I CCS —, on ne saurait la considérer comme un *rapport de droit*.

Ensuite, la Cour civile adopta l'opinion contraire. D'après l'arrêt 45.II.460, la question de la recevabilité est une question de procédure, et, comme telle, il appartient aux *cantons* de la trancher. Et l'on trouve une série de décisions dans le même sens : 49.II.428 (implicitement), 55.II.139, 63.II.185, 64.II.223, 75.II.128.

Mais la Cour ne semble pas avoir été très sûre de son affaire. Quelques années après son revirement de 1918, elle jugeait encore en faveur de l'application du droit fédéral, dans un arrêt isolé qu'on trouve au tome 50.II.56 (renvoyant à 35.II.736, 41.II.425 précité et 42.II.696). Et, environ vingt ans plus tard, à propos de la même question qu'elle venait de résoudre plusieurs fois dans le sens cantonaliste, elle se montre si évasive (69.II.77, 73.II.229) qu'elle laisse présager un second revirement, un retour à la jurisprudence primitive.

Ce revirement eut lieu en 1951 (77.II.348). Désormais, les cantons n'auront plus voix au chapitre. C'est le *droit fédéral* qui nous dira si une action déclarative de droit est recevable, et il la dit recevable d'une manière tout à fait générale (cf. encore 79.II.394).

Le plus curieux, c'est que la Cour de droit public n'avait jamais abandonné ce point de vue. En son arrêt 57.I.252, elle se référait à la décision de la Cour civile — désuète pour l'époque ! — du tome 50.II.56, et elle confirmait cette jurisprudence au tome 74.I.442. En somme, si l'on admet que, pour cette question, la Cour de droit public est à l'écoute de la Cour civile, son erreur lui a épargné deux revirements.

Pour étayer ses décisions, dans un sens ou dans l'autre, la Cour civile s'est inspirée de considérations relatives à la nature du droit à l'action. Cela explique peut-être sa marche mal assurée.

La question est l'une des plus controversées qu'on se soit jamais posées. Le droit à l'action est-il un droit de nature publique ou privée ?

N'est-ce qu'un aspect de la prétention de droit privé (nous raisonnons toujours dans l'hypothèse où le droit qui fait l'objet de l'action est un droit privé), la faculté de la porter devant un tribunal afin de la mettre au-dessus de toute contestation, et, le cas échéant, de la munir d'une force exécutoire ? Cette conception remonte apparemment à Savigny, qui lui-même s'inspirait du principe romain d'identité, où l'action crée le droit. C'est la théorie *privatiste*.

Mais, outre que cette manière de voir est incomplète (elle ignore totalement le rapport entre les parties et l'organe de l'Etat

qu'est le tribunal), elle a peine à résoudre la question de l'autorité de la chose jugée :

Supposons que j'aie contre D une créance de fr. 100.—. Comme il refuse de la payer, j'intente une action, afin d'obtenir un titre de mainlevée définitif, art. 80 LP. Faute de preuve, je suis débouté. Si l'action a un caractère matériel, le jugement touchera au fond de la question, il aura un effet constitutif. Ma créance sera éteinte. Ce qui pratiquement revient à dire que le jugement est opposable aux tiers. Mais cette conclusion est contraire à la théorie classique, qui n'accorde à la chose jugée qu'une autorité relative (cf. ci-dessus, p. 16) (note D).

D'ailleurs, la théorie privatiste se concilie mal avec l'admission de l'action en déclaration de droit *négative*, puisqu'il n'y a là, par hypothèse, aucun rapport de droit matériel sous-jacent.

Voyons si la thèse *publiciste* semble plus satisfaisante. Le droit à l'action est un droit dirigé contre l'Etat. Mais ici, la doctrine se partage. Les uns pensent que le demandeur qui est véritablement titulaire d'un droit subjectif matériel a, si son action a été introduite convenablement, une prétention à obtenir du juge un jugement favorable. C'est ce que l'on appelle un droit d'action *concret*. Cette idée a trouvé d'illustres défenseurs dans Wach et Hellwig, par exemple.

Mais des auteurs non moins savants (Bülow, Degenkolb,...) ont pensé qu'il suffisait qu'une personne prétendît de bonne foi qu'elle était lésée ou menacée dans sa situation juridique pour qu'elle eût un droit à obtenir du juge un jugement, quelle qu'en fût la teneur (favorable ou défavorable). Un droit, et non une prétention (qui nécessiterait un contenu déterminé). Le droit ne tend qu'à l'obtention d'un jugement, d'un contenu indéterminé. C'est le droit d'action *abstrait*.

Comme la théorie privative de Savigny, la théorie publiciste concrète semble prise en défaut, si le jugement est matériellement inexact. L'existence du droit substantiel qui constituait l'objet de l'action est-elle touchée ?

Non, dit Hellwig. Mais il admet par là une coupure perpétuelle entre le droit matériel et le droit tel que le procès le révèle (à cause de l'autorité de la chose jugée) : Je garde ma créance, mais je ne peux plus la faire valoir en justice.

Oui, répond Wach. La prétention disparaît. Ou, plus exactement, son existence dépend du contenu du jugement (rappr. l'opinion de Binder, note D). C'est donc le jugement qui dira si j'étais en droit de requérir un jugement.

La thèse publiciste abstraite a des visées plus modestes. Le point de départ peut d'ailleurs lui aussi se prêter à la critique : il n'y aurait pas de certitude juridique absolue (ce qu'on pourrait appeler la vérité objective, cf. ci-dessus, p. 19). L'Etat ne peut raisonnablement endosser une obligation qu'il n'est pas en mesure de remplir (c'est-à-dire de rendre une justice absolue). Tout ce qu'on lui demande, c'est qu'il juge de la manière la plus régulière.

Mais nous n'essaierons pas de discuter les mérites respectifs de ces théories. Cela nécessiterait des recherches considérables, qu'on nous permettra de ne pas entreprendre.

Ce que nous voulons exprimer, c'est qu'il était peu sûr de choisir pour critère la nature du droit à l'action. Les deux domaines procédural et substantiel sont trop difficiles à délimiter pour qu'il soit possible de tirer de la distinction des enseignements très fructueux [1].

Le TF, comme nous venons de le dire, a pris le parti de la thèse privatiste. Il y a une douzaine d'années, — 67.II.74 —, cherchant à qualifier la péremption, il déclarait : « C'est une subtilité doctrinale de considérer comme objet du procès non la prétention de droit matériel, mais une prétention à la protection juridique [2] qui viendrait s'y greffer. » Et, lorsqu'il s'est agi de trancher le problème de l'action en déclaration de droit, en 1951 (cf. plus haut), nos juges suprêmes ont pensé qu'ils tenaient là un argument juridique de poids. Mais fonder aujourd'hui une décision sur une théorie qui semble avoir été réfutée depuis plus d'un demi-siècle n'apparaît guère prudent.

On peut d'ailleurs se demander si la théorie publiciste aboutirait au résultat contraire, qui serait donc d'attribuer aux cantons la faculté d'admettre ou de ne pas admettre l'action en déclaration de droit.

Même les publicistes « abstraits » n'ont jamais professé une séparation totale entre le droit procédural et le droit substantiel. Degenkolb terminait sa monographie sur le *Droit à l'action* en écrivant : « D'après ma doctrine, le droit à l'action est abstrait, il est vrai, dans son fondement. Mais, dans son développement, il est conçu d'une manière concrète. Car il a été conçu comme

[1] Ainsi, l'arrêt fédéral cité, 77.II.348, mentionne, pour appuyer sa thèse privatiste, le *Traité de droit privé allemand* de Gierke (I, 326). A la page 49 de son ouvrage sur la *Prétention au jugement*, Langheinecken compte Gierke parmi les publicistes. Pourquoi ? Parce que Gierke a écrit que le droit à l'action est un « *publizistisches Zubehör des Privatrechts* », formule que son ambiguïté met à l'abri des critiques.

[2] Le fameux *Rechtsschutzanspruch* de la théorie publiciste concrète.

un droit accordé à celui qui invoque de bonne foi une prétention pertinente » (p. 99).

La proposition de Degenkolb est en soi procédurale. L'action est *recevable*, dit-il, si la prétention matérielle qui est mise en cause est pertinente. Or la recevabilité d'une action est une question de procédure. Mais le concept de la pertinence, lui, est éclairé par le droit substantiel. C'est le droit substantiel qui nous dira si la prétention était pertinente.

Et cette pertinence n'est qu'un aspect de l'intérêt à l'action, au sens où l'entend par exemple la procédure française.

En définitive, c'est aux cantons à dire s'ils subordonnent l'introduction d'une action à l'existence d'un intérêt. On peut supposer sans témérité que la règle « Pas d'intérêt pas d'action » a été communément reçue.

Au contraire, c'est au droit fédéral à dire quand il y a intérêt à l'action. Et c'est un principe implicite du droit fédéral actuel qu'il sanctionne non seulement la violation d'un droit, mais aussi la simple mise en danger d'une situation juridique. (Nous ne parlons plus ici de droit, à cause du cas de l'action en déclaration de droit négative, où la menace qu'on cherche à écarter ne pèse pas sur un droit proprement dit.)

Actions constitutives

Le législateur a permis, explicitement, et dans des limites bien déterminées, de remettre l'état légal en harmonie avec l'état réel.

Il l'a fait, d'une part, au moyen d'actes non contentieux, comme la reconnaissance d'enfant illégitime (art. 303 CCS) et l'opposition que peuvent lui faire la mère et l'enfant (art. 305), ainsi que la légitimation (art. 258 ss.).

Il a prévu, d'autre part et surtout, des actions qu'il a soumises à des règles très strictes, action en mainlevée de l'opposition à une reconnaissance (art. 305 II), en annulation de la reconnaissance (art. 306), en recherche de paternité avec effets d'état civil (art. 307 ss.), en annulation de la légitimation (art. 262), et en désaveu de paternité (art. 253 ss.).

Ces actions-là sont constitutives. Elles entraînent, par la voie d'une mention marginale *ad hoc* au registre des naissances, une modification de l'inscription à l'état civil, qui n'est pas une rectification (art. 52, ch. 1 OEC). Il n'y avait pas d'inscription fausse qui dût être redressée.

Action en rectification des actes de l'état civil. Rapport avec les actions déclaratives et constitutives d'état

En son art. 45 I, le CCS connaît une action spéciale, en rectification des actes de l'état civil, dont le but est de corriger directement les inscriptions de l'état civil, lorsqu'elles ne correspondent pas à l'état légal qu'elles devraient documenter [1].

Si l'on peut dire ainsi, cette action attaque la question par la bande, sur le plan formel. Et un des problèmes les plus épineux sera toujours de savoir quelle place il convient de lui assigner à l'endroit des actions déclaratives et constitutives d'état.

Evidemment, aucune des actions constitutives ne peut être remplacée par une action en rectification, puisqu'il n'y a rien à rectifier.

Il n'en va pas de même avec les actions déclaratives :

En certaines espèces, où le jugement qui fait droit à la demande dispose la rectification d'une inscription dans un registre de l'état civil, — comme effet accessoire —, n'est-il pas plus simple de suivre le sens inverse, d'agir en rectification de l'inscription, et, par la même occasion, de fixer le rapport de droit ? C'est la voie prévue à l'art. 45 I CCS.

La question n'est pas seulement théorique, car, selon la réponse qu'on lui donnera, le for s'en trouvera déplacé.

Si l'action qu'on intente est une action déclarative d'état, le juge compétent sera en général celui du lieu d'origine, du père, du mari ou de la mère, — ou prétendus tels —, toutes les fois que l'espèce aura un caractère intercantonal (art. 8 LRDC). Pour les affaires intracantonales, voir les codes de procédure. Faute de disposition contraire, on retiendra très généralement le for ordinaire du domicile du défendeur.

Si l'action est introduite comme une action en rectification d'un acte de l'état civil, le for se situera tout naturellement au lieu où se trouve le registre qui contient l'inscription inexacte (éventuellement, celle qui a servi de modèle aux autres).

Et ces deux fors ne coïncident pas nécessairement.

1 Il est clair qu'aucune action ne saurait amender ce que nous avons appelé l'état apparent. La possession d'état est un fait qu'on ne peut rectifier, mais qu'on peut interrompre, et ce sera parfois la conséquence de l'une ou de l'autre des actions déclaratives ou constitutives que nous avons énumérées précédemment.

Quant à l'état réel, il est immuable par essence.

Il est possible aussi que les cantons connaissent une procédure simplifiée pour l'action de l'art. 45 I CCS.

Afin d'établir la démarcation, on a beaucoup vanté le critère de l'« objet », qui permettrait de dire sans hésiter, en chaque hypothèse, quelle sorte d'action il convient de choisir. La question serait : l'action met-elle en jeu l'état légal d'une personne ? Par exemple, M. Tüzemen écrit, dans la thèse sur les *Registres de l'état civil :* « Alors que l'objet des actions d'état est toujours un élément de l'état, l'objet des actions en rectification n'est que la correction d'une erreur matérielle, l'addition, la suppression ou le redressement d'une mention omise, superflue ou erronée des actes de l'état civil » (p. 217).

Le critère est exact, s'il s'agit d'éliminer du champ d'application de l'art. 45 les actions constitutives d'un état nouveau. Mais aucun doute ne pouvait raisonnablement être élevé à ce propos.

« On ne peut concevoir, disait le TC vaudois, que le juge saisi d'une action en rectification puisse statuer sur une question qui relève d'un autre juge et qui est liée à un délai » (23 juin 1943, RSJ, 1945, p. 138).

En revanche, quand nous abordons les actions déclaratives d'un état existant, le critère ne nous dit plus rien. L'action déclarative, pas plus que l'action en rectification, ne « touche » à l'état légal des personnes, en ce sens que ni l'une ni l'autre n'y apporte la moindre modification. Et cependant toutes les deux mettent en jeu cet état, en ce sens que l'une et l'autre cherchent à tirer au clair une situation familiale confuse.

Tout au plus peut-on dire que, si la demande ne rencontre aucune opposition, on adoptera la procédure gracieuse qui est l'aspect essentiel de l'art. 45 I. Mais tant la doctrine que la jurisprudence (cf., récemment, 76.I.229) ont toujours admis que cet article ouvrait, quand la demande était contredite, une procédure contentieuse. Nous voilà donc bien peu avancés.

Le seul critère nous paraît être alors, si vague soit-il, celui de la « difficulté ». Si la question est facile à résoudre, une demande de rectification suffira, les problèmes plus complexes seront tranchés par la voie de l'action déclarative d'état.

C'est bien là, nous semble-t-il, le résultat final auquel arrive M. Albisser, dans une classification très utile qu'il a publiée au tome 34 de la RSJ, année 1938/9, p. 41. Après avoir exploité à fond la distinction classique entre actions déclaratives et constitutives, — en particulier dans son aspect : action en nullité et en annulation (cf. ci-dessous, p. 62 ss.) —, il ne lui reste plus,

dans les hypothèses où il n'en avait pu tirer aucun enseignement, qu'à renvoyer au cas concret, selon le degré d'obscurité qu'il présente.

Et c'est aussi, implicitement, la conclusion de M. Jaques, qui finit par se référer au système de M. Albisser.

Après tout, le plus simple serait probablement de supprimer la division trinaire des actions constitutives d'état, déclaratives d'état, et en rectification des actes de l'état civil, en absorbant la deuxième catégorie dans la troisième [1]. On y gagnerait à coup sûr une vue plus claire.

[1] Pour payer un tribut à la tendance actuelle. Plus logique serait d'absorber la troisième — qui n'est qu'une excroissance — dans la deuxième.

Il est vrai qu'on lit, dans l'arrêt 41.II.425: « On pourrait se demander si la voie de l'action en rectification, parce qu'indiquée par le code lui-même, n'est pas la seule possible et si, vu son caractère subsidiaire, l'action en simple constatation est alors recevable » (p. 428). Mais le « caractère subsidiaire » de l'action déclarative est aujourd'hui trop contesté pour qu'une semblable jurisprudence soit vraiment déterminante. Cf., par exemple, Rosenberg, *Lehrbuch*, p. 383, et l'arrêt fédéral 50.II.57.

Néanmoins, la Section suisse de la Commission internationale de l'Etat civil s'est nettement prononcée en faveur de l'arrêt fédéral. Fiche VI, p. 13.

CHAPITRE PREMIER

L'ACTION EN DÉCLARATION DU MARIAGE

Elle paraît ma femme et n'en a que le nom.
Corneille, *Sertorius*.

Importance du mariage en matière de filiation

Le droit suisse de la famille est dominé, aujourd'hui encore, par la distinction des enfants légitimes et illégitimes. Et, en dépit des critiques souvent justifiées qu'on lui adresse, il semble bien qu'elle correspond toujours à notre manière de voir, que ce soit sur le plan moral, social ou juridique.

En quoi consiste cette distinction ?

L'enfant illégitime est celui dont les parents (légaux) n'ont été mariés en aucun moment entre sa conception et sa naissance.

Tout autre enfant est légitime.

L'enfant illégitime devient légitime par la légitimation. Il obtient un statut très semblable s'il est adopté [1].

A l'inverse, l'enfant légitime peut devenir illégitime par le désaveu ou par l'annulation de la légitimation.

Le statut juridique de l'enfant illégitime n'est pas le même que celui de l'enfant légitime.

Par exemple, ni la mère, ni le père ne sont d'office investis de la puissance paternelle sur un enfant illégitime. Quand elle est conférée à l'un des deux par l'autorité tutélaire, l'attributaire n'acquiert pas *ipso jure* les droits pécuniaires — administration

[1] L'adoption ne nous retiendra pas. Elle ne s'appuie pas sur un fondement physique.

et jouissance — que les parents légitimes ont ordinairement sur les biens de leurs enfants (art. 324 ss. CCS). La déchéance de la puissance paternelle peut être prononcée sans que soit réalisée l'une des conditions alternatives de l'art. 285 I CCS (72.II.333.)

Et l'enfant illégitime uni à son père par un lien de droit de famille est prétérité dans son droit successoral, s'il est en concours avec des descendants légitimes (art. 461 III CCS).

Mais la grande différence n'est pas là. On la rencontre non tant dans l'effet que dans la cause, lorsqu'il s'agit d'*établir* la filiation légale, soit en la constatant, soit en la constituant.

Le système du droit suisse part d'un fait d'expérience bien évident : le rôle distinct de l'homme et de la femme lors de la procréation et de la naissance.

Deux personnes de sexe opposé cohabitent (note E).

Si la cohabitation est causale, la femme conçoit un enfant qu'elle mettra au monde après un certain temps de gestation [1].

La naissance est un phénomène qui tombe sous les sens. En général, des témoins assistent à l'accouchement, un médecin, une infirmière, une sage-femme.

La personne qui accouche est la mère [2].

Elle ne l'est pas seulement en fait, elle l'est également en droit. Autrement dit, dès sa naissance, ou même dès sa conception, *(infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodo ejus agitur)*, l'enfant est attaché à sa mère par un lien de famille. Et peu importe que la filiation soit légitime ou illégitime. Malgré ses termes trop étroits, l'art. 302 I CCS vaut aussi, bien évidemment, pour l'enfant légitime.

La règle n'est pas aussi superflue qu'elle en a l'air. En droit français, par exemple, la mère n'est liée à son enfant (illégitime) par un lien familial que si elle le reconnaît, ou si elle succombe dans une action en recherche de maternité, qui est peut-être constitutive, ou qui n'est pas une action déclarative ordinaire [1].

1 Et quand elle en conçoit et enfante deux ? Peuvent-ils avoir des pères physiques différents ? Si on le pense, on devra admettre (cas d'une mère non mariée) que l'un des jumeaux pourra être reconnu, attribué (mais, *exceptio plurium !*) ou légitimé indépendamment de l'autre. Le cas s'est produit en Autriche. (cf. RSEC, 1944, p. 84). Toutefois, tant que la science ne nous donne que des renseignements peu sûrs, il vaut mieux éviter un pareil dualisme. En tout cas, la RSEC a prudemment estimé que la reconnaissance (cf. chap. III) d'un des enfants jumeaux implique en droit celle de l'autre (1943, p. 163). Voir, en dernier lieu, M. E. Götz, ZbSGW, 1953, p. 555.

2 Rappelons cependant les expériences de transplantation d'ovaires (Voronof). La femme qui conçoit ne serait pas celle qui enfante. Quelle est la mère ? Ce n'est là d'ailleurs qu'une curiosité de musée.

Mais si, d'une part, — en droit suisse —, la filiation maternelle d'un enfant « résulte du seul fait de sa naissance » (art. 302 I), qu'en est-il, d'autre part, de la filiation paternelle ? qui est juridiquement le père d'un enfant ?

Il n'y a pas ici de phénomène perceptible, tel qu'une naissance, qu'il suffira de constater pour établir une filiation.

C'est maintenant que revient, dans son application fondamentale, la différence entre les enfants légitimes et illégitimes. Mais cette différence apparaît sous un jour nouveau.

Pour que l'enfant soit légitime, il faut et il suffit que sa mère ait été mariée en un moment quelconque entre la conception et la naissance.

Alors, le mari est le père de l'enfant, dès la naissance (ou même dès la conception). En droit, sinon en fait. L'art. 252 I CCS ne pose pas seulement une règle formelle (présomption), mais bien une norme matérielle [2].

Et quand le droit n'est pas en accord avec le fait ?

Il reste l'action en désaveu, qui tendra à la suppression du rapport de paternité légale. En résumé, il n'est pas nécessaire, pour que l'enfant naisse légitime, que ses auteurs (physiques) aient été mariés. Il suffit que la *mère* l'ait été [3]. Quoique, bien entendu, la paternité réelle du mari soit et reste le point de départ sociologique de cette construction légale.

1 Devant l'opinion contraire de la doctrine française dans son ensemble, nous avons évidemment quelque vergogne à nous montrer si affirmatif. Toutefois, certain passage de l'éminent jurisconsulte M. Roubier nous montre que la question est au moins discutable. « C'est une illusion, écrivait-il, de croire que le rapport juridique de la filiation naturelle est créé par le fait de la naissance. Il n'existe qu'un état de fait, et non une situation juridique, tant qu'aucune reconnaissance ne s'est produite. » *Conflits de lois dans le temps*, II, p. 347.

2 Comme nous le verrons au chap. X, l'al. II du même article 252, qui ne fait que renverser le fardeau de la preuve, ne changera rien à cette règle:

Supposons qu'une veuve accouche d'un enfant 305 jours après la mort de son mari. L'art. 252 II présume que l'enfant n'a pas été porté plus de 300 jours, qu'il a donc été conçu après la mort du mari. Si néanmoins il a été conçu avant la mort du mari, — celui qui le prétend devra le prouver —, il *est* légitime. En d'autres termes, il n'est pas *présumé* légitime, mais il se peut qu'il *soit* légitime.

3 Il faut toujours sous-entendre: « à un moment quelconque entre la conception et la naissance ».

Si la mère n'est pas mariée, l'enfant n'a pas de père juridique, du moins à sa naissance [1].

Seuls une reconnaissance ou un jugement attributif de la paternité avec suites d'état civil constitueront cette filiation paternelle, qui restera néanmoins illégitime.

Et, bien entendu, la légitimation aboutit au même résultat créateur. Mais alors, la filiation est légitime.

Ces quelques lignes rappellent que le mariage est une institution fondamentale, non seulement du droit des *époux*, mais encore du droit des *parents*.

C'est pourquoi nous plaçons au commencement de notre thèse la question de l'existence ou de l'inexistence d'un mariage.

Selon la réponse, l'établissement (*sensu lato*, positif ou négatif) d'une filiation sera soumis à des règles différentes.

Mais il ne faut pas perdre de vue que cette action en déclaration du mariage est extrêmement rare, et qu'elle a plus d'importance théorique que pratique. En effet, les registres de l'état civil sont là pour nous apporter la preuve d'un mariage, et ils sont tenus avec assez de soin pour qu'il n'y ait pas souvent lieu de recourir à la voie de la constatation judiciaire, et de son pendant, la contestation.

L'action en déclaration du mariage ne sera pas toujours intentée à l'origine du processus d'établissement de la filiation. Bien au contraire, on verra plus « fréquemment », par exemple, un enfant dont la filiation maternelle a été constatée s'aviser soudain que sa mère n'est peut-être pas célibataire, comme chacun le croyait, et chercher à prouver qu'elle était mariée lors de l'accouchement, ou un « mari », qui s'est occupé pendant de longues années de l'enfant de sa « femme », ainsi qu'un père légitime doit le faire, se demander un jour s'il existe vraiment entre la mère et lui ce lien juridique qu'on appelle l'état de mariage. Mais ces examens tardifs d'une situation qui jusqu'alors n'avait jamais été contestée entraînent bien des difficultés. Et, dans la mesure du possible, il faudra prendre soin d'élucider dès le commencement tout ce qui pourra jamais paraître douteux.

1 Sauf au cas d'une reconnaissance ou d'une légitimation judiciaire antérieures à la naissance.

But de l'action

Quel est le but de l'action en déclaration du mariage ?

C'est d'établir que deux personnes sont ou ont été mariées, ou ne le sont ni ne l'ont été.

En général, lorsqu'une filiation est en jeu, on cherche à prouver l'existence ou l'inexistence d'un mariage à une époque bien déterminée (entre la conception et la naissance de l'enfant).

L'action en déclaration de mariage n'est pas prévue expressément par le CCS, — pas plus que les autres actions déclaratives de la filiation.

Elle figure toutefois à l'art. 130, al. I, ch. 2 de l'OEC.

Il n'est d'ailleurs pas douteux qu'elle puisse être intentée. En effet :

a) le mariage est incontestablement un rapport de droit ; et

b) comme nous le verrons à l'instant, il est facile d'imaginer des cas où une personne a intérêt à faire constater l'existence ou l'inexistence de ce rapport de droit.

Parties à l'action

Qui est demandeur et qui est défendeur dans l'action en déclaration du mariage ?

On ne peut répondre à cette question d'une manière générale, mais on doit envisager pour elles-mêmes des hypothèses particulières bien distinctes.

Tout d'abord, celle qui a déterminé notre plan.

Un enfant ne connaît ni son père ni sa mère (enfant trouvé). Il veut établir sa filiation. Certains indices l'amènent à penser que la femme F est sa mère. Mais il ignore si elle était mariée entre le moment où il a été conçu — souvent difficile à préciser — et celui où il est né.

Si elle était mariée, il devra intenter une action en déclaration de la légitimité, dirigée contre la femme F et son mari M (cf. chap. IX).

Si elle n'était pas mariée, il agira par la voie de la déclaration de la maternité, contre la femme F seule (cf. chap. II).

On voit ainsi l'importance (théorique à tout le moins) d'une action déclarative du mariage préjudicielle à toute autre action.

L'enfant y sera demandeur[1].

Bien entendu, s'il n'a pas qualité pour procéder (incapacité de discernement ; minorité, interdiction)[2], il sera représenté par un tuteur, ou un curateur.

Seront défendeurs la femme et son prétendu mari.

Il peut sembler bizarre que l'enfant soit ainsi qualifié pour agir, parce qu'enfin il se révélera peut-être qu'il n'est pas l'enfant de la femme F.

Cette qualité ne se justifie que si l'on y voit une qualité *dérivée*. L'enfant l'a, parce qu'il a celle d'intenter une action en déclaration (ici, en constatation) de la maternité, respectivement de la légitimité. Et il conviendrait probablement qu'il intente l'une de ces deux actions en même temps que l'action en contation du mariage, de manière à rendre visible l'intérêt qu'il a de savoir si F et M sont ou ne sont pas mariés.

Mais, comme nous l'avons déjà dit, il s'en faut de beaucoup que les choses se passent toujours ainsi. Nous aurons bien plutôt l'un des deux cas suivants :

I. Le lien de maternité qui unit la femme F et l'enfant est constaté (action déclarative de la maternité), ou n'a jamais été contesté. Il est normalement documenté à l'état civil. Mais il règne un doute sur le point de savoir si la mère n'était pas mariée entre la conception et la naissance de l'enfant.

Ici, plusieurs possibilités peuvent se rencontrer, selon la position que prennent dans le litige respectivement la mère F, l'enfant et le prétendu mari M.

A. Ou bien l'enfant agit contre sa mère et le prétendu mari, ou la mère et le prétendu mari contre l'enfant.

1 On pourrait supposer qu'une femme qui est considérée comme célibataire, mais qui se prétend mariée, soit demanderesse. Avant d'entamer un procès où elle chercherait à établir qu'elle est la mère de tel enfant, elle intenterait d'abord une action en constatation du mariage contre M, de façon à le mettre en cause dans le litige ultérieur portant sur la question de filiation. Mais, contrairement au cas où c'est l'enfant qui est demandeur, l'action en déclaration du mariage est ici indépendante du rapport de filiation.

Il en va de même, si un homme agit en constatation de l'existence d'un mariage entre lui et une femme dont il se propose de montrer par la suite qu'elle est la mère de tel enfant.

2 L'action déclarative du mariage n'est pas strictement personnelle à l'enfant. D'autres intéressés peuvent être demandeurs (cf. plus loin, et le raisonnement de la CA bernoise, cité p. 143).

B. Ou bien la mère et le prétendu mari sont opposés. Ainsi :

1° Quand le prétendu mari défend :

a) la mère et l'enfant sont demandeurs, M défend ;

b) la mère agit contre M, et l'enfant peut intervenir activement, ou

c) passivement ;

d) on pourrait imaginer aussi que la mère demanderesse assigne l'enfant et le mari comme défendeurs principaux.

Dans ces quatre cas, l'action déclarative de mariage prend à l'égard de l'enfant le caractère d'une action en *déclaration de la paternité légitime*, ou en déclaration de la légitimité, mais dans un sens impropre (car la filiation maternelle n'était pas mise en doute, cf. chap. IX).

M pourra toujours, il est vrai, contester la filiation maternelle de l'enfant. L'autorité d'un éventuel jugement qui l'aurait fixée antérieurement ne saurait lui être opposée, puisqu'il n'était pas partie au procès. Et c'est justement pour éviter cette « revision » du lien de maternité qu'il est préférable, toutes les fois que cela est possible, d'élucider d'abord la question du mariage.

2° Quatre autres possibilités peuvent se construire symétriquement, quand c'est la mère qui défend :

a') M et l'enfant sont demandeurs, la mère défend ;

b') M agit contre la mère, et l'enfant peut intervenir activement, ou

c') passivement ;

d') ou, enfin, M, demandeur, assigne aussi bien l'enfant que la mère comme défendeurs principaux.

En un certain sens, l'action mériterait le nom d'une *revendication d'enfant légitime* (par son père). C'est d'ailleurs aussi une sorte d'action en déclaration de la paternité légitime, ou de la légitimité dans un sens impropre (cf. chap. IX).

Comme dans l'hypothèse précédente, le mari pourra contester préjudiciellement la filiation maternelle de l'enfant, qui, alors, sera consort défendeur avec la femme F. L'éventuelle constatation que, — contrairement au prononcé du jugement déclaratif de la maternité —, l'enfant ne descend pas de la femme F limitera entre M et F un conflit dont l'issue ne nous intéresse plus.

Rappelons enfin que, dans les cantons où la procédure, pour ces questions du droit de la famille, est régie par le principe de l'inquisition *(Offizialmaxime)*, le résultat du procès ne dépend que faiblement (et ne devrait pas du tout dépendre !) de la position qu'adoptent les parties.

II. Le lien de maternité est également constaté (action déclarative de la légitimité), ou demeure incontesté. F et M passent pour mariés, plus exactement pour l'avoir été à un instant quelconque entre la conception et la naissance de l'enfant. Puis surgit le soupçon que ce mariage n'a jamais existé.

L'action qui suivra, en contestation du mariage, sera du même coup une action en contestation de la légitimité, — ou constatation de l'illégitimité —, dans un sens impropre (cf. chap. IX).

Nous pouvons nous dispenser d'entrer dans les détails, d'autant plus que ce domaine du droit est fort peu exploré, faute d'importance pratique, et qu'il est donc très incertain.

Il est concevable qu'en de pareilles situations un tiers soit également intéressé (comp. 74.II.58). En voici un exemple :

Un veuf, M, qui a un enfant E de son premier mariage, épouse en secondes noces la femme F. De ce second mariage naît l'enfant A. Il se révèle par la suite que ce second mariage n'en est pas un, parce qu'il n'a pas été contracté devant un officier de l'état civil. L'enfant E pourra intenter une action en contestation du mariage, dirigée contre son père M, sa belle-mère F et l'enfant A. Il a un intérêt successoral, car, si sa demande est déclarée bien fondée, l'illégitimité de l'enfant A sera constatée [1], entraînant, à tout le moins, une diminution de sa part héréditaire (art. 461 III CCS).

Cf. aussi le jugement cité p. 192, où la commune d'origine de celui qui se prétendait le mari était défenderesse.

L'action en déclaration du mariage présente d'autres aspects encore où la filiation est mise en jeu. D'autres intéressés peuvent donc avoir qualité pour agir ou pour défendre.

Nous verrons plus loin (chap. VII) qu'une des formes de

1 Il serait plus pertinent de dire que le jugement constate la non-légitimité de l'enfant A par rapport à M. En effet, on pourrait imaginer que la mère, n'étant pas mariée avec M, l'était avec un tiers, ce qui ferait que l'enfant A était l'enfant légitime de ce tiers.

l'action en nullité de la légitimation prend l'allure d'une action en contestation du mariage.

Dans un tout autre domaine, rappelons que l'art. 304 CCS prohibe la reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux (cf. chap. V). On peut disputer sur la définition de l'adultère au sens de cette disposition. Mais il faut qu'en tout cas l'un des cohabitants ait été marié avec une tierce personne lors de la cohabitation frugifère. D'où l'importance de savoir si un mariage existait à cette époque, avant d'intenter l'action en annulation de la reconnaissance prévue à l'art. 306.

On trouve une règle analogue à l'art. 323 II, d'après lequel l'action en recherche de la paternité avec effets d'état civil n'est pas admissible « si le défendeur était déjà marié lors de la cohabitation ». (Cf. chap. VI.) Ainsi, les demandeurs à la grande action auront parfois intérêt à établir préalablement que le défendeur n'était pas marié lors de la cohabitation ; ou le défendeur à prouver qu'il l'était ; le fardeau de la preuve étant déterminé par la teneur des registres de l'état civil.

Péremption

L'action en constatation ou en contestation du mariage est une action déclarative d'état. Elle est donc imprescriptible — on devrait dire impérimable — par nature (cf. plus haut, p. 15).

For

Il est difficile de résoudre de manière satisfaisante la question du for de l'action en déclaration du mariage. Deux grands principes s'affrontent, celui du domicile et celui de l'origine.

Quels sont les textes que l'on peut invoquer ?

Dans le CCS, on ne trouve rien, puisque l'action elle-même n'y est pas mentionnée.

En l'absence d'une disposition de droit fédéral unifiant la procédure sur ce point particulier (comme par exemple l'art. 312 pour l'action en recherche de paternité), le for est réglé en principe par le droit cantonal.

Si l'espèce est intracantonale, on applique donc tout naturellement les normes du code de procédure cantonal (ou d'une loi de même ordre). Cependant, le cas n'est point aussi fréquent qu'on pourrait le penser. Il faut en théorie qu'il n'y ait aucun ratta-

chement possible avec un autre canton, tel que le domicile de l'une des parties, ou son lieu d'origine.

Mais, si l'espèce est intercantonale, la tendance du TF est de se référer à la LRDC. En effet, le TF interprète d'une façon très large le premier alinéa de l'art. 59 Titre final du CCS (cf. en dernier lieu 71.II.142, à propos d'une action en désaveu de paternité). Il n'est pas besoin d'un conflit actuel, positif ou négatif. Il suffit d'un conflit virtuel, et un conflit virtuel existera toujours en matière de droit cantonal, puisque ce droit n'est pas unifié (cf. aussi chap. X).

La question n'est pas vidée pour autant.

En effet, la LRDC nous tient un langage assez énigmatique, en ce sens qu'elle nous offre deux solutions, celle de l'art. 2, qui nous répète le principe général du for du domicile (art. 46 I Cst.), et celle de l'art. 8, qui, pour les litiges relatifs à l'état des personnes, pose le principe du for de l'origine.

Dans sa thèse sur le *Mariage des étrangers devant le juge suisse*, Lausanne, 1944, M. P. Secrétan a tranché le problème en faveur de l'art. 2, ou mieux contre l'art. 8, en se fondant sur un raisonnement des plus ingénieux (p. 17-19) :

Une des principales applications de l'action en déclaration de mariage, et qui d'ailleurs ne touche en rien la question de la filiation (cf. art. 133 CCS), reste le cas où le juge, saisi d'une action en « nullité » de mariage, commence par vérifier l'existence de ce mariage, car il ne peut annuler que ce qui existe déjà.

Le for sera le même pour les deux actions.

Or l'art. 43 de la LF sur l'état civil et le mariage, du 24 décembre 1874 (comp. aussi l'art. 56 de la même loi), prévoyait, pour l'action en nullité de mariage, le for du domicile du mari.

La loi de 1874 a été abrogée par le Code civil du 10 décembre 1907, avec effet dès le 1er janvier 1912. Donc, en 1892, lors de l'entrée en vigueur de la LRDC, elle était encore en force, et dérogeait à l'art. 8 LRDC *(lex prior specialis derogat posteriori generali)*. En revanche, elle s'accordait avec l'art. 2, puisqu'elle ne constituait qu'une mise en œuvre du principe du for domiciliaire.

En 1912, l'art. 8 LRDC n'a pu élargir sa portée, par une sorte de décompression, la loi spéciale étant abrogée.

L'art. 2 est donc applicable. Et le domicile sera celui de la partie demanderesse lorsque l'un des prétendus époux est demandeur (comparaison avec l'art. 7 h I LRDC). Cela sur le plan international.

Pour le plan intercantonal, qui seul nous occupe, l'art. 136 CCS (renvoyant à l'art. 144) nous donne directement une solution analogue.

Et quand les deux (prétendus) époux sont demandeurs et n'habitent pas le même lieu, on retiendra sans doute le domicile du mari.

Enfin, ce serait aussi le domicile du mari qui primerait, le cas échéant, quand les deux (prétendus) époux sont défendeurs.

Une année après la publication de la thèse, le TF jugeait en sens contraire, 71.II.128 (cf. ADI, 1946, p. 220, note de M. Ch. Knapp), combattant expressément l'argumentation de M. Secrétan. Il en montrait le point discutable : Malgré son importance pratique, la déclaration de mariage préalable à une action en nullité n'est qu'un cas très particulier, sur lequel il n'est pas indiqué de construire un raisonnement de portée générale. (Du reste, il y sera procédé ordinairement dans la forme d'un incident, si bien qu'il ne sera pas possible d'en déduire la moindre indication pour la question du for.)

Le TF proposait donc d'appliquer l'art. 8 LRDC. « Si strictement qu'on interprète l'expression état civil, il serait difficile de ne pas considérer comme une question intéressant au premier chef l'état civil de la demanderesse celle de savoir si elle est ou non l'épouse du défendeur » (p. 131). Selon l'alinéa II, le canton d'origine serait celui du mari.

Cette solution n'est, elle non plus, pas très satisfaisante. Le for de l'origine est anachronique, tout au moins en matière intercantonale. Il devrait de plus en plus céder le pas au for du domicile. On ne voit pas très bien pourquoi deux époux appenzellois qui sont nés et qui ont toujours vécu à Genève devraient retourner dans leur canton d'origine afin d'y faire constater l'existence de leur mariage.

Le remède semble résider dans une interprétation plus étroite de l'art. 59 I Titre final CCS, qui ne soumettrait à la LRDC que les conflits actuels.

CHAPITRE II

L'ACTION EN DÉCLARATION DE LA MATERNITÉ

Il avait toutes les peines du monde à retrouver sa propre identité.

H. Miller, *Le colosse de Maroussi.*

But de l'action

Nous avons vu qu'en Suisse l'enfant est lié à sa mère, dès sa naissance, par un lien du droit de la famille (cf. Egger, ad art. 302, n. 14). Ainsi que la CA bernoise l'a fait justement remarquer, en son arrêt du 15 décembre 1932 (RSJB, 1934, p. 551), il n'est pas question que la mère *reconnaisse* son enfant au sens des art. 303 ss. CCS (cf. 55.I.147, et Silbernagel, ad art. 302, n. 4. Inexact, donc, semble-t-il, RSEC, 1950, p. 33).

Ce qui ne signifie pas que l'on sache toujours qui est la mère.

L'action déclarative de la maternité aura pour but d'établir l'existence ou l'inexistence d'un rapport de filiation maternelle entre une personne de l'un des deux sexes et une femme.

Par définition (cf. ci-dessus, p. 20), cette femme n'était pas mariée dans le temps qui séparait la conception de la naissance. Une erreur équivaudrait à l'escamotage d'une action déclarative de la légitimité (cf. chap. IX), et le mari pourrait toujours, après le jugement, attaquer le lien de maternité ainsi constaté, ou chercher à le rétablir s'il avait été contesté avec succès.

Le jugement en déclaration positive de la maternité constatera que l'enfant, dès sa naissance (47.I.477), portait juridiquement le nom de sa mère (c'est-à-dire le dernier nom qu'elle n'eût pas acquis par un mariage ; *contra* RSEC, 1950, p. 73) — quand même

on l'eût en fait appelé d'un autre nom (et, par exemple, le nom donné à un enfant trouvé conformément à l'art. 72 OEC est un nom de fait, tout au moins quand la mère est suisse) — ; qu'il en avait le droit de cité [1] ; qu'il a contre elle une créance d'aliments (la personne qui l'a entretenu ayant, elle, une créance en répétition de l'indu pour l'entretien passé), etc...

A l'inverse, le jugement négatif montrera que l'enfant n'avait aucun droit à porter le nom F qu'on lui donnait communément ; que c'était à tort qu'on lui reconnaissait le droit de cité de la femme F ; que cette femme n'avait nullement l'obligation de l'entretenir, ainsi qu'elle l'avait fait jusqu'alors, etc.... Une action en répétition de l'indu ne pourra sans doute pas être intentée contre l'enfant lui-même, qui en général n'est pas enrichi (n'ayant personnellement aucune créance alimentaire pour le passé, comp. 52.II.330), mais contre sa véritable mère, éventuellement son père, ou la commune d'incorporation.

Parties à l'action

L'action en déclaration positive (ou en constatation) se décompose en deux allégations cumulatives :

a) qu'une femme a mis au monde un enfant, *et*

b) que cet enfant est le même que celui dont on veut établir la filiation.

Celui qui intente une action en déclaration négative (ou en contestation) prétendra alternativement :

a) que la « mère » n'est jamais accouchée d'aucun enfant ; *ou*

b) que, bien qu'elle ait accouché, l'enfant qui passe pour le sien n'est pas issu de cet accouchement.

Dans l'action positive, le fardeau de la preuve coïncide avec le fardeau de l'allégation, si tant est que l'on puisse encore parler d'un véritable fardeau de l'allégation, tout au moins sur le plan fédéral. Cf. un récent arrêt du TF 78.II.97 : « Dans le domaine des actions d'état, en particulier, qui touchent à l'intérêt public,

[1] Cp. cependant la LF sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse, du 29 septembre 1952, RO, 1952, p. 1115. Art. 6. Enfant trouvé. Al. III : Lorsque la filiation est constatée, l'enfant perd les droits de cité ainsi acquis s'il est encore mineur et ne devient pas apatride.

Mais cette disposition de droit international ne s'étend pas au droit interne.

on ne saurait admettre que le législateur fédéral ait entendu soumettre le juge au bon vouloir des parties en ce qui concerne les allégations de fait » (p. 98).

Dans l'action négative, rappelons-le, la question a toujours été controversée. D'une part, il faut éviter en général d'imposer le fardeau d'une preuve négative. *Ei qui dicit, non qui negat, incumbit probatio.* Mais, d'autre part, il est souvent très inéquitable d'obliger un défendeur à faire la démonstration de l'existence d'un lien de famille qu'il n'a jamais songé à mettre en doute. Nul ne serait à l'abri des chicanes les plus désagréables.

Il faut dire qu'ici les inscriptions de l'état civil jouent un moindre rôle qu'en matière de mariage.

Si un registre porte qu'à telle date et en tel lieu F et M se sont mariés, il y aura là une preuve qu'un mariage a été célébré à cette date et en ce lieu. Il va de soi que l'écriture ne nous dira rien sur l'*identité* de ces époux F et M avec ceux dont il est question aujourd'hui. Mais cette identité sera très rarement mise en doute. Nous trouverons toujours des témoins qui nous certifieront par exemple que l'actuel Monsieur M est bien le même que celui qui s'est marié il y a vingt ans, soit qu'ils le reconnaissent, soit qu'ils n'aient jamais cessé de le connaître.

Si un registre porte qu'à telle date et en tel lieu F a mis au monde un enfant A, on ne pourra voir là non plus que la preuve d'un accouchement. Le « titre » n'est évidemment pas une preuve suffisante de la maternité, comme semble le dire le DFJP, en sa circulaire du 15 avril 1918 (RSJ, 1917/8, p. 358), et dans celle du 31 mars 1925 (n° 6, RSJ, 1924/5, p. 320). Ni l'identité de la mère, ni celle de l'enfant ne peuvent être documentées. Sans doute celle de la mère n'est-elle en pratique jamais contestée. Mais tout autre est le cas de l'enfant.

Avant même l'inscription de sa naissance, il peut avoir été substitué, et le danger demeure pendant plusieurs jours ou semaines. Des vols d'enfants sont aussi possibles, ou d'étranges disparitions.

Or il n'est guère probable qu'un témoin retrouvera dans le jeune homme de 18 ans l'enfant qu'il a vu, pour la dernière fois, quand il suçait encore son biberon. Si l'enfant portait sur lui-même dès sa naissance un signe qui suffise à le caractériser, les contestations seront vite liquidées. Mais l'hypothèse n'est pas courante, sauf peut-être dans les romans. Le moyen le plus sûr et le plus habituel, pour un enfant, de ne pas perdre la preuve de son identité est d'être continuellement « suivi » par un témoin,

ou, en général, par plusieurs témoins qui se « relaient », par exemple un médecin, puis une infirmière, puis la mère. Nous pouvons donc dire que la meilleure preuve de l'identité est la possession d'état constante, dès l'instant de la naissance [1].

Ainsi, dans le cas où un mariage est contesté, la simple production d'un acte de l'état civil, si elle ne clôt pas la discussion, renverse au moins le fardeau de la preuve.

Mais, lorsqu'il s'agit du lien de maternité, le titre ne fournit qu'une des deux démonstrations qui sont *ordinairement* requises. Il constate l'accouchement, non pas l'identité de l'enfant.

Par conséquent, il nous semble particulièrement dur d'imposer au défendeur la tâche de démontrer l'existence d'une filiation. A tout le moins doit-on admettre alors que la seconde des deux preuves (identité) s'administre par la possession d'état, et il convient que le juge ne soit pas trop exigeant dans l'appréciation de cette preuve. Ce sera ensuite au demandeur à montrer — en établissant, par exemple, que l'enfant a été substitué — que la possession d'état est trompeuse, et qu'elle fait conclure à une fausse identité.

Et si le défendeur ne peut invoquer aucune possession d'état ? L'hypothèse paraît exclue, parce qu'en ce cas nous n'aurons jamais affaire qu'à une action en déclaration *positive* de la maternité.

La combinaison du titre avec la possession d'état nous donne en effet le schéma suivant :

1° L'enfant ne possède aucun état. Il n'a pas non plus de titre, ou peut-être est-il inscrit comme enfant trouvé (art. 72 OEC).

On ne conçoit guère ici qu'une action positive. (Sauf qu'à la rigueur on pourrait imaginer une action négative « préventive », destinée à couper court à une prétention ultérieure. Comp. ci-dessous, en matière de paternité, l'opinion de M. Cl. Du Pasquier, note O).

1 Encore qu'il ne faille pas se montrer trop difficile. « Le CCS n'exige pas en cette matière la certitude quasi mathématique à laquelle prétendent les défendeurs », disait à bon droit le TC de Neuchâtel, dans une des seules décisions connues qui aient constaté une maternité (7 juin 1921, ATC VIII, p. 193 ss., p. 207. Sur recours, le TF a, en effet, montré clairement que l'action de Mlle F. tendait à la constatation, et non à la recherche de la maternité, parce qu'elle ressortissait au nouveau droit fédéral, et non à l'ancien droit cantonal).

L'enfant sera demandeur, contre une femme qu'il prétend être sa mère. Ou une femme, contre l'enfant dont elle prétend être la mère.

Selon la procédure cantonale, une intervention sera peut-être recevable.

Par exemple, dans le premier cas, un enfant — légitime ou illégitime — de la défenderesse interviendrait passivement, ou la commune d'origine de la défenderesse, ou éventuellement celle de son domicile, ou le ministère public [1], alors que la commune d'incorporation de l'enfant demandeur (cf. art. 330 I CCS), ou la personne qui l'a entretenu, ou, derechef, selon l'espèce, le ministère public interviendrait activement.

Dans le deuxième cas, les mêmes interventions seraient possibles, — et non pas en sens inverse, bien entendu.

L'une ou l'autre des personnes qui ont la faculté d'intervenir activement peut sans doute aussi intenter l'action elle-même. Elle est intéressée à la fixation du rapport juridique de maternité. Son action se dirigera contre l'enfant et sa prétendue mère, qui seront consorts nécessaires, ce qui n'empêche que l'un des deux défendeurs, ou les deux, n'acquiescent à la demande. L'acquiescement ne liera probablement pas le juge, si la procédure est dominée par le principe de l'inquisition.

2° L'enfant possède l'état d'enfant de la femme F, mais n'est pas inscrit à l'état civil.

En général, si la maternité de F n'est pas contestée, il suffira d'une demande d'inscription tardive au registre des naissances pour combler une simple lacune.

Selon que la demande est plus ou moins tardive, et exige une enquête plus ou moins approfondie, l'officier de l'état civil attendra la décision du juge (juridiction gracieuse prévue à l'art. 45 I CCS), ou se bornera à requérir l'ordonnance de l'autorité de surveillance (art. 45 II).

Il se peut que la demande rencontre une opposition. Le demandeur intentera-t-il alors une action en inscription tardive (action en rectification de l'état civil *sensu lato*, art. 45 I CCS également, mais juridiction contentieuse), ou une action en constatation de maternité (déclaration d'état) ? Nous avons vu que

[1] Ou encore, peut-être, une autre femme qui se prétend, elle, la mère de l'enfant. Mais ici, l'intervention, d'accessoire qu'elle est ordinairement en ces matières, deviendrait principale. Les conclusions de l'intervenante sont distinctes de celles des parties.

la réponse dépendra probablement du degré de complexité du litige.

De toute façon, le demandeur n'aura qu'à invoquer et établir la possession d'état pour envoyer la balle au défendeur, qui devra prouver que cette possession d'état est trompeuse.

Le procès pourra se dérouler en sens inverse, c'est-à-dire que l'opposant n'attendra pas la demande d'inscription tardive pour ouvrir les feux en introduisant une action en contestation de maternité. Le partage du fardeau de la preuve n'en est pas modifié.

Plusieurs situations sont possibles.

Ainsi, la femme F prétend être la mère de l'enfant A, qui soutient le contraire. F sera demanderesse, A défendeur, ou vice-versa, selon que l'action est positive ou négative (voir ci-dessus).

La plupart du temps, des tiers seront intéressés à l'issue du procès, d'où l'on peut construire de nombreux cas d'interventions, sans compter les hypothèses où l'un de ces tiers est demandeur contre la mère et l'enfant, qui forment alors une consorité nécessaire.

Il ne faut pas négliger non plus l'éventualité où une autre femme, G, contestera l'existence du lien qui unit F à l'enfant A, en vue d'établir ensuite que c'est elle-même, G, qui est la véritable mère. Le comble est que parfois elle sera admise avec son premier chef de conclusion, mais déboutée pour le second. N'est-il pas choquant, alors, qu'une femme qui n'avait aucun lien familial avec l'enfant, et pas même l'apparence d'un lien, par la possession d'état, puisque c'était F qui en bénéficiait, ait pu être qualifiée pour agir en contestation de la maternité ? Mais, répétons-le, c'est le propre des actions déclaratives de droit, que souvent la faculté de participer au procès dépende de l'existence d'un rapport juridique que ce procès a justement pour but d'établir.

3° L'enfant ne possède aucun état, mais il existe une inscription à l'état civil, qui constate une naissance.

Cette hypothèse est analogue au cas n° 1, avec la différence qu'ici l'accouchement de la femme F est déjà prouvé. Il reste à démontrer l'identité de l'enfant.

4° L'enfant est inscrit comme enfant de la femme F, et le titre est corroboré par la possession d'état.

C'est le cas ordinaire.

On ne peut imaginer qu'une action négative intentée par F contre l'enfant, ou réciproquement par l'enfant contre F, ou par un tiers intéressé contre F et l'enfant. Pas plus ici que s'il s'agissait d'une action (parallèle) en contestation de la légitimité (cf. chap. IX), nous ne sommes limités par une disposition semblable à celle de l'art. 322 CCF.

5° Enfin, l'enfant pourrait être inscrit comme enfant de la femme F, mais posséder l'état d'enfant de la femme G.

En voici un exemple, assez alambiqué il est vrai :

Au registre des naissances de X, il est indiqué que, le 1er janvier 1950, est né Albert, fils d'Albertine, célibataire. Dans une ferme du village voisin habite une autre mère illégitime, Julie, avec son enfant Jules, qui a le même âge qu'Albert, qui est né dans le même établissement, et qui, lui aussi, est inscrit à l'état civil.

On ne voit pas encore très bien ce que Jules a de commun avec Albert, sinon qu'ils sont tous les deux des enfants illégitimes, et qu'ils ont tous les deux quatre ans. Mais supposons que Jules soit Albert, et qu'Albert soit Jules, ou, pour parler plus clairement, qu'une erreur ait été commise à l'hôpital où les deux mères ont accouché le même jour de l'an.

Après quelques mois, Albertine commence à se douter que l'enfant qu'elle a fait appeler Albert n'est pas le même que celui dont elle s'occupe quotidiennement, et que son véritable fils n'est autre que le petit Jules. Elle fait part de ses soupçons à Julie, qui n'en veut rien entendre.

Alors, Albertine intente une action en contestation de la maternité de Julie, et en constatation de sa propre maternité, à l'égard de l'enfant Jules.

Elle devra simplement prouver que l'enfant connu sous le prénom de Jules est le même qui figure à l'état civil de X sous le prénom d'Albert. En effet, puisque cette inscription documente déjà le fait de son accouchement, il ne lui reste qu'à faire la preuve de l'identité. « L'enfant qu'on m'a présenté, et que j'ai demandé d'inscrire sous le prénom d'Albert était blond, l'infirmière peut en témoigner. Or votre Jules est blond, mon Albert est noir, etc.... » Les enfants auraient été échangés après l'inscription.

Que fera Julie ?

Elle pourra s'opposer à cette allégation, et détruire la preuve par une contre-preuve, établir que l'infirmière, pas plus qu'Albertine, ne pouvait apprécier la couleur des cheveux d'un petit garçon qui par ailleurs était chauve ; ou faire état d'une expertise d'un fameux docteur, qui dit que les cheveux des enfants changent souvent de couleur.

Mais elle pourra aussi reconnaître cette preuve d'identité, et montrer que c'est l'état civil qui est faux, que les enfants avaient déjà été échangés une fois avant l'inscription, qu'au fond cette inscription de la naissance d'Albert ne documentait pas l'accouchement d'Albertine, malgré le nom indiqué, mais bien celui de Julie. Pour une fois, l'identité de la *mère* serait en cause.

Toutefois, ce genre d'hypothèse est si invraisemblable que nous n'entrerons pas dans plus de détails.

Péremption

De même que l'action déclarative du mariage, l'action en déclaration de maternité n'est soumise à aucun délai de péremption.

For

Le for intercantonal se situe au lieu d'origine de la mère, — de celle qui se prétend telle ou que l'on prétend telle. (Egger, ad art. 302, n. 15.) Si, à l'art. 8 LRDC, il n'est question que du *père*, c'est parce qu'en Suisse *mater semper certa est.* (Cf. Circ. n° 5, du DFJP, déjà citée, du 31 mars 1925, RSJ, 1924/5, p. 377.)

En matière intracantonale, voir les différentes lois de procédure.

Une application analogue de l'art. 312 CCS, relatif à l'action en recherche de la paternité, n'est guère possible, tout au moins directement. En effet, dans l'action déclarative de la maternité, de par sa nature, les rôles de demandeur et de défendeur ne sont pas distribués immuablement comme à l'art. 307. Il n'en reste pas moins que l'action de l'enfant contre sa (prétendue) mère pourra très probablement être introduite, même sur le plan intercantonal, au domicile de la défenderesse.

CHAPITRE III

L'ACTION EN NULLITÉ DE LA RECONNAISSANCE

Un testament n'est valable qu'en cas de mort, puisqu'il n'a aucune force tant que vit le testateur.
Hébreux, IX, 17.

Nature de la reconnaissance

L'action en constatation de maternité a été déclarée bien fondée. Désormais, l'enfant est attaché à sa mère. Plus exactement, le rapport qui le liait à sa mère est fixé sans équivoque. Le plus souvent, d'ailleurs, ce lien n'aura jamais été mis en doute.

Mais l'enfant n'a pas de père légal.

Il faut donc qu'à la constatation de la maternité s'ajoute la constitution d'une paternité.

Elle se fait de deux manières [1].

L'une gracieuse : la reconnaissance d'enfant illégitime.

L'autre contentieuse : l'action en recherche de paternité avec suites d'état civil.

Quelle que soit la manière adoptée, les effets seront les mêmes : l'enfant portera le nom du père, acquerra son droit de cité [2], etc.... (art. 325 ss, 461 CCS).

Qu'est-ce que la reconnaissance d'enfant illégitime ?

1 Si l'on ne tient pas compte de la légitimation, qui, en rendant l'enfant légitime, lui donne aussi un père légal (cf. chap. VII et VIII).

2 Sur le plan international, voir l'art. 2, al. II, lettre c de la loi du 29 septembre 1952 : Acquisition de la nationalité suisse « par la reconnaissance faite par le père ou le grand-père paternel, si l'enfant est encore mineur ». Mais l'enfant suisse, même mineur, ne perd pas sa nationalité lorsqu'il est reconnu par un étranger, arg. art. 8 LN.

L'initiative vient d'un homme qui se prétend le père [1] de l'enfant, c'est-à-dire qui prétend (implicitement)

a) qu'il a cohabité avec la mère, et

b) que l'enfant est issu de cette cohabitation.

Quelle est la nature juridique de sa déclaration ?

Dans un ouvrage resté classique, *Willenserklärungen und Willensgeschäfte*, Berlin, 1907, et dont il a repris la substance en 1939 *(Das rechtswirksame Verhalten)*, le professeur A. Manigk distingue les actes juridiques *(Rechtsgeschäfte)* des comportements juridiques *(juristische Handlungen)*. Il ne fait là d'ailleurs que reprendre une division traditionnelle, pour la développer ensuite.

L'acte juridique est une manifestation *(Aeusserung)* de la volonté destinée à produire un effet juridique. Manifestation, et non pas toujours déclaration. Car ce mot ne convient qu'à l'une des deux figures de l'acte juridique, la déclaration de volonté *(Willenserklärung)*. Alors que l'acte juridique peut revêtir un autre aspect, celui de l'acte de volonté *(Willensgeschäft)*, où disparaît toute idée de *communication*. « La manifestation ne consiste pas nécessairement en une déclaration. La déclaration est une manifestation qui a été rendue accessible à un destinataire » (p. 211) (note F).

La différence se marque par cette « intention de faire savoir » *(Kundgebungszweck)*, qui existe dans le premier type d'acte juridique, et qui manque dans le second. Dans le premier, ce qui compte est la déclaration de volonté plutôt que la volonté sous-jacente. Dans le second, ce qui compte est cette volonté elle-même [2].

Comme le montre Manigk, la conséquence pratique est extrêmement importante. Aux déclarations de volonté seules s'appliquent les règles des paragraphes 116 ss. BGB (pour nous, art. 18 et 23 ss. CO), qui protègent en quelque sorte le destinataire, en prévoyant une annulation et non pas une nullité, tandis que les dispositions relatives à la capacité, à la représentation, aux conditions et termes, régissent également les actes de volonté.

1 Exceptionnellement, le grand-père paternel (qui se fonde sur la cohabitation de son fils).

2 Il sera donc particulièrement important de bien distinguer les actes de volonté des déclarations tacites *(stillschweigende Willenserklärungen)*, où le comportement de l'auteur de la manifestation fait conclure, non pas directement à sa volonté interne, mais indirectement à la forme dont il l'aurait revêtue, s'il avait choisi le mode d'une déclaration expresse.

La première figure d'acte juridique se rencontre par exemple dans les déclarations réciproques de deux cocontractants : il est tout à fait nécessaire que l'autre partie ait *connaissance* de ma volonté.

La déréliction nous donne une espèce de la seconde figure. J'abandonne un livre qui ne m'intéresse plus. Peu importe que les autres gens *apprennent* ma volonté ou l'*ignorent*.

Mais, dans les deux cas, j'obtiens le résultat juridique que je voulais atteindre. Ma volonté, directement extériorisée, ou canalisée dans une déclaration, modelait à sa guise les rapports de droit.

Tout autre apparaît le comportement juridique *(juristische Handlung)*. Ses effets se produisent en vertu de la loi, parfois en dépit de la volonté. Quand l'auteur d'une spécification devient propriétaire de la chose spécifiée, c'est la loi seule qui lui fait acquérir cette propriété. Elle ne s'inquiète pas de savoir s'il cherchait vraiment ce résultat.

On s'est demandé si la reconnaissance d'enfant illégitime (en droit suisse — la même question en droit allemand recevrait peut-être une réponse différente, car la reconnaissance de l'art. 1718 BGB ne ressemble nullement à celle des art. 303 ss. CCS) n'était pas un de ces comportements juridiques auxquels la loi attache des effets sans égard à la volonté de leur auteur.

Autrement dit, celui qui reconnaît doit-il avoir la volonté d'établir un lien de filiation entre l'enfant et lui, pour que ce lien se crée définitivement, ou suffit-il qu'il ait exprimé en certaines formes sa conviction d'être le père, comme le pense par exemple M. Zimmermann ? [1]

Ce qui peut induire en erreur, c'est qu'incontestablement la loi greffe à la reconnaissance des effets déterminés, réglés de manière impérative par le CCS. L'auteur de la reconnaissance ne peut se forger une institution spéciale, ainsi, donner à l'enfant son nom et son droit de cité, mais le priver de tout droit successoral.

Il n'a rien là pourtant qui doive nous étonner. Le mariage présente une situation semblable. Les futurs époux ne peuvent décider par contrat que la femme conserve son nom de famille.

[1] Thèse citée dans la bibliographie, p. 35 ss. Plus exactement, M. Zimmermann donne le caractère d'acte juridique au seul fait que le reconnaissant manifeste la volonté de faire connaître aux tiers sa conviction qu'il est le père. Pour le reste, la reconnaissance n'est qu'un comportement juridique.

Le mariage et la reconnaissance n'en sont pas moins des actes juridiques. Et, comme ces actes juridiques sont faits pour être *connus* (cela va de soi dans le cas du mariage, et ce n'est pas moins nécessaire dans le cas de la reconnaissance), ils appartiennent tous les deux à la catégorie des *déclarations* de volonté (note G). Ainsi, pour la reconnaissance, le TF l'a dit expressément, en son arrêt 51.II.6 (cf. p. 8), et, avant lui, la CA de Bâle-Ville s'était déjà expliquée sans équivoque (2 mars 1917, RSJ, 1918/19, p. 154). Peut-être est-il permis de dire que l'un et l'autre sont des actes-conditions, au sens que la doctrine française donne à ce mot. (Cf. le *Traité de droit civil* de MM. Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, 1953, 1er volume, n° 98 : « L'acte juridique n'est ici que la condition d'application d'un statut ».)

La reconnaissance, pas plus que le mariage, n'est une trappe qui se referme brutalement sur l'auteur, dès qu'il en a touché le ressort. Ou, en tout cas, la trappe peut se rouvrir, si l'époux n'avait aucune idée du contrat qu'il concluait en se mariant, croyant qu'il se fiançait seulement ; ou si le reconnaissant ne soupçonnait pas du tout qu'il créait un lien de filiation paternelle, mais pensait qu'il s'engageait simplement à payer des aliments. Il leur reste à tous les deux, à l'époux comme au reconnaissant, l'échappatoire d'une action en annulation fondée sur l'erreur (pour le mariage, la loi emprunte au droit français l'expression de nullité relative, art. 124, ch. 1 CCS).

Bien entendu, toutes les fausses représentations que l'époux ou le reconnaissant se font des conséquences juridiques de leur acte ne leur ouvrent pas la voie de l'annulation. Sinon, les liens de mariage ou de filiation manqueraient de stabilité, alors que ces rapports, moins que tout autre, ne sauraient demeurer dans l'incertitude. Il faut donc que l'erreur affecte les éléments essentiels de l'institution.

On n'admettra pas, par exemple, que l'époux se dégage en établissant qu'il ignorait que sa femme porterait son nom, ou que leur enfant commun serait légitimé ; ni que le reconnaissant se délie parce qu'il ne savait pas que l'enfant acquerrait son droit de cité, ou deviendrait son héritier légal.

C'est là une vérité élémentaire, qui vaut d'ailleurs, à un moindre degré, pour tous les actes juridiques. Manigk le disait lui-même très nettement : « Pour qu'il y ait acte juridique, il n'est certes pas nécessaire que l'auteur se fasse une idée claire de tous les effets de droit qu'il déclenchera par son acte » (p. 269, n. 402).

Il est vrai que la discussion perd de son importance si l'on

applique par analogie aux comportements juridiques les règles prévues pour les actes juridiques, comme le propose M. Zimmermann (p. 43), et quand, en particulier, on permet à une personne d'annuler les effets de son comportement juridique en se fondant sur un vice de la volonté. Dès lors, à quoi bon distinguer ?

La reconnaissance est un acte constitutif, et n'est pas un simple aveu. Jusqu'au moment de la reconnaissance, l'enfant n'est attaché à son père par aucun lien de famille. Si l'on préfère, la reconnaissance constate une paternité physique et crée une paternité juridique. Toute autre solution (caractère déclaratif en droit) serait incompatible avec le caractère constitutif que nous croyons devoir conférer — on a vu pourquoi, cf. ci-dessus, p. 15, et art. 308 CCS — au jugement attributif de paternité de l'art. 323. Peut-être, pour se persuader définitivement, convient-il de lire l'arrêt 75.II.6, où le TF a exprimé son opinion avec toute la clarté désirable : « 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, même lorsqu'il ne pourrait y être contraint au moyen de l'action prévue par l'art. 323. Il suit de là qu'une reconnaissance régulière en la forme, non frappée de nullité absolue [1] (pour absence de discernement, par exemple) et non attaquée [2] en temps utile pour un autre vice dont elle serait affectée met l'enfant reconnu au bénéfice d'une présomption absolue [3] 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 légitimité n'a pas été attaquée ou qui n'a pas été désavoué en temps utile [4] » (p. 14).

Les effets de la reconnaissance rétroagissent au jour de la naissance [5], Silbernagel, ad art. 303, n. 1 ; Egger, ad art. 303, n. 9, — ou même de la conception.

1 Cf. ce même chapitre, ci-dessous.

2 Cf. chap. V.

3 Mais qu'est-ce qu'une présomption absolue ? L'expression nous paraît malheureuse (cf. note Q). Elle n'a d'ailleurs qu'une valeur explicative.

4 Cf. chap. X.

5 Il arrive parfois, notons-le en passant, que la reconnaissance soit antérieure à la naissance. Alors, le cas suivant peut se présenter. R reconnaît l'enfant de la femme F, avant la naissance. Puis, toujours avant la naissance, F épouse M. L'enfant naît légitime (de M). Comp. OG Zurich, 10 juillet 1930, BlZR, 1932, no 42 : Un homme ne se rend évidemment pas coupable d'une falsification d'état civil s'il épouse une femme qui est enceinte des œuvres d'un tiers. Peu importe même que l'enfant ait été reconnu. La reconnaissance est « cassée ». La règle de la légitimité (art. 252 CCS) prime l'effet (constitutif, il est vrai) de la reconnaissance d'enfant *illégitime*.

Comme nous le verrons, le même problème ne saurait se poser à l'occasion de l'action en recherche de paternité avec effets d'état civil, car le jugement n'est rendu qu'après la naissance (cf. chap. VI, p. 121).

La rétroactivité n'est pas un argument en faveur de ceux qui font de la reconnaissance un acte déclaratif. Et même, il nous semble, à ce propos, qu'on ne peut parler de rétroactivité que si l'on est en présence d'un acte constitutif :

La loi, qui permet qu'un nouvel état soit créé quand certaines conditions sont réunies, projette cet état dans le passé jusqu'à un point déterminé, parce que l'une des conditions, essentielles en l'espèce, existait déjà en ce moment. Dans l'exemple de la reconnaissance, la loi crée une paternité légale, lorsqu'une paternité réelle est déclarée en une forme particulière, par une personne qui a qualité pour le faire, etc.... Mais la loi projette cette paternité légale jusqu'au jour où l'enfant est né (ou a été conçu), parce que la paternité réelle, qui doit par principe rester la condition primordiale de la reconnaissance, existait déjà en ce temps-là.

L'acte déclaratif, lui, ne peut *rétroagir*, pour la raison qu'il n'*agit* pas. (Comp. Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1950, n. 1285 : « Il n'y a pas de rétroactivité. La cause est antérieure à sa constatation ».) L'acte n'a donc pas d'effets, ou, s'il en a un, c'est uniquement celui de montrer, d'éclairer, de préciser. En un mot, l'acte déclaratif est *rétrospectif*, non rétroactif. Il faudrait être singulièrement idéaliste pour dire qu'en allumant une lampe dans une chambre obscure, je crée la table, les chaises et le tapis qui s'y trouvaient déjà (note H).

La reconnaissance sert à l'exercice de ce qu'on appelle communément, après Zitelmann et von Tuhr, un droit formateur, — ici un droit formateur du genre générateur. Elle est donc automatique et définitive (irrévocable).

Mais l'irrévocabilité semble ne pas se rencontrer dans l'une des deux formes de la reconnaissance, à savoir l'acte à cause de mort (cf. art. 303 II).

A l'art. 303 II, l'acte à cause de mort signifie testament. La reconnaissance qui figure dans un pacte successoral garde néanmoins une nature testamentaire, car il manque le rapport de réciprocité. (Cf. M. Ch. Knapp, dans la *Festgabe Tuor, Zum schweizerischen Erbrecht*, Zurich, 1946, p. 213).

Le problème de l'irrévocabilité d'une reconnaissance testamentaire est une question que se sont posée tous les auteurs qui ont étudié l'art. 303, et ils se divisent en deux camps.

Il y en a qui disaient : Même lorsqu'elle est formellement contenue dans un testament, qui est essentiellement révocable, la reconnaissance n'en reste pas moins un acte du droit de la famille, soumis aux règles du droit de la famille, et en particulier à celle qui en fait un acte irrévocable.

Et il y en a qui répondaient : Sur quoi fondez-vous cette distinction ? Toutes les clauses d'un testament participent de l'essence du testament. Et, d'ailleurs, votre solution vous mène à une grande difficulté : si vous voulez détacher la reconnaissance de son contexte testamentaire, il vous faut lui donner vie dès le moment où elle est faite, donc où le testament est dressé, et ne pas attendre l'ouverture de la succession. Mais, comme le contenu du testament reste en général secret jusqu'à l'ouverture de la succession, nous aurions une reconnaissance qui sortirait ses effets alors que personne n'en saurait rien (cf. Planiol, Ripert et Boulanger, n° 1437).

Cet argument n'est peut-être pas même nécessaire. La reconnaissance est une *déclaration* de volonté. Elle devrait donc être connue par les personnes à qui elle est adressée (en l'occurence, les tiers d'une façon générale), si nous admettons, avec Manigk, — cela est, il est vrai, discutable —, que cette « réception par les destinataires » *(Empfangsbedürftigkeit)* est un élément essentiel au concept de la déclaration de volonté (cf. note F). Par conséquent, même si la reconnaissance testamentaire était considérée comme une institution du droit de la famille, il faudrait, pour qu'elle soit parfaite, attendre l'ouverture de la succession, moment où la déclaration devient accessible *(zugänglich)* à ses destinataires.

Mais ce qui nous fait croire que la reconnaissance testamentaire est sinon imparfaite, cf. ci-dessus, du moins révocable (on ne peut *révoquer* à proprement parler qu'une déclaration parfaite) et qu'elle n'est donc pas ici traitée comme une institution du droit de la famille, c'est que la solution contraire est une affirmation purement théorique, qui est démentie par les

faits : pensons qu'un testament olographe peut être créé et détruit à l'insu de tout le monde. Quand même nous estimerions qu'ignorée des tiers la reconnaissance n'en est pas moins parfaite *(nichtempfangsbedürftige Willenserklärung)*, nous devons comprendre que l'irrévocabilité serait ici un vain mot.

Et l'on pourrait encore ajouter : si le législateur accorde au père réel deux moyens de reconnaître (testament et acte authentique), c'est bien parce qu'il cherche à favoriser l'enfant illégitime. Mais il ne le favorisera vraiment que si la reconnaissance testamentaire reste révocable :

En effet, pour le reconnaissant, un des avantages de la forme testamentaire est précisément cette révocabilité [1]. Il ne l'emploiera le plus souvent que s'il sait qu'il pourra encore changer l'expression de sa volonté. La forme testamentaire est faite pour les indécis. Ils ne reconnaîtraient pas, s'il n'existait que la forme de l'acte notarié ordinaire, et, dans la plupart des cantons aujourd'hui, la déclaration à l'officier de l'état civil.

Avec la solution de la révocabilité, qui est celle du TF (79.II.34), cf. aussi Silbernagel, ad art. 303, n. 25 ; Egger, ad art. 303, n. 9, on arrive donc certainement à une plus grande souplesse [2]. Plus grande encore, si l'on admet, avec le DFJP, que la reconnaissance testamentaire n'a pas besoin d'être accompagnée de dispositions patrimoniales. (Circ. n° 5, du 16 juillet 1934, RSJ, 1934/5, p. 184, cf. RSEC, 1942, p. 216.) Une seule phrase, écrite, signée et datée de la main de l'auteur, sur n'importe quelle feuille de papier, pourra valoir reconnaissance (art. 505 CCS).

Conditions d'existence de la reconnaissance

On en peut compter quatre.

1° L'auteur de la reconnaissance doit avoir qualité pour reconnaître.

1 La question pécuniaire joue aussi un rôle. D'abord, le disposant fait d'une pierre deux coups : dans le même acte, il règle à la fois sa situation familiale et sa situation patrimoniale. D'où une économie. Puis, la forme du testament olographe évite au reconnaissant les frais occasionnés par un acte notarié. — Mais ces raisons cesseront d'être tout à fait pertinentes, si l'on songe qu'il est généralement possible de reconnaître un enfant illégitime par une simple déclaration, probablement peu coûteuse, à l'officier de l'état civil (cf. ci-dessous, p. 56).

2 A noter que, d'après cette solution (et *a fortiori* d'après l'opinion de Manigk), une reconnaissance non testamentaire faite par un tiers après la

Seul, le père réel a cette qualité, et, s'il est mort, ou incapable de discernement, son père à lui, c'est-à-dire le grand-père paternel de l'enfant. Mais, comme nous le verrons par la suite, il serait préférable de dire : Seule a qualité pour reconnaître la personne qui se donne pour le père réel, respectivement le grand-père de l'enfant.

2° L'auteur de la reconnaissance doit être capable de discernement (art. 18 CCS).

D'après une jurisprudence fédérale bien établie (cf. déjà 44. II.207), le mineur et l'interdit peuvent reconnaître. C'est pour eux un droit personnel au sens de l'art. 19 II CCS. Cela ressort du texte même de l'art. 303 I, où il n'est question que de l'incapacité de discernement.

3° L'enfant reconnu doit être illégitime.

Et cet enfant illégitime doit n'avoir encore aucun père légal, donc il ne doit avoir été ni reconnu antérieurement, ni attribué avec des effets d'état civil.

Si B reconnaît l'enfant A, et qu'ensuite C vienne et dise : « Ce n'est pas B, c'est moi qui suis le père réel, c'est moi seul qui peux reconnaître », il devra d'abord attaquer la première reconnaissance (art. 306), à moins qu'elle ne soit nulle (cf. plus bas).

Quant au jugement qui met fin à une « grande » action en paternité, il bénéficie de la force de la chose jugée, dès que les possibilités de recours ont été épuisées. Et il est alors muni d'une autorité absolue, parce qu'il est constitutif. Il n'y a pas d'autre moyen que la revision pour réparer une erreur éventuelle.

4° Enfin, la reconnaissance doit être dressée dans les formes indiquées à l'art. 303 II.

Répétons que le droit fédéral en prévoit deux, l'acte authentique et la disposition pour cause de mort. Les cantons déterminent pour leur territoire les modalités de la forme authentique, art. 55 Titre final CCS. Leurs préférences vont, généralement, à l'acte notarié et à cette écriture spéciale de l'officier de l'état civil que propose l'art. 102 OEC, qui porte en allemand le nom

confection du testament, mais avant l'ouverture de la succession, prime la reconnaissance du testateur, qui aura néanmoins l'action en annulation de l'art. 306 (cf. chap. V).

de « *Beurkundung* », et dont le mot « inscription », du texte français, rend assez mal le caractère constitutif. (M. Ch. Knapp suggérait le terme exact d'« instrumentation ».) Le terme « inscription » (en allemand « *Eintragung* ») aurait dû, en effet, être réservé aux seules écritures déclaratives.

MM. Rossel et Mentha étaient d'avis que la consignation dans le procès-verbal d'une autorité judiciaire répondait aux exigences formelles de l'art. 303 II (Manuel, I, p. 371). Mais il est douteux qu'on puisse ainsi combler le silence du législateur. Deux récents arrêts fribourgeois semblent donner une solution plus conforme à l'esprit de la loi : La déclaration solennelle au président du tribunal d'arrondissement vaut reconnaissance, en vertu du droit cantonal (CA, 11 février 1948, *Extraits*, 1948, p. 5). Au contraire, un aveu formulé au cours d'une audience du même tribunal n'a pas d'effet immédiat sur le statut familial de l'enfant (CA, 15 février 1950, *Extraits*, 1950, p. 5).

Le législateur n'a prévu aucune restriction temporelle à la reconnaissance, qui pourrait constituer une cinquième condition.

La reconnaissance peut avoir lieu en tout temps, avant la naissance de l'enfant (dès la première cohabitation qui peut avoir été causale) ou après sa mort (sans limitation de durée) aussi bien que de son vivant. (Silbernagel, ad art. 303, n. 22-3 ; Egger, ad art. 303, n. 8.)

Il est vrai que M. A. Meyer nie qu'un enfant décédé puisse encore être reconnu (thèse citée dans la bibliographie).

Sans doute, même s'il a raison, l'art. 305 I « ... ou ses descendants après sa mort... » garderait un sens (cas où l'enfant est mort dans les trois mois à partir du jour où il a appris — ou son curateur — qu'il était reconnu). Mais l'argument de l'auteur, que la reconnaissance suppose un lien physique entre le déclarant et l'enfant, et que ce lien disparaît à la mort de l'enfant, nous semble des plus discutables. La mort du père ne supprime pas le rapport de filiation réelle (cf. art. 303 I), et on ne voit pas pourquoi il en serait autrement lorsque c'est l'enfant qui meurt.

En revanche, il nous paraît qu'il n'est pas question de reconnaître un enfant mort-né. Comme il n'a jamais acquis la personnalité *légale*, il est bien improbable qu'on puisse l'impliquer dans un lien de famille, qui est un rapport *juridique* (cf. RSEC, 1935, p. 12).

Institutions voisines de la reconnaissance

Il faut prendre garde de ne pas confondre la reconnaissance des art. 303 ss. CCS avec certaines institutions très voisines. (Silbernagel, ad art. 303, n. 17 ; Egger, ad art. 303, n. 3.)

A) Tout d'abord, l'aveu, judiciaire ou extrajudiciaire.

Un homme reconnaît avoir cohabité avec la mère de l'enfant, et, si la cohabitation a eu lieu à l'époque où la mère a vraisemblablement conçu, il n'en faut pas plus pour qu'on voie aussitôt dans l'auteur de l'aveu le père de cet enfant.

Il est fort possible qu'il en soit réellement le père. Mais cela ne suffit pas pour en faire le père juridique. Cependant, l'aveu décidera parfois de l'issue d'un procès en recherche de paternité. Le rôle de l'aveu dans la procédure probatoire, — si tant est que l'aveu est un mode de preuve —, est indiqué par les codes cantonaux. (Cf. TC des Grisons, 18 juin 1945, RO Grisons, 1945, p. 23.)

B) Puis, l'engagement pécuniaire.

En général, il revêt l'aspect contractuel d'une transaction extrajudiciaire (cf. 62.II.200). Un concubin promet de payer une somme d'argent unique, pour solde de tout compte *(Abfindungssumme)*, ou de servir une pension à l'enfant jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de 18 ans, par exemple *(Unterhaltsbeiträge)*. De leur côté, la mère et l'enfant renoncent à ouvrir une action en recherche de paternité.

1. Il serait bien étonnant que la *mère* et l'*enfant* violent leur obligation. Ils n'y ont aucun intérêt. D'une part, les sommes promises seront le plus souvent fixées à un montant très raisonnable, car le curateur de l'enfant aura dû obtenir le consentement de l'autorité tutélaire (art. 421, ch. 8 CCS). D'autre part, en s'exposant aux hasards d'une action, ils courent le risque d'être déboutés (par exemple à cause de l'*exceptio plurium*).

Qu'arrive-t-il toutefois s'ils se ravisent à temps (art. 308 !), et désirent intenter, disons, une action en recherche de paternité avec effets d'état civil ?

Il faut attendre l'issue du procès.

Si le défendeur se voit attribuer la paternité de l'enfant, sa créance en répétition des sommes qu'il a déjà payées en vertu de la transaction extrajudiciaire (art. 109 I CO, + une éventuelle créance en dommages-intérêts, art. 109 II) sera sans doute compensée par les sommes qu'il doit en vertu du jugement, lequel a des effets rétroactifs.

Si les demandeurs sont déboutés, le défendeur pourra faire valoir sa prétention en remboursement, même si sa paternité n'a pas été mise en doute. (Ainsi, la demande a été déclarée irrecevable, par un jugement dit procédural — *Prozessurteil* —, qu'on oppose au jugement substantiel — *Sachurteil*).

En effet, l'obligation née de la transaction extrajudiciaire n'est plus fondée sur la paternité, mais elle trouve sa cause dans la prestation (négative) de l'autre partie[1] (cf. Egger, ad art. 303, n. 3). En transigeant, le concubin cherche à étouffer une affaire qui, si elle était connue, pourrait ternir sa réputation. C'est en tout cas l'opinion de la Cour civile du TF, dans ses arrêts 44.II.3 (cf. p. 6, où il est question d'une « créance indépendante de la constatation de la paternité ») et 48.II.194 (cf. p. 105, où l'on voit que deux concubins peuvent s'engager valablement). C'est aussi la thèse que professe M. Ch. Knapp, dans sa monographie précitée sur le *Droit civil de la famille dans le CPS*, p. 37.

Néanmoins, une phrase d'un arrêt de la Cour de cassation pénale, 71.IV.196, paraît infirmer cette ancienne jurisprudence : « 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 la paternité, est réputé être le père de l'enfant » (p. 200).

Et M. Deschenaux, dans une note qu'il a publiée au sujet de cet arrêt au JT, 1946, 4me partie, p. 48, pense qu'il faut distinguer de la cause de l'obligation sa nature juridique, que la transaction n'emporte pas novation, ici pas plus qu'ailleurs, et que la dette reste fondée sur la paternité : « Si la concession d'une partie est la condition, la cause, de la concession faite par l'autre, il ne s'ensuit pas que les obligations reconnues par l'homme soient détachées du titre sur lequel la mère ou l'enfant fondaient ou auraient pu fonder l'action » (p. 52).

1 On peut se demander alors si la paternité n'avait pas créé un devoir moral. Le TF ne l'a-t-il pas laissé entendre, quand il disait récemment : « Lorsqu'une personne reconnaît un enfant, c'est en général pour exécuter une obligation morale » 79.II.33 ? (Nous préférerions, il est vrai : « ... pour rendre civile l'obligation morale qui lui incombe ». L'obligation ne s'*exécutera* que par le payement.)

Oui, sans doute ; seulement, il faudrait que la paternité soit prouvée. Or la transaction, qui ne constitue pas de paternité légale, ne démontre pas non plus une paternité réelle. Et cette paternité réelle n'aura pu être établie dans un procès qui s'est terminé par un jugement procédural.

2. Il semble que la divergence des deux opinions apparaîtra clairement quand il s'agira de savoir si le *concubin* peut attaquer la transaction, en établissant qu'il n'est pas le père.

L'action — qui tendrait (dans les motifs, il est vrai, et non pas dans le dispositif) à la contestation d'un rapport de fait, la paternité réelle — devrait être admise, si la paternité reste le fondement de la dette, et refusée, si la dette trouve sa cause dans la concession accordée par les créanciers (la mère et l'enfant).

Or nul n'est étonné d'apprendre que la Cour de cassation pénale refuse l'action aussi bien que la Cour civile, à moins que le concubin n'invoque un vice de la volonté, par exemple lorsqu'il découvre par la suite que la mère avait cohabité avec des tiers. Alors, il attaque la transaction elle-même, et non pas tellement sa paternité, qui reste possible (art. 24, ch. 4 CO, et éventuellement art. 28 I ; ou, en d'autres cas, plus rares, art. 29-30).

Et même cette exception ne doit pas être généralisée. L'action en annulation des art. 23 ss. CO ne sera pas accordée au concubin qui a transigé sans s'inquiéter du tout de savoir s'il était vraiment le père (*bewusste Unkenntnis :* ignorance consciente ; cas de l'époux adultère, dont l'unique souci est de liquider l'affaire sans bruit, comp. 70.II.197-8). Tout dépend donc des circonstances dans lesquelles il s'est engagé. Ainsi, elles nous diront si sa paternité lui semblait un « élément nécessaire » au sens de l'art. 24, ch. 4 CO. (Ce sera généralement le cas. Cf. l'important arrêt du Tribunal supérieur de Zurich du 1er mai 1934, BlZR, 1935, p. 195, n° 88 : « Il est certes concevable que le débiteur n'ait pas voulu trancher la question de savoir s'il était l'auteur de l'enfant, ou même qu'il se soit engagé bien qu'il sût qu'il n'avait aucune obligation. Mais c'est assurément une exception. » Confirmé par le TF, 60.II.261.)

C) Enfin, la reconnaissance des art. 303 ss. CCS ressemble extrêmement à l'acquiescement et à la transaction judiciaire (65.II.120) qui mettent fin à un procès en recherche de paternité, quand l'action tendait à une attribution avec suites d'état civil (grande action). Sauf que nous sommes ici en présence d'un litige (question des frais et dépens) ; et que parfois, selon la procédure cantonale, ce n'est ni l'acquiescement, ni la transaction ratifiée par le juge, qui produisent formellement des effets, mais un jugement fondé sur eux.

Une grande question est celle de savoir si la transaction judiciaire (emportant jugement) ou l'acquiescement peuvent être attaqués pour vice de la volonté.

M. Guldener *(Zivilprozessrecht der Schweiz,* I, p. 240 ss.) pense que non, que toute possibilité d'annulation est supprimée par l'autorité de la chose jugée, et qu'il ne reste plus que la voie de la revision, où les codes de procédure se sont toujours montrés assez chiches.

Le TF n'est pas de son avis. Dans son arrêt 60.II.56, il fait une différence entre la transaction judiciaire (cette jurisprudence doit certainement s'étendre à l'acquiescement) et le jugement qui a été rendu après un examen complet de la situation de fait et de droit. La première est attaquable selon les art. 23 ss. CO. Il n'en va pas de même du second.

Une solution pareille avait été appliquée dans l'arrêt du Tribunal supérieur zurichois du 18 septembre 1918, BlZR, 1919, p. 233, n° 123, et maintenue dans celui du 9 novembre 1921, BlZR, 1922, p. 44, n° 27. Dans le cas, moins contesté, d'une transaction judiciaire n'ayant que force exécutoire, sans autorité de la chose jugée, un arrêt assez récent du TC des Grisons défend la même opinion (11 novembre 1952, RO Grisons, 1952, p. 30. Cas d'une petite action).

Elle est peut être dangereuse ; cependant, elle nous paraît plus équitable (cf. Silbernagel, ad art. 314, n. 69), toutes les fois que la transaction judiciaire ou l'acquiescement sont entachés d'un vice important, qui n'autorise pourtant pas une demande en revision [1].

Mais il semble bien qu'un vice de la volonté ne sera retenu que si la paternité du demandeur est *exclue.* La transaction judiciaire et l'acquiescement constituent tous les deux une renonciation à l'*exceptio plurium.* (Cf. arrêt fédéral non publié du 30 juin 1932. cité par M. J. Marti, dans sa thèse — voir bibliographie —, à la p. 99. Pour la reconnaissance, voir plus loin, chap. V.)

Si l'action ne tendait qu'à des prestations pécuniaires (petite action), la transaction judiciaire et l'acquiescement qui la terminent n'entraînent évidemment qu'une condamnation pécuniaire, et n'établissent aucune paternité au sens du droit de la famille.

1 Voir à ce sujet A. Meyer-Hayoz : *Berufung auf Irrtum beim Vergleich,* RSJ, 1953, p. 117.

Nullité et annulabilité

La doctrine classique a toujours distingué deux maladies dans les actes juridiques [1]. Les uns sont nuls, les autres annulables seulement.

Les actes nuls sont entachés d'un tel vice qu'ils n'ont jamais été valables. Ce qui ne signifie pas qu'ils n'aient aucun effet. Par exemple, ils peuvent faire naître une prétention en dommages-intérêts ou en restitution de l'enrichissement illégitime. Mais, en tout cas, ils ne sortissent pas les effets qu'ils étaient destinés à produire. Ce sont des enfants mort-nés (qu'il faut néanmoins enterrer).

Les actes annulables sont affectés d'une moindre imperfection. Elle ne les empêche pas de vivre, mais ce sont des êtres égrotants, à la merci d'une soudaine aggravation de leur maladie : l'annulation, qui les tuera. Ce peut être une simple déclaration, mais parfois elle doit revêtir la forme d'une action. Dans tous les cas, l'annulation n'est possible qu'à certaines conditions, que la loi indique.

L'action en nullité *constate* l'invalidité, qui existait *ab initio*. C'est un type négatif d'action en déclaration de droit. Traditionnellement, on lui attachait quatre caractères :

a) Le juge devait déclarer la nullité d'office, sans être lié par les conclusions des parties.

b) L'action était ouverte à tous les intéressés.

c) La nullité ne pouvait être guérie par reconvalescence.

d) L'action était imprescriptible.

L'action en annulation, — dans ces cas où l'annulation s'obtient avec le concours du juge —, tend à *créer* l'invalidité. C'est donc une action constitutive.

Dans sa thèse (cf. la bibliographie), M. M. Waiblinger soutient le contraire (p. 54 ss. Comp. une idée semblable chez M. Bridel

1 Avec l'intermède des actes dits « inexistants », une idée de Zachariae qui a fait fortune au cours du XIXme siècle. Au fond, l'inexistence est une nullité qui n'a pas besoin d'être inscrite dans la loi (cf. doctrine française : Pas de nullité sans texte) parce qu'elle est postulée par la raison elle-même. Encore que, pour le chapitre du mariage, il convienne peut-être de maintenir cette institution, puisque ce qu'on appelle la nullité (même absolue) n'est pas une véritable nullité.

Les « irrégularités n'entraînant pas nullité » (cf. art. 129-131 CCS), ou empêchements prohibitifs, ne sont assurément pas des maladies. En tout cas, on n'en meurt jamais.

— cf. la bibliographie — p. 57). Quand l'annulation revêt la forme judiciaire, le juge ne fait que constater l'existence des conditions auxquelles une personne peut supprimer un rapport de droit. Sinon, pour reprendre son image, le chasseur viserait le lièvre, mettrait le doigt sur la gâchette, et à ce moment un autre viendrait, qui lui prendrait le fusil des mains, tirerait lui-même, et abattrait l'animal.

Peut-être l'idée est-elle juste. Mais alors, nous devrions admettre une entorse à la théorie des droits formateurs, car sans doute le demandeur gardera jusqu'au jour du jugement la faculté de se désister, si bien que sa déclaration d'annulation, — qui est bien l'exercice d'un droit formateur, d'après M. Waiblinger —, n'aurait rien de définitif.

Et on comprend avec peine qu'une action déclarative (l'action en annulation en serait une d'après M. Waiblinger) *doive* être intentée pour qu'un rapport de droit s'éteigne. L'essence de l'action déclarative, répétons-le une fois de plus, est précisément de n'être qu'un moyen *facultatif* d'élucider une situation peu claire.

D'après la théorie classique, l'action en annulation présenterait tout naturellement les quatre caractères inverses de ceux que nous avons vus plus haut à propos de l'action en nullité.

Mais, dans un article paru au tome 48 de la RDS (1929), p. 348, M. R. DesGouttes s'est élevé avec force contre cette dualité rigide de la théorie classique, qui est inconciliable avec les principes modernes d'interprétation juridique (notions de but et de milieu).

Il n'y a pas seulement la nullité et l'annulabilité, mais toute une gamme d'imperfections, qui empruntent en les combinant les caractères opposés des deux institutions extrêmes. Et M. Des Gouttes n'a aucune peine à étayer sa thèse par de nombreux exemples tirés du CCS et du CO.

Certes, il a tout à fait raison de s'attaquer à un schématisme suranné, et il fait bien de nous montrer toute la complexité de notre système actuel. Mais on pourrait lui reprocher de négliger parfois le droit de la famille, au profit du droit des obligations, par exemple, alors qu'il eût convenu, en matière d'état des personnes, de souligner le principe de son imprescriptibilité ; dans le droit de la famille lui-même, de prendre comme point de départ la nullité de mariage, « seul endroit où il y a un système » (oui, mais quelle confusion dans ce système ! et que cette action est déroutante, ne serait-ce que parce qu'elle se dit en nullité quand elle est probablement constitutive comme l'action

en divorce !) ; et, enfin, d'aboutir à des conclusions vraiment très audacieuses, ainsi quand il dit qu'un acte nul est valable en fait, si aucun procès n'est entamé : autant dire qu'une monnaie est légale aussi longtemps qu'on ne s'est pas aperçu qu'elle était fausse [1].

But de l'action

Quoi qu'il en soit, nous nous en tiendrons à l'affirmation de Ihering : « L'opposition entre la nullité et l'annulabilité est tout à fait inattaquable du point de vue de la logique », *Geist des römischen Rechts*, tome II, vol. 2, p. 322. Tellement inattaquable que les Anglais eux-mêmes, si lents à s'enthousiasmer pour le conceptualisme continental, l'ont développée avec rigueur, — cf. par exemple de Reneville v. de Reneville, cité par Graveson, *Cases on Conflict of Laws*, p. 511 ss.

A côté des cas où la reconnaissance est annulable seulement, il y en a où elle est nulle, et n'a jamais pu créer de lien de famille entre l'enfant et le reconnaissant.

L'action en nullité de reconnaissance tend à la déclaration de l'inexistence de ce lien de famille.

En particulier, l'auteur de la reconnaissance déclarée nulle pourra répéter les prestations qu'il aura fournies, à moins que le rapport de paternité ne soit pas mis en doute (cas de l'incapacité de discernement et du vice de forme).

Motifs de l'action

1° D'abord, la reconnaissance est nulle, quand son auteur n'avait pas qualité pour reconnaître, et que cette absence de qualité ressort du texte même de l'acte.

Par exemple, une sœur « reconnaît » l'enfant illégitime de son frère, ou un oncle celui de son neveu.

Il n'y a pas là de reconnaissance au sens des art. 303 ss. CCS, mais tout au plus un indice (sorte de témoignage écrit) utilisable dans un éventuel procès en recherche de paternité.

Il n'y aurait de reconnaissance que si la sœur ou l'oncle agissaient en vertu d'une procuration spéciale, au nom du frère, respectivement du neveu. Voir un arrêt du Tribunal supérieur

[1] L'opinion est spécieuse. Elle a cependant le mérite d'indiquer qu'un large fossé sépare souvent la réalité de l'armature juridique qui devrait se mouler sur elle.

de Soleure, du 29 octobre 1917, RSJ, 1917/8, p. 299 (note I), et une circulaire du DFJP, du 30 juin 1928, RSJ, 1928/9, p. 80, ainsi que l'exposé très précieux de M. E. Götz, ZbSGW, 1949, p. 421 ss.

C'est le lieu de rappeler l'hypothèse très particulière où le « grand-père » n'est pas le père légal de la personne pour laquelle il reconnaît. La reconnaissance est nulle, à moins qu'on ne préfère introduire cette éventualité dans la perspective de l'art. 306 (« ni le grand-père »), qui permet l'*annulation* au cas où un père reconnaît un enfant qui n'est pas celui de son fils. Mais cette interprétation de l'art. 306 pourra sembler douteuse. (Cf. Silbernagel, ad art. 305, n. 6.)

2° Est nulle, ensuite, la reconnaissance dont l'auteur est incapable de discernement, 77.II.97.

3° Puis vient l'hypothèse où l'enfant ne pouvait être reconnu.

Il était légitime ou légitimé [1]. Il était déjà reconnu, et cette reconnaissance n'était pas nulle, et, si elle était annulable, elle n'avait pas été annulée. Ou encore, l'enfant avait déjà été attribué à un père avec des effets d'état civil [2], et le jugement n'avait été ni cassé, ni réformé, ni revisé. Dans tous ces cas, la reconnaissance (éventuellement la *nouvelle* reconnaissance) n'avait pas d'objet. Elle était impensable. (Comp. art. 20 CO.)

4° Enfin, un vice de forme essentiel peut être également une cause de nullité. Mais ici, il ne faut pas être trop strict.

Naturellement, si je demande à mon médecin ou à mon avocat de me dresser un acte de reconnaissance, il est nul. Il en va de même d'une reconnaissance par acte notarié dans le canton de Zurich, par exemple, où seule est valable la déclaration faite à l'officier de l'état civil du lieu d'origine ou du domicile du déclarant. (Cf. encore RSEC, 1940, p. 283.)

[1] Mais, ici, une reconnaissance provisoire est possible. Cf. chap. VIII.

[2] L'enfant peut fort bien être reconnu, si le défendeur n'avait été condamné qu'à payer des aliments, ou si, hors procès, un homme n'avait contracté qu'un engagement pécuniaire. Tout au plus la reconnaissance, « détruisant » le jugement, ou l'engagement pécuniaire, donnera-t-elle lieu à une créance en restitution de l'enrichissement illégitime. (Et cela n'est même pas certain dans le cas de l'engagement pécuniaire, si la personne qui s'est engagée l'a fait sans se préoccuper de savoir si elle était le père, cf. ci-dessus, p. 60. Mais, même dans cette hypothèse, il semble bien qu'à l'avenir elle sera libérée de son obligation).

Mais, si l'incompétence *ratione materiae* est toujours une source de nullité [1], qu'en est-il de l'incompétence *ratione loci vel personae* ?

L'arrêt du Tribunal supérieur de Zurich, du 6 juillet 1922, BlZR, 1923, p. 74, n° 43, ne laisse guère de doute : Le confédéré qui n'est pas domicilié dans le canton de Zurich n'y peut pas procéder à une reconnaissance. (Cf. ci-dessus.) S'il fait dresser un acte de reconnaissance par l'officier de l'état civil de Winterthour, où il réside, l'opération ne sortit aucun effet d'état civil, pas plus que n'en déploierait l'acte authentique rédigé par un notaire. Toutefois, la solution paraît dure.

En tout cas, une erreur de date, un manque de signature de la part d'un notaire négligent, ou toute irrégularité secondaire, ne sauraient entraîner la nullité de l'acte.

Citons pour finir l'arrêt Prada (66.I.290), qui pose une importante question théorique : pour que la reconnaissance soit valable, son auteur doit-il indiquer le nom de la mère ? Plus exactement, le Département de l'Intérieur du canton du Tessin ne contestait pas la validité de la reconnaissance, mais en refusait l'inscription dans les registres de l'état civil. (A vrai dire, cette position intermédiaire nous semble peu soutenable.)

Ainsi que l'observait le TF, le problème ne se présente guère que lorsque l'enfant naît dans un pays où l'inscription du nom de la mère dans l'acte de naissance n'est pas obligatoire, en France, par exemple, comme dans l'espèce [2]. Mais on pourrait imaginer, en Suisse, le cas d'un enfant trouvé, ou dont la naissance n'a, par une singulière omission, pas été inscrite.

En généralisant la solution du TF, on peut dire qu'en toute hypothèse l'indication du nom de la mère n'est pas une condition de validité de l'acte.

Et si la mère était mariée lors de la conception, donc l'enfant adultérin, et donc la reconnaissance prohibée ? (art. 304 CCS,

1 Et encore! La bonne foi mérite une certaine protection. Ainsi, quand le déclarant ignore que l'officier de l'état civil auquel il s'adresse a été destitué. Voir le cas analogue bien connu des mariages argoviens, cité par M. Egger, ad art. 131, n. 6.

2 Elle n'est non seulement pas obligatoire, mais elle n'a par elle-même aucune portée juridique, tant qu'elle n'est pas accompagnée d'une reconnaissance volontaire de la *mère*, ou tout au moins d'un aveu, d'après l'interprétation que la jurisprudence donne de l'art. 336 CCF. (Cf. pourtant CA de Limoges, 10 avril 1907, S. 1920.2.105: l'enfant, même non reconnu par sa mère, a le droit de porter son nom, s'il est énoncé dans l'acte de naissance.)

et cf. chap. V). La réponse est la même, parce que ce n'est pas au reconnaissant à prouver que l'enfant *n'est pas* adultérin.

Il est vrai qu'on procède ainsi à l'encontre de la ligne ordinaire. On connaît le père avant la mère. Mais, quand il s'agit de secourir l'enfant, il serait vain de s'embarrasser de pareilles considérations.

Et, sans doute, on facilitera les fausses reconnaissances (l'auteur n'est ni le père, ni le grand-père réel). Seulement, du même coup, on favorise aussi les vraies reconnaissances, et c'est bien la chose qui importe.

Du reste, une action en constatation de la maternité demeure possible. Ou, le cas échéant, une action en condamnation pécuniaire, parallèle à la « petite action » en recherche de paternité. Cf. plus loin p. 113, et l'étude de M. Ch. Knapp, sur la *Reconnaissance de l'enfant naturel dans le droit international privé de la Suisse*, dans les *Mélanges G. Sauser-Hall*, Neuchâtel, 1952, p. 174 ss.

Parties à l'action

Tout intéressé peut intenter l'action en nullité (action déclarative).

Le reconnaissant et l'enfant seront défendeurs consorts, sauf si l'un des deux est demandeur contre l'autre.

La preuve incombera naturellement au demandeur, même s'il faut établir une incapacité de discernement, donc fournir une démonstration négative. Le reconnaissant est réputé capable, sans texte exprès. Ce pourrait être ici, avec celle de l'art. 3 CCS, une de ces « présomptions générales » dont parle M. E. Rüegg (thèse citée dans la bibliographie, p. 44), qui ne se construisent pas sur des prémisses particulières. Mais s'agit-il bien encore de présomptions ?

Péremption

L'action ne se périme pas (toujours parce qu'elle est déclarative, cf. ci-dessus, p. 15).

Il en est ainsi même si la reconnaissance était contenue dans un testament. Autrement dit, le délai de l'art. 521 CCS (renvoyant, pour ce qui nous concerne, aux art. 519 I et 520) est écarté par la règle, particulière au droit de la famille, de l'imprescriptibilité de l'état.

For

L'action s'intente devant le juge du lieu d'origine du reconnaissant[1] quand le litige est d'ordre intercantonal (art. 8 LRDC).

Lorsqu'il se situe sur un plan purement intracantonal, il faudra considérer le droit cantonal.

Par exemple, si nous admettons une jurisprudence zurichoise de 1931 (Tribunal supérieur, arrêt du 14 février, BIZR, 1932, p. 297, n° 152), qui propose d'appliquer la règle de for de l'art. 306 à l'action en *nullité*[2], nous devrons probablement avoir égard à la loi zurichoise d'introduction du CCS, (art. 249, cf. Sträuli et Hauser, ad art. 274, n. 4, ZZPO), qui attribue la compétence dont parle l'art. 306 (mais est-ce compatible avec l'art. 108 I OEC ?) à l'office de l'état civil du domicile du reconnaissant aussi bien qu'à celui de son lieu d'origine. (Cf. un arrêt plus ancien du même tribunal zurichois, du 9 mai 1919, RSJ, 1919/20, p. 66).

1 Plus exactement, il s'agira toujours du lieu d'origine du père, même si c'est le grand-père qui a reconnu.

2 Cette assimilation vaut-elle pour les litiges intercantonaux, éliminant ainsi la règle de la LRDC ?

CHAPITRE IV

L'ACTION EN MAINLEVÉE DE L'OPPOSITION A LA RECONNAISSANCE

I met a man on the Common to-day with three legs. — You're joking. — But prove I am, Henry.

G. Green, *The End of the Affair.*

Opposition à la reconnaissance

Celui qui reconnaît un enfant le fait de lui-même, et n'a besoin de requérir aucun consentement, ni de la mère, ni de l'enfant, comme c'était le cas par exemple en droit neuchâtelois (art. 9 de la loi du 17 juillet 1874).

Mais, pour certaines éventualités, le CCS a trouvé un équivalent : la mère et l'enfant (s'il est mort, ses descendants) peuvent *s'opposer* à la reconnaissance.

L'officier de l'état civil qui a reçu la déclaration, ou l'autorité de surveillance (cf. art. 106 II OEC), communiquent la reconnaissance à la mère et à l'enfant, ou, s'il est mort, à ses descendants.

Les destinataires ont trois mois pour faire opposition.

Quel est le point de départ du délai ?

C'est le jour où ils ont su que la reconnaissance a eu lieu. Sans doute, donc, le moment où la communication a été reçue. Si l'une des personnes qui a qualité pour faire opposition est informée dès avant la communication, le délai court déjà, mais pour elle seule, bien entendu.

La mère mineure ou interdite, mais capable de discernement, peut s'opposer personnellement, 56.I.143.

L'enfant qui n'est pas capable de discernement est représenté soit par sa mère, si elle a la puissance paternelle (voir l'arrêt de la CA bernoise du 3 décembre 1925, RSJB, 1926, p. 561),

soit par un tuteur, — qui, en théorie, pourrait être la mère —, soit par un curateur, si nous sommes aux premiers temps qui suivent la naissance. Dans ces deux derniers cas, le délai court du jour de la communication à l'autorité tutélaire. Et l'arrêt fédéral 69.I.213 a décidé, fort malencontreusement il est vrai, que la règle vaut également si l'autorité tutélaire n'a pas encore désigné le curateur ou le tuteur (cf. p. 221).

Mais encore, quelle est l'autorité tutélaire compétente ? La question, très controversée (même arrêt), revient à dire : quel est le domicile de l'enfant (art. 376 et 396 I CCS) ? Nous la retrouverons à propos du for de l'action en recherche de paternité (chap. VI, p. 126), où nous essaierons d'indiquer la position du TF.

Ce même tribunal n'a pas tranché le point de savoir si l'opposition d'un curateur nommé par une autorité tutélaire incompétente était nulle ou annulable, 56.I.142. Mieux vaut dire qu'elle n'est qu'annulable, si même on ne doit pas admettre que le vice est couvert. Les règles de compétence sont assez confuses pour qu'une erreur soit presque pardonnable. (Comp. arrêt cité 69.I.222.)

L'opposition est adressée à l'officier de l'état civil du lieu d'origine de l'auteur de la reconnaissance (art. 108 I OEC).

L'officier de l'état civil n'a pas à contrôler si l'opposition est fondée, mais il faut lui laisser un certain pouvoir d'examen, quant à la forme. Et il vérifiera si le délai n'a pas été dépassé. « Une mère par exemple ferait opposition, et les héritiers du père, décédé entre temps, qui ont intérêt à l'annulation de la reconnaissance, s'abstiendraient d'agir en justice. » (Arrêt cité, 69.I.219.)

La loi permet l'opposition pour deux motifs.

A) Si le reconnaissant n'est ni le père, ni le grand-père de l'enfant.

Il est normal que la mère et l'enfant aient la faculté d'empêcher que soit créé un lien de paternité légale qui ne correspondrait pas au lien réel. On aurait pu voir dans cette discordance une cause de nullité de la reconnaissance, mais le CCS s'est borné à donner une action en annulation (cf. chap. V) et un droit d'opposition (cf. le présent chapitre), 75.II.181 [1].

[1] L'autre proposition que le TF fait à la même occasion, que l'art. 304 indique une cause de nullité, et non d'annulation, nous semble des plus discutables (cf. chap. V, p. 78).

B) Si la reconnaissance est préjudiciable à l'enfant.

On a souligné mainte fois le caractère exceptionnel de ce motif. En effet, il rompt l'harmonie de notre système, qui cherche à faire coïncider, dans la mesure du possible, l'état légal avec l'état réel. Ici, bien au contraire, l'opposition a pour suite d'empêcher cette coïncidence.

Il faut alors, sans doute, que le préjudice soit considérable. Le reconnaissant est un assassin, un ivrogne, un sadique, etc.... Un arrêt du Tribunal supérieur d'Argovie, du 30 octobre 1931, RSJ, 1932/3, p. 101, a admis l'opposition, quand le reconnaissant était indigne de succéder à l'enfant, selon l'art. 540, ch. 1 CCS, ou même que l'enfant avait contre lui un motif d'exhérédation (art. 477, ch. 1 CCS) : « La loi elle-même estime que, par son comportement, le demandeur a rompu le lien familial ». Mais, comme le préconise la CA bernoise (arrêt cité du 3 décembre 1925, RSJB, 1926, p. 561), il faut procéder à une sorte de *compensatio lucri cum damno* : « Il faut que la situation juridique de l'enfant soit aggravée compte tenu de tous les facteurs qui entrent en considération », c'est-à-dire qu'il faut tenir compte des avantages indéniables qu'entraîne toute reconnaissance.

But de l'action

L'opposant n'a qu'à invoquer l'un des deux motifs, il n'a pas à faire la preuve de son bien-fondé, ni même à le rendre vraisemblable. C'est au reconnaissant lui-même à introduire action, s'il veut maintenir sa reconnaissance.

A ce point de vue, on peut donc dire, avec M. Götz, ZbSGW, 1952, p. 171, dont l'opinion fait autorité en la matière, que toute reconnaissance est affectée de deux conditions résolutoires cumulatives. (Comp. RSEC, 1935, p. 194. Par ailleurs peu clair.) En d'autres termes, qu'elle tombe,

a) si la mère ou l'enfant (ou les deux ensemble) font opposition dans un délai de trois mois, et

b) si le reconnaissant n'obtient pas, dans un nouveau délai de trois mois, la mainlevée de cette opposition.

La reconnaissance étant ainsi précaire, on comprend bien que son auteur ne se puisse voir attribuer la puissance paternelle aussi longtemps qu'une opposition est possible (TC vaudois, 4 mai 1927, JT, 1928 (dc), p. 63).

Cela n'empêche que la reconnaissance subsiste malgré l'opposition, jusqu'à ce que l'action du reconnaissant soit périmée, ou qu'elle ait été rejetée par un jugement passé en force. Alors, ce sera comme s'il n'y avait pas eu de reconnaissance du tout. Il est naturel qu'une opposition victorieuse ait des effets rétroactifs. (Egger, ad art. 305, n. 6.)

L'action en mainlevée de l'opposition est donc constitutive. Elle *modifie* un rapport de droit en ce sens qu'elle le dégrève de l'opposition qui le chargeait.

On dit parfois : l'opposition suspend les effets de la reconnaissance (Silbernagel, ad art. 305, n. 6), — mais d'une manière provisoire seulement, puisqu'une action du reconnaissant pourrait être déclarée bien fondée.

Si cette suspension signifie que la reconnaissance tombe, pour renaître éventuellement plus tard, le schéma nous semble bien compliqué. (Comp. pourtant 69.I.222, où nous lisons que l'opposition *révoque* (?) les effets de la reconnaissance.)

Mais si, par suspension, on indique simplement que, tant que la question n'est pas tranchée, le père consignera les sommes destinées à l'entretien de l'enfant, au lieu de les verser à son représentant, comme il le devrait en principe ; c'est là une mesure de prudence qu'on ne peut qu'approuver.

Si le reconnaissant n'agit pas, ou s'il est débouté, il reprendra les sommes qu'il a consignées. S'il les avait versées, il aura une action en restitution de l'enrichissement illégitime, « *ob causam finitam* », à moins que sa paternité n'ait pas été mise en doute — second motif d'opposition —, parce qu'alors il a exécuté un devoir moral. Même réponse lorsqu'il s'agissait d'une reconnaissance *nulle*, bien que la paternité réelle n'y pût avoir été documentée *valablement* en aucun instant, cf. ci-dessus, p. 64. La solution était différente, lorsqu'il s'agissait d'une transaction extrajudiciaire, ou d'un engagement pécuniaire, qui, contrairement à la reconnaissance, ne documentent pas une paternité réelle, cf. ci-dessus, p. 59, n. 1. Tout cela est d'ailleurs sujet à discussion.

Parties à l'action

Nous l'avons laissé entendre, le demandeur est le reconnaissant lui-même.

Mais voici un cas spécial :

Le grand-père a reconnu, parce que son fils était incapable de discernement. La mère ou l'enfant se sont opposés à cette

reconnaissance, en invoquant par exemple son caractère préjudiciable. Moins de trois mois après l'opposition, le fils du reconnaissant, qui est donc le père de l'enfant, recouvre la raison. Le bon sens nous dit qu'il peut agir à la place de son père.

Si le reconnaissant est mort, ses héritiers[1] pourront intenter l'action (art. 305 II). Il sera d'ailleurs bien rare qu'ils le fassent, sauf peut-être au cas où l'enfant est mort lui-même avant le reconnaissant.

Nous pensons, du reste, que généralement, en l'absence d'une disposition contraire de la loi, et à la condition toutefois qu'un intérêt subsiste, les qualités pour agir et pour défendre se transmettent de mort à vif, même en matière d'état. La loi le spécifie parfois, là où l'on aurait pu émettre quelque doute. Par exemple, art. 256 I, 262 I, 307 III CCS.

L'opposant défendra. Ce sera donc la mère, ou l'enfant, ou les deux ensemble.

Le fardeau de la preuve incombe évidemment au demandeur.

Cette preuve sera parfois négative (second motif d'opposition) : « Non, je ne suis pas un assassin, un ivrogne, un sadique, etc... ». Alors la partie adverse sera requise de préciser un peu ses allégations, voire de leur donner quelque fondement.

Le premier motif d'opposition nous fournira le tableau bizarre d'un homme qui cherche à établir qu'il est bien le père de tel enfant, alors que les procès en recherche de paternité nous habituent plutôt à la situation contraire.

Ici, chacun le sait, la preuve n'est pas plus facile que dans l'hypothèse précédente, quoique pour d'autres raisons. Ce n'est pas tant la cohabitation que la causalité qu'il est malaisé de démontrer.

Dès lors, il est normal qu'on accorde au demandeur le bénéfice de la double présomption posée à l'art. 314 I CCS : Il est présumé le père, s'il a cohabité avec la mère entre le 300me et le 180me jour avant la naissance.

Suffira-t-il alors au défendeur, pour renverser le fardeau de la preuve, de démontrer qu'il existe des « doutes sérieux » au sens de l'art. 314 II ? La mère s'appuierait par exemple sur l'*exceptio plurium !*

On a bien envie, ici, de répéter l'adage latin : *Nemo auditur turpitudinem suam allegans.* (Le pourrait-on si l'enfant défend seul ?)

[1] Même si c'est le grand-père qui a reconnu, il s'agit sans doute des héritiers du père.

De toute manière, l'état actuel de la jurisprudence fédérale (discutable, il est vrai) nous amène à contester l'application de l'art. 314 II. En effet, si la simple possibilité de la paternité enlève au reconnaissant le droit d'invoquer l'art. 24, ch. 4 CO (cf. chap. V, p. 107), cette même possibilité doit jouer en sa faveur aussi, quand il s'agira pour lui d'obtenir la mainlevée d'une opposition.

Péremption

Rappelons que l'action se périme par trois mois à dater du jour où le demandeur a reçu avis de l'opposition.

For

Le for est déterminé par le CCS lui-même, à l'art. 305 II *in fine*. Il est donc intracantonal aussi bien qu'intercantonal. Il se situe au siège de l'office de l'état civil compétent pour recevoir les oppositions, et l'art. 108 I OEC nous apprend que cet office n'est autre que celui du lieu d'origine de l'auteur de la reconnaissance.

CHAPITRE V

L'ACTION EN ANNULATION DE LA RECONNAISSANCE

Je n'ai jamais connu de femme douée plus qu'elle d'heureuse aptitude au mensonge animé.

M. Proust, *La prisonnière*.

But de l'action

La reconnaissance peut parfois être annulée.

L'action en annulation est réglée expressément par le CCS et par le CO.

Dans l'hypothèse de l'annulation, comme d'ailleurs dans celle de l'opposition, la reconnaissance aura sorti des effets de droit de la famille. L'enfant aura porté juridiquement le nom de son père, il aura acquis son droit de cité, il aura bénéficié d'une créance d'entretien fondée sur l'art. 272 CCS (voir art. 309 III), etc...

Le jugement d'annulation, constitutif par essence, rétroagit, suivant la règle générale du droit de la filiation.

Il faut distinguer deux cas d'annulation. L'action peut être intentée par un tiers ou par le reconnaissant lui-même.

I. ACTION DU TIERS

Motifs de l'action

Elle lui est accordée pour deux causes alternatives (art. 306).

A) L'auteur de la reconnaissance n'est pas le père physique de l'enfant (respectivement son grand-père).

L'action tend donc à supprimer un état légal qui ne correspond pas à l'état réel.

La preuve pourra s'administrer de deux manières :

1° Ou bien, contrairement à la présomption qu'implique une reconnaissance, son auteur n'a jamais cohabité avec la mère de l'enfant.

Le cas sera bien extraordinaire, car il y a peu de personnes qui s'embarrasseront d'un enfant, s'il leur est absolument étranger. Mais il se peut que le reconnaissant ait voulu se montrer complaisant. Peut-être espère-t-il même, ainsi, pouvoir épouser la mère (et légitimer l'enfant ! Cf. chap. VIII).

Comme la preuve, négative (renversement de la présomption), est très difficile, il est probable que le défendeur devra y contribuer dans une certaine mesure, indiquer, par exemple, quand il prétend avoir cohabité avec la mère. (Comp. 66.II.145.)

2° Ou bien, le reconnaissant a cohabité avec la mère, mais cette cohabitation n'a pas été frugifère.

Ici, la preuve, toute négative qu'elle est, incombe entièrement au demandeur, parce qu'un principe général du droit suisse de la famille présume qu'une cohabitation est frugifère.

A condition, bien entendu, que la date de cette cohabitation soit séparée de celle de la naissance par un laps de temps raisonnable. Autrement dit, le demandeur rencontre ici, de nouveau, la présomption bien connue qui fixe la « période critique légale » (cf. p. 113). Si la cohabitation du reconnaissant se situe hors de cette période, la présomption jouera au profit du demandeur, et ce sera au défendeur à montrer qu'en l'espèce la gestation a duré plus ou moins longtemps que la loi ne le présume.

La preuve de non-causalité que l'art. 306 impose au demandeur consiste à établir que le reconnaissant n'est pas le père (ou le grand-père) de l'enfant qu'il a reconnu.

Le législateur n'exige pas du demandeur qu'il établisse l'*impossibilité* de la paternité, comme l'art. 254 CCS (action en désaveu de paternité, cf. chap. X). Il se contente d'une *haute invraisemblance*.

A cet égard, un jugement du Tribunal de district de Zurzach est assez explicite. Une grossesse de 312 jours, combinée avec les données d'Ogino et Knaus (incertaines du reste), réduisait à un pour cent les chances de paternité. L'annulation fut prononcée

(15 octobre 1947, RSJ, 1949, p. 27). Un désaveu n'eût peut-être pas été accordé à si bon compte.

Cependant, le TF le dit clairement en son arrêt 71.II.54, les exigences posées par l'art. 306 CCS sont plus voisines de celles de l'art. 254 que de celles de l'art. 314 II (doutes sérieux).

On peut se demander, d'ailleurs, si les différences que l'on fait ainsi entre trois degrés de probabilité ne sont pas le plus souvent illusoires, surtout depuis que l'interprétation de l'art. 254 est devenue moins sévère (cf. ci-dessous, p. 175) et qu'à l'inverse l'art. 314 II est appliqué avec plus de rigueur (cf. ci-dessous, p. 143). Réserve faite de l'*exceptio plurium*.

B) L'enfant est adultérin ou incestueux. (L'art. 306 *in fine* : « ... ou que la reconnaissance était prohibée » renvoie à l'art. 304, dont la note marginale porte : II. Reconnaissance prohibée.)

Cette disposition est, depuis quarante ans déjà, en butte à d'innombrables critiques.

Sans vouloir en discuter la valeur, — qui nous semble des plus contestables —, nous nous permettons d'y voir le résultat de discussions hâtives.

En effet, tout au moins dans la mesure où il interdit la reconnaissance de l'enfant *adultérin*, l'art. 304 doit son origine à une vue très incomplète de la situation. Quand on en proposa l'adoption, on pensait par là éviter le scandale qui naîtrait assez probablement si un père de famille introduisait dans son foyer un enfant illégitime. Il ne saurait l'imposer à son épouse ni à ses enfants légitimes sans leur faire un affront, etc.

Mais, outre que l'épouse et les enfants légitimes ont peut-être pardonné [1], l'enfant reconnu n'est pas toujours attribué à son père, surtout s'il est marié. Rappelons toutefois que, lorsque l'art. 304 (alors art. 313 bis) fut préconisé, l'art. 332 III (futur art. 325 III) prévoyait que l'enfant reconnu serait soumis à la puissance paternelle du père, si l'autorité tutélaire ne lui nommait pas un tuteur. Il n'était donc pas encore question d'accorder la puissance paternelle à la mère. Quand cet art. 332 III fut modifié, le meilleur argument en faveur de l'art. 313 bis disparut, mais personne ne semble s'en être soucié.

Et, dans le cas où le reconnaissant est veuf, et n'a pas d'enfants de ce mariage, les auteurs de notre code seraient sans doute

[1] Il n'est du reste pas certain que les enfants légitimes aient quelque chose à « pardonner ». Leur père ne leur a fait aucune promesse, comme il en a fait une à sa femme.

bien empruntés de justifier leur solution. (Egger, ad art. 304, n. 4, RSEC, 1952, p. 194.)

Cependant, il y a pire. L'adultère n'a pas toujours été commis par le père, mais parfois par la mère. Ici, il ne reste rien du tableau dramatique que peignait jadis la commission du Conseil national. Le comble est qu'en cette hypothèse la mère puisse intenter une action en recherche de paternité contre un célibataire, qui, lui, ne peut pas reconnaître.

On est allé jusqu'à prétendre que l'adultère est une tare sociale qu'il convient de cacher à tout prix. Mais c'est évidemment la réaction de l'autruche qui met sa tête dans le sable. Est-il plus digne d'un législateur qu'il ignore un mal, ou qu'il cherche à le réparer ?

Le cas de l'enfant *incestueux* est plus embarrassant. Ici, l'art. 304 trouve, encore maintenant, de nombreux partisans. Et sans doute avec raison. Car c'est un bien misérable avantage, pour un enfant, d'être reconnu par son père quand cette reconnaissance ne fait que manifester publiquement de quelles relations infâmes il est issu.

Un des arrêts les plus étonnants du TF est bien, nous semble-t-il, celui qui a paru au tome 72.I.343.

En effet, une simple lecture des art. 304 (note marginale) et 306 CCS fait naître l'idée que l'art. 304 donne une cause d'annulation, que l'enfant adultérin ou incestueux peut donc être reconnu *valablement*, mais que la reconnaissance est affectée d'une condition résolutoire, à savoir l'aboutissement de l'action en annulation prévue à l'art. 306. En d'autres termes, l'art. 306 CCS semble bien déroger à l'art. 20 CO.

C'est ainsi, d'ailleurs, que l'avait compris le TF en son arrêt 55.I.19 (cf. p. 24).

Mais, en 1946, il est arrivé à la conclusion qu'il fallait lire noir là où le texte légal disait blanc. C'est là un mode d'interprétation auquel on ne saurait reprocher d'être le moins du monde étriqué. Seulement, que la tâche du juriste sera compliquée, si, à la place d'un texte légal dont nul ne conteste la clarté, il doit chercher un autre droit dans les décisions de notre Cour suprême ! Le procédé n'a, il est vrai, rien de très nouveau, la Cour de cassation française en a usé parfois, mais rarement sans doute dans un sens rétrograde.

Or c'est un arrêt bien réactionnaire que cette décision du tome 72.I.343.

Après toutes les critiques, le plus souvent fort justifiées, qu'on n'a cessé de faire à l'art. 304, il eût semblé normal de limiter la portée de cette disposition, et, en particulier, de laisser subsister la reconnaissance viciée, à moins qu'un intéressé ne s'y opposât et ne la fît annuler.

Mais 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*, afin de le replonger plus profondément dans sa misère.

La construction jurisprudentielle se présente ainsi :

La reconnaissance est nulle. L'officier de l'état civil doit en refuser l'inscription, et il n'y a pas besoin d'intenter l'action de l'art. 306.

Qu'arrive-t-il maintenant si l'officier inscrit la reconnaissance par erreur ?

Sans doute la reconnaissance est-elle toujours nulle, mais, si nous voulons donner quelque signification à l'art. 306, nous y verrons une action en nullité qui est soumise à une péremption de trois mois. Voilà pour nous, en droit de la famille, un monstre juridique. Alors, disons qu'une autorité officielle, par exemple le ministère public, a le droit de faire constater la nullité en tout temps. Mais, de la sorte, nous inventons une action (ce n'est pas celle de l'art. 306, qui est soumise à un délai) dans un domaine où la loi est pourtant explicite.

Et si, tout au contraire, nous prétendons qu'après son inscription la reconnaissance n'est plus nulle, mais annulable ? Cf. 75.II.10 [1]. Ce faisant, nous tombons de Charybde en Scylla, car un autre écueil nous attend : l'inscription de l'officier de l'état civil est *constitutive*.

Or nous n'avons pas affaire ici à l'instrumentation des art. 102 ss. OEC.

Quand l'officier de l'état civil dresse lui-même l'acte de reconnaissance, on peut raisonnablement penser que l'écriture à laquelle il procède entraîne un changement d'état (cf. ci-dessus,

[1] Toutefois, l'arrêt 75.II.177 revient à l'opinion plus radicale du paragraphe précédent. Cf. en particulier, p. 181: « A la différence des cas prévus à l'art. 304, la loi ne déclare pas nulle, mais simplement annulable la reconnaissance qui émane d'un autre que du père ou du grand-père de l'enfant. » Il fallait avoir des lunettes spéciales pour apercevoir cette *différence*.

p. 57). C'est en tout cas l'opinion que soutenait récemment encore M. E. Götz, ZbSGV, 1953, p. 554. On s'explique ainsi l'al. II de l'art. 102 OEC, qui interdit à l'officier de l'état civil d'instrumenter la reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux. Peut-être même que la disposition est superflue. L'art. 304 CCS n'adresse-t-il pas une semblable défense à tous les officiers publics que les droits cantonaux habilitent à dresser des actes de reconnaissance ?

Dans notre espèce, il s'agit d'autre chose. La reconnaissance avait déjà été effectuée. Tout ce qu'on demandait à l'officier de l'état civil, c'était de la porter dans les registres (art. 303 II *in fine* CCS et art. 52, ch. 1 OEC) si elle était valable. Si elle était nulle, il ne devait pas l'inscrire. Au cas où il l'eût néanmoins inscrite, il n'aurait pu lui donner, par une simple écriture (mention), une force qu'elle n'avait pas auparavant et, de nulle, la rendre annulable. Celui qui voit dans l'art. 304 CCS une cause de nullité vide l'art. 306 *in fine* de son sens.

L'arrêt 72.I.343 s'explique d'une seule manière. Il répugnait à nos juges fédéraux de permettre au même officier public, quand il enregistre, ce qu'ils lui interdisent lorsqu'il instrumente. Fallait-il craindre ce dédoublement fonctionnel ?

On notera que, dans notre espèce, la reconnaissance était nulle, de toute façon, pour vice de forme.

Il resterait à savoir ce qu'on entend par adultère et par inceste. La réponse n'est pas si évidente qu'on pourrait le croire.

On admet en général que l'enfant est adultérin, s'il est issu des relations de personnes dont l'une au moins était mariée avec un tiers.

Alors, que penser du cas où une femme mariée est violée par un célibataire qui ne savait pas qu'elle était mariée ? Il ne semble pas qu'il y ait ici un adultère. Il manque un élément subjectif, qui est sans doute exigé à l'art. 304. Mais où est la limite ? Suffit-il que l'un des deux auteurs, ou faut-il que les deux sachent qu'ils commettent un adultère, et le veuillent commettre ? En faveur de l'enfant, nous dirons que l'intention doit avoir existé en chacun des père et mère.

Et il n'est pas toujours facile de savoir si l'un des parents était marié lors de la cohabitation causale. On connaît bien la date de la naissance, mais pas toujours celle de la conception.

D'après le DJP du canton de Vaud (28 octobre 1938, RJS, 1939/40, p. 145), l'enfant né le 180me jour qui suit la dissolution du mariage du père n'est déjà plus présumé adultérin. Le fardeau de la preuve (souvent aisée, il faut l'avouer) est donc renversé. Inutile de dire que cette solution est conforme aux tendances actuelles du droit suisse.

De même, l'enfant illégitime né d'un père marié avec une autre femme que la mère depuis moins de 300 jours n'est pas non plus présumé adultérin (RSEC, 1944, p. 177).

Quand il s'agit du mariage de la mère, il faut d'abord savoir comment l'enfant a été désavoué, c'est-à-dire s'il l'a été selon la voie ordinaire de l'art. 254, ou celle de l'art. 255 I *in fine*, ou s'il l'a été selon la voie de l'art. 255 I *in initio*, auquel cas l'enfant ne sera pas adultérin (*a matre* tout au moins) [1].

La notion de l'inceste, à l'art. 304, est une notion pénale. Aujourd'hui, elle renvoie implicitement à l'art. 213 CPS [2]. Il y a inceste, quand des parents en ligne directe, ou en ligne collatérale au deuxième degré, ont cohabité, et non pas, par exemple, si un oncle a des relations intimes avec sa nièce, ou une tante avec son neveu, alors qu'il existe entre eux un empêchement à mariage (art. 100, ch. 1 CCS. Il faut naturellement qu'il s'agisse de parenté et non d'alliance, qui n'empêcherait pas non plus le mariage).

Il nous semble que l'élément intentionnel ne joue ici aucun rôle. La prohibition a été dictée par des raisons d'hygiène autant que de morale.

Parties à l'action

L'art. 306 ouvre l'action à tout intéressé.

On remarquera que cela n'est pas conforme à la théorie classique (un exemple pour M. DesGouttes). Mais, alors que l'entorse symétrique, qui consisterait à ne donner une action en nullité qu'à un nombre limité de personnes, est inadmissible, la présente dérogation est parfaitement concevable. Une action déclarative,

[1] Nous avons dit en passant (chapitre premier) et nous reverrons plus en détail (chap. X) que l'enfant conçu après la dissolution d'un mariage n'est en aucun cas issu légalement de ce mariage, même contre la présomption de l'art. 252 II CCS.

[2] C'est ainsi que le Tribunal supérieur d'Argovie avait déjà décidé, dans son arrêt du 31 août 1926, RSJ, 1928/9, p. 281, que la cohabitation d'un parâtre avec sa filâtre n'était pas incestueuse.

par principe, est ouverte à tout intéressé, mais nous n'avons pas soutenu qu'une action constitutive ne pouvait être accordée qu'à un nombre déterminé de demandeurs.

Dans une thèse parue à Lausanne en 1940 (cf. la bibliographie), M. A. Artus fait le recensement des intéressés de l'art. 306.

Il y a d'abord les héritiers de l'auteur de la reconnaissance, ses légataires et ses donataires, qui sont lésés par l'apparition d'un héritier réservataire.

Puis, les père et mère du reconnaissant, qui pourraient un jour être chargés d'une dette alimentaire (art. 328 CCS), et qui d'ailleurs ont un intérêt moral à ne pas voir leur nom donné à un étranger. Les mêmes raisons valent pour les autres *proches* parents. (Ou faut-il accorder l'action à *tous* les porteurs du nom ?)

Il peut arriver qu'un autre homme prétende être le vrai père (réel), et veuille par conséquent reconnaître l'enfant. Mais il a été devancé, parfois par une personne qui n'a même pas cohabité avec la mère. Cette reconnaissance fait obstacle à la sienne. Il devra d'abord la faire annuler. (Egger, ad art. 303, n. 4.) Mais sans doute serait-il prudent, comme le TF le requiert en cas d'annulation d'une légitimation (cf. chap. VIII), d'obliger le demandeur à reconnaître lui-même l'enfant provisoirement, ou, mieux, sous condition suspensive, — la condition étant que sa demande soit déclarée bien fondée —, de peur qu'après avoir brisé la précédente filiation, il n'abandonne l'enfant, qui aurait ainsi perdu un père sans en regagner un autre.

Le père légal peut aussi agir, si ce n'est pas lui-même qui a reconnu (sinon, cf. II, ci-dessous), mais son père, parce qu'il était alors incapable de discernement[1]. Le grand-père croyait bien faire en reconnaissant l'enfant, car il pensait que son fils en était l'auteur. Le fils revient à la raison, et mesure l'étendue du désastre : non seulement la fille qu'il courtisait, fort platoniquement malgré certaines rentrées tardives qui ont pu tromper le grand-père, s'est gentiment moquée de lui avec le commis de la poste, mais encore il se voit imputer l'enfant qui est né. A ce fils infortuné, l'art. 306 donne aussi l'action.

Enfin, cet article mentionne expressément l'autorité compétente du canton d'origine du père légal. Cette disposition fait partie d'un réseau de normes (art. 256 II, 261 II, 262, 312 II) qui reflète un esprit assez mesquin. La commune, à Genève le

1 Une hypothèse semblable peut se présenter lors du retour d'un absent, si l'on assimile la déclaration d'absence au décès, à l'al. I de l'art. 303.

canton, cherche à se décharger par avance d'un éventuel devoir d'assistance[1].

Si ni la mère, ni l'enfant n'ont qualité pour agir, c'est qu'ils ont la faculté de s'opposer à la reconnaissance (cf. chap. IV). Notons qu'ils ne peuvent s'y opposer en allégant qu'elle était prohibée par l'art. 304, à moins que, du même coup, elle ne soit préjudiciable à l'enfant. Ce sera généralement le cas si elle établit une filiation incestueuse.

Dans l'arrêt de la Cour de justice civile de Genève du 13 mai 1919, SJ, 1919, p. 382, il était bien question d'une action en annulation intentée par une mère dont le droit d'opposition était périmé. Mais l'action était inutile, parce qu'elle était de toute évidence également périmée (même délai, même *dies a quo*). La Cour s'est d'ailleurs déclarée incompétente.

Le reconnaissant et l'enfant seront défendeurs. Ils formeront une consorité nécessaire[2]. A cet égard, l'arrêt 51.II.6 est particulièrement frappant :

L'auteur de la reconnaissance avait été victime d'une erreur qu'il découvrit par la suite. Il attaqua la reconnaissance selon les art. 23 ss. CO (cf. ci-dessous, II), mais trop tard. Puis la commune d'origine intenta l'action en annulation de l'art. 306, dans le délai, mais contre l'enfant seul. La position du reconnaissant était trop claire, semblait-il, pour qu'il y eût lieu d'agir contre lui aussi. Néanmoins, la commune d'origine fut déboutée. Elle avait agi assez tôt, mais incorrectement, et le juge ne pouvait prendre en considération une action qui n'avait été introduite que contre l'un des défendeurs consorts nécessaires. Comme la péremption était acquise, il n'était plus temps de modifier la demande.

Dans la juridiction cantonale inférieure (Tribunal supérieur de Zurich, 1er juillet 1924, BlZR, 1925, p. 193, n° 97), une minorité s'était même demandée si l'action ne devait pas être dirigée contre la *mère* également. (Cf. p. 197.) Comme trop souvent, le TF ne trancha pas la question (principe de l'économie). Mais

1 C'est partir de l'idée que l'assistance incombe toujours à la commune (au canton) d'origine. Mais ce n'est plus le cas de manière uniforme, loin de là. (Cf., pour les relations intercantonales, le concordat du 16 juin 1937 (ROLF, 1937, p. 648), auquel ont adhéré une bonne moitié des cantons.)

2 Lorsque c'est le grand-père qui a reconnu, le père qui revient à la raison, ou qui réapparaît (cas de l'absence, cf. ci-dessus, p. 82, n. 1), bénéficie sans doute d'une faculté d'intervenir passivement à côté de l'enfant et du grand-père. On peut même penser qu'il sera partie principale en consorité.

nous pensons qu'il faut répondre non. L'action en annulation de la reconnaissance ne met pas en cause un lien où la mère est impliquée. En effet, la filiation maternelle n'est pas contestée ici, et la mère n'est attachée au père par aucun rapport de droit de famille semblable au mariage[1]. Cependant, il convient de lui accorder un droit d'intervention passive, parce que son intérêt à l'issue du procès est manifeste.

Péremption

L'action se périme par trois mois à dater du jour où le demandeur a su que la reconnaissance a eu lieu (et non pas du jour où il a connu le vice qui l'entachait. M. Egger critique à bon droit cette règle rigide, ad art. 306, n. 3).

Seule, l'autorité compétente du lieu d'origine est avisée officiellement (art. 106 I OEC). Il ne suffit pas de la communication à l'officier de l'état civil du même lieu d'origine, prévue à l'art. 303 II CCS. Rappelons que l'autorité compétente est soumise, elle aussi, au délai de trois mois, comme le spécifie le TF, 55.I.24.

Le délai de l'art. 306 s'applique également à l'annulation d'une reconnaissance testamentaire (et déroge ainsi à l'art. 521).

For

Le for est de droit fédéral. Il est situé au lieu d'origine de l'auteur de la reconnaissance, donc pas nécessairement le lieu d'origine du père. C'est ainsi que l'on comprend habituellement l'art. 306 CCS (à cause de l'art. 108 I OEC), et l'on retrouve le for de l'action en mainlevée de l'opposition à la reconnaissance.

1 Si le père lui doit certaines prestations, fondées, elles, sur le droit de la famille, art. 309 II, 317-8 CCS, il n'y a là toutefois aucun rapport direct. Les prestations sont dues à cause de l'enfant.

Cf. 41.II.648 : « L'existence d'un enfant demeure bien la condition première de l'action » (p. 649).

Le fait qu'elles lui sont dues même si l'enfant est mort-né est donc une exception au principe, qui doit être interprétée restrictivement (même arrêt).

II. ACTION DU RECONNAISSANT

La question ne se pose ici que si la reconnaissance a été faite par l'acte authentique de l'art. 303 I. En effet, nous avons vu que la reconnaissance testamentaire, — qui est l'autre terme de l'alternative —, est librement révocable[1].

La reconnaissance par acte authentique, elle, est une déclaration de volonté irrévocable. Elle est donc soumise aux règles qui régissent les déclarations de volonté irrévocables, et, en particulier, elle peut être annulée par son auteur, s'il a été victime d'une erreur, d'un dol, ou d'une crainte fondée.

Mais l'auteur ne peut l'attaquer, s'il a reconnu *librement* alors qu'il *savait* qu'il n'était pas le père réel. Cf. 75.II.12 ss., mettant fin à une longue discussion doctrinale. (Voir par exemple Silbernagel, ad art. 306, n. 5.) On ne joue pas avec les liens de famille.

La question est de savoir si, pour l'action du reconnaissant, nous sommes renvoyés à la partie générale du CO, art. 23 ss., ou si, comme dans le cas du mariage, art. 124 ss. CCS, ou des actes à cause de mort, art. 469 et 519 ss. CCS, le législateur a édicté les normes spéciales.

A première vue, il semble qu'il n'existe aucune règle particulière dans les art. 303 ss., consacrés à la reconnaissance. Et pourtant, certains auteurs ont pensé que l'art 306 lui-même ferait leur affaire, et, sur cet article, ils ont aménagé une action en annulation de la déclaration, accordée à l'auteur de cette déclaration.

Mais cela n'allait pas sans violenter un peu la lettre de la loi. La note marginale ne parle-t-elle pas de l'opposition de *tiers* ?

L'argument, à lui seul, ne serait toutefois pas très convaincant. Bien qu'elles fassent partie du texte légal, les notes marginales sont souvent d'une étonnante imprécision, voire incorrection. Le même article 306 nous en donne un exemple. La note

1 Dans l'arrêt cité plus haut, p. 55, 79.II.27, le TF a soulevé, sans le trancher, le problème de savoir si, lorsqu'un homme a reconnu un enfant par acte à cause de mort, ses héritiers et légataires peuvent, le cas échéant, intenter l'action en annulation des art. 469 et 519 ss. CCS.

Les termes de l'arrêt sont assez dubitatifs pour nous permettre de répondre non. Il serait excessif que d'autres personnes que le reconnaissant puissent entreprendre en justice le statut familial de l'enfant à des conditions relativement aisées. Les héritiers et légataires seront réduits à l'action de l'art. 306 CCS, qui joue alors le rôle de loi spéciale par rapport aux dispositions du livre des successions.

dit : opposition, alors qu'il ne s'agit certainement pas d'une opposition, du moins au sens ordinaire du terme, tel qu'on le retrouve aux art. 108 ss. CCS, 305 (cf. chap. IV), dans la LP, et dans d'autres lois de droit public, etc.... Et les art. 305 et 306 sont réunis sous une rubrique commune : révocation, alors qu'on cherche vainement ici quelque chose qui ressemble à la révocation (au sens propre) des art. 249 et 250 CO, par exemple.

Mais il y a plus. L'application de l'art. 306 CCS restreindrait singulièrement les possibilités du demandeur. Quel que soit le vice qui a altéré sa volonté, il devrait encore établir qu'il n'est pas le père, et c'est là une exigence excessive.

Il s'appuiera donc sur les art. 23 ss. CO, en les accommodant toutefois aux particularités du droit de la famille. (Egger, ad art. 303, n. 14.)

L'arrêt 79.II.27 précité tranche d'ailleurs la question, après d'autres (cf. déjà 49.II.156-7, 53.II.95-6, 75.II.11 et 13), avec toute la clarté désirable.

Motifs de l'action

1° Tout d'abord, le cas de la crainte fondée.

Il est normal d'y voir un motif d'annulation. Evidemment, la menace doit être illicite, l'art. 30 II CO nous le rappelle, et celui qui reconnaît un enfant afin d'échapper à une action en recherche de paternité ne saurait invoquer la crainte que lui inspirait cette fâcheuse perspective.

Certains penseront que la fin excuse les moyens, et que, si un père a reconnu son enfant, on ne va pas lui permettre de se dégager pour la simple raison qu'il n'aurait pas reconnu de son plein gré, alors qu'il ne conteste pas sa paternité (cf. Colin, article précité, p. 281). Mais c'est oublier le « caractère essentiellement dispositif de la reconnaissance » (Leissner).

Qu'on se représente un coq de village qui a tourné la tête d'une demoiselle de bonne famille, avec les conséquences que l'on devine. Le père de la jeune fille, outré, emmène le polisson chez le notaire, et, bâton en main, lui dicte en termes pompeux le texte d'une reconnaissance. Acte en est dressé par l'officier public. On ne nous contestera pas qu'il y a là une cause d'annulation[1]. Le droit est né pour mettre fin au règne de la violence.

[1] Il reste alors peut-être la faculté d'introduire une action en recherche de paternité, et un grave problème sera celui de la péremption (art. 308 CCS. Cf. chap. VI, p. 123).

2° Puis, le dol.

Si nous appliquons à la lettre l'art. 28 I CO, il suffira de la moindre erreur pour permettre l'annulation, pourvu qu'elle ait été provoquée de manière dolosive, et qu'elle ait été subjectivement déterminante.

Ainsi, la mère dit au père (réel) qu'elle accepte de l'épouser s'il reconnaît l'enfant, — alors qu'elle est bien décidée à n'en rien faire. Le père reconnaît, puis la mère refuse d'accomplir sa promesse. Logiquement, on ne voit pas quel argument on pourrait opposer au reconnaissant, s'il s'avise d'attaquer sa reconnaissance pour cause de dol. Mais il serait choquant de lui accorder cette faculté, parce qu'en l'espèce le dol porte sur un point par trop secondaire. (Comp. Tribunal supérieur de Zurich, arrêt du 25 janvier 1918, BlZR, 1918, p. 337, n° 184. Cf. aussi 75.II.11.) On éprouve ici ce besoin d'*adapter* le droit des obligations au droit de la famille.

Le dol sera retenu avant tout dans deux cas.

a) On[1] a caché au reconnaissant un fait dont il aurait pu conclure qu'il *n'était pas* père. Par exemple, la mère était déjà enceinte lorsqu'il a cohabité avec elle.

Cette solution est des plus naturelles. Elle est aussi admise quand il n'y a qu'une erreur, au sens de l'art. 24, ch. 4 CO (cf. plus bas), c'est-à-dire quand l'erreur du reconnaissant n'est pas due à des manœuvres dolosives.

b) On a caché au reconnaissant un fait dont il aurait pu conclure qu'il *n'était peut-être pas* le père. En d'autres termes, on lui a caché un de ces faits qui suffisent à inspirer les « doutes sérieux » de l'art. 314 II, ou qui montrent l'inconduite de la mère (art. 315).

[1] Le dol, comme la menace, peut venir de n'importe qui, car la reconnaissance n'est pas adressée à une personne *déterminée* (cf. note F). L'art. 28 II CO ne trouve pas ici d'application.

Exemple : l'auteur de la reconnaissance doutait de sa *potentia generandi*. Il a consulté un médecin, qui l'a rassuré mensongèrement. Même si la mère ou l'enfant ignorent ce mensonge, la reconnaissance n'en est pas moins annulable.

A distinguer du dol « éventuel », retenu lui aussi, où la mère fait, à son avocat par exemple, des déclarations mensongères, dans l'espoir qu'elles pourront servir à tromper le défendeur; comp. 60.II.261, où il n'était question, il est vrai, que d'un engagement pécuniaire (cf. ci-dessus, p. 58 ss.).

L'hypothèse principale, en pratique et en théorie, est celle où la mère avait cohabité avec un tiers pendant la période critique légale.

Certes, on tiendra compte du léger tempérament qu'apportèrent les arrêts 68.II.150 et 69.II.284, relatifs à l'action en recherche de paternité, d'après lesquels la cohabitation avec le tiers n'est pas retenue, quand, tout en étant théoriquement possible, sa causalité était pratiquement exclue. Ces deux arrêts corrigeaient une précédente décision, 61.II.304, encore plus défavorable au demandeur (en l'espèce, au défendeur à une action en recherche de paternité), selon laquelle il fallait, pour qu'elle fût considérée, que la paternité du tiers fût à peu près aussi probable que celle du demandeur (dans l'arrêt, du défendeur). Exemple : l'enfant présente les caractères d'une surmaturité. La cohabitation du reconnaissant a eu lieu 283 jours, celle du tiers 244 jours avant la naissance. Les probabilités [1] en « faveur » de l'une et de l'autre sont très inégales, et la cohabitation du tiers ne fut pas retenue.

Et si la cohabitation de la mère avec le tiers a eu lieu hors de la période critique légale, disons 305 jours avant la naissance ?

En son arrêt 75.II.105, le TF se montre sévère. Il faudra que le demandeur (dans l'espèce le défendeur à une action en recherche de paternité) rende vraisemblable que c'est cette cohabitation et non la sienne qui a été causale. Nous nous rapprochons donc de la première éventualité (ci-dessus, a), où la paternité du demandeur devait être exclue. Mais il est permis de croire qu'on fait ainsi un usage excessif de la présomption qu'exprime la période critique légale (cf. surtout 70.II.70, et plus loin, ch. VI, p. 114).

Dans la seconde éventualité (b), il convient de distinguer soigneusement le dol de la simple erreur parce que, comme nous le verrons tout à l'heure (3°), le TF n'admet pas que le reconnaissant annule sa déclaration sous le seul prétexte qu'il ignorait les infidélités de la mère. Il faut qu'il ait été la victime d'un dol, Et, à cet égard, M. Peter (thèse précitée), adopte un point de vue très favorable à la mère et à l'enfant, trop favorable même, nous semble-t-il.

Il est normal qu'on ne reproche pas à la mère son silence. On ne peut exiger d'elle que, sans qu'elle en ait été requise, elle

[1] Ces probabilités ont été chiffrées, après de nombreuses expériences, et elles ont été consignées dans des tableaux, selon le degré de maturité de l'enfant et la durée de la gestation. (Ainsi, les tables de Labhardt, cf. 78.II.108.)

avoue ses relations avec le tiers. Cette manière de voir est confirmée par la façon dont l'art. 314 organise la preuve, dans l'action en recherche de paternité : Les demandeurs établissent *une* cohabitation, celle du défendeur, qui, lui, s'il le peut, établira une deuxième cohabitation de la mère, avec un tiers. Et d'ailleurs, si le reconnaissant ne s'est pas soucié d'interroger la mère, il est loisible d'en inférer que le silence de la mère ne pouvait être déterminant. Le reconnaissant était décidé à reconnaître.

Un silence qualifié sera traité de la même façon, mais pour une autre raison. Si, duement questionnée, la mère se contente de baisser la tête, ou de verser quelques larmes, son attitude équivaut très généralement à un aveu. Le reconnaissant n'est donc nullement trompé.

Mais si la mère ment ? Si elle nie avoir jamais eu de relations avec un tiers ? M. Peter trouve trop d'excuses à une pareille conduite (p. 188 ss. ; bien de l'enfant, relèvement de la mère, etc. ...). Il pouvait d'ailleurs s'appuyer sur une décision extravagante du Tribunal d'Empire (58, p. 354, du 30 juin 1904) qui, par la suite, était revenu quelque peu sur sa jurisprudence (arrêt du 7 mai 1923, 107, p. 179 : Les dénégations de la mère peuvent constituer un dol. Mais, pour qu'il y ait dol, il ne suffit pas que la mère nie toute cohabitation avec un tiers, il faut encore que sa dénégation soit accompagnée d'assurances qui fassent croire au reconnaissant qu'elle dit la vérité !).

Du reste, ajoutait M. Peter, celui qui pose la question de la fidélité ne doit pas trop s'attendre à une réponse véridique. Bonne psychologie peut-être, mais fâcheuse déformation des concepts légaux.

L'échappatoire que M. Peter cherche dans une application de l'art. 24, ch. 4 CO se heurte à la jurisprudence actuelle du TF (cf. ci-dessous, 3°) : La certitude de la paternité n'est pas un « élément nécessaire » de la reconnaissance. Il ne suffit donc pas d'établir l'erreur, il faut encore prouver le dol.

Dans un appendice à sa thèse sur les *Exceptions du défendeur dans le procès en paternité*, Zurich, 1929, M. W. Scheller a repris le problème, et n'a pas hésité à voir un dol dans le mensonge de la mère. Si la mère avait menti au cours d'un procès en recherche de paternité, non seulement elle serait punissable (maintenant, en vertu des art. 306 et 307 CPS), mais encore le défendeur aurait probablement le moyen de la revision. Accordons-lui donc la faculté parallèle d'une annulation, s'il était sous l'influence d'un mensonge lorsqu'il a reconnu. Bien entendu, si le recon-

naissant n'a pas cru aux dénégations de la mère, il n'a pas été trompé, et n'aura pas d'action.

3° Enfin, l'erreur.

L'erreur peut affecter la *déclaration*. Il est alors évident que l'auteur de la reconnaissance peut la faire annuler.

Error in negotio : Le reconnaissant ne voulait que s'engager pécuniairement, et il a cru qu'il devait faire dresser un acte authentique.

Dans son arrêt 50.II.441, qui n'est peut-être pas très satisfaisant, le TF a refusé de considérer une erreur en sens inverse : Avant 1912, un homme avait procédé à une reconnaissance testamentaire inspirée de l'ancien droit bernois, mais ignorée du CCS. Il espérait ainsi conférer à l'enfant reconnu un droit de succession, sans se douter que la reconnaissance, étrangère au nouveau droit fédéral, ne sortirait aucun effet. A la mort du *de cujus*, le TF a rejeté une action fondée sur l'art. 469 CCS «qui, disait-il, peut bien être invoqué pour faire tomber une disposition qui n'était pas voulue, ou pour corriger une disposition erronée, mais pas pour suppléer à une disposition qui manque, ou qui n'a pas été exprimée en la forme légale ».

Error in persona : Quant à la personne de l'enfant ; il voulait reconnaître Eugène, et il a désigné Alfred, son frère. Quant à la personne de la mère ; il a reconnu l'enfant d'Emilie, alors qu'il voulait reconnaître l'enfant de sa cousine Gertrude, avec laquelle il avait aussi cohabité.

Mais les contestations sont nées à propos de l'erreur *dans les motifs* (art. 24, ch. 4 CO).

Si le reconnaissant ignorait un fait qui *exclut* sa paternité, l'action ne lui a jamais été refusée. L'erreur est à la fois subjective et objective, et c'est la condition de l'art. 24, ch. 4.

Elle est subjective, par hypothèse, sinon il n'est pas question d'annuler la déclaration, pas plus que le reconnaissant ne l'aurait pu faire si ni le dol ni la menace n'avaient été déterminants pour lui.

Mais elle est, au surplus, objective. Le fondement de la reconnaissance est bien la paternité physique. L'absence de toute cause qui exclue la paternité physique est donc un « élément nécessaire » à la reconnaissance, tout négatif qu'il est.

Que dire, si le reconnaissant ignorait un fait qui rend sa paternité *incertaine* ?

Nous voici de nouveau dans l'éventualité où la mère a cohabité avec un tiers pendant la période critique légale, ou a vécu dans l'inconduite à l'époque de la conception. Mais ici, le reconnaissant est dans l'erreur sans que personne l'y ait induit volontairement. Il n'a pas pris soin d'interroger la mère, ou peut-être est-elle morte, ou incapable de lui répondre pour toute autre raison. Par la suite, il apprend la vérité, par exemple il a découvert une lettre particulièrement instructive.

Peut-il alors invoquer l'art. 24, ch. 4 ?

C'est son ignorance qui l'a poussé à reconnaître, c'est la fausse croyance qu'il avait seul cohabité avec la mère. Oui, sans doute, l'erreur est subjective. Mais est-elle aussi objective ?

Non, a répondu le TF dans son arrêt 49.II.154, et il l'a répété au tome 53.II.95, puis au tome 70.II.197, et enfin, tout récemment, au tome 79.II.30.

La paternité physique est toujours incertaine. L'homme qui se marie prend en charge cette incertitude pour tous les enfants qui naîtront pendant le mariage (et quelque temps après). A un moindre degré, l'homme qui reconnaît sa paternité prend aussi en charge une incertitude.

Il renonce aux moyens tirés des art. 314 II et 315 CCS, et ne pourra plus rompre le lien de paternité qu'il aura établi par sa reconnaissance en démontrant que la mère avait eu des relations avec un tiers ou avait vécu dans l'inconduite, à moins qu'il n'ait été la victime d'un dol.

Bien entendu, si la mère ou l'enfant s'opposent victorieusement à la reconnaissance (art. 305, cf. chap. IV), puis intentent à son auteur une action en recherche de paternité, ce qui est tout à fait possible quand l'opposition était fondée sur le préjudice causé à l'enfant, le défendeur recouvre toutes les exceptions que lui accorde la loi.

Le jugement du TF est certes favorable à la mère et à l'enfant, mais, comme on l'a souvent fait remarquer, il aboutit à traiter plus rigoureusement l'honnête homme qui s'est senti moralement obligé de reconnaître que le don Juan qui attend de pied ferme d'être recherché en paternité.

Du reste, même si l'on accordait l'action en annulation, il n'est pas certain que le reconnaissant briserait facilement le lien de paternité qu'il a créé. Le défendeur garderait, comme le demandeur à l'action en recherche de paternité, la « réplique » d'impossibilité, ou même de haute invraisemblance, de la paternité du tiers (ici, une *exception*).

Et, de plus, en combattant la jurisprudence fédérale, on assimilerait l'erreur au dol dans une hypothèse des plus fréquentes, ce qui permettrait alors de faire abstraction de toute qualification morale (savoir si, par exemple, l'attitude de la mère était dolosive ou ne l'était pas), ainsi que M. Peter le proposait (cf. plus haut, 2°).

Néanmoins, toute discussion à cet égard manque aujourd'hui d'utilité, puisque le TF vient de confirmer sa jurisprudence de la manière la plus catégorique, pour des raisons de sécurité juridique d'ailleurs faciles à comprendre (arrêt précité, 79.II.30 ss.).

Parties à l'action

Le demandeur est, par définition, l'auteur de la reconnaissance. Ce pourrait donc être le grand-père. Alors, les cas d'annulations pour cause d'erreur se multiplieraient sans doute. Ainsi, le grand-père croyait à tort que son fils avait cohabité avec la mère. Et nul ne contestera qu'une action fondée sur l'incertitude de la paternité serait tout à fait à sa place, et qu'à tout le moins elle ne devrait pas être retirée au fils qui recouvre le discernement (ou qui réapparaît après avoir été déclaré absent).

Si l'action tend à prouver que la paternité est *exclue*, les intéressés de l'art. 306 pourront sans doute intervenir activement, à condition que leur action ne soit pas encore périmée (cf. ci-dessous).

L'enfant seul défendra à titre principal, représenté en général par un curateur *ad hoc* (Silbernagel, ad art. 306, n. 9) ; mais la mère aura certainement le droit d'intervenir à ses côtés. Un arrêt du Tribunal supérieur d'Appenzell R.-E., du 25 septembre 1950, a même trouvé bon de lui donner le rôle de consort nécessaire (RSJ, 1954, p. 128).

Péremption

L'action du reconnaissant n'est pas soumise au délai de péremption de l'art. 306 CCS. Le reconnaissant dispose d'un an pour agir (art. 31 I CO. Cf. OG Zurich, 25 janvier 1918, BlZR, 1918, p. 337, n° 184 ; CA Berne, 25 janvier 1923, RSJB, 1923, p. 444 ; et toujours le récent arrêt fédéral 79.II.27).

Pour agir, et non pas seulement pour déclarer sa résolution de ne pas maintenir la reconnaissance, comme on pourrait l'imaginer si l'on appliquait littéralement cet art. 31 I CO. Une action

subséquente serait alors une simple action en constatation d'invalidité. Mais ici, la situation est tout autre. Il n'y a pas de cocontractant. Un jugement constitutif est nécessaire. (Comp. Tribunal supérieur de Zurich, 25 septembre 1922, BlZR, 1923, p. 293, n° 152.)

Le *dies a quo* lui-même est différent. Le délai court tout naturellement du jour où « l'erreur ou le dol a été découvert, ou dès que la crainte s'est dissipée » (art. 31 II CO), et non pas, évidemment, du jour où le reconnaissant a su qu'il avait reconnu.

For

Comme pour toute action d'état, puisque le CCS n'a prévu aucun for spécial, on appliquera aux relations intercantonales l'inévitable art. 8 LRDC, où le « père » est évidemment le reconnaissant (ou son fils, si c'est le grand-père qui a reconnu).

Outre le for de l'origine, l'action doit certainement pouvoir s'introduire aussi devant le juge du domicile du défendeur, ou de l'un des deux, puisque, tout en étant, par ses effets, une action d'état, elle est soumise aux art. 23 ss. CO.

Sur le plan intracantonal, on peut conjecturer que le juge compétent est celui du for du domicile du défendeur, à moins que le droit cantonal ne connaisse un for particulier aux questions d'état ou n'assimile sur ce point l'action du reconnaissant avec l'action des tiers (cf. alors art. 306 CCS).

CHAPITRE VI

L'ACTION EN RECHERCHE DE LA PATERNITÉ AVEC EFFETS D'ÉTAT CIVIL

Vous savez aussi bien que moi que la vie n'a aucun sens.
A. Malraux, *La voie royale.*

But de l'action

Il s'en faut de beaucoup, d'une part, que le père réel soit toujours disposé à reconnaître son enfant.

D'autre part, il est possible que la reconnaissance soit prohibée (art. 304), ou même que la mère et l'enfant la trouvent préjudiciable, et s'y opposent, mais ne renoncent pas à faire établir *eux-mêmes* la paternité (intérêt moral).

C'est pourquoi le législateur a prévu une nouvelle action, dite en recherche de paternité avec effets d'état civil.

Comme son nom le laisse entendre, elle a pour but la constitution d'un lien de paternité légal entre le père réel et l'enfant, lien parfaitement identique à celui que crée la reconnaissance. (Cf. Guldener, *op. cit.*, I, p. 214, n. 1.) Et, de même, le jugement constitutif rétroagira au jour de la naissance (selon les cas, à celui de la conception).

Néanmoins, la grande majorité de la doctrine a toujours vu dans l'action en recherche de paternité de l'art. 323 CCS une action déclarative et la loi elle-même semble se faire complice, puisque la note marginale de cet art. 323 parle de la « déclaration de paternité »[1].

Nous savons ce qu'il faut penser des notes marginales.

[1] A rapprocher de l'art. 2 de la loi fédérale du 29 septembre 1952 (sur la nationalité), où la note marginale semble être dans le vrai : « Par changement d'état », alors que le texte de l'article, lettre b, parle d'un « jugement déclaratif de paternité ».

Quant à la doctrine, elle se prend à son propre piège. Il lui faut bien expliquer la péremption de l'art. 308 CCS, et elle cherche alors une fuite sans gloire dans l'invocation de l' « opportunité » : que l'action en recherche de paternité est sans doute une action déclarative, qu'elle devrait donc être imprescriptible (cf. Introduction), mais que la nécessité d'éclaircir rapidement la situation a obligé le législateur à prévoir un délai de péremption. (Comp. aussi 41.II.424.)

Personne ne doute qu'en fait les choses se soient passées ainsi en 1905, mais nous ne sommes heureusement pas liés par ce qui s'est dit dans les commissions ou aux chambres. (Cf. 79.II.434, 78.I.30, etc.)

Au lieu de partir d'une prémisse douteuse (que l'action est déclarative), pour aboutir à une conclusion déroutante (que cette action déclarative se périmera), on ferait peut-être mieux de raisonner en sens inverse.

Si une action se périme, c'est preuve qu'elle est constitutive. L'action en recherche de paternité se périme (par un an, art. 308 CCS). Donc elle est constitutive.

Est-ce à dire qu'une paternité physique se crée ?

Non, évidemment, car ce qui est en question est un lien de droit et non de fait. Tous les jugements constitutifs contiennent dans leurs motifs une part de constatation[1]. Le jugement de divorce *constate* que la femme battait son mari avec le manche de son balai, ou que le mari cherchait parfois à lui faire boire du thé à l'arsenic. De même, le jugement qui attribue la paternité *constate* que le défendeur a cohabité avec la mère neuf mois avant la naissance, et qu'il n'a rien prouvé qui pût exclure sa paternité physique ou simplement la mettre en doute. Mais le jugement *crée* le divorce, il *crée* la paternité juridique.

Nous croyons d'ailleurs que le système du droit suisse nous fournit un autre argument encore que celui de la péremption, un argument plus discutable, mais qui vaut peut-être la peine d'être examiné, et qui se tire de la coexistence de deux actions dont la nature doit être bien différenciée.

[1] Cf. cependant les critiques de MM. Guillien (note A) et Waiblinger (p. 62), qui contestent, l'un généralement, l'autre dans le cas particulier des annulations, le caractère créateur des jugements dits constitutifs. Pour M. Guillien, l'élément constitutif réside dans un acte d'*exécution* du juge, postérieur à l'acte proprement *juridictionnel*. Pour M. Waiblinger, le véritable acte d'annulation figure dans la *demande* introductive d'instance, et non dans le *jugement* qui la déclare bien fondée.

Action alimentaire et action d'état

En effet, le CCS distingue deux actions en recherche de paternité, que l'on appelle parfois la grande et la petite. La grande est celle qui nous occupe. Mais en quoi consiste la petite ?

C'est une action qui n'a aucune suite d'état civil, et qui tend simplement à condamner le père réel à certaines prestations pécuniaires, prévues aux art. 317-319 CCS (note J).

Elle n'institue donc aucune paternité légale, et ne fait que sanctionner une conséquence de la paternité réelle, à savoir que l'homme doit entretenir les enfants auxquels il a donné naissance.

Car l'intarissable discussion à propos du fondement de la petite action [1] est désormais sans objet, pour nous en tout cas, aussi longtemps que notre code gardera son contenu actuel. Notre législateur a pris position, et très clairement, il a construit l'action sur le lien de parenté physique qui unit l'enfant à son auteur masculin (art. 307 I : « ... le père de son enfant naturel »).

Rappelons que, tout évidente qu'elle paraît, ce n'est pas la seule solution.

Le droit commun avait élaboré une action délictuelle. Pour s'en convaincre, il suffit de lire les Pandectistes du début du XIXe siècle, Glück, par exemple, pour n'en citer qu'un des plus fameux (t. 28, p. 197).

En cohabitant avec la mère, le défendeur a commis un acte illicite, dont il doit réparer l'effet dommageable.

On est tenté d'y voir la marque d'un esprit étroit, mais il n'en est rien.

L'acte illicite peut être défini selon deux méthodes. Celle de l'énumération et celle de la clause générale.

Supposons que nous vivions sous le régime de l'énumération, comme en Angleterre, d'après Salmond [2]. Le législateur

[1] C'est bien d'elle qu'il s'agissait. On s'en est inquiété surtout en Allemagne, et ni le droit commun, ni le BGB, ni, vraisemblablement, les codes qui ont précédé l'unification de 1900, sauf peut-être le code civil badois de 1809, imité du code Napoléon, ne connaissent une grande action.

[2] On sait que M. Winfield, par exemple, est de l'avis contraire, et il fonde son opinion sur le fait que la jurisprudence admet toujours plus de « *torts* ». Mais cet argument n'est guère fondé que si l'on considère que le juge déclare le droit, et ne le crée pas. Et l'on retombe dans le vieux litige Bentham and others v. Blackstone.

(sensu lato) peut alors faire de tout acte un acte illicite. Il pourrait dire, par exemple, que la personne qui éternue commet un acte illicite. Sans doute répondra-t-on avec raison qu'une pareille disposition serait absurde. Néanmoins, ce qui décide du caractère illicite d'un acte, c'est le droit positif, et non pas les opinions morales qui ont cours, dans la société pour laquelle il a été créé, à l'époque où il a été créé. (Mais, bien entendu, c'est le rôle d'une saine politique législative que de refléter ces opinions morales dans le droit positif, quand elles ne paraissent pas trop instables.)

Le droit suisse, lui, fait partie des systèmes juridiques où règne la clause générale : Agit de manière illicite, au sens de l'art. 41 CO, toute personne qui, sans y être autorisée, cause un dommage à autrui (Cf. W. Burckhardt, *Revue de droit pénal*, 15, p. 239-40 ; M. Gmür, RDS, 1903, p. 621-22) (note K).

On dit ordinairement que la responsabilité délictuelle existe, dans le cas général, lorsque quatre conditions sont réunies. Il faut

a) un acte illicite ;
b) un dommage (pour autrui) ;
c) un lien de causalité adéquate entre l'acte et le dommage ;
d) une faute de l'auteur de l'acte.

Or, si nous admettons que le concept d'illicite n'a pas ici d'existence propre, nous pouvons dire :

Toute personne qui, par son fait (acte ou omission) et d'une manière fautive, cause à autrui un dommage, est obligée de le réparer, à moins qu'elle n'ait exercé un droit ou accompli un devoir.

Le problème est de savoir si la cohabitation peut créer cette responsabilité délictuelle, en droit suisse.

Disons, pour commencer, que le concubin n'a aucun *droit* ni aucun *devoir* de cohabiter avec une personne qui n'est pas sa femme.

Y a-t-il un *dommage* à réparer ?

La réponse sonne bizarrement : il y a un dommage, qui est la situation même de l'enfant illégitime.

Ici, il n'a pas manqué d'auteurs qui ont levé les bras au ciel : Comment ! La vie, qui est notre bien le plus précieux, est considérée comme un dommage !

Vraisemblablement, il n'y a là qu'un sophisme. La vie en soi n'est ni un bien ni un mal. Mais la vie dans de certaines conditions peut être un mal, ou, si l'on préfère, ce sont de ces conditions-là que résulte le dommage.

Pour n'en prendre que l'aspect juridique le plus frappant, rappelons-nous que l'enfant illégitime n'a qu'un parent de droit, qu'il n'aura donc qu'un soutien naturel là où l'enfant légitime en a deux. La comparaison des deux statuts nous montre que l'illégitimité entraîne un dommage.

A moins que nous ne cherchions à construire qu'une simple responsabilité dite causale (cf. ci-dessous), il nous faut voir maintenant si le concubin a commis une *faute*.

On nous l'accordera sans peine, parce que, dans le cas où le concubin n'aurait pas agi volontairement, il se sera au moins rendu coupable d'une négligence. (Sans doute devra-t-on le libérer, s'il n'était pas capable de discernement.)

Mais qui nous dira que la cohabitation a été la cause *adéquate* du dommage ?

Pour qu'il en soit ainsi, il faut que le concubin soit le père réel de l'enfant, il faut donc que sa cohabitation ait été frugifère.

En cas de causalité alternative (plusieurs pères possibles), personne ne peut être rendu responsable en vertu des art. 41 ss. CO. (Cf. M. K. Oftinger, *Haftpflichtrecht*, I, p. 49.)

Il ne servirait à rien d'invoquer une prétendue responsabilité fondée sur le risque (comp. art. 58 CO), ou plus simplement une responsabilité fondée sur un devoir particulier de diligence (comp. art. 55-6 CO). On éviterait ainsi la question de la culpabilité, mais non pas celle de la causalité.

Autrement dit, la cohabitation ne donnera lieu à une action délictuelle, que lorsqu'elle est créatrice d'une parenté physique.

Mais cette hypothèse est précisément régie par les art. 307 ss. CCS.

Admettre à côté d'une action familiale une autre action, délictuelle, partant des mêmes faits pour arriver au même résultat, serait admettre un cumul d'actions dans une éventualité où il nous paraît inadmissible. Deux actions ne peuvent être cumulées que si elles se fondent sur des données différentes, ou poursuivent des buts distincts (note L).

Pour échapper à l'impasse, Windscheid avait modifié légèrement la théorie délictuelle (Windscheid et Kipp, *Pandectes*, II, p. 1071, n. 18) :

Supposons que la mère a cohabité avec deux hommes, et

supposons que la paternité ne puisse être déterminée de manière certaine. Chacun des deux concubins pourrait être le père, donc chacun des deux aura causé un dommage, provenant cette fois-ci non pas tant de l'illégitimité de l'enfant que de l'impossibilité de savoir quel est l'auteur de cet enfant.

La responsabilité existera, apparemment, sans même qu'il y ait eu faute, car, très souvent, le deuxième concubin ignorera tout à fait que la mère a déjà eu des relations avec un tiers.

Mais l'idée de Windscheid est contestable. Convient-il d'imposer la responsabilité au premier concubin ? C'est au fond la deuxième cohabitation qui amène l'incertitude.

D'ailleurs, la théorie délictuelle aura toujours l'inconvénient de traiter différemment l'auteur masculin et l'auteur féminin, qui, dans notre droit, répond toujours du fait de sa maternité (à la fois réelle et légale).

L'autre théorie, celle du CCS, est donc celle de la parenté. Comp. 71.II.16, 72.II.173, 77.II.120, 79.II.322 (note M).

Du rapport physique qui unit un père à son enfant, notre loi tire une obligation, pour le père, d'entretenir l'enfant.

Il n'y a là qu'un devoir moral, qui peut devenir une dette civile s'il est constaté dans un jugement dit condamnateur.

C'est une troisième espèce de jugement, intermédiaire entre la simple déclaration et la constitution et plus près de la première que de la deuxième. S'il déclare la demande bien fondée, il constate une obligation à la charge du défendeur, et le condamne à l'exécuter, donc à accomplir la prestation qui en est l'objet (il a donc bien une part de constitutivité, en ce qu'il crée un droit à l'exécution). Le jugement qui fait droit à une petite action est un de ces jugements de condamnation.

Nous pouvons nous résumer en disant que notre loi connaît deux notions *juridiques* de la paternité (note N), la paternité légale, qui est un lien familial, et une paternité de rang inférieur, qui n'est que la somme de certains effets juridiques inhérents à la paternité réelle (cf. BIZR, 1946, n° 143) : les deux plus importants sont en droit civil l'obligation alimentaire (morale) [1], que nous venons de rappeler, et l'empêchement à mariage de l'art. 100, ch. 1 *in fine* CCS.

[1] A ne pas confondre avec la dette alimentaire des art. 328 ss. CCS, qui n'existe que s'il y a un lien de *famille*.

L'arrêt 45.III.113 nous dit que l'enfant illégitime qui n'a qu'une prétention alimentaire appartient néanmoins à la « famille » du débiteur au sens de l'art. 93 LP, et l'arrêt 77.III.151 précise que cette prétention alimentaire

Ces effets juridiques de la « petite paternité » ne sont d'ailleurs pas les seuls, Mlle M. Hoerni en compte bien d'autres encore dans la législation sociale (cf. la bibliographie).

En outre, l'enfant pourra sans doute invoquer l'art. 45 III CO, si son père meurt victime d'un acte illicite, et même au cas où le défunt l'entretenait spontanément, sans s'être engagé civilement, et sans avoir été condamné, cf. M. K. Oftinger, *op. cit.*, I, p. 177, n. 251.

Enfin, et surtout, n'oublions pas que la paternité réelle reste le fondement de la paternité légale, et la preuve la plus frappante se rencontre dans la légitimation par mariage subséquent, où il suffit que le père réel épouse la mère pour qu'aussitôt l'enfant soit légitimé (à moins qu'il ne soit encore au « bénéfice » d'une présomption de légitimité, qu'il ait été reconnu ou légitimé à tort par un tiers, ou qu'il ait été faussement attribué selon l'art. 323, cf. chap VII). (Note O.)

Mais, si le droit suisse prévoit expressément deux actions en recherche de paternité, peut-on les intenter toutes deux alternativement, ou l'une d'elles ne peut-elle être introduite qu'en certaines hypothèses ?

Un simple coup d'œil dans l'histoire de la recherche de paternité en Suisse nous fait pressentir que le CCS adoptera cette seconde solution.

La grande action n'est accordée qu'à l'une des trois conditions suivantes :

a) si le défendeur avait promis le mariage à la mère ; ou

b) si, en cohabitant avec elle, il s'était rendu coupable d'un acte criminel, ou

c) d'un abus d'autorité.

Du point de vue de la procédure, il est possible de cumuler la grande et la petite actions, d'introduire principalement la grande action, et subsidiairement la petite, pour le cas où l'existence d'aucune des trois conditions énumérées ci-dessus ne saurait être prouvée, ou s'il se révèle que le défendeur était déjà marié à l'époque de la conception (art. 323 II CCS, cf. ci-dessous, p. 104). Mais le jugement n'admettra évidemment que l'une des deux demandes.

peut n'être que morale (p. 158), si bien qu'il est permis d'en conclure que l'enfant n'a pas besoin d'avoir obtenu un jugement selon l'art. 319 CCS, ou de bénéficier d'un engagement pécuniaire, pour qu'il soit protégé dans la procédure de saisie.

On peut donc intenter, en certaines hypothèses, indifféremment l'une ou l'autre des deux actions. Ainsi, là où il aurait pu ouvrir une grande action, le demandeur peut se borner à n'introduire que la petite. Car le juge n'examine pas d'office si les conditions d'une attribution avec effets d'état civil se trouvent réalisées en l'espèce (art. 323 I : « ... sur les conclusions de la partie demanderesse... »).

Supposons maintenant que la mère avait été violée :

L'enfant est-il uni dès sa naissance à son père réel (l'auteur du viol) par un lien de famille ?

Oui, si la grande action est déclarative.

Mais alors, n'y a-t-il pas quelque chose d'artificiel à laisser aux demandeurs la faculté de n'intenter qu'une petite action ?

Le juge a constaté la paternité physique, il aura généralement constaté le viol du même coup. Les motifs nous en montrent donc suffisamment pour que nous puissions construire le lien de paternité légale.

Et voici que le dispositif ne nous permet plus de voir qu'un aspect de la paternité physique, à savoir l'obligation alimentaire.

Ce qui revient à dire que, dans une situation donnée, on ne trouverait que ce qu'on veut bien chercher. On ouvre l'œil à demi, c'est la petite action. On l'ouvre tout entier, c'est la grande action. L'arrêt de la CJC de Genève du 24 février 1924 fournit un frappant exemple de cette ambiguïté (SJ, 1925, p. 277).

Pareille incertitude est inadmissible, et elle disparaît, si nous reconnaissons à la grande action le caractère constitutif qui lui revient.

Conditions de fond de l'action

Il peut être utile de mentionner les principales conditions de fond auxquelles est soumis l'intentement de l'action en recherche de paternité. Elles en constituent autant de limitations.

1° S'il n'est pas nécessaire que le père recherché soit capable de discernement lorsque est prononcé le jugement d'attribution, il faut qu'il l'ait été au moment de la cohabitation causale (cf. ci-dessous, p. 104).

2° Cette cohabitation, comme on le sait, doit avoir été une cohabitation qualifiée (cf. ci-dessus, p. 100).

On a essayé parfois d'expliquer la coexistence de la petite et de la grande actions.

Il y a d'abord ceux qui ne se donnent même pas la peine de la justifier, mais qui nous parlent d'un *compromis* entre des systèmes cantonaux différents.

Le principe dit de la *paternité*, conservé jusqu'en 1912 à Appenzell Rh.-I. et au Valais, où l'enfant suivait toujours la condition du père, s'opposait à celui dit de la *maternité*, qui dominait dans les cantons romands, à Neuchâtel dans sa forme pure : la recherche de la paternité y était interdite. On a cru trouver la vérité dans le système zurichois, dit de la *maternité mitigée*, où le père pouvait être condamné à payer des aliments, les « enfants de fiancés » *(Brautkinder)* ayant le privilège de lui être attribués.

Les auteurs qui invoquent ainsi l'opportunisme politique — il fallait bien que le code fût accepté — sont malheureusement dans la vérité.

Mais d'autres ne se sont pas contentés de cette raison. Ils ont vu dans la grande action une *satisfaction* accordée à la mère en certaines hypothèses où elle en méritait une. Elle a été violée par l'adjudant. L'instituteur avait abusé d'elle. Elle avait espéré le mariage avec Alexandre, qui l'a abandonnée[1]. Assurément, le père doit être *puni*. Quel châtiment pourrait-on lui infliger ? Qu'est-ce qui lui serait le plus désagréable ? Imposons-lui l'enfant !

Outre que l'enfant devient ainsi un « moyen pénal », comme disait M. Leissner (thèse citée, p. 42), l'explication ne joue pas toujours. On est étonné de voir que, bien souvent, si le mariage promis n'a pas lieu, c'est que la mère elle-même a rompu les « fiançailles », et même parfois sans raison (58.II.402). On peut s'en persuader en examinant les cas pratiques que Mlle Hœrni a introduits dans sa thèse.

On a encore imaginé une troisième explication. Si l'une ou l'autre des conditions de l'art. 323 I CCS est réalisée, la paternité du défendeur est pour ainsi dire *certaine*. Il est donc tout à fait normal qu'on lui attribue l'enfant avec des suites d'état civil. Au contraire, en cas ordinaire, on n'est jamais parfaitement sûr qu'un tiers n'est pas le père. On ne peut donc greffer des conséquences aussi lourdes à une paternité qui n'est que possible.

[1] Dans ces trois cas, plus celui où la mère était encore mineure à l'époque de la cohabitation, l'art. 318 lui accorde une réparation en espèces.

L'argument nous semble faux.

Ce dont on peut être presque sûr, quand l'une des conditions de l'art. 323 I est réalisée et qu'un enfant est né, c'est que le défendeur a cohabité avec la mère. Peut-être même que le juge civil profitera des preuves réunies lors d'un procès pénal, — quoique le résultat de ce procès ne le lie pas, cf. 72.II.171, où le juge civil admit qu'il y avait eu viol là où le juge pénal avait prononcé un acquittement (Comp. aussi 66.II.80). Mais l'action alimentaire ne sera non plus jamais déclarée bien fondée, si le juge n'est pas persuadé que le défendeur a cohabité avec la mère. (Voir à cet égard la jurisprudence du TF et des cours cantonales relatives à la preuve par indices : *violenta suspicio fornicationis*. Cf. 75.II.102, 66.II.80, 57.II.393, 52.II.109, 44.II.232, ou 43.II.652, etc. ... ; ou encore 78.II.317, 77.II.292, etc. ..., à propos de l'*exceptio plurium.)*

La causalité, elle, reste toujours incertaine, même dans les circonstances spéciales de l'art. 323 I. Un viol n'est d'habitude pas plus « causal » qu'une cohabitation simple.

M. G. Heim, dans sa thèse sur la *Condition de l'enfant naturel dans le CCS*, Montpellier, 1924, s'est efforcé de montrer que les circonstances de l'art. 323 I garantissaient également la causalité — dans la mesure du possible, — mais, pour parvenir à ses fins, il est obligé d'interpréter cette disposition d'une manière extrêmement étroite, tendancieuse même, pourrait-on dire.

Par exemple, la promesse de mariage est assimilée aux fiançailles des art. 90 ss. CCS, de telle sorte qu'on est à peu près sûr que la mère a été fidèle. Mais il suffit de lire un des nombreux arrêts fédéraux en la matière, disons celui du tome 42.II. 185, pour se persuader aussitôt que cette opinion n'est pas conforme à la jurisprudence (cf. p. 188).

Ou, encore, la cohabitation criminelle ou l'abus d'autorité seront suivis d'une surveillance très semblable à une séquestration, si bien que toute cohabitation avec un tiers devient pratiquement impossible.

On le voit, l'intention est louable, mais M. Heim ne nous convainc pas. Notre dualisme est injustifiable, il n'est dû qu'à des raisons purement historiques.

M. L.-H. Robert donnait à son ouvrage *La condition de l'enfant naturel dans le CCS et le BGB*, (thèse, Genève, 1912) une conclusion pleine de bon sens, lorsqu'il écrivait : « Quand le père est légalement connu, nous estimons que la loi devrait trouver en lui un véritable père et non pas un simple bailleur de fonds.

Nous pensons en effet qu'une fois la paternité établie par les moyens légaux, le père doit être considéré comme aussi certain que la mère » (p. 413).

Nous avons fait mainte allusion aux trois hypothèses privilégiées de l'art. 323 I. Notre but n'est pas de faire ici de la casuistique.

La jurisprudence est des plus considérables. Des dizaines d'arrêts ont contribué à préciser chacune des trois notions (la première surtout, cf. l'arrêt de la CA de Fribourg, du 6 juin 1939, qui fait un bon résumé, RJS, 1941/2, p. 120), et de nombreux auteurs se sont donné pour tâche d'en abstraire la quintessence.

Ainsi, quand la promesse de mariage doit-elle avoir eu lieu ? Avant la dernière cohabitation qui peut avoir été causale, et c'est au défendeur à établir que cette cohabitation n'était pas causale, 58.II.400. La promesse peut être conditionnelle, 42.II.188. Elle ne sera pas nécessairement expresse, il suffit que la mère ait pu croire raisonnablement que le défendeur l'épouserait, 53.II.275. La notion de l'acte criminel est pénale, l'acte doit avoir lésé un bien juridique de la mère, à savoir sa liberté sexuelle, 52.II. 332. L'inceste n'est pas un acte criminel au sens de l'art. 323 I, arrêt du Tribunal supérieur de Zurich, du 17 novembre 1925, RSJ, 1925/6, p. 300. (Bien au contraire, on peut même admettre que l'enfant incestueux ne saurait en aucun cas être attribué avec des effets d'état civil, cf. ci-dessous, p. 106). Le rapport de dépendance qui existe entre maître et servante ne fait pas présumer l'abus. C'est donc aux demandeurs à le prouver, arrêt du Tribunal supérieur de Schaffhouse, du 19 mars 1915, RSJ, 1916/7, p. 202.

Dans tous les cas, — et nous rejoignons ici le chiffre 1° —, le défendeur doit avoir été capable de discernement, 71.II.14 (théorie du « moyen pénal », vue ci-dessus, cf. p. 102).

Etc., etc.

3° Il y a une troisième condition, négative celle-là, qu'il vaut la peine de rappeler : la grande action n'est pas recevable, si le défendeur était déjà marié lors de la cohabitation.

On le voit, il s'agit là d'une vague réplique de l'art. 304. Il faut éviter qu'un père de famille puisse se voir attribuer un enfant illégitime.

Bien entendu, il faut que le défendeur ait été marié lors de la cohabitation. Le célibataire qui viole une femme ne peut ensuite trouver dans le mariage avec une autre femme un refuge

contre les désagréments d'une grande action. (Comp. toutefois art. 337 CCF.)

Mais est-il nécessaire que le défendeur *soit encore marié* lors de l'ouverture de l'action ? On pourrait croire que non, l'alinéa cherche à protéger la famille légitime, donc les enfants légitimes aussi bien que la femme du défendeur, et c'est ainsi qu'en a jugé le TF, au tome 51.II.45. Cependant, la lettre du texte légal («était déjà marié ») semble nous indiquer la solution contraire, et, — l'alinéa II de l'art. 323 en est bien une[1] —, *exceptiones sunt strictissimae interpretationis.* Cette interprétation très étroite est d'ailleurs dans l'intérêt de l'enfant illégitime, ce qui est un des buts fondamentaux du droit suisse de la famille. Comp. RSEC, 1950, p. 315 ; 1952, p. 194. M. Egger adopte une solution intermédiaire : l'action est recevable quand le défendeur n'est plus marié et qu'il n'existe pas d'enfants légitimes de ce mariage, ad art. 323, n. 21. (Cf. ci-dessus, p. 77.)

La présente condition, négative, constitue ce qu'on appelle une *objection.* Le juge doit rejeter l'action d'office, s'il ressort du dossier que le défendeur est marié et qu'il l'était déjà lors de la cohabitation. Mais il n'a pas à faire de recherches spéciales dans cette direction (55.I.19). Dès lors se pose une importante question théorique. Qu'arrive-t-il si le juge ne rejette pas la demande comme il l'aurait dû ? Le TF a fort justement répondu (arrêt cité) : « Puisque la disposition de l'art. 323 II apparaît comme une simple répétition de la défense posée à l'art. 304 dans le cas de la reconnaissance, son inobservation ne peut pas, ici non plus, avoir pour conséquence la nullité du jugement qui l'enfreint, et cela malgré les termes de la loi (allemand : *ist ausgeschlossen*), mais elle donne tout au plus — de même qu'en cas de reconnaissance — la possibilité d'une annulation, par la voie de la cassation du jugement selon les modes qu'offre la procédure » (p. 24/5).

Ainsi, l'opinion émise dans la RSEC, 1936, p. 124, selon laquelle, en pareil cas, l'autorité cantonale de surveillance en matière d'état civil pouvait faire rectifier d'office l'inscription, paraît bien contestable. Comparer la procédure non moins inadmissible, semble-t-il, qui a été proposée dans la même RSEC, 1949, p. 44, et d'après laquelle la reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux sera radiée par la voie administrative (cf. plus haut, p. 78 ss.).

[1] Mais pas au sens procédural! Cf. plus loin.

Quoique cela ne soit pas dit à l'art. 323, la doctrine admet que l'enfant né d'un commerce incestueux ne saurait être attribué à son père avec des effets d'état civil. Cette nouvelle exception nous paraît beaucoup plus justifiable que celle de l'art. 323 II. Et le Tribunal supérieur de Zurich a pensé également qu'il y avait là une lacune à combler (arrêt cité du 17 novembre 1925, RSJ, 1925/6, p. 300).

4° L'action en recherche de paternité avec effets d'état civil n'est possible, bien évidemment, que si l'enfant est illégitime.

S'il est légitime, il faut d'abord que cette légitimité soit annulée par une action en désaveu de paternité (cf. chap. X), ou par une action en annulation de la légitimation (cf. chap. VIII) [1].

La première éventualité est de beaucoup la plus fréquente. Il est rare, en effet, qu'un homme légitime un enfant qui n'est certainement pas de lui. Ce qui explique que l'action en désaveu soit seule mentionnée à l'art. 316.

Comme l'a fait remarquer le TF en son arrêt 56.II.342, la lettre de cet art. 316 est trop étroite. Outre qu'il néglige l'hypothèse d'une légitimation annulable, il semble partir de l'idée qu'un enfant n'est légitime que s'il a été *conçu* pendant le mariage de sa mère. Mais, ainsi que nous l'avons vu, pour que l'enfant soit légitime, il suffit que sa mère ait été mariée à un moment quelconque entre la conception et la naissance.

Si l'enfant, quoique illégitime, a déjà un père légal (reconnaissance, ou attribution avec effets d'état civil), une action en recherche de paternité ne sera de même possible que si la reconnaissance est préalablement annulée, ou si le jugement antérieur a pu être revisé.

Notons que, si l'enfant a été reconnu par l'actuel défendeur, la présente action n'a pas d'objet. Tout au plus conçoit-on une demande en fixation du montant de l'obligation d'entretien, dans

[1] L'arrêt 60.II.13 nous propose un cas intéressant. Un enfant avait été déclaré illégitime par un tribunal allemand (ancien art. 1593 BGB, action à contenu déclaratif et à effet constitutif). La mère et l'enfant peuvent dès lors intenter en Suisse une action en recherche de paternité contre le père réel —, même si le désaveu n'a pas été obtenu selon les règles du droit suisse —, à condition que le jugement étranger ait été reconnu. Mais les constatations de fait du tribunal étranger ne lient pas le juge suisse de l'action en recherche de paternité. Ainsi, malgré la constatation de l'impuissance du mari (constatation qui permit le désaveu), le défendeur pourra invoquer la cohabitation de la mère avec son mari pour fonder l'*exceptio plurium* ! (cf. ci-dessous, p. 117). La solution a été reprise par un arrêt du TC des Grisons, du 13 décembre 1949, RO Grisons, 1949, p. 46.

le cadre des art. 309 III et 272 I CCS. (Voir CA bernoise, arrêt du 27 mai 1930, RSJB, 1932, p. 139. JK lucernoise, arrêt du 18 novembre 1941, RO Lucerne, 1941, p. 8, d'après lequel il convient alors de procéder par voie de requête administrative.)

La même solution vaut évidemment si l'enfant a déjà été attribué à l'actuel défendeur avec des effets d'état civil. (D'ailleurs, ici, « autorité » de la chose jugée.)

Mais que faut-il répondre, si l'enfant n'avait fait l'objet que d'une action alimentaire ?

Il est certain qu'il pourrait être reconnu.

Par le défendeur condamné, cela va sans dire.

Mais aussi par un tiers. Le jugement de petite action ne saurait lui être opposé. Le dispositif n'est muni que d'une autorité relative. Et les motifs, — qui, seuls, du reste, touchent la question de la paternité réelle, v. 20.50, 39.II.495 et 45.II.507 —, n'ont qu'une valeur probante réfragable [1].

Si le tiers reconnaît, l'ancien jugement perd toute substance. Il y a une présomption que la paternité légale, établie par la reconnaissance, recouvre une paternité réelle (cf. chap. III). Dès lors, l'homme qui avait été condamné à payer des aliments est présumé n'être pas le père réel, et il ne sera plus obligé de verser une pension (à moins qu'il ne parvienne à faire annuler la reconnaissance, art. 306). Ce serait en effet d'un étrange formalisme que de ne pas le libérer, sous prétexte que le jugement qui l'a condamné n'a été ni annulé, ni réformé, ni revisé. Et même, il nous semble qu'il aura contre le père légal (le reconnaissant ou son fils) une prétention (*ob causam finitam*, et non pas *causa data, causa non secuta*, car la cause n'était pas le lien de filiation, mais le jugement condamnateur) en remboursement des sommes qu'il a déjà payées, jusqu'à concurrence du montant que le débiteur aurait lui-même dû payer en vertu de l'art. 309 III (272 I). Cette action n'est pas fondée sur les art. 62 ss. CO, parce qu'il manque une corrélation immédiate entre l'appauvrissement et l'enrichissement, mais bien sur les principes généraux régissant l'enrichissement illégitime. (Comp. Von Tuhr-Siegwart, *Obligationenrecht*, I, p. 429/30.)

Parallèlement, l'enfant peut-il faire l'objet d'une grande action, après qu'un homme a été condamné à lui fournir des aliments ?

[1] Cela montre que, pour un tiers, quand le jugement n'a qu'une autorité relative, la distinction traditionnelle entre les motifs et le dispositif n'a pas d'importance. Tout le contenu de la décision bénéficie d'une présomption de vérité. Mais cette présomption peut être renversée. Cf. ci-dessus, p. 18.

Contre le même défendeur, cela paraît hors de doute, à condition toutefois que le délai de l'art. 308 soit observé. (L'arrêt 52.II.332 ne vise certainement que le cas où la modification de la demande — passage de la petite à la grande action — a lieu avant qu'aucun jugement ait été rendu. La modification peut alors intervenir après l'expiration du délai d'un an de l'art. 308.)

Et contre un tiers ? Oui, peut-être, mais l'action n'aura guère de chances d'aboutir.

A première vue, il semble que c'est parce que le défendeur à ce nouveau procès pourrait élever l'exception de la chose jugée, — si même il n'y a pas là une objection que le juge examine d'office :

Certes, l'autorité du jugement antérieur est relative. Mais encore faut-il se rappeler pourquoi la théorie classique ne confère aux jugements de condamnation, comme aux jugements déclaratifs, qu'une autorité relative.

Il s'agit de permettre à un tiers intéressé, qui n'aurait pas participé au procès. de démontrer, par des moyens dont il a seul l'usage, que le jugement est inexact, et qu'il n'aurait pas été rendu en ce sens si lui-même avait pu se faire entendre. Pour lui donc le jugement est sans effet (sinon pour le fardeau de la preuve) et, dans un second procès, il pourra prétendre qu'il est faux.

Mais, pour les parties au procès, il est juste, aussi longtemps qu'il n'est pas revisé.

Or, si la mère et l'enfant, qui ont triomphé contre A dans un premier procès (alimentaire), intentent une action (alimentaire, ou en attribution, comme ici) contre B, ce sont eux, et non pas le tiers B, qui allèguent la fausseté du premier jugement. Ce qui paraît inadmissible.

A deuxième vue, l'argument semble incorrect. En effet, nous venons de nous rappeler que le dispositif seul du premier jugement est en principe muni d'une autorité quelconque. Et ce dispositif ne contenait qu'une condamnation. Il ne constatait pas lui-même la paternité (réelle). Si bien qu'à la rigueur la mère et l'enfant pourront entamer un deuxième procès contre un deuxième concubin [1].

[1] Toutefois, il ne faut pas pousser trop loin la distinction traditionnelle entre le dispositif et les motifs (comp. 71.II.284). Quelle que soit la structure du jugement qui met fin à la petite action, la constatation d'une paternité physique en forme toujours le noyau. Et le TF a eu bien raison d'opposer à une mère et son enfant qui introduisaient l'action d'état de l'art. 323 le jugement qui avait déjà rejeté une demande pécuniaire des mêmes personnes contre le même défendeur. 67.II.70.

Néanmoins, comme nous l'avons dit, ils seront presque certainement déboutés, à cause de l'*exceptio plurium.*

Si la cohabitation avec le défendeur du premier procès a pu être établie d'une manière assez convaincante pour permettre au juge de prononcer une condamnation, elle autorisera sans doute le défendeur au deuxième procès à élever cette exception prévue à l'art. 314 II.

Il est vrai que rien n'empêche la mère et l'enfant d'essayer la réplique d'impossibilité, ou de haute invraisemblance : ils prouveraient que le défendeur qui a été condamné dans le premier procès ne saurait (guère) être le père. En d'autres termes, sans s'attaquer directement à la condamnation elle-même, qui n'est susceptible que d'une revision, parce qu'elle est contenue dans le dispositif du jugement, ils procéderaient indirectement, en contestant l'existence d'une paternité réelle, qui n'était qu'un motif (certes, le plus important).

Quand même la difficulté ne serait que théorique, le résultat n'est pas satisfaisant.

Il est aisé de voir d'où vient le mal.

Le nid de l'infection, c'est l'existence d'une action alimentaire, hybride dans son principe, à cheval sur le droit de la famille et le droit des obligations.

Elle a sans doute un grand avantage : sa souplesse. Elle s'accommode aux circonstances les plus variées, et n'impose pas au défendeur la lourde armature de la paternité légale. Elle est presque devenue populaire, on sait maintenant que « faire un enfant » coûte tant, et seulement dans la pire éventualité, c'est-à-dire si l'on est attrapé. Le concubin a même la faculté de payer la somme d'un coup, par transaction.

Il n'est pas question de supprimer l'action. Elle durera peut-être pendant de nombreuses générations encore (mise à part la découverte d'une preuve positive de la paternité). Elle paraît fort bien convenir à la nature humaine. D'ailleurs, elle vaut mieux que l'abominable carence qui a régné en France par exemple pendant tout le XIXe siècle. Mais elle ne nous semble qu'un pis aller des moins glorieux.

Parties à l'action

L'action en recherche de paternité appartient à la mère et à l'enfant. L'enfant est représenté par son curateur (au ventre. Notons en passant que, par dérogation à l'art. 368 CCS, l'enfant illégitime n'est d'abord ni sous puissance paternelle, ni sous tutelle). La mère, quand elle est mineure (ou interdite), mais capable de discernement, agit seule. Son représentant légal peut aussi agir à sa place : OG Argovie, 24 septembre 1918, RSJ, 1919/20, p. 158.

L'action de l'enfant est indépendante de celle de la mère, et vice versa. Par exemple, le jugement qui rejette l'action de la mère n'est pas opposable à l'enfant. (Cf. Silbernagel, ad art. 307, n. 13 ; Egger, ad art. 307, n. 10, et 323, n. 24.)

Cette double qualité d'agir peut donner lieu à des difficultés.

La mère intente la grande action, l'enfant intente la petite. Le Tribunal supérieur d'Argovie jugea très raisonnablement qu' « ... une transaction consentie par le curateur et l'autorité tutélaire, qui ne veulent pas introduire l'action d'état, ne saurait priver la mère de la faculté de l'intenter ». 25 septembre 1915, RSJ, 1915/6, p. 355, (mais bien, semble-t-il, de celle d'intenter une petite action ; TC vaudois, 13 février 1929, JT, 1930 (dc), p. 34). Cette solution peut être généralisée pour tous les cas où la mère est seule à intenter la grande action.

La question est plus délicate si c'est la mère qui ne veut pas intenter la grande action. M. R. Bader (p. 21 ss, cf. la bibliographie), d'accord avec M. Egger (le éd.), et contre l'avis de M. Silbernagel (ad art. 323, n. 20), refuse alors au curateur le droit de l'intenter : les conditions de l'art. 323 I toucheraient de trop près les intérêts moraux de la mère (honneur, etc.). Sans doute, mais la raison ne nous semble pas suffisante. Les circonstances dans lesquelles l'enfant a été engendré seront certainement connues même si l'action ne tend qu'à des prestations alimentaires. Et, de même que la volonté de la mère ne saurait empêcher le père de reconnaître son enfant, de même elle ne doit pas non plus pouvoir empêcher l'enfant de se constituer une paternité légale. On nous objectera que la mère peut s'opposer à une reconnaissance préjudiciable à l'enfant. Mais il est permis d'espérer que le curateur saura n'intenter la grande action qu'à bon escient.

Sur tout cela, le TF arrive au même résultat en son arrêt 65.II.120.

Dans sa décision 42.II.325, la même cour a nié qu'une mère italienne, qui n'avait pas reconnu l'enfant (droit italien), pût intenter l'action en recherche de paternité. En effet, si l'on admet que le rapport de filiation maternelle est pour toute occasion régi par la loi nationale de la mère, on doit conclure qu'en l'espèce la mère n'était liée à l'enfant par aucun lien juridique, et dès lors lui contester la qualité pour agir. Mais d'autres solutions auraient pu être défendues. Ainsi, appliquer à ce point particulier de la maternité le droit qui régissait le litige dans son ensemble (rattachement général, art. 8 LRDC, droit national du prétendu père) ; ou même résoudre différemment le problème initial de qualification (la mère, au sens de l'art. 307 CCS, n'est pas la mère légale, mais la mère réelle, distinction qui est dépourvue d'intérêt sur le plan interne, mais qui reprendrait toute son importance dans une espèce comme la nôtre). La véritable raison de l'arrêt semble être une raison d'équité : puisque la mère, qui n'a pas reconnu, n'assume aucun des devoirs qu'entraîne le rapport familial de maternité, on ne voit pas pourquoi on lui donnerait un droit d'action normalement destiné à alléger la charge de ses obligations.

L'action passe-t-elle aux héritiers ?

Si la mère est morte, l'action n'appartient plus qu'à l'enfant. Le droit d'agir de la mère est une faveur du législateur. Comp. l'art. 340 III CCF, qui dit plus chichement : « L'action n'appartient qu'à l'enfant », et si la mère agit, c'est qu'elle représente l'enfant. En Suisse, elle a un droit propre [1], mais il ne saurait être question de l'étendre à ses héritiers.

Et si l'enfant est mort ?

Il va sans dire que la mère peut encore intenter la petite action pour se faire payer les frais de couches, etc. (art. 317), l'entretien de l'enfant jusqu'à sa mort (art. 319), et une éventuelle somme d'argent à titre de réparation morale (art. 318).

Mais peut-elle intenter une grande action ? Malgré l'avis contraire de M. J. Marti (thèse citée, p. 36), on ne voit pas ce qui l'en empêche. Elle a souvent un intérêt moral, ne serait-ce

[1] Elle ne saurait en général représenter l'enfant, car la puissance paternelle ne peut lui être confiée qu'une fois réglée la question de la paternité. Il est toutefois possible d'imaginer le cas suivant. Un homme reconnaît l'enfant. Néanmoins, la puissance paternelle est attribuée à la mère (cf. art. 325 III CCS). Plus tard, la reconnaissance est annulée, son auteur n'était pas le père de l'enfant. Si une action en recherche de paternité peut encore être intentée, la mère pourrait représenter l'enfant. Cependant, même alors, il vaudrait mieux désigner un curateur (comp. art. 392, ch. 2 CCS).

que de donner un père légal à l'enfant défunt. Elle peut même avoir un intérêt pécuniaire, si le père était mort avant l'enfant (l'action est alors intentée contre ses héritiers, voir plus loin) : Comme la décision rétroagit, l'enfant, s'il avait été vivant, aurait reçu une part successorale (art. 461 CCS), dont sa mère, présentement, bénéficiera.

En ce sens, l'art. 309 II *in fine* est ambigu. On ne saurait l'interpréter *a contrario*, et en déduire la non-rétroactivité du jugement.

Si la mère est morte également, ses parents, ou ses frères et sœurs, etc., pourront avoir l'action, au cas où ils sont héritiers légaux de l'enfant. *Contrà*, M. Egger, ad art. 307, n. 9. Leur intérêt sera souvent minime.

L'hypothèse où l'enfant aurait laissé des descendants, ou des héritiers testamentaires, est assez académique. Il faudrait que le cas se présente à peu près ainsi : une femme mariée accouche d'un enfant. Le mari est au Japon. Impossible de lui communiquer la nouvelle de la naissance. Ses héritiers, qui intentent l'action en désaveu, sont déboutés. Mais le jugement n'est pas opposable au mari (cf. chap. X), qui revient au pays vingt ans plus tard, et désavoue victorieusement l'enfant dont il apprend enfin l'existence. Selon l'art. 316 II, l'action en recherche de paternité n'est pas encore périmée. On ne s'engage pas à grand-chose en disant que, si l'enfant est mort, la qualité pour agir passe à ses descendants éventuels, ou plus généralement à ses héritiers (même testamentaires quoique cela soit discutable, parce que, s'ils ne sont pas de la famille de l'enfant défunt, il leur manque un intérêt moral, souvent seul en question).

L'homme dont la partie demanderesse cherche à prouver la paternité réelle sera tout naturellement le défendeur.

Et la grande action est de nature personnelle, si bien que ni le mineur ni l'interdit ne seront représentés légalement, mais ils défendront eux-mêmes, s'ils sont capables de discernement, 51.II.480, 52.II.99, TC Neuchâtel, 5 février 1940, ATC, VIII, p. 477. (Rappelons que, selon le TF, pour qu'une grande action puisse être intentée, le prétendu père doit avoir été capable de discernement *lors de la cohabitation frugifère*, 71.II.16.)

Dans un même ordre d'idées, le Tribunal supérieur de Lucerne, en un arrêt du 21 novembre 1916, RSJB, 1917, p. 375, a nié qu'un absent pût être représenté légalement. L'affaire devait être menée selon les règles de la procédure par défaut.

Si le prétendu père est mort, l'action ne sera pas rendue impossible faute de combattants. La loi prévoit expressément que la qualité pour défendre passe aux héritiers : à la rigueur, donc, une société anonyme, lorsqu'elle succède à titre universel.

En vain, les héritiers légaux répudieraient-ils la succession. Mlle R. Vuille a fort bien montré qu'ils continuaient la personne du père défunt (p. 52).

Fardeau de la preuve

Le fardeau de la preuve est réparti d'une manière spéciale.

Selon la règle générale de l'art. 8 CCS, il incomberait à la partie demanderesse de prouver que le défendeur (ou son auteur, si l'héritier défend) est le père physique de l'enfant.

Disons d'abord qu'il n'est guère possible de prouver directement la cohabitation, quand le défendeur n'avoue pas. La partie demanderesse la démontrera au moyen d'indices. Mais il ne faut pas se méprendre sur la difficulté de ce mode indirect. Le TF, nous l'avons vu, requiert une *violenta suspicio fornicationis*. (Cf. ci-dessus, p. 103.)

Quant à la causalité, la preuve en est encore plus difficile à fournir. Directement, il n'y faut pas songer, l'engendrement échappant à toute perception des sens[1]. Indirectement, elle serait possible, mais seulement à la condition d'établir que la mère n'a pu avoir de relations qu'avec un homme. (Exemple de l'île déserte.)

Le législateur n'impose donc pas à la mère et à l'enfant de prouver la causalité. Il la présume, quand certaines circonstances sont réalisées, et met à la charge de la défense le soin de prouver la non-causalité.

Pour faire jouer la présomption, il suffit à la partie demanderesse d'établir que le défendeur a cohabité avec la mère pendant la période critique.

Reprenant la donnée traditionnelle, qui remonte à Hippocrate, la loi, nous l'avons vu, fixe cette période critique entre le 300me et le 180me jour (inclus, 45.II.491) avant la naissance, où le jour de la naissance n'est pas compté.

[1] Néanmoins, il ne manque pas de savants, en Allemagne surtout (en France, on reste très sceptique), qui ne désespèrent pas de découvrir une démonstration directe, par d'autres voies, il est vrai (lois de l'hérédité). Par exemple, MM. Lönz, Kühne,... Si de telles recherches aboutissent, le droit de la filiation en sera profondément modifié.

Sur la question particulière des « expertises anthropologiques », voir les études suggestives de Mme D. Pfannenstiel, RSJ, 1953, p. 101, et 1954, p. 217.

Mais, si nous en croyons les observations des médecins, cette période est trop étroite pour être absolue. (Silbernagel, ad art. 314, n. 12 ss.) En particulier, les gestations de plus de 300 jours ne seraient pas extraordinaires (comp. art. 1592 II BGB). (Note P). Dès lors se pose la question de savoir quelle est la valeur de cette période critique légale.

Nous venons de voir qu'elle n'est pas absolue. Si le défendeur a cohabité avec la mère 310 jours avant la naissance, la loi n'exclut pas que sa paternité réelle soit constatée. Mais qu'en sera-t-il du fardeau de la preuve ?

Faut-il dire : la présomption de l'art. 314 I ne joue pas dans ce cas-là, les demandeurs devront prouver *et* la cohabitation *et* la causalité.

Bien entendu, le juge ne sera pas trop sévère dans l'appréciation de cette dernière preuve, mais les demandeurs n'en auront pas moins à montrer que la mère n'a cohabité avec aucun tiers ni pendant la période critique légale, ni hors de cette période, dans la mesure où une cohabitation « excentrique » permettrait d'élever des doutes sérieux sur la paternité du défendeur.

Dans notre exemple donc, où l'enfant doit présenter des signes évidents de surmaturité pour que la demande ait la moindre chance d'aboutir, la mère et l'enfant devraient encore établir qu'aucune cohabitation avec un tiers n'a eu lieu dès environ le 315me jour avant la naissance, ou qu'en tout cas, s'il y a eu cohabitation avec un tiers, il serait hautement invraisemblable qu'elle ait été causale.

C'est la solution qu'a adoptée le TF en son arrêt 70.II.70, qui constituait un revirement de jurisprudence (cf. précédemment 62.II. 65). Il donnait ainsi raison à un article de M. W. Brunner, paru dans la RDS, 1938, p. 375 : Comme toutes les présomptions, celle de l'art. 314 I déroge au principe de l'art. 8 CCS. Elle est donc de très stricte interprétation. Et, d'ailleurs, ajoutait le TF, l'art. 252 II ne nous dit-il pas que l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage n'est pas présumé légitime ?

Cet appel à l'art. 252 II n'explique rien du tout. Pour nous, la disposition visée a la signification suivante : supposons qu'une veuve mette au monde un enfant 305 jours après la mort de son mari. C'est elle qui devra établir que la gestation a fort bien pu durer plus de 300 jours, en l'espèce 305 jours au moins. Une fois qu'elle a réussi cette preuve, la présomption de paternité renaît (cf. ci-dessus, p. 31, n. 2, et ci-dessous, chap. X. Voir aussi Egger, ad art. 314, n. 5.)

La mère pourrait évidemment choisir la voie détournée, et montrer que, depuis la mort de son mari, elle n'a cohabité avec personne, ou qu'une éventuelle cohabitation n'a selon toute vraisemblance pas pu être causale, mais cette preuve négative est très difficile.

Il nous semble que le TF ne distingue pas assez nettement les deux présomptions, celle de la paternité — qui, du reste, dans le mariage, est elle-même double : présomption non seulement de causalité, mais encore de cohabitation —, et celle de la durée normale de gestation.

En effet, l'art. 252 II, combiné avec l'art. 255 I *in initio*, ne fait que poser une règle relative à la durée de gestation : l'enfant est présumé avoir été porté au moins 180 jours et au plus 300.

Comme toutes les présomptions, celle-ci est réfragable (note Q), et directement, sans qu'il soit besoin de recourir à la démonstration détournée que préconise le TF (cf. arrêt cité, 70.II.70), si bien qu'en dépit du caractère « exceptionnel » de l'art. 314 I l'affaire s'ordonnerait ainsi, selon nous, dans notre hypothèse où le défendeur a cohabité avec la mère 310 jours avant la naissance :

L'enfant n'est pas présumé avoir été porté plus de 300 jours. A vous donc, les demandeurs, de prouver que sa maturité attestait une gestation de plus longue durée. Mais, une fois que cette preuve est rapportée (et le juge ne doit pas se montrer trop rigoureux, car une indication précise de la durée de gestation ne saurait être déduite des caractères que présente l'enfant à sa naissance, de sorte qu'il suffira que la mère établisse que la gestation *peut fort bien* avoir duré de 305 à 310 jours), la présomption de paternité renaît, puisque, par hypothèse, les demandeurs ont également prouvé la cohabitation avec le défendeur (310 jours avant la naissance). Ils n'auront donc pas à faire la démonstration négative que la mère n'a cohabité avec aucun tiers pendant toute la période où une cohabitation frugifère aurait pu avoir lieu.

Bien que notre intention ne soit pas d'examiner les modes de preuve dans l'action en recherche de paternité, nous essaierons néanmoins de donner un exemple qui fasse apparaître la dialectique de ce genre de procès.

Les demandeurs ont prouvé :

1. Que le défendeur a cohabité avec la mère.

2. Que cette cohabitation a eu lieu pendant la période critique légale ; ou que, si elle a eu lieu hors de cette période, l'enfant montrait à sa naissance les marques d'une surmaturité, ou d'une sous-maturité (très rare).

3. Que l'une des trois conditions de l'art. 323 I est réalisée (puisque, ne l'oublions pas, nous avons affaire à une grande action).

Que fera le défendeur ?

1. Il peut, comme en tout procès, élever une exception dite de procédure (qui sera en général examinée avant que les demandeurs soient admis à rapporter les preuves énumérées ci-dessus).

2. Il peut aussi prétendre que la femme n'est pas la mère de l'enfant. A moins que l'allégation ne lui paraisse dénuée de tout fondement, le juge fera bien, alors, de suspendre le procès en recherche de paternité jusqu'à droit connu sur le point de la maternité (cf. chap. II), qu'il tranchera d'ailleurs lui-même (sous réserve peut-être d'une intrusion du droit international privé, si, par exemple, la demanderesse est française).

3. Mais, le plus souvent, la paternité seule sera en jeu.

A) Le défendeur peut saper à la base la présomption de paternité *(Beseitigung)*, de deux manières :

a) ou bien, il prouve qu'il n'a jamais cohabité avec la mère ;

b) ou bien, tout en admettant qu'il a cohabité avec elle, il montre que ce ne fut pas pendant la période critique légale ; ou, le cas échéant, que le degré de maturité de l'enfant ne suffit pas à rendre vraisemblable la causalité d'une cohabitation située hors de la période critique légale.

Il ne s'agit là que de contre-preuves, qui, si elles réussissent, annihilent toutes les prétentions de la demande.

B) Mais le défendeur a d'autres moyens. Il peut passer à l'attaque, en administrant une preuve dite principale, qui montre l'inanité de la présomption *(Widerlegung* ou *Entkräftung)*.

a) Ou bien, il ne saurait être le père.

L'art. 314 I sous-entend très évidemment que le défendeur peut chercher à fournir la preuve difficile que l'art. 254 impose au demandeur en désaveu (cf. chap. X).

Cette preuve revient à établir qu'il souffrait d'aspermie (*impotentia generandi* — la preuve d'une *impotentia coeundi*, très malaisée, équivaudrait à une contre-preuve de la cohabitation) ; ou que la mère était déjà enceinte lors de la cohabitation ; ou qu'elle ne pouvait concevoir, pour une autre raison (théorie d'Ogino et Knaus, par exemple, si on l'admet) ; ou que le degré de maturité de l'enfant exclut tout rapport de la cohabitation avec la naissance ; ou qu'il manque entre l'enfant et lui toute corrélation héréditaire, soit que les races diffèrent (comp. l'exemple frappant du tome 55.II.295), soit que certains caractères déterminants, de l'ossature, par exemple, se trouvent chez l'un et non chez l'autre, soit surtout que les sangs présentent des propriétés incompatibles entre elles.

La réussite de l'une de ces preuves et l'échec de toute contre-preuve entraînent le rejet de l'action.

b) Toutefois, l'alinéa II de l'art. 314 offre au défendeur une arme beaucoup plus maniable : il peut se contenter de faire naître des *doutes sérieux* sur sa paternité.

C'est tout à fait compréhensible si l'on pense que le CCS est fondé sur la théorie de la parenté. Nous avons du reste vu que la théorie délictuelle, en sa forme ordinaire, devrait aboutir au même résultat (lien de causalité adéquate entre l'acte illicite et le dommage, cf. ci-dessus, p. 98).

Les doutes sérieux naîtront lorsque, par exemple, la preuve de l'impossibilité (cf. a) aura été réussie à moitié (Egger, ad art. 314, n. 15). Ainsi : l'enfant était normal. La cohabitation a eu lieu, disons, 230 jours avant la naissance. La paternité n'est pas impossible — elle le serait sans doute, si la cohabitation avait eu lieu 210 jours avant la naissance — mais elle est hautement invraisemblable (probabilité de moins de un pour cent ? 78.II. 109). Il s'agira le plus souvent de nuances dans l'appréciation des preuves, et les demandeurs pourront fournir une contre-preuve.

Mais l'hypothèse classique de l'art. 314 II consiste à saisir la question par l'autre extrémité.

Le doute de la paternité fait évidemment naître l'idée qu'un autre homme pourrait être le père, que la mère a donc cohabité avec un tiers. Au lieu de prouver cette cohabitation par une voie détournée, le défendeur essaiera en général de l'établir directement.

Le mot directement ne doit pas nous induire en erreur. La cohabitation avec un tiers est l'objet direct de la preuve. Mais

le mode de preuve reste indirect (ce qui n'empêche que le TF, nous le savons, se montre assez rigoureux dans son appréciation : arrêts cités 77.II.292, 78.II.317).

Cette possibilité d'élever l'*exceptio plurium* a fait dire parfois que la présomption de causalité de l'art. 314 I n'était au fond qu'une présomption de fidélité, par opposition à celle qui est contenue dans l'art. 252 I, « *Pater is est...* ». Mais l'expression n'est pas entièrement juste, car toute cohabitation avec un tiers ne sera pas retenue, cf. 68.II.150 et 69.II.282 (corrigeant 61.II.304 encore moins favorable au défendeur). Voir ci-dessus, p. 88.

Si le défendeur réussit dans son exception, renversement du fardeau de la preuve. En effet, les demandeurs peuvent bien essayer d'une contre-preuve (le tiers qu'on voyait si souvent avec la mère n'a, contre tout indice, jamais dépassé un certain degré d'intimité), mais il leur reste, comme *ultima ratio,* une nouvelle preuve principale : Oui, la mère a bien cohabité avec Paul. Et cependant, Paul ne saurait être le père, ou, tout au moins, sa paternité est pratiquement exclue (réplique d'impossibilité ou de haute invraisemblance).

Si le défendeur n'arrive pas à parer cette botte suprême (par une contre-preuve), ou à établir une cohabitation avec le « troisième homme », il a perdu ; il est perdu ; plus exactement, sa paternité physique est démontrée.

c) Et pourtant : En de certaines situations, le législateur lui enseigne un coup de Jarnac, qui supprime toute discussion. Les demandeurs sont déchus de leur action, si le défendeur établit que la mère vivait dans l'inconduite à l'époque de la conception. Il n'est pas dit : pendant la période critique légale, cf. 40.II.6. Le texte l'art. 315 est à la fois plus large et plus étroit. Il se pourra que l'on retienne l'inconduite antérieure au commencement de la période critique légale — en tant qu'indice —, ou qu'à l'inverse on ne considère pas l'inconduite qui se situe pendant la période critique légale, mais qui est manifestement postérieure à la conception — cas où la mère a été séduite, puis abandonnée, et s'est dès lors laissé aller à une grande légèreté.

L'art. 315 est encore une de ces dispositions qui ont suscité une jurisprudence exubérante. Et en particulier son rapport avec l'*exceptio plurium* de l'art. 314 II. Ne mentionnons que l'arrêt déjà ancien du tome 39.II.685. La mère avait cohabité avec le défendeur. Elle avait aussi cohabité avec le frère du défendeur, dans des circonstances qui dénotaient une petite moralité. D'où

déchéance de l'action, bien que le juge cantonal eût constaté que la cohabitation avec le frère *ne pouvait être causale !*

En effet, l'art. 315 pose une nouvelle présomption, que la mère a cohabité avec un nombre de « tiers » pratiquement illimité. Donc, la présomption est, *en fait,* irréfragable, puisque, 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. C'est pourquoi l'inconduite enlève tout droit à l'action.

On comprend donc sans peine que l'art. 315 n'a pas un caractère pénal. « Même une imbécile peut vivre dans l'inconduite au sens de cette disposition », disait le Tribunal supérieur de Thurgovie, dans un arrêt du 11 mars 1941, RO Thurgovie, 1941, p. 44.

4. Enfin, comme la demande tend à l'attribution de la paternité avec effets d'état civil, le défendeur pourra encore

a) nier l'existence d'une des conditions de l'art. 323 I (contre-preuve) ; ou

b) prétendre et prouver (principalement) qu'il est marié, et qu'il l'était déjà lors de la cohabitation, ces dernières allégation et preuve étant suffisantes, d'après le TF (cf. ci-dessus, p. 105). Mais rappelons qu'il s'agit là d'une objection, et non d'une exception, d'après l'arrêt 55.I.24.

Cela nous amène à nous demander quel est le rôle du juge dans le procès en paternité.

D'après M. Marti, qui a étudié les diverses procédures cantonales (thèse citée, p. 68), l'action en recherche de paternité est gouvernée par le principe inquisitorial *(Offizialmaxime)* dans plusieurs cantons importants. Donc, dans ces cantons-là, contrairement à la tendance traditionnelle de la procédure civile, le juge contribuera de manière active à trouver la vérité matérielle.

Mais le principe inquisitorial n'est jamais appliqué jusqu'en ses dernières conséquences, sinon, il ne saurait être question, en général, de répartir le fardeau de la preuve, et, en particulier, de présumer une paternité comme le fait l'art. 314 I.

D'ailleurs, même si la procédure est inquisitoriale, l'objet du procès reste à la disposition des parties. Non seulement le demandeur peut se désister, ce que personne ne contestera, mais le défendeur peut acquiescer, et les deux parties ont également la faculté de transiger. (M. Silbernagel, lui, voulait qu'on ob-

servât les formes de la reconnaissance, art. 303, ad art. 307, n. 7.) — Sauf que, lorsqu'il s'agit de l'action de l'enfant, l'art. 422, ch. 8 CCS exige le consentement de l'autorité tutélaire.

La raison en est que le défendeur garde toujours la possibilité de reconnaître l'enfant[1]. Mais alors, il nous semble nécessaire d'accorder en certaines hypothèses aux intéressés de l'art. 306 un droit d'intervention passive, qui pourrait même se traduire, éventuellement, par un droit de recours indépendant de celui du défendeur.

L'art. 312 II confère expressément ce droit d'intervention à la commune d'origine du défendeur (sans doute faut-il lire : du prétendu père). Le TC vaudois la considérait même, à certains égards, comme une partie principale ; 9 juillet 1923, JT, 1924, (dc), p. 84. De toute façon, si le défendeur acquiesce, la commune d'origine pourra défendre seule au procès, ou, forme plus rare, intenter une action en annulation de l'acquiescement, contre l'acquiesçant, la mère et l'enfant. Voir à ce sujet l'intéressant arrêt 68.II.197. Si le juge omet d'avertir la commune d'origine du procès en cours, elle conserve sans doute un droit d'agir en annulation du jugement, selon les formes qu'offre la procédure cantonale. Cf. 51.II.482. Elle devra montrer que le défendeur n'était pas le père physique. (Les cours cantonales ont proposé diverses solutions, dans le détail desquelles il serait trop long d'entrer : RSJ, 1933/4, p. 28 (Saint-Gall) ; p. 48 (Tessin) ; p. 174 (Thurgovie) ; etc. ...)

Péremption

Le CCS contient peu de dispositions qui aient été aussi discutées que l'art. 308, relatif à la péremption.

L'action peut être introduite dès avant la naissance (mais après la conception !) De même, le père pouvait reconnaître son

[1] Cf. RSEC, 1941, p. 89, où il est contesté qu'une transaction puisse mettre fin à une instance en désaveu (cf. aussi 65.I.156, et, récemment, OG Bâle-Campagne, 12 février 1952, ZVW, 1954, p. 110) : « Ce n'est que là où la loi subordonne un changement d'état à la volonté d'une personne qu'on peut modifier la situation juridique par transaction devant le juge de paix. C'est pourquoi la transaction par laquelle le défendeur reconnaît la paternité d'un enfant illégitime doit être assimilée à un jugement exécutoire ». (Comp. ci-dessus, p. 60.)

Une transaction ne peut pas non plus mettre fin à une action en annulation de la reconnaissance, pour les mêmes raisons. 51.II.8. Sinon, ce serait donner pratiquement au reconnaissant le moyen de révoquer sa reconnaissance.

enfant avant qu'il vînt au monde (cf. chap. III). Avec cette différence que le jugement ne sera jamais rendu qu'après l'accouchement.

En effet, le défendeur pourra tirer de nouveaux moyens de preuve du degré de maturité que l'enfant présente à sa naissance.

Et il se pourrait que l'enfant soit mort-né. Alors, il ne serait plus question de l'attribuer avec des suites d'état civil. En pareil cas, une reconnaissance n'aurait, elle aussi, que des conséquences pécuniaires.

Enfin, si la mère fait une fausse couche, reconnaissance et action perdent tout objet.

Après la naissance, l'action ne peut plus être intentée que dans le délai d'un an. Le jour de la naissance ne compte pas, cf. 42.II.331, qui renvoie à l'art. 132 CO, valable pour les péremptions aussi bien que pour les prescriptions. L'art. 78 CO est également applicable.

Lorsque l'enfant est né légitime, le délai ne court que du jour où le désaveu est prononcé (art. 316 II).

Semblablement, si l'enfant est légitimé, par une personne qui n'est pas son père, en un temps où une action en recherche de paternité eût encore été possible, c'est-à-dire moins d'un an après sa naissance, un nouveau délai de péremption commencera à courir, du jour où cette légitimation aura été annulée. Mais l'action en recherche de paternité ne pourra plus être intentée que par l'enfant. En consentant à la fausse légitimation — cf. chap. VII —, la mère s'est pour ainsi dire forclose.

Depuis l'arrêt 42.II.98, on sait que l'intentement de l'action est une notion de droit fédéral. C'est le premier acte de volonté par lequel une personne demande au juge de protéger sa situation juridique (p. 103).

Voilà un empiètement sur le droit de procédure cantonal qui n'a rien d'extraordinaire. Le TF a toujours affirmé que de telles ingérences étaient tout à fait justifiées lorsque à leur défaut un principe de droit matériel fédéral ne peut être appliqué de manière correcte.

Encore convient-il de mesurer la portée de cet empiètement. C'est la procédure cantonale qui nous apprend quel est ce premier acte de volonté. Le droit fédéral dit seulement que c'est

Voir, au sujet d'un curieux cas d'état civil, la critique très justifiée de M. E. Götz. ZbSGW, 1949, p. 424 ss.

cet acte-là qui doit avoir été accompli à l'expiration du délai de péremption (voir 47.II.108, 74.II.14, et RSJ 1955, p. 12).

Un important arrêt du Tribunal supérieur d'Argovie nous indique bien la nature du délai de l'art. 308 (14 juillet 1924, RSJ, 1925/6, p. 48). L'enfant intentait la grande action, en invoquant la cohabitation criminelle. Il ne formulait aucune prétention pécuniaire. La mère intentait la petite action, mais ne réclamait que le paiement des frais de l'accouchement (art. 317 CCS). L'action de la mère fut déclarée bien fondée : le juge admit que le défendeur était le père naturel de l'enfant. Mais il rejeta la demande d'attribution de la paternité légale, parce que la preuve de la cohabitation criminelle n'avait pu être fournie. L'enfant, qui n'avait rien obtenu, revint à la charge après le délai d'une année. Il se sentait fort du jugement dont sa mère avait bénéficié. Néanmoins, cette seconde action se heurta à la péremption.

L'arrêt serait critiquable, si le délai de l'art. 308 n'avait été instauré qu'en raison de la fragilité de la preuve. En effet, dans le cas particulier, la question de la preuve ne se pose plus guère. Le jugement qui a condamné l'actuel défendeur à payer les frais de l'accouchement de la mère bénéficie d'une force probante équivalente à une présomption de vérité. Et il sera difficile de renverser cette présomption.

Mais le seul but de l'art. 308 n'est pas d'empêcher que les preuves deviennent malaisées. Tout au contraire, on sait bien qu'une expertise anthropologique ne peut être faite avec succès qu'après quelques années. Aujourd'hui, on évite l'écueil en suspendant la procédure de recherche en paternité. Cela montre à l'évidence que l'art. 308 poursuit encore un autre dessein.

Même si l'on distingue la prescription, qui est un moyen purement privé, et la péremption (ou déchéance), qui est une règle d'ordre public (interne ! cf. 41.II.424, 45.II.505, 50.I.101 ; BlZR, 1916, n° 74, 1933, n° 6..., pour notre art. 308), tous les délais se proposent, à titre principal ou accessoire, de protéger les défendeurs, — peut-être aussi, indirectement, les demandeurs, en leur interdisant la négligence, mais c'est une question dont il n'y a pas lieu de se soucier maintenant.

Le législateur suisse n'a pas voulu qu'un père prétendu vécût dans une anxiété perpétuelle. Passé le délai d'un an, il n'a plus à craindre de réclamations pécuniaires. Une constatation ultérieure de la paternité, faite à la suite d'une pure action déclarative, n'aura jamais d'effet alimentaire (cf. note O).

L'arrêt argovien précité semble donc tout à fait raisonnable.

Tout au plus pourrait-on se demander si l'enfant n'avait pas la faculté de requérir une de ces prolongations de délai dont nous dirons quelques mots tout à l'heure. Mais il faut admettre qu'il avait commis une imprudence, lorsqu'il n'avait accompagné sa grande action d'aucune prétention pécuniaire.

Il y a pourtant des cas où le délai de péremption est vraiment trop sévère. Par exemple :

Le père réel reconnaît l'enfant. A moins qu'ils ne fassent opposition, ni cet enfant ni la mère ne peuvent plus intenter une action en recherche de paternité, qui serait sans objet.

Puis il se révèle, quelques années plus tard, que la reconnaissance est atteinte d'un vice irrémédiable. L'acte authentique n'a pas été dressé selon les formes. L'auteur en invoque donc la nullité, fait radier l'inscription au registre des reconnaissances (art. 51 II OEC), et cesse toute contribution à l'entretien de l'enfant. (Mais il ne pourra pas répéter les sommes qu'il a déjà versées. Quand même le titre qui la documentait a été déclaré nul, la paternité réelle n'a pas été mise en doute. Il s'agit d'ailleurs ici plus d'une raison d'équité que d'un argument logique, cf. ci-dessus, p. 64.)

Contre le père qui se dérobe ainsi, la mère et l'enfant introduisent une action en recherche de paternité. Mais en vain. Le juge la rejette d'office, parce qu'elle est périmée (note R).

Il s'agit de savoir si le délai de péremption n'est pas susceptible de restitution, ou tout au moins de prolongation, dans des hypothèses aussi frappantes que celle-là.

On a l'habitude, ici, de se référer aux travaux préparatoires. Mais voilà bien un cas où l'on aurait mieux fait de ne pas les tirer de leur sommeil. Car ils nous indiquent une solution parfaitement inhumaine. A suivre le cours des débats, on arrive à l'indiscutable conclusion que, passée l'année, aucun délai supplémentaire, si court soit-il, ne saurait plus être accordé.

Cependant, toute l'éloquence des auteurs du CCS est mise en échec par un simple motif d'équité. C'est ainsi qu'en a jugé le TF en deux arrêts importants, 46.II.90 et 49.II.319.

Peut-être n'était-il pas tout à fait exact de parler de *replicatio doli*, parce qu'en « invoquant » la péremption le défendeur n'élève pas une exception, mais fait état d'une objection que d'ailleurs le juge doit considérer d'office (cf. plus haut). Toutefois, il reste que le TF n'a pas voulu abandonner une mère et son enfant aux duretés d'une interprétation sans nuances.

Bien entendu, le TF l'a relevé lui-même, il n'est pas question d'appliquer par analogie l'art. 257 III, relatif à l'action en désaveu, où le retard est excusé, quand il y avait de « justes motifs », 61.II.152. (Cet arrêt est des plus utiles : il donne par récapitulation l'état de la jurisprudence à cette date, p. 149.) Mais on peut se demander s'il ne convient pas d'élargir le plus possible la jurisprudence du TF, et d'accorder un délai supplémentaire toutes les fois qu'un besoin s'en fera sentir. Ainsi :

1. Toutes les fois que l'action était juridiquement impossible pendant l'année qui a suivi la naissance, et qu'elle devient possible par la suite.

Nous avons vu le cas d'une reconnaissance nulle. Ici, l'impossibilité n'est que subjective, puisqu'aussi bien il n'y a pas de reconnaissance.

Il peut arriver qu'une reconnaissance soit annulée, parce que son auteur n'était pas le père réel. La mère et l'enfant doivent pouvoir se retourner contre un tiers concubin.

Ou bien, la reconnaissance a été annulée, parce que l'enfant était adultérin *a matre* (un désaveu aura précédé la reconnaissance).

Si l'enfant était adultérin *a patre*, l'art. 323 II empêcherait l'ouverture d'une grande action (en tout cas d'après la jurisprudence fédérale, cf. ci-dessus, p. 105). Mais un délai supplémentaire devrait néanmoins être accordé pour permettre l'introduction d'une petite action.

Ou encore, l'enfant ne pouvait intenter d'action, parce qu'aucun curateur ne lui avait été désigné, à la suite d'une omission ou d'un retard. (Egger, ad art. 308, n. 8.)

Ou enfin, la mère et l'enfant agissent contre A, et sont déboutés, parce que A prouve que sa paternité est exclue. Ils doivent alors pouvoir agir contre B, qui avait aussi, ou qui avait seul, cohabité avec la mère.

2. Toutes les fois que la mère et l'enfant ont été détournés d'agir par la conduite même du défendeur. Par exemple, il a fait miroiter un mariage avec la mère, ou bien, il a versé spontanément quelques sommes d'argent. L'action était alors impossible psychologiquement.

3. Il y a une vingtaine d'années, modifiant sa jurisprudence, le TF a appliqué au délai de l'art. 308 CCS l'art. 139 CO, qui,

en principe, ne vaut que pour la prescription. Désormais, au cas où la demande est rejetée « par suite de l'incompétence du juge saisi, ou en raison d'un vice de forme réparable », la mère et l'enfant jouissent d'un délai supplémentaire de 60 jours, pour mieux agir, — si le délai de péremption est expiré dans l'intervalle (61.II.148, confirmé au tome 72.II.326).

Pour tout cela, il faut garder en mémoire que le défendeur n'a pas un *droit* à n'être recherché que dans le délai d'un an (arg. art. 316 II).

For

Le législateur a pris soin de déterminer le for de l'action en recherche de paternité. Ou plutôt, les fors, car il y en a deux, alternatifs (et non pas un principal et un subsidiaire, comme le conseil des Etats l'avait proposé). L'action s'introduit au domicile de la partie demanderesse au temps de la naissance, ou de la partie défenderesse au temps de la demande, art. 312 I.

Il ne manquera de venir à l'idée que ce for alternatif pourrait bien être triple, en quelque sorte. Autrement dit, qu'à l'art. 312 I *in initio* il faut distinguer le domicile de la mère et celui de l'enfant, lorsque tous les deux introduisent une action indépendante.

Disons tout de suite qu'il serait contraire à un principe élémentaire d'économie que les deux actions soient intentées en deux endroits différents. La deuxième action sera jointe à la première, ou sera suspendue (50.I.394).

Si la mère prend l'initiative (et si elle ne choisit pas le for du domicile du défendeur), elle agit au domicile qu'elle avait lors de la naissance.

La notion de domicile s'envisage à la lumière des art. 23 ss. CCS. Par exemple, le séjour que fait la mère dans un hôpital ne constitue pas, évidemment, à lui seul, un domicile (art. 26 CCS ; Tribunal cantonal de Saint-Gall, 9 septembre 1926, RSJ, 1927/8, p. 48, comp. RSJ, 1936/7, p. 313. Mais v. BlZR, 1927, p. 201, n° 92 !). Toutefois, la règle comporte au moins une exception jurisprudentielle. D'après l'art. 25 I CCS, la mère mineure sous puissance paternelle est domiciliée « chez ses père et mère ». Le résultat est indésirable, lorsque la mère est économiquement indépendante de ses parents. Le TF n'a pas voulu la priver des avantages de l'art. 312 I *in initio*, il a situé son domicile au lieu de sa résidence (45.II.244 et 67.II.80).

Et si l'enfant introduit l'action le premier, représenté par son curateur ? On s'est souvent demandé ce qu'il fallait entendre par *domicile de l'enfant au temps de la naissance* (cf. aussi chap. IV).

Le TF a d'abord dit très simplement : c'est le domicile de la mère quand même elle n'a pas la puissance paternelle (arrêt cité, 44.I.61).

Mais il n'a pas tardé à éprouver des doutes. Et il est vrai que la solution pouvait désavantager l'enfant quand la mère n'avait pas de domicile déterminé, ou qu'elle habitait à l'étranger.

C'est pourquoi le TF a proposé deux nouvelles solutions, dans l'arrêt 50.I.386.

On pourrait retenir le lieu de résidence de l'enfant (art. 24 II CCS). Ici il ne faudrait pas interpréter trop strictement l'art. 312 I. Le lieu de résidence « au temps de la naissance » ne serait pas toujours le lieu de l'accouchement : par exemple, la mère confie l'enfant à des parents, sitôt après la naissance. Mais, de la sorte, il est visible que le for peut être choisi plus ou moins arbitrairement.

Le TF préconisait donc une autre solution, qui tînt compte du statut spécial de l'enfant illégitime. Il indiquait, de façon assez énigmatique il est vrai, le siège de l'autorité tutélaire qui, d'après les circonstances, est appelée à s'occuper de l'enfant.

On pourrait craindre de tomber dans un cercle vicieux : l'art. 376 I dit que le for tutélaire est celui du domicile du mineur ou de l'interdit (*idem*, art. 396 I, pour la curatelle), et voilà précisément qu'on veut déterminer ce domicile en partant du for tutélaire. Mais l'intention du TF est claire, et tout à fait justifiée. Il n'est précisément pas question d'appliquer l'art. 376 I, ni l'art. 396 I au cas particulier de la naissance illégitime. Et cela d'autant plus que l'activité de l'autorité tutélaire commencera peut-être dès avant la naissance de l'enfant (art. 311 I *in fine*).

Toutefois, les termes du TF n'en sont pas moins imprécis. Dans tous les cas, il n'eût pas convenu de se montrer trop sévère, si l'enfant ouvrait l'action devant un juge incompétent. L'application de l'art. 139 CO au délai de l'art. 308 CCS n'aurait pu être mise en doute (cf. ci-dessus, p. 124).

Personne n'est étonné de lire, au tome 56.II.5, que le TF a changé une seconde fois sa jurisprudence. Il aurait dû le prévoir, comme si souvent, « le premier mouvement était le bon ». Les considérants de l'arrêt 44.I.61 (confirmé, 61.II.146, 67.II.80 et 69.II.337) reprennent soudain leur valeur.

Désormais, le domicile de l'enfant au temps de la naissance

sera celui de la mère, et ce même domicile déterminera la compétence *ratione loci* de l'autorité tutélaire à laquelle se réfèrent les art. 311 et 324 ss. Si la mère était alors domiciliée à l'étranger, et que l'enfant ait été confié, néanmoins, à une autorité tutélaire suisse, il nous paraîtrait équitable qu'il garde la faculté de choisir son for, que lui offre l'art. 312 I, et sans doute l'arrêt 50.I.386 précité nous donne-t-il, pour cette hypothèse, une solution utilisable. Il en irait de même si la mère n'avait pas de domicile déterminé.

Que se passe-t-il si ni la mère ni l'enfant ne sont domiciliés en Suisse (et qu'aucune curatelle suisse n'ait été instituée) ?

Alors, ils perdent le choix.

Il ne leur reste plus qu'à ouvrir l'action au domicile du défendeur « au temps de la demande ». Cette notion temporelle est de droit cantonal, a décidé la CA bernoise, en son arrêt du 6 février 1917, RSJB, 1917, p. 348. La jurisprudence fédérale du tome 42.II.98 ne vaut que pour l'art. 308 (cf. ci-dessus, p. 121).

Et si, à cette époque, le défendeur n'est pas non plus domicilié en Suisse ?

Le législateur tend une perche. L'art. 313 ouvre un for au lieu d'origine du défendeur, à condition, bien entendu, qu'il soit suisse. (Ce qui est généralement le cas, puisqu'il s'agit d'une grande action. Cf. art. 8 LRDC. Sinon, le droit suisse ne s'appliquerait pas, et la question sortirait de notre portée. Reste réservée l'éventualité où le droit national du défendeur est défavorable à l'enfant. Voir M. Ch. Knapp, *Mélanges F. Guisan*, Lausanne, 1950, p. 225/6.)

Le lieu d'origine est défini à l'art. 22 CCS. D'après l'alinéa III de cette disposition, il est impossible que le défendeur ait plusieurs lieux d'origine. (Egger, ad art. 313, n. 1 ; quoique M. Silbernagel soit d'avis contraire, ad art. 313, n. 3.)

Mais le législateur semble avoir oublié qu'à l'art. 312 I les temps n'étaient pas les mêmes (naissance-demande), si bien que l'art. 313 ne remédie pas à toutes les situations.

Supposons qu'au temps de la naissance les demandeurs soient domiciliés à l'étranger et qu'au temps de la demande ils se soient établis en Suisse. Mais, à ce moment-là, le défendeur n'habite pas en Suisse. Aucun de deux fors de l'art. 312 I n'est ouvert en l'espèce. Celui de l'art. 313 apparemment non plus. (A moins qu'on n'approuve l'arrêt de la Cour de justice civile genevoise du 28 juin 1927, SJ, 1928, p. 6, d'après lequel, pour que l'art. 313 soit applicable, il n'est pas nécessaire que la partie demanderesse soit

domiciliée à l'étranger lors de la demande, pourvu qu'elle l'y ait été lors de la naissance. V. aussi M. F.-L. Zweifel, thèse citée dans la bibliographie, p. 159.) Cependant, l'action pourra tout de même être introduite au lieu d'origine du défendeur, en vertu de l'art. 8 LRDC. Du reste, pour le cas de la grande action, l'art. 313 ne fait que reprendre cet art. 8, eu égard à la juridiction compétente. Et à ce point de vue, il consacre la subsidiarité de l'art. 8 LRDC par rapport à l'art 312 I CCS. (Mais rappelons, à ce propos, que les art. 312 et 313 ne nous indiquent rien au sujet du droit applicable, contrairement à ce qu'avaient cru certaines cours cantonales, cf. 79.II.345, 77.II.115 et 53.II.89.)

Un autre cas paraît sortir des prévisions du CCS. Qu'arrive-t-il si la mère, ou le curateur de l'enfant, intentent l'action *avant l'accouchement*, comme l'art. 308 leur en accorde la faculté ?

Les avis diffèrent.

La première chambre d'appel de Zurich a nié qu'il y eût encore un choix possible. L'action doit s'ouvrir au domicile du défendeur (24 novembre 1915, BlZR, 1917, p. 43, n° 35).

Deux ans auparavant, le Tribunal de district de Baden avait mis en garde contre une interprétation trop étroite de l'art. 312 I *in initio* (« au temps de la naissance »). Donc, même pendant la grossesse, la mère (et sans doute aussi le curateur) peut agir au for de son domicile (25 septembre 1913, RSJ, 1913/4, p. 158 ; repris (?) par le TC vaudois, 10 décembre 1917, JT, 1918, (dc), p. 66). Un arrêt du Tribunal supérieur de Zurich, du 28 mai 1951, BlZR, 1952, p. 76, n° 48, a opiné dans le même sens, avec une restriction que M. F. Nehrwein avait déjà suggérée dans sa thèse (cf. la bibliographie) :

La mère peut agir à son domicile. Si, encore avant la naissance, elle change de domicile, le demandeur pourra élever une exception d'incompétence. S'il ne l'élève pas, le for sera prorogé tacitement.

Mais M. Nehrwein, ainsi que l'arrêt cité de 1951, n'envisagent que la petite action, et alors ils ont sans doute raison (comp. 57. II.136). On peut se demander si le for de la grande action est également abandonné à la disposition des parties, ou si, comme dans l'action en divorce, le juge ne doit pas plutôt, d'office, examiner sa compétence *ratione loci*. En ce deuxième cas, l'avis de la chambre d'appel zurichoise serait peut-être préférable.

CHAPITRE VII

L'ACTION EN NULLITÉ DE LA LÉGITIMATION[1]

Je jeûne deux fois la semaine.
Luc, XVIII, 12.

La légitimation

L'enfant né d'une femme qui n'a été mariée à aucun moment de la gestation est illégitime. Il reste illégitime s'il est reconnu par son père, ou s'il lui est attribué avec des effets d'état civil. Et c'est pour lui un grand désavantage.

Ce n'est pas tant du point de vue juridique qu'il est prétérité. Lorsque sa filiation paternelle légale a été constituée, il reçoit un statut de droit presque équivalent à celui d'un enfant légitime.

Le désavantage est plutôt social et moral. Encore à notre époque, les gens savent très bien, par exemple, que le petit Paul est un fils naturel, et ils en tirent souvent un sentiment de supériorité compatissante.

Pour venir à son aide, le législateur a imaginé un moyen de *redresser* cette situation irrégulière : en certaines hypothèses, l'enfant sera *légitimé*.

Evidemment, les préjugés sont si bien enracinés qu'on peut se demander si la légitimation remplira tout à fait son rôle. Il faut craindre que les mêmes gens ne répètent avec satisfaction que les parents du petit Paul n'étaient pas encore mariés lorsqu'il

[1] Nous avons vu que les actions en nullité ne sont autres que des actions en déclaration négative ou en contestation de droit. Et il est sans doute possible d'intenter une action en déclaration positive ou en constatation de la légitimation, parfaitement symétrique à l'action en nullité qui fait l'objet du présent chapitre. (Cf. ci-dessous, p. 154, n. 1. On aurait pu en dire autant d'une action en déclaration positive ou en constatation de la reconnaissance.)

Nous nous sommes plutôt attaché à faire ressortir la différence entre les actions en annulation et les actions en nullité.

est né, puisque aussi bien l'enfant légitime lui-même n'est pas à l'abri de leur enquête, et qu'il leur arrive de compter sur leurs doigts combien de mois séparaient le mariage de la première naissance.

On l'a souvent dit, la légitimation est un bienfait de la loi. Pour qu'un enfant soit légitime, il faut que ses parents soient mariés (plus exactement, nous avons vu qu'il suffit que la mère le soit) à un moment déterminé, passé lequel il est trop tard, et aucune nécessité n'exige qu'un mariage ultérieur élève l'enfant au niveau de la légitimité.

Toutefois, la légitimation n'en répond pas moins à un besoin. La famille est constituée, « après coup » il est vrai, mais il serait dur d'en exclure un enfant, sous prétexte qu'il est né trop tôt. Ce qui importe, au fond, ce n'est pas tellement le moment du mariage que la *communauté* qu'il crée.

Il va de soi que, si ses parents ont été mariés, et sont déjà divorcés lorsqu'il est conçu, l'enfant naît illégitime. La communauté familiale n'a jamais existé, et n'existera jamais, à moins que les époux divorcés ne se remarient ensemble.

Mais une solution inverse nous semble tout à fait normale, si le mariage *n'existait pas encore* lors de la naissance.

Le procédé n'implique pas une *fiction* de légitimité, en tout cas en droit suisse. Sinon, il ne serait pas question d'annuler la légitimation aux conditions de l'art. 262 CCS (cf. chap. X).

Le CCS connaît deux sortes de légitimations.

A) Tout d'abord, le cas ordinaire d'un mariage subséquent, auquel nous avons fait allusion (art. 258/9 CCS).

Une femme met au monde un enfant illégitime. Il se peut que le père le reconnaisse, ou qu'une action en recherche de paternité soit intentée contre lui avec succès. Mais ce ne serait là que des demi-mesures, à côté du changement complet de statut dont bénéficie l'enfant, quand ses parents se marient.

Il est alors légitime, et du seul fait du mariage. L'art. 258 le dit clairement, — qui reprend l'art. 54 Cst. — Sans doute, les parents devront communiquer la légitimation à l'office de l'état civil de leur domicile, ou du lieu où leur mariage fut célébré. Mais cette communication n'a qu'une valeur déclarative. L'art. 259 II prévient toute discussion. Et une inscription tardive ne saurait être refusée (art. 98 II OEC).

En général, la communication se fait verbalement (art. 98 III OEC). Sous l'empire de l'ancienne OEC, de 1928, les deux époux devaient être présents à l'office de l'état civil. Il ne fallait pourtant pas appliquer cette règle avec trop de rigueur. Dans l'espèce 74.I.72, la mère était à l'étranger et le mariage était déjà dissous par le divorce. Le mari produisit une pièce d'où il ressortait que la mère l'avait désigné comme l'auteur d'un enfant né avant le mariage. C'était bien suffisant, avait jugé le TF, toute exigence supplémentaire péchait par excès de formalisme. Maintenant, la solution ne ferait pas le moindre doute.

L'alinéa V de l'art. 98 prévoit qu'un des époux est mort. En faisant sa requête, le conjoint survivant doit prouver que l'enfant descend bien de l'époux décédé. Même preuve, *mutatis mutandis*, quand les deux époux sont décédés (art. 98 VI OEC).

La preuve de la paternité pourrait causer quelque embarras. Dans l'affaire Fauconnet, 70.I.110, une personne célibataire avait eu un enfant d'un homme marié. Cet homme avait adopté l'enfant, conjointement avec sa femme (art. 266 II CCS). Quand sa femme mourut, il épousa la mère de l'enfant adoptif, — qui, par ailleurs, était adultérin —, et le légitima. Puis il mourut à son tour. Douze ans plus tard, la veuve demande à l'officier de l'état civil de procéder à l'inscription de la légitimation de l'enfant, qui avait été omise. Elle produit un acte sous seing-privé, où son défunt mari déclarait que l'enfant était bien le sien, et elle y ajoute son propre témoignage. Le TF a estimé que cette preuve suffisait aux exigences de l'art. 98 V OEC, à l'époque, al. IV.

Le Tribunal du district de Zurich a eu à s'occuper d'une affaire un peu semblable, — sous l'empire de la première OEC, de 1910. Une fois de plus, les époux avaient oublié de faire inscrire la légitimation. Par la suite, le mari abandonna sa femme. Celle-ci, quelques années plus tard, demanda l'inscription de la légitimation. On la pria d'établir que l'enfant était bien issu des relations qu'elle avait eues avec son mari (28 mars 1919, RJS, 1919/20, p. 108. Comp. RSEC, 1949/50, p. 14).

Opposée aux deux arrêts fédéraux rapportés ci-dessus, 74.I.72 et 70.I.110, une pareille jurisprudence laisse songeur. Et, interprétée étroitement (comme le font — à propos de l'alinéa correspondant des premières OEC — les deux circulaires du DFJP du 31 mars 1925 et du 30 juin 1928, RSJ, 1924/5, p. 320, et 1928/9, p. 99), l'OEC actuelle (la troisième), dans son art. 98 V et VI, pourrait bien dépasser le cadre que lui assigne le CCS.

Comme nous le verrons, si l'homme qui, en épousant la mère, légitime l'enfant n'est pas le père réel, la légitimation n'en est pas moins valable et l'action en annulation dont elle est menacée est soumise à un délai de péremption fort court.

C'est pourquoi M. H. Schulthess (p. 38, cf. la bibliographie), dit, très justement sans doute, que, pour qu'un enfant soit légitimé (par mariage subséquent), il suffit qu'il soit l'enfant de la femme, et que les époux le donnent pour leur descendant commun.

Dans l'hypothèse où le mari n'est pas le père physique de l'enfant, le mariage seul ne légitime évidemment pas, il est encore besoin de cette « reconnaissance » des époux, et, dès lors, la légitimation est reportée, rétroactivement, au jour du mariage. (Autre est la question des *effets* de la légitimation, cf. ci-dessous, p. 137.)

Cette construction peut paraître artificielle. Mais y en a-t-il une autre qui s'harmonise avec l'art. 262 CCS ?

Dès lors, la femme qui demande seule l'inscription de la légitimation n'aura qu'à prouver :

a) qu'avant son mariage, elle avait mis au monde un enfant; et

b) que son mari a reconnu l'enfant comme le sien.

Sans doute, si elle ne réussit pas cette deuxième preuve, elle peut essayer la démonstration, beaucoup plus difficile, et parfois impossible, que le mari est bien le père physique de l'enfant.

Si c'est le mari qui demande seul l'inscription, il établira :

a) qu'avant leur mariage, sa femme avait mis au monde un enfant ; et

b) qu'elle avait reconnu qu'il en était l'auteur.

Et si c'est un tiers qui demande l'inscription, il montrera :

a) qu'avant le mariage la femme avait mis au monde un enfant ; et

b) que le mari avait reconnu, de l'aveu de sa femme, qu'il en était l'auteur.

Que dire, si le mari *peut* être l'auteur de l'enfant, sans que sa paternité soit *certaine* ? Il a cohabité avec sa future femme, à une époque où la cohabitation pouvait être causale. Mais d'autres personnes ont bénéficié des mêmes faveurs à la même époque.

Nul ne sait alors si le mariage entraîne à lui seul une légitimation, et, tant que le mari n'a pas reconnu, il pourra intenter une action en *nullité* de légitimation, dirigée contre la mère et l'enfant, où il chercherait à montrer qu'il n'est pas le père. Ou, plus exactement, le fardeau de la preuve se répartira, *mutatis mutandis*, comme en cas d'action en recherche de paternité. Si donc le mari nie toute cohabitation, c'est aux défendeurs à l'établir.

S'il tarde trop à entreprendre la démonstration de la non-paternité, son attitude dilatoire sera l'équivalent d'une reconnaissance tacite [1], qu'il pourra éventuellement attaquer pour cause de vice de la volonté (action en *annulation*, cette fois-ci), comme il pourrait attaquer, pour la même raison, une reconnaissance expresse. Bien entendu, il devra également prouver qu'il n'est pas le père (cf. paragraphe précédent).

Autrement dit, lorsqu'un homme épouse la mère d'un enfant dont il pourrait être le père, il se prive de l'équivalent de l'*exceptio plurium*. Sans doute, s'il ignorait que la mère a cohabité avec des tiers, conserve-t-il la faculté d'intenter une action en nullité (relative) de mariage, pour cause d'erreur ou de dol (art. 124, ch. 2 ; 125, ch. 1 CCS). Mais la légitimation subsiste (interprétation extensive de l'art. 133 I CCS. Silbernagel, ad art. 258, n. 6 ; Egger, ad art. 258, n. 5).

B) Le CCS connaît aussi une légitimation par décision du juge, beaucoup plus rare il est vrai (art. 260 CCS).

On a pensé que, lorsque le mariage qui l'eût légitimé est devenu impossible sans la faute d'aucun des deux fiancés, l'enfant ne doit pas être frustré d'un avantage dont il aurait dû normalement bénéficier.

Si donc l'un des fiancés meurt, — et, sans doute, s'il est déclaré absent —, ou s'il perd la capacité matrimoniale (art. 97 et 120, ch. 3 CCS) [2], l'autre fiancé, ou l'enfant, ou, s'il est mort lui-même, ses descendants, peuvent demander au juge de prononcer la légitimation.

[1] Une question difficile à trancher est alors de savoir quand part le délai de trois mois pendant lequel les tiers peuvent intenter l'action en annulation de l'art. 262 CCS.

[2] La constitution imprévue d'une parenté juridique, par exemple à la suite d'une reconnaissance d'enfant illégitime (le père légitime de la fiancée devient père illégitime du fiancé) ne saurait entrer en ligne de compte, parce que l'empêchement à mariage de l'art. 100, ch 1 et 2 CCS est fondé sur la parenté réelle. Le mariage projeté n'aurait donc jamais été licite.

Il ne s'agit pas d'une action, la juridiction est gracieuse, Egger, ad art. 261, n. 2.

Le requérant devra prouver l'état de fiançailles des auteurs prétendus (art. 90 ss. CCS, notion différente de la promesse de mariage des art. 318 et 323 I, cf. chapitre VI) [1], et l'empêchement fortuit de contracter mariage.

Peut-être ne devrait-on pas lui imposer la tâche d'établir que le fiancé est (était) bien le père réel de l'enfant : il lui suffirait d'établir que le fiancé avait l'intention de reconnaître l'enfant comme le sien (cf. plus haut). C'est ainsi que semble en avoir jugé la CA bernoise, dans son arrêt du 20 décembre 1912, RSJ, 1912/3, p. 303.

Il y a tout de même une différence avec le cas du mariage subséquent. Tant que le juge n'a pas rendu sa décision, il n'y a pas encore de légitimation. Cette décision du juge est donc constitutive. L'écriture de l'officier de l'état civil n'était que déclarative.

M. Schulthess, p. 40, semble donc d'avis que le requérant devra rendre vraisemblable la paternité du fiancé, — sa propre paternité, si c'est le fiancé qui introduit la demande. V. aussi Silbernagel, ad art. 260, n. 9 ; Egger, ad art. 261, n. 2.

L'arrêt Poyet, 66.II.72, paraît être encore plus exigeant : « Le juge ne doit pas simplement se fonder sur les allégations de la demande, mais il doit vérifier qu'elles sont exactes », ce qui revient à requérir une preuve complète de la paternité. Mais alors, à quoi servirait l'action en annulation de l'art. 262 ? On devrait admettre qu'elle n'a été donnée que pour le cas de la légitimation par mariage subséquent.

Il peut arriver que l'un des fiancés demande la légitimation, et que l'enfant mineur s'y oppose [2]. Le même arrêt fédéral nous dit que la juridiction reste gracieuse, mais que l'enfant, représenté sans doute par un curateur, voire un tuteur, y coopère.

Le Tribunal cantonal de Neuchâtel a jugé, le 9 juillet 1938, RSJ, 1938/9, p. 70, qu'un tiers également pouvait s'opposer à la requête, et qu'alors l'affaire serait traitée comme une action en

1 Dans un article paru à la RSJB, 1941, p. 161, M. Von Dach prétend que, si l'homme était encore marié, mais avait une cause de divorce lorsqu'il a promis d'épouser la mère de l'enfant, il a contracté là des fiançailles valables, au sens de l'art. 260 (p. 165). L'opinion paraît excessive.

2 S'il est majeur, la légitimation ne peut être prononcée sans son consentement. A noter l'inégalité de traitement : L'enfant majeur est légitimé, même contre son gré, par le mariage de ses parents.

annulation selon l'art. 262. (Il ne faut pas perdre de vue que, en dépit de la procédure neuchâteloise, — compétences respectives du tribunal cantonal et du président du tribunal de district —, le juge compétent est le même : art. 262 II *in fine*, « ....celui qui a prononcé la légitimation ».)

Cela ne vaut, bien entendu, que si l'opposant met en doute la paternité du fiancé. Une pareille simplification évite alors une perte de temps. Mais il ne saurait être question qu'un tiers conteste par exemple l'état de fiançailles des parents, ou l'existence d'un empêchement à mariage. Ici, le CCS n'accorde un droit d'opposition qu'à la commune d'origine du fiancé. Si elle en fait usage, la procédure devient contentieuse. C'est donc comme si la demande en légitimation judiciaire était une action.

Ce point est clairement exprimé dans un arrêt du Tribunal supérieur de Zurich, du 18 janvier 1922 : « La procédure de légitimation judiciaire n'admet pas d'opposition. Le juge examine de lui-même si les conditions de la légitimation sont réalisées dans l'espèce, et en particulier si les prétendus parents ont été fiancés. En revanche, l'art. 261 II donne à la commune d'origine du père le droit de participer à la procédure, et de contester que les dites conditions soient remplies (de nier en particulier l'état de fiançailles). Si la commune d'origine use de sa faculté, la procédure se transforme en un litige entre deux parties, qui se termine par le prononcé de la légitimation ou son refus. » (BlZR, 1923, p. 114, n° 58 ; manière de voir adoptée par la CA bernoise, 11 mai 1939, RSJ, 1939/40, p. 128.)

La demande est introduite devant le juge du domicile du requérant. Art. 261 I.

Tous les enfants peuvent-ils être légitimés ?

N'importe quel enfant ne saurait être légitimé, même s'il est issu des deux époux.

Pour commencer, la légitimation d'un enfant légitime est impensable. Dans l'affaire Bertholet, 49.I.25, le TF parle d'une « légitimation inexistante » (p. 30-32). Et le Tribunal supérieur de Zurich, dans son arrêt du 15 septembre 1949, RSJ, 1950, p. 207, considère que c'est une contradiction dans les termes (*« begrifflich unmöglich »*). Il faut que la légitimité soit brisée par une action en désaveu. Exemple : RSEC, 1945, p. 12. Comme l'action en désaveu est soumise à des conditions très strictes, cela peut conduire à des résultats malheureux.

L'hypothèse classique est la suivante :

Un mari abandonne sa femme, et s'en va par exemple à l'Ile de Pâques, afin d'y étudier l'archéologie. Livrée à elle-même, la femme fait la connaissance d'Hector, avec lequel elle vit bientôt dans une certaine intimité. Elle se promet bien de l'épouser dès qu'elle aura obtenu la dissolution du premier mariage. Entretemps naît un enfant, qui est légitime en vertu de l'art. 252 CCS. Comme il habite l'Ile de Pâques, le mari se désintéresse complètement de cet enfant légal, qu'il ne prend pas la peine de désavouer. Perdu au milieu d'antiques statues, il est en effet à l'abri de toutes sollicitations pécuniaires. Le divorce est prononcé, la femme épouse Hector. Mais l'enfant n'est pas légitimé pour autant.

Vient ensuite le cas de l'enfant reconnu valablement. Aussi longtemps que la reconnaissance n'est pas annulée, une légitimation est impossible. M. H. Müri, qui soutient l'avis contraire, nous semble ajouter trop d'importance à certaines propositions ambiguës de l'arrêt 40.II.295, cf. chap. VIII (thèse citée dans la bibliographie, p. 75).

Bien entendu, le mari qui désire légitimer l'enfant est un intéressé de l'art. 306. Mais on ne voit pas pourquoi on ferait courir pour lui un délai spécial, comme le pense M. Schulthess, p. 36, n. 2.

Finalement, l'enfant peut avoir été attribué à un tiers avec des effets d'état civil. Pour qu'une légitimation soit concevable, il faudrait que le jugement soit revisé. Mais il est peu probable que le mari, qui n'était pas partie au procès en recherche de paternité, ait la faculté de l'entreprendre en revision. A moins qu'on ne lui confère une sorte de droit de tierce opposition, comme en connaît la procédure française.

Il n'en va pas de même du jugement condamnateur qui termine la petite action. Aucune paternité légale n'a été créée, et la constatation de la paternité réelle n'était qu'un motif. C'est donc avec raison que la Cour de justice civile de Genève a dit, en son arrêt du 7 février 1919, SJ, 1919, p. 153, que la légitimation par mariage subséquent détruisait la présomption de paternité qui est à la base d'un jugement de petite action. Toutes les sommes payées par erreur à la suite de cette légitimation peuvent être répétées par le condamné. Allant plus loin, nous pensons qu'il doit aussi pouvoir répéter les sommes qu'il avait déjà versées avant la légitimation — même si l'on nie que la légitimation déploie des effets rétroactifs —, et qu'il en réclamera le remboursement au mari qui légitime, tout au moins jusqu'à concurrence du montant que celui-ci aurait consacré à l'entretien de l'enfant s'il en avait pris soin dès la naissance. Il va de soi qu'il peut adopter l'attitude opposée, attaquer la légitimation selon l'art. 262, et, si son action est déclarée bien fondée, continuer ses versements. Mais le cas sera très rare.

L'enfant adultérin peut être légitimé aussi bien qu'un autre (49.I.25 et 70.I.110 précités). Ce qui fait ressortir le caractère illogique de l'art. 304, cf. ci-dessus, p. 77 ss.

En revanche, il n'est guère probable que l'enfant incestueux le soit souvent. Il faudrait que le mariage se fasse en fraude de la loi. Dès lors, l'art. 133 CCS assurerait à l'enfant ainsi légitimé la conservation de son nouveau statut.

Enfin, M. L.-A. Girardet, dans sa thèse sur la *Légitimation des enfants naturels*, Lausanne, 1914, s'est demandé si un enfant décédé pouvait encore être légitimé par le mariage de ses parents. Des textes allemand et italien de l'art. 263, il a cru pouvoir inférer qu'après la mort de l'enfant une légitimation n'était plus possible. Mais, dans cette même hypothèse, l'art. 260 III permet encore l'autre mode de légitimation (cf. ci-dessus, B), et on ne voit pas pourquoi, sur ce point, les deux légitimations obéiraient à des règles différentes. (Silbernagel, ad art. 258, n. 9 ; Egger, ad art. 259, n. 1.)

Dans la RSEC, 1948, p. 16, on nous apprend qu'il n'y a pas lieu de légitimer l'enfant mort sans descendants. Ce serait inutile, nous dit-on. Mais encore, n'existe-t-il pas un intérêt moral ?

Par la légitimation, de l'un ou de l'autre des deux types, l'enfant obtient le statut de la légitimité. Il acquiert le nom de son père, son droit de cité (à noter ici encore une règle spéciale de la loi du 29 septembre 1952 sur la nationalité : la légitimation ne fait *perdre* la nationalité suisse qu'à un enfant mineur, art. 8), etc.

La légitimation a des effets rétroactifs. C'est du moins l'opinion de Rossel et Mentha *(Manuel*, 2e éd., I, p. 340*)*. C'est au fond également, semble-t-il, celle de M. Egger, ad art. 263, n. 2. C'est aussi partiellement celle de Gmür, ad art. 258, n. 5. En tout cas, MM. Tuor, ad art. 457, n. 6, et Escher, ad art. 457, n. 2, admettent la rétroactivité dans un de ses effets les plus importants (cf. note H), le droit successoral.

Un arrêt du Tribunal supérieur d'Argovie, du 21 février 1919, se prononce dans le même sens, plus nettement encore que la doctrine, qui n'a pas le mérite d'être parfaitement claire. En l'espèce, le fiancé était mort avant la naissance de l'enfant. Puis la mère du fiancé mourut. Ensuite l'enfant fut mis au monde, et légitimé à la demande de sa mère. Après quoi, il mourut à son tour. Sa mère fut appelée, parce que son héritière, à la succession de la grand-mère paternelle. « La capacité successorale remonte au moment de la conception » (RSJ, 1919/20, p. 158).

L'art. 263 I nous dit que la légitimation de l'enfant profite à ses descendants légitimes.

C'est là une disposition bizarre, et les travaux préparatoires dénotent une singulière confusion. Sans doute voulait-on dire par là que l'enfant illégitime non reconnu ni attribué n'entrait dans aucun rapport familial avec les personnes qui légitimaient son père, mais alors on enfonçait une porte ouverte. Au contraire, si l'on voulait nier que l'enfant illégitime reconnu ou attribué fût uni à ces mêmes personnes par un lien de famille, on contredisait la lettre et l'esprit du Titre VIII (cf. art. 325 I). Et inutile de souligner que la question ne se pose même pas pour la filiation maternelle, où le rapport juridique double toujours le rapport physique.

Comme le disait si justement M. Richard au conseil des Etats, *(Bulletin sténographique*, 1905, p. 1167) : « Nous n'avons pas à régler les effets de la légitimation entre le légitimé et ses propres enfants. C'est une chose absolument étrangère à notre article. »

But de l'action

On devinera sans peine qu'en certaines éventualités une légitimation apparemment valable sera nulle *ab initio*. Cf. Egger, ad art. 258, n. 5.

Le jugement qui déclarera l'action bien fondée montrera que l'enfant n'avait jamais porté le nom de l'homme qui l'avait soi-disant légitimé, qu'il n'en avait jamais eu le droit de cité, etc.

Motifs de l'action

A) Prenons d'abord le cas d'une légitimation par mariage subséquent.

Il se pourrait qu'il n'y ait pas eu de mariage du tout. L'exemple ordinaire est celui d'un mariage qui n'a pas été célébré

devant un officier de l'état civil. L'action en nullité de légitimation prend alors l'aspect d'une action en déclaration de l'inexistence d'un mariage, cf. chap. I.

Si le mari n'est pas l'auteur de l'enfant, et qu'il n'ait pas voulu le donner pour sien (le reconnaître, cf. ci-dessus, p. 132), il n'y a pas davantage de légitimation. Donnons peut-être un exemple : La mère d'un enfant illégitime se marie. Son époux meurt. Il n'était pas l'auteur de l'enfant, et n'avait jamais prétendu l'être. Néanmoins, sa veuve demande à l'officier de l'état civil d'inscrire la « légitimation » en lui produisant un document falsifié d'où il ressortirait que le mari reconnaissait l'enfant. Si l'officier de l'état civil procède à l'écriture, il constate un état légal qui n'existe pas. On pourra dès lors se borner à en faire constater l'inexistence, pour entraîner du même coup la radiation de l'acte (art. 51 II OEC). Il va de soi que, si la supercherie est manifeste, une simple action en rectification de l'acte *(sensu lato)* suffira pleinement.

Inutile de dire qu'un pareil exemple ne correspond pas à la pratique actuelle, et qu'avant d'inscrire la légitimation, l'officier de l'état civil aurait exigé une preuve de la *paternité du mari*. Nous avons essayé de montrer plus haut pourquoi une telle pratique nous semble illégale.

B) La légitimation judiciaire sera nulle s'il manque une condition essentielle.

Ainsi, les parents n'étaient pas fiancés (éventuellement ne l'étaient plus) quand est survenue la circonstance qui rendait un mariage impossible.

Notons qu'à l'inverse de la grande action en recherche de paternité (art. 323 I *in initio*), il n'est pas nécessaire que le mariage ait déjà été promis lors de la conception, mais qu'en revanche le requérant ne peut invoquer des fiançailles qui auraient été rompues volontairement[1]. L'arrêt 44.II.17 souligne bien cette différence.

Ou bien le mariage n'était pas impossible. Aucun des deux fiancés n'était décédé ; il n'existait aucune incapacité.

Nul ne contestera qu'il s'agisse ici de deux conditions essentielles à la légitimation judiciaire (fiançailles et empêchement à mariage).

[1] Mais si la légitimation est prononcée pour cause de maladie mentale d'un fiancé, lequel, revenu définitivement à la raison, refuse d'épouser l'autre, la décision judiciaire n'en garde pas moins tous ses effets.

Mais que faut-il répondre si le juge a prononcé par erreur une légitimation, alors que l'enfant majeur n'a pas donné son consentement ? La légitimation est-elle nulle, ou l'enfant n'a-t-il que le droit d'en demander l'annulation, ou le vice est-il peut-être guérissable ? Il convient probablement d'appliquer les règles que le législateur a posées en général pour ces cas d'absence du consentement : un délai serait imparti à l'enfant (par le juge, sans doute), et, s'il ne ratifie pas dans le délai, la légitimation sera définitivement nulle. Autrement dit, sa validité serait soumise à une condition suspensive.

Et qu'en est-il, lorsque la demande a été introduite auprès d'un juge incompétent ? S'il s'agit d'une incompétence *ratione materiae*, on peut soutenir assez raisonnablement que la légitimation est nulle. Mais la solution ne serait-elle pas trop dure, appliquée à l'incompétence *ratione loci* ? La légitimation sera donc annulable, tout au plus. Ne pourrait-on même pas penser que le for de l'art. 261 I a été institué en faveur du demandeur, et qu'une infraction ne toucherait alors en rien la validité de l'acte judiciaire ?

C) Enfin, et ceci vaut pour les deux types, la légitimation est nulle si l'enfant était légitime, ou si un tiers l'avait déjà reconnu, ou s'en était vu attribuer la paternité avec des suites d'état civil. Dans ces deux derniers cas, la chronologie sera déterminante, car, une fois la légitimation acquise, il n'est plus question de reconnaître l'enfant (cf. toutefois chap. VIII), et un jugement attributif de paternité, — comme du reste *a fortiori* un jugement de petite action —, n'aurait *aucune signification*.

La légitimation serait nulle également, si la femme (la fiancée) n'était pas la mère de l'enfant. Comme nous l'avons vu, la maternité de la femme est essentielle à la légitimation, alors que la paternité de l'homme ne l'est pas. L'action ressemble alors à première vue à une action en contestation de maternité (cf. chap. II). Mais le mari (parfois, le fiancé) sera certainement partie au procès. Si bien que nous aurons plutôt affaire à l'action voisine dite en contestation de légitimité (cf. chap. IX), sauf qu'il s'agit ici d'une légitimité qui est la conséquence de la légitimation.

Parties à l'action

L'action en nullité de la légitimation est ouverte à tout intéressé.

Elle est dirigée contre l'enfant et ses prétendus père et mère, à moins que l'une ou l'autre de ces trois personnes ne soit elle-même demanderesse.

Si l'enfant est mort, sa qualité pour défendre passera à ses éventuels descendants, et peut-être même, plus généralement, à ses héritiers.

Mais la qualité des père et mère n'est sans doute pas transmissible passivement. Les descendants de l'un et de l'autre, ou leurs héritiers, trouveraient plutôt leur intérêt dans la nullité de la légitimation.

Péremption

L'action n'est soumise à aucun délai de péremption.

For

L'action s'intente au for du lieu d'origine du mari (le cas échéant, du prétendu mari) ou du fiancé, sur le plan intercantonal, art. 8 LRDC.

A l'intérieur des cantons, le for se détermine d'après les lois de procédure civile.

Et pourtant, — on pouvait déjà se le demander au sujet de la reconnaissance —, une application des règles de l'annulation (cf. ci-dessous, p. 149) au cas de la nullité ne simplifierait-elle pas l'économie de notre droit ? Remarquons alors que, dans l'hypothèse particulière où l'action en nullité de la légitimation recouvre une action en constatation de l'inexistence du mariage des parents, nous retrouverions la solution domiciliaire de M. P. Secrétan.

CHAPITRE VIII

L'ACTION EN ANNULATION DE LA LÉGITIMATION

Et puis, nul homme ne peut avoir deux pères.

H. Michaux, *La nuit remue.*

But et motif de l'action

Nous avons vu que, si le mari (ou le fiancé) n'est pas l'auteur de l'enfant, la légitimation n'en est pas moins valable.

Voilà donc de nouveau une situation où l'état légal ne recouvre pas l'état réel. Et, cette fois encore, le législateur donne le moyen d'y remédier : l'action en annulation, faussement nommée action en nullité dans la note marginale de l'art. 262. (Cf. l'important arrêt cité du Tribunal supérieur zurichois du 15 septembre 1949, RSJ, 1950, p. 207.)

L'action n'est accordée que dans la seule hypothèse où le mari (ou le fiancé) n'est pas le père[1]. Le texte de l'art. 262 ne doit pas nous tromper. Il n'est question que du cas où la paternité est contestée, et non pas la maternité. L'absence de maternité entraîne la nullité de la légitimation, cf. ci-dessus, p. 140.

Le jugement qui prononce l'annulation rétroagit. On passe l'éponge. C'est comme si la légitimation n'avait jamais eu lieu. L'enfant redevient illégitime. Il reprend le nom de sa mère, c'est-à-dire le nom qu'il aurait porté si la légitimation n'avait pas eu lieu, son droit de cité, etc. ...

1 Une action en annulation pourrait éventuellement être accordée contre une légitimation judiciaire qui serait entachée d'un vice non essentiel, comp. ci-dessus, p. 140, et la procédure cantonale. Mais une pareille action n'entre pas dans les prévisions de l'art. 262.

Parties à l'action

Contrairement à ce qu'il a décidé pour l'action en désaveu (cf. chap. X), le TF a dit dans son arrêt 40.II.295 que la loi n'énumérait pas les demandeurs d'une manière exhaustive.

L'art. 262 donne l'action aux héritiers présomptifs des père et mère.

On ne voit pas très bien pourquoi les héritiers de la *mère* ont qualité pour agir. (Egger, ad art. 262, n. 2.) Ils n'ont aucun intérêt pécuniaire, puisque la maternité n'est pas contestée, et que l'enfant illégitime a envers sa mère et la famille de sa mère les mêmes droits (successoraux, en particulier) que l'enfant légitime. Ils n'ont au surplus aucun intérêt moral qui suffise à justifier leur action.

Les héritiers présomptifs du père sont les mêmes qu'à l'art. 256 I (sauf qu'à cet art. 256 I il pourrait s'agir non du père, mais d'un membre de sa famille) : ce sont aussi bien les cohéritiers de l'enfant légitime, que ceux qu'il exclut de la succession. Peu importe qu'ils soient héritiers légaux ou institués, mais, dans le second cas, et si le père vit encore, il ne peut guère s'agir que d'héritiers qui ont été institués dans un pacte successoral.

L'art. 262 donne aussi l'action à l'autorité compétente du canton d'origine du père (en général, une autorité représentant la commune d'origine), pour le motif que l'on sait : l'enfant est un éventuel candidat à l'assistance publique.

Dans l'arrêt cité plus haut, 40.II.295, le TF a étendu le droit d'agir, et l'a conféré à l'enfant, qui « doit pouvoir faire rectifier son propre état civil ». L'idée est tout à fait raisonnable, encore que le terme soit inexact. Chacun voit bien qu'il ne s'agit pas d'une rectification, mais d'une modification.

L'arrêt fédéral a été suivi sur ce point par le Tribunal cantonal vaudois, le 23 juin 1943, RSJ, 1945, p. 138. (Cf. aussi RSJ, 1932/3, p. 251 ; 1950, p. 207.)

L'enfant mineur sera représenté par un curateur (art. 392, ch. 2 CCS), même s'il est capable de discernement, parce que son droit d'agir n'est pas strictement personnel. En effet, d'autres personnes ont la même qualité, et, du reste, une action pénale est possible, une fausse légitimation étant, le cas échéant, sanctionnée par la peine de l'art. 216 CPS. Lire à ce propos l'arrêt de la CA bernoise du 5 juillet 1944, RSJB, 1946, p. 36.

Mais la jurisprudence du tome 40.II.295 est surtout célèbre parce que le TF s'y est occupé du rapport qui existe entre une légitimation et une reconnaissance.

L'espèce était la suivante : Un enfant avait été légitimé par le mariage de sa mère avec une personne qui n'était pas son auteur, mais qui s'était donnée pour tel. Survint le véritable père, qui a voulu reconnaître l'enfant.

Le TF part d'une proposition qui nous semble fausse. Une déclaration de légitimation contraire à la vérité est, dit-il, sans effet sur l'état d'illégitimité de l'enfant (p. 298). Heureusement qu'il n'en tire pas la conséquence logique, qui serait que la reconnaissance est tout à fait possible. La déclaration de légitimation — poursuit le TF — constitue, pour le père qui veut reconnaître son enfant, une «*res inter alios acta*» dont il doit pouvoir faire lever les effets (p. 302). Nous voici de nouveau dans ce qui nous paraît être le bon chemin :

La légitimation par le tiers n'est pas aussi indifférente au père réel que le laissait supposer le début des considérants. Car le père réel doit commencer par l'*attaquer*, avant de pouvoir reconnaître l'enfant valablement (ou mieux : définitivement, cf. ci-dessous).

Bien plus, le délai de trois mois de l'art. 262 vaut pour lui aussi. Le TF ne s'est pas prononcé, mais la manière dont il pose la question nous permet de la résoudre en ce sens.

Si donc le père réel apprend que son enfant a été légitimé à la suite du mariage de la mère avec un autre homme (ou, cas plus rare, d'une décision judiciaire), et qu'il laisse s'écouler le délai de trois mois, il ne pourra s'en prendre qu'à lui-même. La reconnaissance est désormais impossible, à moins toutefois que la légitimation ne soit annulée à la demande d'un autre intéressé, d'un héritier, par exemple, ce qui peut arriver, puisque le *dies a quo* du délai est variable (cf. ci-dessous, p. 145).

Dans notre hypothèse, le TF prend soin que l'enfant ne perde pas sans compensation le bénéfice de la légitimité. (C'est donc qu'il admet la validité de la légitimation !) Avant d'ouvrir l'action en annulation, le père réel devra reconnaître l'enfant sous condition suspensive, où la condition est l'aboutissement de l'action, — de façon que, s'il est privé d'un père légal, l'enfant en retrouve aussitôt un autre (illégitime, il est vrai).

Chacun des père et mère peut de son côté attaquer la légitimation, s'il allègue au surplus qu'un vice de la volonté entachait sa « reconnaissance » (cf. chap. VII, p. 132). Le fondement de

l'action n'est plus alors l'art. 262, mais les art. 23 ss. CO. Lorsque l'époux a sciemment et librement légitimé un enfant qui n'était pas le sien, il ne lui est plus possible de se dégager. La mère qui s'est prêtée à ce jeu n'a pas davantage la faculté de revenir en arrière.

Comme nous l'avons vu, l'erreur ou le dol sur un point qui rend la paternité incertaine seulement, et qui ne l'exclut pas (correspondance avec la notion des doutes sérieux de l'art. 314 II), ne suffira pas pour obtenir l'annulation. La question était discutée déjà dans le cas de la reconnaissance d'enfant illégitime selon les art. 303 ss. CCS (cf. chap. V). Mais, avec l'action en annulation de la légitimation, nous nous sommes notablement rapprochés de l'action en désaveu[1] où l'infidélité de la mère, à elle seule, ne joue aucun rôle.

Disons, pour terminer, que, si la légitimation a été obtenue judiciairement, le fiancé qui n'a pas participé à la procédure (cas où il souffrait d'une maladie mentale dont il s'est guéri par la suite) peut évidemment intenter l'action de l'art. 262.

L'action est dirigée contre les père et mère qui ont légitimé, en consorité avec l'enfant qu'ils ont légitimé. Cette solution toute naturelle se rencontre déjà dans un arrêt de la CA bernoise du 22 février 1918, RSJB, 1918, p. 377. Elle n'est bien entendu pas applicable si l'une de ces trois personnes est elle-même demanderesse.

Péremption

L'action se périme par trois mois à partir du jour où le demandeur a connu la légitimation. Donc un délai court pour chaque demandeur séparément.

Quand le demandeur peut-il dire qu'il a connu la légitimation ?

Puisqu'il prétend que le mari n'est pas le père, pour lui le mariage seul ne saurait entraîner la légitimation. Il faut encore que les époux aient donné l'enfant pour le leur. Le délai ne courra donc que du jour où le demandeur sait :

a) que le mariage a été célébré ; et

[1] Quoique les exigences de preuve soient les mêmes qu'à l'art. 306, et donc moins sévères qu'à l'art. 254. Cf. jugement du Tribunal de district de Lucerne, du 7 avril 1949, RSJ, 1949, p. 208; et, bien auparavant déjà, arrêt du Tribunal supérieur de Zurich, du 15 septembre 1906, BlZR, 1907, p. 58, no 35, où les termes de la comparaison étaient tout à fait analogues.

b) que les époux ont reconnu l'enfant. (Moment parfois difficile à déterminer.)

S'il est question d'attaquer une légitimation judiciaire, les trois mois partent du jour où le demandeur a su que la décision a été rendue (ou qu'elle est passée en force, si un recours est possible, et que la faculté de recourir est suspensive).

La CA de Bâle-Ville a soutenu que l'action de la commune d'origine ne se périmait pas (6 février 1931, RSJ, 1932/3, p. 251). Cette interprétation heurte trop manifestement le texte légal pour qu'elle ait la moindre chance d'être correcte. Le tribunal l'appuyait en faisant observer que ce ne serait pas la seule dérogation à l'art. 262, du point de vue du délai. Lorsque les parents veulent intenter l'action, en invoquant un vice de la volonté, ils disposeraient d'un délai de trois mois à dater du jour où ils ont découvert l'erreur ou le dol, ou que la crainte s'est dissipée. Mais l'action des parents ne se fonde précisément pas sur l'art. 262, et le délai de trois mois doit sans doute être remplacé par celui d'un an qui figure à l'art. 31 I CO. Le tribunal donne un second exemple : l'action de l'enfant, qu'il pourrait encore introduire dans les trois mois qui suivent sa majorité. Cette règle serait certes raisonnable (cf. Egger, ad art. 262, n. 5), mais où donc le tribunal la prend-il ? Serait-ce qu'il invente ce « cas analogue » afin d'établir sa jurisprudence ? Et d'ailleurs, les deux hypothèses n'ont ici aucun point commun. Si l'on accorde à l'enfant un délai supplémentaire — ce qui nous paraît des plus improbables (et pourtant, v. RSJ, 1950, p. 207) — c'est parce que, jusqu'à sa majorité, il n'a pu décider lui-même s'il attaquerait sa légitimation (cf. ci-dessus, arrêt bernois du 5 juillet 1944), et qu'il pourrait être inéquitable d'abandonner son statut familial au bon plaisir d'un curateur et d'une autorité tutélaire. A ce point de vue, la dérogation en serait à peine une.

Une seconde question litigieuse était de savoir si on n'attendrait pas, pour faire courir son délai de péremption, le moment où la commune connaîtrait le motif d'annulation. M. Egger l'a proposé (ad art. 262, n. 5 ; approuvé dans la RSEC, 1949/50, p. 297, et 1953, p. 368), de même qu'il le préconise au cas d'action en désaveu de paternité (ad art. 256, n. 5). Le Tribunal supérieur de Lucerne l'a suivi (19 septembre 1944, RO Lucerne, 1944, p. 211). Mais nous savons maintenant que le TF n'entend nullement favoriser la commune d'origine (76.II.1. Cf. ci-dessous, p. 176). Elle ne doit pas être mieux placée que les autres titulaires de l'action.

En revanche, il semble exact de dire que le délai ne partira pas du jour où la légitimation a été inscrite dans les propres registres de la commune demanderesse (art. 120, ch. 4 OEC). Il faut bien plutôt que l'autorité compétente, par exemple un conseil communal, ou l'un de ses membres, en ait eu connaissance directement. (DJ Berne, 15 décembre 1919, RSJB, 1920, p. 190.)

Malgré l'opinion contraire de la CA bernoise (arrêt cité du 22 février 1918), l'art. 139 CO sera certainement applicable au délai de péremption de l'art. 262 CCS. La jurisprudence fédérale relative à l'art. 308 (péremption de l'action en recherche de paternité) ne permet aucun doute à cet égard.

Mais le même arrêt pourrait bien avoir raison quand il refuse d'étendre par voie d'analogie la clause de prolongation de l'art. 257 III (action en désaveu) au cas de l'action en annulation de la légitimation. Il semble bien qu'il n'existe pas ici le même besoin de prescrire une règle particulière : dans une de ses principales applications, l'art. 257 III porte secours au mari qui n'éprouvait d'abord aucun doute sur sa paternité, et qui, par la suite, apprend à mieux connaître et sa femme et lui-même. En pareille situation, s'il s'agit d'un enfant légitimé, le mari ne tire pas son droit d'agir de l'art. 262 CCS, mais des art. 23 ss. CO, et pour lui le délai ne courra jamais que du jour où il s'apercevra de son erreur.

Nul ne l'ignore, et nous l'avons revu plus haut, l'inobservation d'un délai de péremption ne fournit pas seulement une exception au défendeur, mais elle donne naissance à une objection, dont le juge devra tenir compte d'office.

Toutefois, le TF va plus loin, et, en son arrêt 54.II.409, il impose au demandeur le soin de prétendre et d'établir que le délai de l'art. 262 a été respecté. Le TF l'exprime d'une manière contournée et peu claire, qui nous semble inexacte dans sa généralité : « Comme l'observation du délai de péremption est une condition d'existence de la prétention, c'est le demandeur qui doit l'alléguer. En tout cas, s'il ne l'allègue pas, elle doit ressortir du dossier. »

On comprend que le demandeur doive contribuer à former la conviction du juge sur un fait dont il est parfois seul à avoir une connaissance directe. Par exemple, ici, il est peut-être seul à savoir quand il a appris que la légitimation avait eu lieu. Et, en l'espèce, le juge dut suppléer au silence du demandeur par des présomptions de fait qui lui étaient défavorables.

Mais, pour le reste, qu'est-ce qu'une répartition du fardeau de la preuve sur un point tel qu'une objection, qui est soumise au principe dit inquisitorial ?

Quant au fardeau de l'allégation — si nous devons encore admettre qu'il y en ait un (cf. ci-dessus, p. 41) — l'opinion du TF est trop formaliste. Par le simple fait qu'elle agit, la partie demanderesse déclare implicitement qu'elle a observé le délai.

L'action en annulation de la légitimation semble permettre, en certaines hypothèses, de prolonger le délai de l'art. 306 (action en annulation de la reconnaissance).

Supposons qu'une femme célibataire, A, mette au monde l'enfant C. Un homme très complaisant, B, reconnaît cet enfant dont il n'est pas l'auteur. Sa reconnaissance n'est pas annulée. Par la suite, A et B se marient. L'enfant reconnu est légitimé. Ici, il n'est même pas besoin que B le « fasse passer pour sien ». Cette « reconnaissance », dont nous avons admis plus haut la nécessité (cf. chap. VII), a été donnée par avance, lors de la reconnaissance *sensu stricto*.

La sœur de B, qui est son unique héritière légale, avait déjà eu quelques doutes sur la paternité réelle de son frère, lorsque celui-ci a reconnu l'enfant C au sens des art. 303 ss. Mais elle n'avait pas intenté d'action en annulation prévue à l'art. 306, parce qu'elle manquait de preuves. Or voici qu'à l'époque où son frère se marie, elle acquiert la conviction qu'il n'est pas l'auteur de l'enfant C qu'il légitime. Cette fois-ci, elle agit en annulation de la légitimation, selon l'art. 262.

1. Admettons que son action, recevable, soit déclarée bien fondée. La légitimation tombera. Et la reconnaissance ? La reconnaissance aussi ! L'opinion contraire serait inspirée d'un formalisme excessif. Et M. Müri dit très raisonnablement, quoique en termes équivoques (la reconnaissance n'étant pas seulement une « preuve » de la paternité) : « L'annulation de la légitimation entraîne un même résultat que celle de la reconnaissance, c'est-à-dire la suppression de cette preuve de la paternité », *op. cit.*, p. 83.

Et si B n'avait pas reconnu l'enfant, mais s'en était vu attribuer la paternité par jugement ? L'annulation de la légitimation, quand elle peut être prononcée, fournirait très probablement un motif de revision, si même il est encore besoin d'entreprendre un jugement dont l'inanité a été établie par un autre jugement.

C'est là une manière de voir, qui sans doute est défendable.

2. Il y en a une seconde, qui nous paraît plus logique, et qui s'accorde mieux avec l'un des buts fondamentaux du droit : la sécurité.

Mais, bien entendu, du même coup, elle fait bon marché d'un autre but très désirable lui aussi : la vérité, comprise dans le sens d'une situation juridique conforme à la réalité physique, qui réclamerait un constant alignement du droit sur le fait[1].

Lorsque l'enfant a été attribué avec des effets d'état civil, ou qu'il a été reconnu, et que cette reconnaissance n'est plus susceptible d'être annulée (tous les intéressés en sont informés, et nul n'a intenté l'action ; ou son action a été rejetée) ; et lorsque ensuite son père légal épouse sa mère : la légitimation est à l'abri de toute tentative d'annulation.

La seule possibilité serait de faire reviser le jugement attributif de la paternité, ou l'éventuel jugement rejetant l'action en annulation de la reconnaissance. (Une reconnaissance qui n'aurait pas été entreprise en annulation en temps utile — comme dans notre exemple — serait intangible, ainsi que la légitimation qui lui ferait suite.)

Cela permettrait alors d'attaquer la légitimation elle-même, à la condition toutefois que la revision préalable ait établi l'inexistence de la paternité physique. On admettra facilement qu'en pareil cas le délai de trois mois de l'art. 262 (et non de l'art. 306 !) est susceptible d'être prorogé.

For

Comme il l'a fait pour l'action en recherche de paternité, le législateur a pris soin, ici également, de déterminer le for, qui vaudra donc entre cantons et à l'intérieur de chaque canton.

L'interprétation la plus simple de l'art. 262 II est de dire qu'un des deux fors qui y sont indiqués vaut pour l'annulation de la légitimation par mariage subséquent, et l'autre pour l'annulation de la légitimation judiciaire.

Dans le premier cas, l'action s'introduit devant le juge du domicile des parents. Si l'un d'eux est mort, ou déclaré absent,

1 Au fond, la question se pose un peu différemment.
Il y a deux réalités, et par conséquent deux vérités. La réalité physique est souvent inaccessible. Par souci de certitude, on a construit une réalité juridique, qui ne recouvre pas la première. Elle est beaucoup plus rigide, et par conséquent beaucoup plus aisée à connaître. Ainsi, la sécurité s'obtient en remplaçant la vérité physique par la vérité juridique.

on agira au domicile de l'époux survivant. Si les époux sont divorcés, ou si le mariage a été annulé, il serait opportun d'agir au domicile du père, puisque c'est la paternité qu'on met en doute. Si le père et la mère sont morts tous les deux (ou déclarés absents), le plus simple sera de s'adresser au juge du domicile de l'enfant, en général, donc, du siège de l'autorité tutélaire qui s'en occupe. Et si l'enfant est mort, lui aussi ? On pourrait alors retomber dans l'ornière de l'art. 8 LRDC, respectivement dans celle des lois de procédure cantonales. Nous ne connaissons malheureusement aucune jurisprudence à ce sujet.

Dans le second cas, l'action s'introduit auprès du juge qui a prononcé la légitimation. La compétence est donc réglée *ratione loci et materiae*.

M. Egger pense qu'elle pourrait également s'introduire auprès du juge du domicile du père (ad art. 262, n. 5). Le for serait donc alternatif pour la légitimation judiciaire. Mais il semble bien qu'en parlant du « domicile des parents » le CCS vise le cas où ces parents ont un même domicile, de droit, à cause de leur mariage, c'est-à-dire l'éventualité d'une légitimation par mariage subséquent. On nous objectera peut-être le cas où, après une légitimation judiciaire, les parents se marient, parce que l'empêchement a disparu ! On n'aurait jamais fini, si l'on voulait tenir compte de toutes les particularités.

Quand l'action en annulation est intentée pour cause de vice de la volonté, par l'un ou l'autre des parents qui ont légitimé l'enfant, il est normal qu'on puisse l'introduire également au for du domicile de la partie défenderesse, ou de l'une d'elles, en vertu de l'art. 2 LRDC et de la règle ordinaire de compétence figurant dans les lois cantonales. Comp. ci-dessus, p. 93.

CHAPITRE IX

L'ACTION EN DÉCLARATION DE LA LÉGITIMITÉ

La mère est une construction irréductible.
Pirandello, *La volupté de l'honneur.*

But de l'action

Jusqu'à maintenant, le point de départ était le lien de filiation qui unissait un enfant à une femme qui n'avait été mariée à aucun moment de la gestation.

L'enfant naissait illégitime. Il n'était juridiquement lié qu'à l'un de ses auteurs, qu'il fallait même parfois déterminer (chap. II). Et l'on cherchait à créer le second rapport de filiation.

En deux occasions seulement, le législateur permettait à l'enfant de quitter l'illégitimité pour émerger dans la légitimité. Cette ascension s'appelle la légitimation, dont l'aspect est double.

Désormais, nous partirons de l'hypothèse où la mère a été mariée à un moment quelconque entre la conception et la naissance.

Nul n'a jamais contesté l'état de mariage, ou peut-être le juge l'a-t-il fixé, par un jugement déclaratif (chap. I).

La filiation, en revanche, n'est pas certaine.

Le parallélisme avec l'action en déclaration de la maternité (chap. II) est frappant. Toutes les éventualités que nous avons rencontrées à propos de cette action, nous les retrouvons donc ici, avec une différence primordiale :

Si je cherche à prouver que l'enfant A descend de la femme F, et que cette femme soit mariée à M (ainsi dit *brevitatis causa* : il s'agit d'une femme qui a été mariée à M à un moment quelconque de la gestation), je veux établir un lien de maternité, mais, en

l'établissant, j'établirai du même coup un lien de paternité[1], les deux liens étant légitimes par ailleurs.

Dès lors, il est normal que le mari soit partie principale au procès, et ne soit pas réduit à n'avoir qu'une simple faculté d'intervention.

Parties à l'action

L'action en déclaration positive ou négative de la légitimité est ouverte à tout intéressé. Cf. Silbernagel, ad art. 253, n. 3 ; Egger, ad art. 252, n. 8.

Un enfant trouvé pourra dire : Cette femme F est ma mère, et par conséquent son mari M est mon père.

Ou un enfant qui a toujours passé pour légitime pourra dire : Cette femme F que j'appelle ma mère n'est en réalité pas ma mère, et par conséquent aucune règle ne dispose que son mari M soit mon père.

De même, la femme F dira : Le petit Pierre est mon fils, il est donc aussi celui de mon mari. Ou l'inverse. Et le mari M : Le petit Pierre est l'enfant de ma femme, il est donc aussi le mien. Ou le contraire.

Un tiers peut agir également, en général parce qu'il y voit un avantage pécuniaire, parfois aussi pour des raisons morales. La vieille sœur dira : Jules s'est embarrassé là d'un enfant qui n'est ni l'enfant de sa femme ni le sien. Elle y a peut-être un intérêt successoral, s'il s'agit d'un enfant unique. Mais son indignation pourrait être d'ordre purement affectif : Il m'est insupportable de penser que cet intrus portera le nom de notre famille.

Enfin, nous retrouvons l'inévitable commune d'origine du mari.

Dans l'affaire Pellet contre Commune de Saint-Livres, 41.II. 425, un enfant illégitime avait été inscrit en France comme enfant légitime de deux personnes mariées, qui lui étaient parfaitement étrangères. Quand elle apprit la vérité, la commune d'origine de l'époux s'est empressée d'ouvrir une action. Il lui suffisait d'établir qu'elle avait un intérêt quelconque à l'action. Et cet intérêt existe. C'est le même qui se cache derrière les art. 256 II, 262 et 306 (+ 312 II) : limiter les frais de l'assistance publique.

1 L'action est donc aussi en quelque sorte une action en recherche de paternité. Mais le mot « recherche » ne doit pas nous induire en erreur. Au chap. VI, il avait un sens constitutif, alors qu'il ne désigne plus ici qu'une action déclarative.

Dans l'espèce 50.II.101, Chappuis contre Commune de Forel, l'enfant avait été inscrit comme le fils légitime de deux époux. En réalité, il descendait d'une fille que l'épouse avait eue d'un premier mariage. Ici aussi, la commune d'origine du « père » introduisit une action, en radiation de l'inscription, il est vrai. Elle aurait pu tout aussi bien agir en contestation de la légitimité. Seul le for en eût été changé, et éventuellement la procédure eût suivi d'autres règles. Mais la preuve à fournir était la même : que l'enfant n'était pas né de l'épouse.

L'enfant et les époux qui sont prétendus être ou ne pas être ses parents auront tout naturellement le rôle de défendeurs, à moins que l'un d'entre eux ne soit demandeur.

Si, dans le cas précité, 41.II.425, la Commune de Saint-Livres assigna, comme quatrième partie défenderesse, la femme célibataire qu'elle prétendait être la vraie mère, c'est qu'à son action en contestation de la légitimité, elle en joignait une seconde, en constatation de la maternité. Elle avait en face d'elle trois défendeurs à la première action, et deux seulement à la seconde, l'enfant participant aux deux actions.

Cette participation de l'enfant à toutes les actions qui ont pour but de déclarer son état est indispensable. C'est ce qu'explique de manière surabondante le fameux arrêt, toujours cité, du Tribunal d'Empire allemand (13 mai 1911, RGZ, 76, p. 283) qui rejeta l'action en contestation de la légitimité qu'une femme autrichienne avait intentée, sous la forme d'une revendication d'enfant (art. 1632 BGB, correspondant à notre art. 273 I CCS), à un comte allemand. Pour établir l'inexistence du lien de filiation qui paraissait l'unir au défendeur, il eût fallu, de toute évidence, mettre l'enfant en cause.

Quelle preuve le demandeur doit-il rapporter ? Nous venons de le laisser entendre : que l'enfant est né de l'épouse, ou qu'il n'en est pas né, selon que l'action est positive ou négative (cf. déjà chap. II). Autrement dit :

A) Positivement, que l'épouse a accouché, *et* que l'enfant qu'elle a mis au monde est celui dont il s'agit de constater la filiation ;

B) Négativement, que l'épouse n'a pas accouché, *ou* que, si elle a accouché, l'enfant auquel elle a donné le jour n'est pas celui dont on conteste présentement la filiation.

Nous pouvons remarquer que la femme qui nie sa maternité n'a qu'une possibilité. C'est d'attaquer la question de front : Non, elle n'a pas accouché du tout. Ou : Non, ce n'est pas Alfred qu'elle a mis au monde.

Le mari, au contraire, a trois moyens de nier sa paternité.

a) Il pourra d'abord contester qu'il soit marié avec la défenderesse. Cela n'est possible que si l'existence du mariage n'a pas été constatée dans un jugement (chap. I). Sinon, l'autorité de la chose jugée s'étendra au mari, qui était partie au procès. Une fois le mariage contesté victorieusement, l'issue de l'action — qui devient alors une simple action en déclaration de maternité — n'intéresse plus le prétendu mari [1].

b) A défaut, il pourra nier la maternité de sa femme. Ce qui n'exclut pas nécessairement sa paternité, s'il a cohabité avec la vraie mère. Mais il s'agit alors d'un autre problème.

c) Enfin, il pourra entreprendre le désaveu (chap. X) dans le cadre même de l'action en déclaration de la légitimité [2].

Comme, en toutes ces questions de filiation, les preuves sont parfois très fragiles, et disparaissent facilement, il est possible que le mari intente lui-même l'action en constatation de la légitimité, pour ainsi dire préjudiciellement, dans le seul but de pouvoir désavouer l'enfant, et se mettre ainsi à l'abri de toutes surprises ultérieures, et cela d'autant plus qu'une application rigoureuse (à vrai dire peu soutenable) de la norme de péremption de l'art. 253 II CCS le priverait alors de toute défense. Il introduira donc une action prophylactique. Remarquons qu'une action en constatation de mariage pourrait aussi parfois jouer un rôle préventif analogue.

Ce n'est d'ailleurs pas le seul cas où le mari sera demandeur.

1 Sauf que, si la femme est déclarée la mère, elle pourra se retourner contre lui, éventuellement, et le rechercher en paternité (illégitime, chap. VI). Ou, s'il est maintenant marié avec elle, mais a établi qu'il ne l'était pas entre la conception et la naissance de l'enfant, l'action que sa femme lui intentera sera une action en constatation de la légitimation (cf. p. 129, n. 1). Comme, en l'occurrence, le mari n'a sans doute pas reconnu l'enfant (cf. chap. VII), la mère devra fournir la preuve de la paternité (art. 98 V OEC).

2 En droit français, ce désaveu par voie d'exception présente la caractéristique de n'être pas soumis aux mêmes limitations de preuve que le désaveu par voie d'action. Art. 325 *in fine* CCF. La même différence n'existe pas dans le CCS, qui, quoique très strict, accorde une parfaite liberté de preuve au demandeur en désaveu.

C'est même une éventualité assez rare. L'hypothèse habituelle est la suivante : Le mari « revendique » un enfant comme son enfant légitime. Etablissant la maternité de sa femme, il se met au bénéfice de la fameuse règle *Pater is est quem nuptiae demonstrant.* Ou, à l'opposé, il cherche à prouver que, l'enfant n'étant pas celui de sa femme, la règle sus-dite ne le met pas en cause.

Ordinairement, nous avons essayé de le démontrer, le mari participe toujours au procès.

Mais il arrive peut-être que l'on commence par établir une maternité, pour constater, ensuite seulement, l'existence d'un mariage. Vue dans une certaine perspective, cette action ultérieure en constatation du mariage prend le caractère d'une action en constatation de la légitimité. C'est-à-dire qu'elle arrive au même résultat, mais par un autre chemin, en sens inverse, pourrait-on dire.

Le Tribunal civil du district de Courtelary a eu à s'occuper de l'affaire suivante, le 24 juin 1916 (RSJB, 1916, p. 565). Un homme, qui se prétendait marié, introduisit contre sa commune d'origine une action tendant à l'inscription d'un enfant comme le fils légitime de lui-même et de la personne qu'il déclarait être sa femme, quoique le mariage n'eût pas été transcrit au registre de l'état civil de la commune défenderesse. La maternité de la femme n'était pas mise en doute. Le demandeur concluait donc, premièrement, à l'inscription du mariage, et, secondement, par voie de conséquence, à l'inscription de la naissance de l'enfant *légitime.* Bien que le litige se soit vidé sur le plan formel de l'état civil, il s'agissait, matériellement, d'une de ces actions en constatation de la légitimité introduites sous l'aspect d'une action en constatation du mariage (cf. chap. I).

Mais la situation est parfois plus délicate. Le mari, qui a été tenu à l'écart du procès en maternité — parce que le mariage n'était pas connu en ce temps-là — pourrait maintenant contester la filiation de l'enfant. Le jugement déclaratif lui est-il opposable (il en serait alors réduit au désaveu, dont le succès est souvent incertain) ? Non, sans doute, l'autorité n'en est que relative, comme nous l'avons vu plus haut (cf. ci-dessus, p. 16). Mais il est probable que la preuve de la non-maternité lui incombera. La filiation maternelle constatée aura généralement été inscrite au registre de l'état civil. Et dès lors l'art. 9 CCS modifie l'habituelle répartition du fardeau de la preuve. Du reste, même quand l'inscription a été omise, le jugement emporte présomption (cf. ci-dessus, p. 17).

Péremption

L'action en déclaration de légitimité n'est soumise à aucun délai de péremption. Cf. 50.II.101, un peu hésitant. Egger, ad art. 252, n. 8.

For

L'absence d'une règle désignant le for nous oblige, comme toujours, à nous référer à l'art. 8 LRDC, respectivement aux lois de procédure cantonales.

CHAPITRE X

L'ACTION EN DÉSAVEU DE PATERNITÉ

Je ne crois pas à ce qu'on appelle si bêtement la voix du sang.

A. Gide, *Les faux-monnayeurs.*

La règle de la légitimité

Deux choses sont certaines :

1. Il est certain que la femme F est la mère de l'enfant A.

2. Il est certain que la femme F a été mariée avec M à un moment quelconque entre la conception et la naissance de A.

Ces deux liens, maternité et mariage, sont donc hors de discussion.

Dès lors, — nous l'avons répété mainte fois —, nous pouvons poser une troisième affirmation :

3. Il est certain que M est le père légal de A.

Voilà un tour de passe-passe. Nous ne connaissons rien de la relation physique entre M et A. Nous n'avons pas examiné leur sang, ni les os de leur colonne vertébrale, ni la courbure de leur occiput.

C'est ici que le CCS, comme la plupart des ordres juridiques actuels, a enlevé aux tribunaux le soin de construire. Il ne leur laisse, le cas échéant, que la charge de détruire.

L'art. 252, combiné avec les art. 254 et 255, établit une quadruple présomption. Il présume :

I. Tout d'abord, que le mari a cohabité avec sa femme.

II. Ensuite, que l'enfant en question est issu de cette cohabitation. Moins encore que dans la recherche de paternité (cf. ci-dessus, p. 118), on ne saurait parler ici d'une présomption de fidélité. C'est la causalité qui est présumée. Disons-le une fois de plus, l'« *exceptio* » *plurium*, à elle seule, ne suffit jamais à motiver un désaveu de paternité.

III. Les deux présomptions I et II ne nous sont utiles que si l'enfant a été *conçu* alors que sa mère était mariée. Ce qui nous amène à nous demander comment il faut déterminer la date de la conception.

La conception échappe aux sens. La naissance, elle, est un fait patent. Nous aurons donc un moyen très simple de fixer la date de la conception en partant de celle de la naissance, si nous connaissons leur relation temporelle. Or nous avons vu que nous la connaissons. Ou plutôt, comme elle est variable, nous ne connaissons que ses limites de variation, qui permettent cependant de la déterminer sans trop d'imprécision.

Quand un enfant naît, nous pouvons dire que, vraisemblablement, la date de sa conception remonte à 180 jours au moins et à 300 jours au plus. Nous le présumons.

Par conséquent, si le mariage est dissous par le divorce, la « nullité », la mort ou l'absence, et qu'un enfant naît moins de 300 jours après celui de la dissolution, il peut, d'après notre règle, avoir été conçu avant cette dissolution.

IV. Et il est présumé l'avoir été, de sorte qu'il est présumé bénéficier des présomptions I et II, qui entraînent la paternité du mari M, donc la légitimité.

De même l'enfant né plus de 179 jours après celui où le mariage a été célébré est présumé avoir été conçu en mariage.

En d'autres termes, étant donné un enfant dont la mère a été mariée pendant la période de 121 jours où il est présumé avoir été conçu (III), on choisira par présomption (IV) pour date de sa conception l'espace de temps qui coïncide avec le temps où existait l'état de mariage, de telle manière que l'enfant soit présumé avoir pour auteur le mari (I et II), et, par conséquent, être légitime.

Deux exemples apporteront peut-être un peu de lumière.

M est mort le 31 mars. Le 6 janvier de l'an suivant, sa veuve F met au monde l'enfant Eugène. Elle est présumée l'avoir conçu

entre le 12 mars et le 10 juillet inclusivement. Il est donc possible qu'elle l'ait conçu le 1er avril. Et alors, l'enfant serait illégitime. Mais la loi présume qu'elle l'a conçu entre le 12 et le 31 mars. Pendant cette époque, M. est présumé avoir cohabité avec elle. Et, parmi toutes les cohabitations que F a pu accorder à d'autres hommes encore, celle du mari (l'une d'entre elles) est présumée causale. En conclusion, Eugène est présumé légitime.

M et F se marient le 26 mai. Le 6 janvier suivant, F met au monde le jeune Emile. Ici, de nouveau, elle est présumée l'avoir conçu entre le 12 mars et le 10 juillet inclusivement. Il se peut donc qu'elle l'ait conçu le 25 mai. Et alors, l'enfant ne bénéficierait plus des présomptions I et II (cf. plus loin), — ce qui ne signifie pas qu'il naîtrait illégitime —. Mais la loi présume qu'elle l'a conçu entre le 26 mai et le 10 juillet. Pendant cette époque, M est présumé avoir cohabité avec elle, etc., etc.

Qu'advient-il si Emile avait été conçu *avant* le mariage ?

Il est né, par exemple, le 3 septembre, et la période pendant laquelle il est présumé avoir été conçu (III) se place entièrement avant le 26 mai.

Ou bien, il est né le 10 décembre, et, contrairement à la présomption IV, il a été conçu, disons, le 30 avril.

Ou encore, il est né le 28 mars de l'an suivant, et, contrairement à la présomption III, il a été conçu le 20 mai, et a donc été porté plus de 300 jours. Comme ici la preuve est quasiment impossible à fournir, il faut ajouter aux faits des circonstances spéciales : un médecin avait constaté, dès avant le mariage, que la femme était enceinte (si même pareille constatation était possible).

On pourrait dire que le mariage *légitime* l'enfant conçu, ainsi qu'on l'a soutenu en France, jusqu'au fameux arrêt Degas, du 8 janvier 1930, S. 1930. I. 257, note Gény.

Mais le CCS ne permet aucun doute. L'enfant est plus que légitimé. Il est légitime. La conséquence principale en est que l'action de l'art. 262 ne suffira pas pour lui enlever le statut de la légitimité [1].

Et pourtant, il ne bénéficie pas, bien entendu, des présomptions I et II. Sa légitimité repose directement sur la loi, qui,

[1] En France, la solution avait aussi une grande importance, si par exemple le père était marié (à une autre femme) lors de la conception, parce qu'en règle générale l'enfant adultérin ne pouvait être légitimé. Si c'est la mère qui était mariée (à un autre homme) lors de la conception, un autre problème aurait dû se poser : celui de la double légitimité (cf. note 8). Il est curieux que l'arrêt Degas n'ait pas touché le point.

d'ailleurs, en toute cette matière, s'est inspirée de considérations pratiques. Si un homme épouse une femme enceinte, c'est le plus souvent que l'enfant à naître est de lui.

Avant d'arriver à la définition de la légitimité, il nous faut encore souligner une différence fondamentale, qu'on néglige trop souvent, quoiqu'elle apparaisse clairement à la lecture du texte de l'art. 252[1]. Le premier alinéa dit : « ... a pour père... » ; le deuxième : « ... n'est pas présumé... ».

Les présomptions I et II, qui sont de droit formel, comme toutes les présomptions, sont doublées d'une règle matérielle. (Egger, ad art. 252, n. 6.) La cohabitation et la causalité sont en quelque sorte inhérentes à la notion de mariage. L'enfant conçu pendant le mariage de sa mère *est* l'enfant légal du mari. Il *est* légitime. Pour l'enfant né pendant le mariage, mais conçu auparavant, il n'y a même que la règle matérielle, sans les présomptions I et II.

Les présomptions III et IV déterminent seulement la répartition du fardeau de la preuve, et ne modifient pas les rapports de fond. La période critique naturelle *est présumée* (III) s'étendre sur 121 jours (période critique dite légale). Mais il ne faut pas soutenir qu'elle se situe nécessairement entre ces deux dates. Si une gestation a duré 308 jours (à supposer qu'on le puisse prouver), c'est un fait devant lequel on ne peut que s'incliner. Et si la présomption IV choisit, dans la période critique légale, une sous-période qui coïncide avec l'état de mariage, chacun admettra là que le procédé est artificiel. Quand un enfant (normal) naît 300 jours exactement après le divorce de sa mère, une présomption de fait parle presque à l'encontre de la présomption de droit. Et si, en réalité, il a été conçu 273 jours avant la naissance, tous les raisonnements juridiques n'y feront rien, il ne bénéficiera pas, au fond, des présomptions I et II, ni donc de la règle matérielle qu'elles recouvrent, et, par conséquent, il *sera* illégitime. Seul le fardeau de la preuve est touché.

La doctrine est bien obligée de l'admettre dans le cas particulièrement frappant où la mère, qui a mis au monde un enfant

1 A condition qu'on le rectifie. Dans leur énoncé, les alinéas I et II nous semblent peu conciliables. L'al. I *in fine* confère à la méthode du chiffrage une portée matérielle qu'elle n'a pas d'après l'al. II.

Peut-être est-il permis de reconnaître ici la distinction de M. Dabin entre les présomptions-preuves et les présomptions-concepts, quoique les exemples qu'il prend dans le domaine du droit français l'amènent à d'autres conclusions.

quelques jours après la dissolution du mariage, accouche une nouvelle fois avant l'écoulement du délai de 300 jours. Il serait absurde de soutenir que le deuxième enfant est légitime (du moins par rapport au mariage dissous). V. par exemple Silbernagel, ad art. 253, n. 11[1].

Certes, il est rare que la preuve soit aussi simple. C'est la raison pour laquelle les auteurs sont généralement si évasifs dans ce domaine. Toutefois, nous croyons qu'il est possible de proposer des solutions nettes, sans pour autant se faire trop d'illusions sur leur applicabilité. Bien plus, il nous paraît nécessaire d'établir une théorie ferme, quand même sa mise en pratique serait entravée par les difficultés de la preuve.

Ainsi, nous pensons que, toutes les fois qu'une présomption n'entraîne aucune conséquence de droit matériel, il doit être loisible à toute personne de la renverser, dès qu'elle justifie d'un intérêt suffisant, et de la renverser en tout temps[2].

Une simple action déclarative permettra donc de montrer directement qu'une gestation a duré plus ou moins de 300 jours, et que la date de la conception se situe en un temps où la mère était encore mariée ou ne l'était déjà plus. Nous n'aurons pas affaire alors à une action en désaveu de paternité, mais bien à une action en constatation ou en contestation de la légitimité, intentée (si l'on veut bien regarder) sous l'aspect d'une action en déclaration de mariage : la mère était-elle encore mariée, ou ne l'était-elle plus, lorsque l'enfant a été conçu ?

De même, une simple action déclarative suffira pour établir qu'un enfant a été porté plus ou moins de 179 jours, et que par

1 Un arrêt du juge d'appel de Saint-Gall, par ailleurs critiquable, peut, sur un point, être invoqué à l'appui de cette thèse (cf. ci-dessous, note 8, p. 203). Parlant d'une femme enceinte qui cherchait à faire abréger le délai de non-remariage que lui impose l'art. 103, le magistrat argumentait de la manière suivante : Si la conception est antérieure à la dissolution du mariage précédent, la requérante devra prouver qu'il est impossible qu'elle soit enceinte des œuvres de son ex-mari (parallélisme avec l'art. 254 CCS). — Ici, l'opinion semble insoutenable. Elle revient à accorder à la *mère* l'action en désaveu de paternité, et sous forme d'une procédure *gracieuse* ! — Si la requérante parvient à établir que la conception est postérieure à la dissolution du mariage, le juge abrégera aussitôt le délai. Pour ce second cas, la décision saint-galloise paraît tout à fait correcte. C'est qu'elle considère à juste titre que la période critique légale (300 jours) n'est qu'une présomption, de caractère formel.

2 Inutile de dire que le juge devra se montrer très sévère dans l'appréciation de cet intérêt. La matière est délicate, et il serait insupportable que ces relations de famille soient trop aisément soumises aux enquêtes les plus fâcheuses.

conséquent son père a ou n'a pas la faculté d'exercer un désaveu péremptoire, contrairement à la présomption de l'art. 255 I.

En résumé, nous pouvons dire que l'enfant est légitime, lorsque sa mère a été mariée à un moment quelconque entre la conception et la naissance (note S).

1° Si donc l'enfant naît entre le jour du mariage et le 180me jour suivant (non compris, cf. 53.II.295, malgré le texte français de l'art. 255 I), il est légitime, mais il est présumé avoir été conçu avant le mariage (III), autrement dit, il est présumé ne pas bénéficier des présomptions I et II. La règle matérielle est privée de tout soutien formel, le demandeur en désaveu n'aura rien d'autre à prouver que la durée du mariage lors de la naissance, ce qu'il fera facilement en produisant l'acte de mariage et l'acte de naissance. (Désaveu dit péremptoire de l'art. 255 I *in initio*).

Les défendeurs (la mère et l'enfant, cf. ci-dessous) pourront renverser la présomption III. L'enfant né 175 jours après la célébration du mariage a néanmoins été conçu en mariage : il est tout à fait prématuré. (Le cas est très rare, un enfant qui a été porté moins de 179 jours ne naît vivant que très exceptionnellement, cf. note P.) Si cette preuve réussit, les présomptions de cohabitation et de causalité, I et II, entrent en jeu, et le demandeur devra fournir la preuve difficile de l'art. 254.

L'art. 255 II donne aux défendeurs un autre moyen de défense : ils pourront également déclencher le mécanisme de la présomption II s'ils rendent vraisemblable que la mère a cohabité avec l'actuel mari à l'époque de la conception. L'« époque de la conception » n'est pas la période critique légale. Le TF l'a dit en son arrêt 69.II.215, modifiant sa jurisprudence antérieure (61.II.21). En l'espèce, l'enfant était né à terme, tout au début du mariage. Le mari exerça son droit de désavouer péremptoirement. Les défendeurs réussirent à rendre vraisemblable qu'il avait cohabité avec la mère 234 jours avant la naissance (donc, pendant la période critique légale). Le TF a nié toutefois que la présomption II fût rétablie [1].

[1] Le danger d'une action en recherche de paternité contre le mari (!) est par ailleurs illusoire. Le mari, qui serait alors défendeur, prouverait sa non-paternité en se fondant également sur le degré de maturité de l'enfant; sans compter que la preuve de la cohabitation, imposée par l'art. 314 I, est plus difficile que celle de l'art. 255 II, où il suffit d'une vraisemblance (cf. l'arrêt cité).

2° Si l'enfant naît entre le 180me jour après la célébration du mariage et le jour où ce mariage est dissous, il est aussi légitime, et, cette fois-ci, les présomptions I et II se greffent sur la règle matérielle. Mais pendant un certain temps encore, leur entrée en jeu n'est que présumée, si bien qu'avant de chercher à les renverser, le demandeur en désaveu pourra essayer de montrer :

a) que la présomption IV est fausse : l'enfant né 250 jours après la célébration du mariage a été conçu avant le mariage ; ou

b) que la présomption III est fausse : l'enfant né 305 jours après la célébration du mariage a été conçu avant le mariage ;

puis exercer le désaveu péremptoire.

Ces deux démonstrations s'opèrent de la même manière, très souvent en s'appuyant sur le degré de maturité de l'enfant à sa naissance, comparé avec la durée de la gestation. Sauf que la première (a) est plus facile que la seconde (b), qui est pour ainsi dire impossible (cf. ci-dessus, p. 159).

A partir du 315me ou du 320me jour après la célébration du mariage, il n'est plus question d'échapper aux deux présomptions I et II : l'enfant a certainement été conçu en mariage.

3° Si l'enfant est né après la dissolution du mariage (note T), l'affaire se complique.

Nous n'avons plus une règle sûre, comme celle de l'art. 252 I *in initio* (« pendant le mariage »). La norme du même alinéa *in fine* (« ou dans les 300 jours après la dissolution du mariage ») n'est pas de même nature, ainsi que nous l'avons vu. L'enfant ne sera légitime que s'il a été *conçu avant* la dissolution de ce mariage.

Comme le moment de la conception ne peut souvent être fixé qu'à grand-peine, le code nous aide, avec les présomptions III et IV. De sorte que le schéma se continuera de la manière suivante :

a) L'enfant naît dans les 179 jours après celui de la dissolution du mariage.

La présomption III nous dit qu'il a été conçu avant cette dissolution, et qu'il reste sous l'empire de la règle matérielle qui fait de lui un enfant légitime. Du même coup, il bénéficie des présomptions I et II (note U). Le demandeur n'échappera à la tâche pénible de les renverser que s'il démontre que l'enfant, né avant terme, a été conçu après la dissolution du mariage (renversement de la présomption III).

b) L'enfant naît entre le 180me jour (inclus) et le 300me jour (inclus également) après celui de la dissolution du mariage.

Ici, comme nous l'avons vu, la présomption III ne suffit pas pour rétablir le jeu des présomptions I et II. Le législateur a donc recouru à la présomption IV. Si le demandeur en désaveu la renverse, il aura démontré sans autre l'illégitimité de l'enfant. Ernest, né 290 jours après la dissolution du mariage, est un enfant de neuf mois.

c) L'enfant naît plus de 300 jours après celui de la dissolution du mariage.

L'alinéa II de l'art. 252 nous dit qu'il n'est pas *présumé* légitime. De toute évidence, le législateur ne rappelle ici que la présomption III, qui est une règle purement formelle.

Il serait en effet intolérable de prétendre que l'enfant d'une femme qui supporte son veuvage avec dignité *est* illégitime simplement parce qu'il est né 305 jours après la mort du mari, et que seul un jugement *constitutif* pourra le ramener à la légitimité, comme le pensent MM. Waiblinger (p. 67), Schulthess (p. 23) et Egger (ad art. 252, n. 5).

Du reste, ces deux derniers auteurs admettent que l'action (qui, pour eux, est une action en constitution de la légitimité, alors que nous n'y voyons qu'une action en constatation de la légitimité [1]) n'est soumise à aucun délai de péremption. Ils l'accordent à la mère, à l'enfant et au mari (cas d'un absent qui revient). Allons plus loin, et disons qu'elle est ouverte, en principe, à tout intéressé ; mais répétons que le juge aura ici un large pouvoir d'appréciation. Le jugement qui la déclarera bien fondée n'aura qu'une autorité relative, mais nous ne voyons pas pourquoi il en serait autrement.

But de l'action

Il arrive parfois qu'un enfant soit juridiquement légitime, alors qu'en fait il ne descend pas du mari. Une saine politique obligeait le législateur à prévoir une action par laquelle l'état légal pût être aligné sur l'état réel. C'est cette action seule qui mérite le nom de désaveu.

1 Et, par exemple, il ne sera pas nécessaire d'attaquer préalablement la reconnaissance qu'un tiers aurait faite selon les art. 303 ss. CCS. Si la demande en constatation de la légitimité aboutit, la reconnaissance tombe d'elle-même. Mais il est normal que l'auteur de la reconnaissance participe au procès.

Si elle est déclarée bien fondée, elle entraîne une modification du statut de l'enfant. Elle est donc constitutive. (Cf. 65.I.157 : « *Rechtsgestaltung* » ; et 71.II.144 : « action en modification d'état »).

Elle rétroagit au jour de la naissance (éventuellement, de la conception). Les choses se passent comme si l'enfant n'avait jamais été qu'illégitime. Il prendra le nom de famille de sa mère, plus exactement le dernier nom qu'elle n'ait pas acquis par mariage (mais bien, le cas échéant, par adoption, reconnaissance, attribution, légitimation, décision administrative de l'art. 30 CCS). Comp. RSEC, 1949, p. 23. Il acquerra le droit de cité qu'elle avait à sa naissance, — solution qui n'est peut-être pas très logique (cf. plus loin, 60.I.329).

Un curateur lui sera nommé pour défendre ses intérêts, en particulier rechercher le père réel. Le délai de l'art. 316 II commence à courir.

Le mari qui a entretenu l'enfant a certainement contre sa femme et le père réel (ou la commune chargée de l'assistance) une prétention en remboursement de ce qu'il a dépensé, dans la mesure où le défendeur est enrichi. Pour reprendre la terminologie du droit commun, il s'agirait ici d'une *condictio ob causam finitam*, et non pas d'une *condictio causa data causa non secuta*, et elle ne se fonderait pas sur les art. 62 ss. CO (Cf. ci-dessus, p. 107).

L'inscription au registre des naissances sera modifiée, et non pas rectifiée (mention *ad hoc* de l'art. 52, ch. 1 OEC).

Parties à l'action

Une des controverses les plus célèbres du droit de la filiation était de savoir à qui appartenait l'action en désaveu. La loi est-elle exhaustive ? Ou contient-elle une lacune ?

Sans aucun doute, le premier intéressé est le mari.

C'est d'habitude lui qui désavoue (d'où le nom de l'action). Il agira seul, même s'il est interdit, à moins qu'il ne soit incapable de discernement.

La question s'est posée de savoir si, dans ce dernier cas, il pourrait être représenté. L'art. 256 I semble répondre que non : l'action n'est plus alors ouverte qu'aux héritiers (et, éventuellement, à la commune d'origine). Cf. Egger, ad art. 253, n. 2. Mais supposons que le mari soit interné dans un asile de fous.

Les enfants de sa femme sont manifestement adultérins. Cependant, il se peut fort bien qu'aucun des demandeurs prévus à l'art. 256 n'ait intérêt à introduire une action. Le résultat n'est pas très satisfaisant, comme l'observait M. M. Bridel *(La règle « Pater is est... » en droit suisse*, thèse, Lausanne, 1927, p. 69). L'arrêt du Tribunal supérieur soleurois du 2 mars 1912, RSJ, 1911/12, p. 289, où une action en désaveu fut admise, qui était intentée, en l'absence du mari, par un tuteur nommé à cet effet, n'était certes pas déraisonnable.

Si le mari est mort, ou est devenu incapable de discernement, avant d'avoir épuisé son droit d'agir, ou si son domicile est inconnu (sa résidence, dit le texte allemand), ou si, en général, il n'a pu être avisé de la naissance (M. Waiblinger propose plus exactement : s'il est incapable de « prendre position » au sujet de la naissance, cf. *op. cit.*, p. 134), la loi accorde l'action aux cohéritiers de l'enfant, ou à ceux qu'il exclut d'une succession (pas nécessairement celle du père). Ces demandeurs de second rang peuvent être représentés, s'ils sont eux-mêmes incapables de discernement (cf. M. Bridel, p. 81).

Quels sont les rapports entre l'action du mari et celle des héritiers ?

Disons d'abord que le droit des héritiers leur a été accordé, pour une bonne part tout au moins, en raison de leurs intérêts matériels. (Silbernagel, ad art. 256, n. 2 ; Egger, ad art. 256, n. 1.) Ce qui nous permettra de leur refuser en certains cas une action que le mari garde la faculté d'introduire afin d'obtenir une satisfaction morale : ainsi, quand l'enfant est mort-né (comp. 62.II.193, pour cette satisfaction morale).

Si le mari, avant de mourir, ou de perdre la capacité de discernement, a désavoué l'enfant, l'affaire est liquidée.

Si son action en désaveu a été rejetée, les héritiers, qui n'ont qu'un droit subsidiaire, ne peuvent pas non plus remettre en question la légitimité de l'enfant. Même solution si l'action s'est périmée, ou si le mari a « reconnu » sa paternité[1] au sens de l'art. 257 I *in initio*.

Le droit des héritiers n'existe que si le mari n'a pu intenter

1 Sa paternité légitime, devrait-on préciser, car il se peut qu'il ait encore cohabité avec son ex-femme après avoir divorcé, et que l'enfant soit issu de cette cohabitation. En ce cas, aucune reconnaissance n'empêchera que l'enfant ne soit illégitime (ce qui rend un désaveu inutile). Mais une reconnaissance au sens des art. 303 ss. resterait possible.

son action, soit qu'il n'ait pas connu la naissance de l'enfant, soit que, l'ayant connue, il n'ait pas eu la faculté d'agir.

Supposons qu'alors l'un des héritiers attaque la légitimité de l'enfant.

S'il triomphe, le jugement, constitutif, est opposable aux autres héritiers, qui n'ont d'ailleurs guère envie de le contester. S'il est débouté, le jugement est déclaratif (cf. ci-dessus, p. 18). Un autre héritier pourra essayer de désavouer à son tour.

Mais il n'est pas exclu que le mari réapparaisse (on n'avait pu l'atteindre, parce que son domicile était inconnu), ou recouvre la capacité de discernement.

Il peut certainement introduire son action en désaveu, si les héritiers avaient échoué dans la leur, ou s'ils n'avaient même pas usé de leur droit d'agir. Au cas où l'un des héritiers n'aurait pas encore usé de son droit d'agir, et que le délai de péremption ne se soit pas encore écoulé pour lui, il perd néanmoins la faculté de désavouer, parce qu'elle n'est que subsidiaire par rapport à celle du mari.

L'hypothèse n'est délicate que si l'un ou l'autre des héritiers a désavoué l'enfant avec succès.

M. Bridel nous dit qu'il suffit alors d'une simple déclaration du mari pour rendre à l'enfant sa légitimité *(op. cit.*, p. 109). Il s'agirait d'une « action en réclamation d'état » (pour nous, une action en constitution de légitimité, qui nous semble d'ailleurs inadmissible, comp. plus haut, p. 164), où le demandeur n'aurait rien à prouver (c'est-à-dire, n'aurait pas à prouver sa paternité). En effet, les héritiers ne faisaient que suppléer à une volonté qui peut de nouveau se faire entendre.

Peut-être la solution est-elle équitable, peut-être même est-elle logique, si l'on voit dans les héritiers une sorte de « successeurs dans les droits spirituels du mari » *(op. cit.*, p. 86). Mais il nous semble que c'est donner à l'action en désaveu un caractère nettement patriarcal, qui ne convient plus à notre époque.

Sans doute, le CCS permet au mari de garder dans sa famille un enfant dont il n'est pas l'auteur. Il lui suffit de reconnaître l'enfant, ou simplement de ne pas agir dans le court délai de péremption. On comprendrait mal que d'autres personnes s'ingèrent dans des affaires qui touchent de si près à l'honneur d'un homme. Cependant, si, « par erreur », le désaveu a été prononcé à la demande d'un tiers (l'héritier), on ne voit pas pourquoi on permettrait au mari de disposer du statut de l'enfant en sens inverse, et séparer à nouveau ce que le juge avait joint, à savoir

l'état légal et l'état réel. Ce serait faire bon marché de la fonction juridictionnelle.

Tout au plus conviendrait-il d'accorder au mari un droit d'annulation si le jugement est entaché de vices qui le rendent revisible (et particulièrement pour le cas où les héritiers avaient exercé le désaveu péremptoire). Ce serait là déjà une faculté exceptionnelle, puisque d'habitude la revision ne peut être demandée que par les parties au procès initial. On conférerait donc au mari un droit de tierce opposition.

En revanche, on admettra sans peine que, par une simple déclaration, le mari puisse interrompre le cours d'une action, donc aussi longtemps que le jugement n'est pas rendu, comme le propose M. Bridel : l'action deviendrait « caduque » (p. 77).

L'art. 256 II est une variation sur un thème connu. Si l'enfant a été conçu avant le mariage, la commune d'origine du mari pourra intenter l'action en désaveu.

Peu importe ici que le mari ait été déchu de son propre droit de désavouer, soit par reconnaissance, soit par écoulement du délai de péremption. Peu importe qu'il ait agi, mais sans succès. (*Contrà*, mais à tort, nous semble-t-il, CA tessinoise, dans un arrêt du 7 février 1927, RJS, 1927/8, p. 22). Le droit de la commune d'origine n'est pas subsidiaire comme celui des héritiers. Si le mari a désavoué victorieusement, la commune d'origine ne peut évidemment plus agir ; on ne voit du reste pas ce qu'elle aurait encore à demander.

Même relation avec l'action des héritiers.

La commune d'origine ne bénéficie pas de ce que nous avons appelé la présomption III. Elle devra prouver la conception antématrimoniale, même si l'enfant est né 175 jours seulement après le mariage (preuve qui, soit dit en passant, ne sera pas très difficile). Inversement, il est normal qu'elle puisse aussi essayer de l'établir quand l'enfant est né plus de 179 jours après le mariage.

La commune d'origine ne saurait user non plus du moyen simplifié qu'est le désaveu péremptoire. Bien que l'enfant ait été conçu avant le mariage, elle doit établir que la paternité du mari est exclue. Observons qu'assez curieusement les époux sont présumés avoir cohabité lorsqu'ils n'étaient pas encore mariés.

On le voit, la commune d'origine est réduite à la portion congrue. Le plus fort, c'est qu'en général cette action ne lui sert à rien.

Elle lui a été accordée surtout pour qu'elle puisse se défendre contre une certaine machination, qui consistait en ceci, paraît-il :

lorsqu'une fille de la commune A était enceinte et que vraisemblablement l'enfant qu'elle mettrait au monde tomberait aussitôt à la charge de l'assistance publique, les autorités s'en émouvaient. En promettant un peu d'argent, elles cherchaient un mari qui fût originaire de la commune voisine, B, et se débarrassaient très élégamment de leur futur fardeau.

Mais, si la commune B croit qu'en désavouant l'enfant elle rejettera sur la commune A ses obligations d'assistance, elle fait un faux calcul. En effet, la mère s'est mariée, et a de ce fait acquis le droit de cité de son mari. Et, nous l'avons vu, l'enfant désavoué prend le droit de cité que sa mère avait lors de la naissance, et non pas celui qu'elle aurait eu à ce moment-là, si elle ne s'était pas mariée. L'arrêt cité, 60.I.329, est tout à fait clair. De sorte que, pour la commune demanderesse, le résultat de gros efforts se chiffre par un parfait zéro, à moins que l'enfant ne soit rattaché à un tiers par une reconnaissance, un jugement attributif de paternité, voire une légitimation [1].

Il se rencontre des cas où une autre personne encore exercerait utilement l'action en désaveu : dans certaines éventualités, il semblerait indiqué d'accorder à l'*enfant* lui-même la qualité pour agir.

C'est ici que les choses se gâtent.

Le point est discuté depuis quarante ans, et on le discute aujourd'hui encore. Nous avons rappelé plus haut (p. 136) de quelle hypothèse on part : Le mari abandonne sa femme, qui a par la suite des relations avec un tiers. Un enfant naît. La mère obtient le divorce, épouse le vrai père. Une légitimation est impossible, puisque l'enfant est légitime. Il faut donc commencer par détruire cette légitimité. Le père légal (le premier mari) ne s'en soucie guère. Ni les héritiers ni la commune d'origine n'ont d'action : le mari a épuisé son droit en laissant passer le temps de péremption ; et l'enfant n'a pas été conçu avant le mariage (le premier). Va-t-on permettre à l'enfant lui-même d'attaquer sa propre légitimité, et d'obtenir ainsi sa légitimation ?

Il ne s'agit pas ici d'un exemple d'école, mais d'une espèce qui s'est présentée deux fois devant le TF dans le court intervalle de cinq ans, en 1918 et en 1923.

[1] M. H. Feuchter nous fait beaucoup d'honneur, lorsqu'il prétend voir dans l'art. 256 II la même intention — quoique sans arrière-pensée politique — qu'à l'art. 1595 a BGB, introduit le 12 avril 1938, qui, originairement sous l'influence du nazisme, donne l'action en désaveu au ministère public (*Verwandtschaft und blutmässige Abstammung*, Innsbruck, 1942).

Dans le premier arrêt, 44.II.223, le TF a refusé à l'enfant le droit d'agir. L'énumération du CCS, disait-il, est exhaustive. Le désaveu est un acte si grave que le législateur a voulu en rendre l'accomplissement difficile. Un des obstacles est précisément cette limitation du cercle des demandeurs.

Dans le deuxième arrêt, 49.II.317, l'action fut rejetée pour d'autres raisons, mais le TF, en passant, confirma sa jurisprudence. Il a donc clairement laissé entendre qu'on ne pouvait déroger à une norme de droit strict même dans des cas particuliers où l'application de la règle paraîtra dure.

Cette jurisprudence choqua par son manque de souplesse. Elle fut ouvertement battue en brèche dans de nombreux jugements cantonaux (zurichois en particulier), qui subsistèrent, parce qu'ils ne firent pas l'objet de recours au TF (toutes les parties étant sans doute d'accord).

A cet égard, on mentionne d'ordinaire un arrêt de la Chambre de Cassation de Zurich, du 3 octobre 1932, indiqué dans un article de M. Leemann, à la RSJ, 1932/3, p. 273 ; un jugement du Tribunal de district de Baden, du 26 juin 1934, cité par Mlle E. Sandmeier (cf. plus loin) (p. 146 de sa thèse) ; un jugement du Tribunal de district de Hinwil, du 17 janvier 1935, RSJ, 1935/36, p. 48 ; un jugement du Tribunal de district de Zurich, du 10 mars 1942, RSJ, 1942/3, p. 27 ; un arrêt du Tribunal cantonal de Neuchâtel, du 6 janvier 1947, ATC, VIII, p. 551 ; etc.

Les cours cantonales n'étaient pas seules à défendre cette opinion. La doctrine leur prêtait main-forte. Chacun apportait sa pierre. MM. Stückelberg, Gautschi, Peter, Leemann, Comment, comprimèrent l'art. premier du CCS jusqu'à le vider de toute sa substance, ils invoquèrent les principes généraux du droit, et, à force de bonne volonté, construisirent une action, généralement imprescriptible, ou qui se périmait par trois mois après le jour où l'enfant atteignait sa majorité ; qui pouvait, selon les auteurs, être introduite en toutes hypothèses, ou seulement lorsque le mariage des parents était dissous, ou même seulement si la légitimation de l'enfant était assurée ; qui concourait avec l'action du mari, ou lui était subsidiaire, etc.

A ces efforts, M. Egger ajouta le poids de son autorité (ad art. 253, n. 34).

En 1937, enfin, Mlle E. Sandmeier publia une importante étude où, après un aperçu historique des plus précieux, elle résume les arguments qui ont été imaginés en faveur de l'enfant,

et en fournit d'autres, qui l'amènent à la conviction que le CCS présente une lacune. *(La présomption de légitimité et son renversement, en particulier par l'enfant*, thèse, Zurich, 1937).

Il est permis de ne pas partager pleinement cette certitude, et il nous paraît qu'il y a une singulière exagération à dire qu'*en toute occurrence* l'intérêt de l'enfant l'emporte sur celui du père légal (p. 149 ss.). C'est là en tout cas une vue unilatérale. Certes, la personnalité de l'enfant adultérin non-désavoué est faussée, et celle du mari ne l'est pas quand l'enfant est désavoué. Mais il existe de nombreux enfants qui ne s'inquiètent guère de leur véritable état, et qui utiliseraient leur droit d'agir par pure malice, ou par esprit de vengeance, ou peut-être simplement pour se rendre intéressants. En revanche, il existe, même dans notre XXme siècle, encore bien peu d'hommes mariés qui accepteraient sans peine que leur déshonneur soit étalé *malgré eux* à la face du monde.

Le seul argument juridique auquel nous trouvons une indiscutable pertinence est celui qu'a développé le Tribunal de Hinwil (cité plus haut ; cf. Mlle Sandmeier, *op. cit.*, p. 147) :

En son arrêt 40.II.295, le TF, sans s'achopper à la lettre de l'art. 262, a conféré à l'enfant le droit de demander l'annulation de sa *légitimation*. (Cf. chap. VIII.) Il nous a ouvert la voie. En la poursuivant, nous arriverons logiquement à donner à l'enfant le droit de demander l'annulation de sa *légitimité*. Toutes les deux actions sont constitutives, croyons-nous, contrairement à ce que pense Mlle Sandmeier *(op. cit.*, p. 179).

Il est vrai qu'il reste entre les deux situations une différence importante : L'infidélité d'une épouse est sans doute plus grave que celle d'une fiancée.

Peut-être que la solution de M. Bridel, qu'il conviendrait d'accorder au ministère public lui-même l'action en désaveu, serait la plus simple (comp. art. 1595 a BGB cité plus haut, p. 169, n. 1), n'était que beaucoup verraient d'un mauvais œil cette nouvelle ingérence des pouvoirs publics.

Au surplus, il faut peut-être avouer que nous sommes ici devant un problème qui défie tout raisonnement. Deux solutions s'affrontent, qui sont l'une et l'autre tout à fait défendables. Le juge décidera selon sa conscience. N'est-il pas réconfortant de songer qu'il existe, maintenant encore, des terres inaccessibles à une investigation dite scientifique ?

Et la lutte continue ! En son arrêt 73.II.201, le TF a anéanti

d'un coup le résultat des patients efforts : l'enfant n'aura pas l'action en désaveu [1].

Mais voici que la Revue suisse de l'état civil invite à la révolte : Elle n'acceptait pas ce qu'elle appelait un « renversement de la vapeur » (1949, p. 314). Et, le 28 avril 1950, le Tribunal de district de Berne recommence le travail de sape (cf. RSJB, 1952, p. 443, n. 1), suivi du Tribunal du district de Zurich (15 décembre 1950, RSJ, 1954, p. 43).

Si le TF refuse l'action à l'enfant, il va sans dire qu'il la refuse également à la mère. Mais il nous paraît excessif d'invoquer ici l'adage *nemo auditur allegans turpitudinem suam.* Outre que cet adage n'a aucune valeur positive, la « honte » de la mère est souvent bien inférieure à celle du mari. Il se pourrait même qu'il n'y ait pas de honte du tout : si la mère a été violée, par exemple, ou si elle a conçu avant le mariage (donc dans d'autres hypothèses que celle qui nous a occupé précédemment).

On peut se demander si la mère ne saurait être une héritière au sens de l'art. 256 I. L'admettre serait choquant, et semble heurter le texte de l'art. 253 II (comme le faisait aussi, d'ailleurs, l'octroi de l'action à l'enfant).

Cet article nous dit en effet que l'action est dirigée contre la mère et l'enfant, qui forment une consorité nécessaire [2].

Si elle est incapable de discernement, la mère est représentée, sans doute par un tuteur.

L'enfant est représenté par un curateur (art. 392, ch. 2), 78.I.1, éventuellement par un tuteur [3], à moins qu'il ne soit capable de discernement, ce qui n'est pratiquement jamais le cas.

1 L'arrêt laisse encore une lueur d'espoir à l'autre camp. « On peut laisser ouverte, dit-il, la question de savoir s'il ne faut pas admettre une exception à la règle, au cas où le mari se refuse abusivement à exercer son droit de désaveu » (p. 207). Mais n'est-il pas curieux qu'on puisse abuser d'un droit en n'en usant pas? (Il faut donc y voir l'abus du droit de ne pas user de son droit.)

2 En appel, et malgré leur consorité, la mère et l'enfant pourront recourir indépendamment l'un de l'autre. (ZK de Saint-Gall, 10 septembre 1942, RO Saint-Gall, 1942, p. 6. Cf. 62.II.76.) Néanmoins, la CA du Tessin a jugé que, même si l'enfant (son curateur) est resté inactif, l'appel de la mère lui profitera, et qu'il pourra participer à la seconde instance (30 janvier 1946, *Giur. Patr.*, 1946, p. 130).

3 Jamais par sa mère, qui peut avoir des intérêts divergents. Mais, sur ce point, une erreur a été jugée excusable, et une prolongation de délai a été accordée à un mari qui avait d'abord agi contre sa femme seule (TC Fribourg, 31 mars 1944, *Extraits*, 1944/5, p. 18).

S'il est mort, ses héritiers (mais quels sont-ils ?) défendent à côté de la mère.

Si la mère est morte, M. Egger pense avec raison que l'enfant est seul défendeur (ad art. 253, n. 5). L'enfant est le défendeur naturel (comp. ci-dessus, p. 111).

Et si la mère et l'enfant sont morts tous les deux ? M. Bridel propose ici d'accorder l'action au mari contre toute personne qui fonderait une prétention sur le statut légitime de l'enfant. Une restitution de délai serait largement accordée, parce que le mari ne connaîtrait peut-être pas toujours son adversaire éventuel. Ici également, on ne voit pas comment le jugement de désaveu, constitutif, n'aurait qu'une autorité relative *(op. cit.*, p. 90).

Le TF a constaté que l'art. 253 II n'épuisait pas la question. Les droits cantonaux peuvent conférer à leur ministère public le droit d'intervenir de manière indépendante, si bien qu'il aura la faculté de recourir seul en appel, contre le jugement prononçant le désaveu, même si la mère et l'enfant renoncent à poursuivre le litige (39.II.10).

Et la CA bernoise n'a pas hésité non plus à donner à l'amant la possibilité de défendre à côté d'eux, parce que, selon l'issue du procès en désaveu, il est menacé d'une action en recherche de paternité (13 décembre 1923, RSJB, 1924, p. 542. Un arrêt — déjà cité — du TC des Grisons, du 13 décembre 1949, RO Grisons, 1949, p. 46, se montre moins affirmatif).

Mises à part les hypothèses favorables au demandeur, où il lui suffira d'une déclaration pour que le fardeau de la preuve passe à la partie adverse (art. 255 I), le désaveu ne s'obtient qu'avec peine. Et c'est assez normal, si l'on songe que l'on tire l'enfant de la légitimité, où il avait jusqu'alors vécu, pour le plonger dans l'illégitimité.

Pourtant le CCS, dans sa première interprétation, offrait des rigueurs qui laissaient entendre que le législateur attribuait à la légitimité en soi une signification positive, comme on en reconnaîtrait une à la propriété d'un immeuble qui ne serait chargé d'aucun droit réel restreint en faveur de tiers, ou à un titre dont la haute valeur boursière serait à l'abri de toute dépression.

Le demandeur a devant lui une hydre à deux têtes. Mais, contrairement à ce que la légende nous dit de ce genre d'animal, il suffit qu'il en coupe une pour que le monstre soit vaincu.

Il prouvera alternativement :

que la présomption de cohabitation est fausse ; *ou*
que la présomption de causalité est fausse [1].

A) L'inexactitude de la présomption de cohabitation s'établit, par exemple, par la preuve de l'éloignement physique (le mari guerroyait en Indochine depuis deux ans, lorsque la femme a accouché) ou moral (une curieuse notion que le TF a introduit dès les premières années du CCS, cf. 39.II.12, puis 40.II.585, 62.II.76, 71.II.58 : les époux éprouvaient l'un pour l'autre une telle répulsion que tout rapprochement entre eux semble exclu ; cf. encore, tout récemment, CA de Fribourg, 15 janvier 1952, *Extraits*, 1952, p. 1).

Le demandeur pourrait éventuellement faire état d'une *impotentia coeundi*, mais M. Peter a montré d'une manière convaincante que ce qu'on appelle de ce nom ne suffit presque jamais pour supprimer toute possibilité de cohabitation *(op. cit.*, p. 80).

De même, il sera bien rare que le mari (demandeur) soit entendu, s'il prétend simplement n'avoir jamais cohabité avec sa femme à l'époque de la conception, quand même la femme le nierait également. (42.II.309. Silbernagel, ad art. 254, n. 3 ; Egger, ad art. 254, n. 2).

Il est donc probable qu'en accordant une trop large créance aux affirmations de la mère, le TF — au tome 62.II.76 — s'est départi de sa prudence coutumière. Aussi la CA du Tessin lui en a-t-elle fait grief (26 mars 1947, *Giur. Patr.*, 1947, p. 271 ; comp. aussi RSJ, 1939/40, p. 131).

B) L'inexactitude de la présomption de causalité est démontrée, par exemple, si l'on prouve que le mari souffrait d'*impotentia generandi ;* que la femme était déjà enceinte lorsqu'elle a cohabité pour la première fois avec son mari ; que l'état de l'enfant à sa naissance ne correspond pas à la durée prétendue de la gestation ; qu'il manque une corrélation héréditaire entre

1 Le mari peut évidemment essayer d'établir que sa femme n'est pas la mère de l'enfant, ou que le mariage n'existait pas encore lorsque l'enfant est né, ou que l'enfant est né plus de 300 jours après la dissolution du mariage (auquel cas l'affaire ne serait pas encore vidée!), ou que, né moins de 300 jours après cette dissolution, il n'a toutefois pas été conçu en mariage, etc..., toutes hypothèses auxquelles nous avons fait allusion, et où il n'est pas question d'un *désaveu*.

le mari et l'enfant ; etc. Mais pas, bien entendu, si le demandeur invoque l'usage de moyens anticonceptionnels (51.II.258).

Cette preuve est en général plus difficile à rapporter que celle de la non-cohabitation (bien qu'elle soit peut-être plus fréquemment proposée). Elle l'était en tout cas lorsque l'art. 254 était appliqué à la lettre : « ... s'il établit qu'il ne saurait en être le père ».

Cette disposition vaut aussi pour la preuve de la non-cohabitation, mais c'est surtout dans celle de la non-causalité que les tribunaux se montraient exigeants :

Assez vite, on a compris que, si le mari était planteur à Colombo, alors que sa femme se soignait à la Schynigge Platte, durant les quelques semaines de la période critique (naturelle), un rapprochement était possible sans doute, mais qu'on ferait bien de ne l'admettre que lorsque d'autres indices parlaient dans le même sens.

Quand, en revanche, il s'agissait de prononcer un désaveu parce que le degré de maturité ne correspondait manifestement pas à la date de la dernière cohabitation des époux (enfant né avant terme), les tribunaux restaient très tâtillons. Ils ne sentaient peut-être pas que, si le mari est persuadé que l'enfant n'est pas de lui, il lui rendra l'existence tellement infernale qu'il vaudrait mieux pour lui qu'on l'arrache aux « bienfaits » de la légitimité [1].

A la longue, la jurisprudence s'est relâchée. Elle se contente maintenant d'une invraisemblance qui voisine avec l'impossibilité. Mais elle a mis son temps.

L'histoire de la preuve dite du sang (groupes, facteurs ou qualités) nous montre bien cette marche cauteleuse.

En 1935 déjà, 61.II.72, le résultat négatif de l'examen du sang suffisait pour faire naître les doutes sérieux de l'art. 314 II.

En 1940, une reconnaissance était annulée, après une consultation des qualités M et N (66.II.77). Une légitimation l'eût sans doute aussi été.

Mais il a fallu attendre jusqu'en 1945 pour qu'un désaveu fût prononcé, après que deux méthodes (AB et MN) eurent parlé contre la paternité du demandeur, 71.II.54. Sans compter que le TF subordonne l'administration de cette preuve à la présence d'indices qui laissent supposer un adultère de la femme.

1 Cette raison est dangereuse, il est vrai, mais nous croyons qu'on a trop souvent négligé ce côté psychologique, — subjectif, pourrait-on dire —, de la question, pour n'en voir que l'aspect physiologique (objectif).

Et l'exactitude de ce genre de recherches était assurée depuis de longues années ![1].

Citons enfin, dans un autre domaine, mais s'inspirant du même esprit, l'arrêt du Tribunal supérieur de Zurich du 30 mai 1952, BlZR, 1952, p. 132, n° 77, qui contribuera sans doute, lui aussi, à assouplir la rigueur de l'art. 254 (cf. déjà BlZR, 1949, p. 38, n° 18). Le mari, divorcé, avait été débouté de son action en désaveu, bien que son ex-femme eût avoué son adultère, et que l'amant eût admis qu'il pouvait être le père. Par la suite, la mère adultère et son complice publièrent leur promesse de mariage. Alors, le demandeur en désaveu requit la revision du jugement. Il l'obtint, et le désaveu fut prononcé sans que les exigences de preuve de l'art. 254 eussent été satisfaites, parce que ces exigences ont été posées surtout en faveur de la légitimité de l'enfant, et qu'en l'espèce l'enfant ne devenait pas illégitime (art. 258).

Péremption

Quel qu'en soit le titulaire, l'action en désaveu se périme par trois mois. Le délai court donc aussi pour la commune d'origine du mari. L'arrêt 76.II.1 ne permet plus aucune hésitation à cet égard.

Le délai part du jour où le demandeur a connu la naissance.

Comme nous le savons, lorsque la commune d'origine du mari use de son droit, elle a pour agir trois mois à dater du jour où elle a connu la naissance (elle, c'est-à-dire l'autorité qui décide d'intenter l'action), et non pas du jour où la naissance a été communiquée à son office de l'état civil.

Si un enfant mineur du mari agit en sa qualité d'héritier, le délai partira du jour où son curateur (art. 392, ch. 2) aura connu la naissance, mais pas avant qu'il ait été investi de la curatelle (TC de Saint-Gall, 30 juin 1937, RSJ, 1937/8, p. 119. Voir une autre solution, moins satisfaisante, dans l'arrêt de la CA bernoise

[1] Cf. Ch. Pictet, *L'expertise du sang,* JT, 1946, p. 66 ss. Après plusieurs cours cantonales, le TF à son tour vient de consacrer le nouveau mode de preuve sanguine, fondé sur l'examen des facteurs rhésus, en matière de désaveu: 79.II.17; il l'admet aussi, cela va sans dire, en matière de recherche de paternité. V. en dernier lieu 80.II.10.

La méthode des groupes Duffy, employée maintenant dans le cadre de l'art. 314 II CCS, suivra sans doute la même évolution (cf. Tribunal de district de Horgen, 8 décembre 1953, RSJ, 1954, p. 207).

du 1er avril 1914, RSJB, 1915, p. 82 : Le délai courrait du jour où l'autorité de tutelle a connu la naissance. Mais, le plus souvent, il lui faudra encore nommer le curateur, cela prendra du temps, pendant lequel l'action pourrait bien se périmer. Comp. aussi 69.I.221, mentionné ci-dessus, p. 70).

Il est hors de doute que les héritiers, qui, répétons-le, n'ont qu'une action subsidiaire, seront souvent désavantagés, si l'on applique l'art. 256 I à la lettre. En effet, il arrivera fréquemment qu'ils connaîtront la naissance avant de savoir qu'ils peuvent agir, et parfois avant qu'ils *acquièrent* même ce droit d'agir. Mlle Sandmeier rappelle très justement que le commencement du délai de péremption d'un droit présuppose l'existence de ce droit *(op. cit.*, p. 128, n. 9). Cette solution s'inspire d'ailleurs des mêmes raisons qui ont dicté le fameux adage *Contra non valentem agere non currit praescriptio.* Ainsi, le délai de l'art. 256 I ne partirait que de la survenance du fait qui permet l'action de l'héritier (par exemple, la mort du mari), si ce fait ne survient qu'après la naissance. Mais il ne serait pas nécessaire que l'héritier ait connu la survenance de ce fait. (On pourrait du reste aussi trouver une échappatoire dans l'alinéa III de l'art. 257, cf. ci-dessous. V. Egger, ad art. 256, n. 3.)

Le problème se pose enfin des restitutions et des prolongations. Le législateur s'est montré moins laconique que pour l'action en recherche de paternité. Il a consacré un article à cette question : l'art. 257.

Les alinéas I et II traitent de la restitution.

Si le mari a perdu son droit d'agir, non seulement en laissant le délai s'écouler, mais encore en reconnaissant sa paternité, alors qu'il y a été induit frauduleusement, « un nouveau délai de trois mois court à partir de la découverte de la fraude ».

Mais le juge n'admettra pas facilement qu'il y a eu fraude. Il n'en a pas vu par exemple dans le fait que la femme cache un adultère, ou même qu'elle a nié toutes relations coupables (affaire Hochuli, 61.II.301 ; il y aura peut-être ici un juste motif au sens de l'alinéa III, cf. ci-dessous).

On peut se demander quelle sombre machination justifiera l'octroi d'une restitution. On a donné comme exemple une fausse indication du jour de la naissance. Ou, d'après l'arrêt fédéral du 19 septembre 1940, rapporté aux BlZR, 1942, p. 135, n° 52, il y aurait fraude également si la femme, qui se sait enceinte des œuvres d'un tiers, détermine son mari à la cohabitation de manière à éviter des soupçons.

Malgré le texte de la loi, et bien qu'en général un vice de la volonté (tel un dol) ne puisse être allégué que par le « déclarant », la restitution devra sans doute être accordée aux héritiers aussi, le cas échéant.

L'alinéa III traite de la prolongation.

Lorsque le demandeur peut expliquer son retard par de « justes motifs », le juge lui accordera quelques jours supplémentaires pour exercer son droit d'action. Mais le demandeur ne disposera pas d'un nouveau délai de trois mois, 55.II.11.

Le demandeur était malade ou en voyage (mais on a pu l'informer de la naissance, sinon, art. 256 I), ou son représentant s'est montré négligent. L'arrêt cité 55.II.11 a estimé qu'une erreur de droit excusable constituait un juste motif : le demandeur s'était adressé à un juge incompétent (Comp. art. 139 CO).

Quelque envie que l'on ait de multiplier les cas de prolongation, il ne faut pas oublier que nous avons affaire à un délai péremptoire. Le TC du Valais ne semble pas s'en être inquiété, lorsqu'il accorda le bénéfice de l'art. 257 III à un mari qui ne savait pas que l'action se périmait, et qui, au surplus, s'imaginait qu'elle était intentée d'office. (16 mai 1945, *Rapport*, 1945, p. 75.) Le Tribunal supérieur de Soleure n'est pas allé si loin. Pour lui, l'erreur de droit, en principe, ne suffit pas à obtenir la prolongation, quand une enquête rapide eût permis de l'éviter (5 mars 1947, RO Soleure, 1947, p. 100).

Le cas le plus important est certainement celui où un mari, qui ne se méfiait de rien, apprend plus tard que sa femme l'a trompé. La croyance du mari dans la fidélité de sa femme est un juste motif, ainsi en a décidé le CA de Bâle-Ville, dans son arrêt du 23 février 1951, RSJ, 1952, p. 321 (toutefois la fraude — al. I — ne fut pas admise). Le TF va même très loin dans ce sens : « On ne peut exiger du mari, dit-il, qu'il introduise une demande en désaveu simplement parce qu'il a des doutes ou des appréhensions », 71.II.260.

Mais lorsque le mari sait que l'enfant ne descend très probablement pas de lui, et qu'il n'intente pas l'action, afin de sauver l'unité de sa famille, il prend là une décision dangereuse : parce que, s'il voit ensuite que ses efforts sont vains (par exemple, les époux se séparent), il sera trop tard alors pour s'adresser au juge. Il a sciemment et librement laissé l'action se périmer (CA bernoise, 15 décembre 1927, RSJ, 1928/9, p. 332. Toutefois, la solution a semblé rigoureuse : cf. TC du Valais, 8 avril 1948, *Rapport*, 1948, p. 74).

For

Où se situe le for des actions d'état, quand il n'est pas prévu dans le CCS ?

C'est à propos de l'action en désaveu de paternité que cette question, que nous avons déjà rencontrée à mainte reprise, fut le plus âprement discutée.

Un arrêt isolé du Tribunal supérieur de Zurich, du 12 novembre 1920, BIZR, 1921, p. 291, n° 150, prétend la résoudre d'un coup, en disant que le droit *fédéral* connaît un for ordinaire, qui est celui du domicile du défendeur. Mais le droit fédéral, qui, en principe, n'énonce pas de règles de procédure, ne saurait connaître un for général. En tout cas, on ne peut invoquer l'art. 59 Cst., qui a un champ d'application bien délimité. (Cf., dans l'affaire Sterki, — ci-dessus, p. 38 —, l'arrêt de la juridiction cantonale, TC vaudois, 6 décembre 1944, JT, 1945 (dc), p. 34.)

Il s'agit bien plutôt de déterminer la portée de l'art. 8 LRDC. Autrement dit, il s'agit de savoir ce qu'il faut entendre par « conflits de lois cantonales », à l'art. 59 I Titre final CCS. (Cf. déjà chap. 1er.)

Il semble que l'on doive répondre : le législateur vise ici les conflits *actuels*, positifs ou négatifs.

Si tous les cantons qui sont touchés par une circonstance de rattachement prétendent garder pour eux la compétence, le conflit sera positif. En général, n'entrent en ligne de compte que le canton d'origine du mari et le canton de domicile des défendeurs. Mais il n'est pas inconcevable que le canton de domicile du mari revendique la juridiction (Argovie, cf. plus loin), ou que, subsidiairement, ou même alternativement, le canton d'origine des défendeurs s'arroge le droit de connaître de l'affaire (Vaud, art. 9, ch. 1 CPC, et Berne, art. 31 CPC).

En toutes ces hypothèses, M. Waiblinger pense qu'en dépit de l'art. 59 Titre final, le demandeur aura le choix du for, et que de la sorte sa situation se trouve renforcée *(op. cit.*, p. 199). Mais il est peu probable qu'une pareille réponse s'impose actuellement dans la jurisprudence, et l'application mécanique de l'art. 8 LRDC concentrera la juridiction sur le canton d'origine du mari. Espérons toutefois qu'un jour viendra où l'on se convaincra que M. Waiblinger nous proposait une solution plus heureuse.

Le conflit sera négatif lorsque aucun canton ne se déclarera compétent. Toujours d'après M. Waiblinger (p. 202), l'hypothèse

n'est possible qu'avec le canton d'Argovie. L'art. 46 de sa loi d'introduction du CCS attribue la juridiction de l'action en désaveu au domicile du mari.

Quand donc le mari est domicilié dans le canton d'Uri, et que les défendeurs sont domiciliés dans le canton d'Argovie (au cas où les époux vivent séparés, et que l'enfant est confié à la mère), la loi argovienne nous renvoie aux tribunaux d'Uri, et la loi uranaise (qui ne connaît que le for naturel du domicile de la partie défenderesse) nous renvoie au juge d'Argovie. Ici, aucune discussion ne semble possible, il ne reste plus qu'à chercher secours dans la LRDC.

Et si le conflit n'est que *virtuel* ? C'est-à-dire, s'il n'y a pas de conflit actuel, — parce qu'alors, ainsi que nous l'avons vu, la procédure étant cantonale, le conflit existe toujours à l'état latent ?

La LRDC n'est pas applicable, a soutenu le Tribunal du district de Zurich, dans un jugement dissident du 4 novembre 1943, RSJ, 1944, p. 258. (Cf. déjà, hésitant, l'arrêt de la CA bernoise du 9 mars 1915, RSJB, 1915, p. 277 *in fine*.) Et, pour étayer cette position négative, il invoquait trois arguments :

1. D'abord, un argument historique familier.

Il pouvait être désirable que le juge du lieu d'origine fût seul compétent sur certaines matières du temps où ces matières étaient régies par des droits cantonaux différents. Mais, maintenant que le droit applicable est unifié, qu'importe le tribunal qui l'applique ?

L'argument, on le sent, est trop général. S'il est retenu, la LRDC change complètement de physionomie, et ne devient plus guère qu'un ensemble de règles de droit international privé, ce qui est contraire précisément à l'art. 59 I *in fine* Titre final CCS.

2. Puis, un argument littéral.

Le mot « *verschieden* » du texte allemand de cet art. 59 I Titre final ne désigne-t-il pas une différence dans le *contenu* des règles de procédure, plutôt que le fait, trop bien connu, que les procédures cantonales ne sont pas encore unifiées ? L'interprétation traditionnelle, — à savoir, que la simple coexistence de procédures différentes provoque à elle seule un conflit —, revient à imputer un pléonasme au législateur fédéral : vues sous cet angle-là, des lois cantonales sont toujours différentes.

Certes, comme l'a relevé le Tribunal supérieur de Zurich, dans un arrêt du 4 mai 1945, RSJ, 1945, p. 339, il y a quelques points du droit civil qui n'ont pas été unifiés en 1907. (Cf. par exemple l'art. 472 CCS). Le mot « *verschieden* » se rapporte à des cas semblables.

Mais, si la rédaction de l'art. 59 I Titre final n'est pas tautologique, il n'en est pas moins vrai qu'elle n'embrasse pas les cas où dans des codes de procédure formellement distincts se trouvent des dispositions matériellement semblables.

3. Enfin et surtout, un argument d'ordre pratique, le seul qui puisse être jamais tout à fait déterminant.

Il n'est guère satisfaisant de renvoyer les parties à plaider dans un canton avec lequel elles n'ont souvent plus aucune attache. En l'espèce : Le mari habite Genève. Il est originaire des cantons de Schaffhouse et de Soleure. (Mais ne faudrait-il pas considérer le seul lieu d'origine plutôt que le droit de cité ? Cf. ci-dessus, p. 127.) La mère et l'enfant sont domiciliés à Zurich. Ni Genève (à vrai dire, le jugement oublie d'en tenir compte), ni Schaffhouse, ni Soleure, qui ne connaissent que le for naturel du défendeur, ne prétendent à aucune compétence juridictionnelle. Zurich, qui ne connaît également que ce for, garde la juridiction. Il n'y a donc pas de conflit actuel. Il paraît vraiment inopportun de troubler cette harmonie, et de déférer l'action aux tribunaux soleurois ou schaffhousois, pour la seule raison que le mari est originaire de Schaffhouse ou de Aedermannsdorf.

C'est néanmoins, nous l'avons vu, ce qu'a décidé le TF, mettant fin, en tout cas de manière provisoire, à la controverse.

L'arrêt déjà cité, Sterki contre Dame Marguerat, 71.II.142 (cf. ADI, 1946, p. 224, note de M. Ch. Knapp), consacre la victoire complète de l'art. 8 LRDC, par l'interprétation extensive de cet art. 59 I Titre final (Cf. d'ailleurs déjà 42.II.310, 55.II.323 et 65.II.238.) Le 12 décembre 1947, la CJC de Genève jugeait dans le même sens ; SJ, 1948, p. 385. Et, le 24 septembre 1948, la CA de Bâle-Ville montrait qu'elle avait bien retenu la leçon ; RSJ, 1949, p. 27. Voir enfin OG Soleure, 4 avril 1952, ZVW, 1954, p. 112.

L'action en désaveu ne pourra jamais être introduite que devant le juge du canton d'origine du mari, et, si nous adoptons la manière de voir du Tribunal supérieur de Zurich (29 avril 1925, BlZR, 1925, p. 380, n° 223), l'art. 8, passant par-dessus

les dispositions du code de procédure civile cantonale relatives à la compétence *ratione loci*, renvoie le demandeur à agir devant le juge de la *commune d'origine*. Autrement dit, l'art. 8 LRDC ne distribue pas seulement la compétence entre les cantons (sorte de compétence « générale »), mais encore il désigne, *ratione loci*, quel sera, dans tel canton, le tribunal compétent (« spécialement »). « Il serait absurde, ici, d'admettre un dualisme ; attribution de compétence au canton d'origine, en vertu d'un certain rattachement, et, à l'intérieur de ce canton, à la commune de domicile, en vertu d'un autre rattachement. »

Il reste à se demander ce qui arrive, quand la cause n'offre de rattachement qu'à un seul canton.

Cette fois-ci, il est probable que nous sommes à l'abri de l'envahissant art. 8 LRDC. Pourtant, il nous faut prendre garde. Lorsqu'en son arrêt du 19 janvier 1938, BlZR, 1939, p. 323, n° 135, le Tribunal supérieur de Zurich dit que l'ordre intracantonal est applicable pourvu que demandeur et défendeurs soient domiciliés dans le même canton (p. 324), il se pourrait bien qu'il ne se montre pas assez exigeant. (Dans le même sens peut-être, 71.II.146, *a contrario :* « Les lois cantonales ne visent pas le cas où l'une des parties au désaveu n'habite pas dans le canton ».) A considérer scrupuleusement l'esprit de la jurisprudence fédérale, le droit cantonal ne sera guère appliqué en toute sécurité que lorsque les parties, domiciliées dans un même canton, en sont encore originaires ! Et alors, nul doute que les normes cantonales ne s'appliquent seules. (Comp. OG Lucerne, 9 avril 1934, RSJ, 1935/6, p. 265.)

Remarquons, pour finir, que l'opinion du TF a pourtant un avantage, celui de la simplicité : il est souvent plus facile de déterminer un lieu d'origine qu'un domicile. Sans compter que les deux défendeurs, la mère et l'enfant, peuvent avoir des domiciles différents, alors que le mari n'a jamais qu'un lieu d'origine (art. 22 III CCS. Il est vrai qu'ici la notion de domicile sert parfois de critère !).

En conséquence, il semble bien que, s'il est anachronique, l'art. 8 LRDC ne causera toutefois guère d'embarras. « Ce qui importe surtout, c'est d'avoir une règle précise », disait déjà le TF dans l'arrêt précité 65.II.238.

A condition, bien entendu, que le mari soit suisse. Parce qu'un grave problème se pose, en droit international privé, celui de savoir si la juridiction (et le droit) du pays d'origine du mari est toujours compétente (respectivement applicable), lorsque

le mari est étranger. Si l'on répond non, il sera donc possible qu'une action en désaveu, régie par le droit suisse, ne s'introduise pas au lieu d'origine du mari. (Cf. BlZR, 1948, p. 140, n° 67 ; et la note de M. Fritzsche, dans l'*Annuaire suisse de droit international*, 1948, p. 236/7.)

NOTES

Note A (p. 16).

Parmi toutes les tentatives qui ont été faites d'ébranler la théorie classique dans sa portée générale, — et qui ne se sont donc pas bornées à la contester en des domaines spéciaux comme l'état des personnes —, rappelons la thèse de M. R. Guillien, sur l'*Acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, Bordeaux, 1931.

Pour M. Guillien, l'acte juridictionnel doit être soigneusement distingué de la décision consécutive. C'est un acte d'intelligence, et non de volonté, et à lui seul s'attache l'autorité de la chose jugée. Il se réduit toujours à la constatation de l'existence ou de l'inexistence de la violation d'une règle juridique, par la confrontation de ce qui est, en fait, et de ce qui aurait dû être, en droit.

Constatant une violation de la règle, l'acte juridictionnel est objectif, comme la règle elle-même. Nul ne peut l'ignorer. Il vaut donc *erga omnes*, et l'autorité de la chose jugée est absolue (p. 449).

A cela, deux remarques nous semblent s'imposer.

Nous ne discuterons pas la thèse selon laquelle toute décision judiciaire constitutive est un acte d'exécution, et non de juridiction (par où M. Guillien s'oppose particulièrement à Duguit). Après tout, y a-t-il ici autre chose qu'une question de terminologie, qui se pose à l'occasion de toutes les définitions de termes dont le sens n'est pas fixé par l'usage ?

Nous observerons seulement :

1° Que l'analyse que M. Guillien donne de l'acte juridictionnel ne se vérifie pas en droit suisse, ni plus généralement dans les droits germaniques. Nous n'en voulons pour preuve que deux exemples.

a) Celui du divorce.

D'après M. Guillien, l'objet de l'acte juridictionnel est ici de constater que la règle du mariage a été violée par l'un des époux ou par les deux (p. 276).

Cette manière de voir peut se soutenir en droit français, où le divorce est envisagé comme la sanction d'une faute. Mais elle serait parfaitement insuffisante en droit suisse, par exemple, où le divorce, qui sert de remède à une situation conjugale insupportable, peut, lorsqu'un époux est atteint de maladie mentale incurable, être prononcé en faveur de son conjoint. On ne saurait alors parler d'une violation de la règle du mariage, à moins de vider le mot « violation » de son sens ordinaire (surtout si l'on imagine que l'époux défendeur portait lors du mariage déjà, mais à son insu, les germes de sa maladie mentale, et que son conjoint ne l'ignorait pas).

b) Celui de l'action en recherche de paternité.

D'après M. Guillien, la question reviendrait à savoir si, par son refus de reconnaître son enfant quand celui-ci le lui demande, le père prétendu viole la règle qui dit que, dans tels cas minutieusement précisés (en France, art. 340 CCF, en Suisse, art. 323 CCS), l'enfant devra être considéré comme enfant de tel individu (p. 129).

Même si nous adoptions cette conception nettement déclaratiste, elle se trouverait mise en échec dans l'hypothèse où l'enfant est adultérin *a matre*, puisque alors son prétendu père ne pouvait le reconnaître (art. 304 CCS), l'eût-il voulu, tandis que l'action en recherche de paternité reste possible (arg. art. 316 CCS, cf. Silbernagel, ad art. 304, n. 6).

2° Que surtout, il est difficile de s'attaquer à la doctrine classique de l'autorité relative en adoptant justement ses propres armes, c'est-à-dire le caractère déclaratif du jugement.

Quand M. Guillien nous dit que, constatant une violation de la règle, l'acte juridictionnel est objectif comme la règle elle-même, nous avouons ne voir là qu'un élégant jeu de mots. Ce qu'il faut démontrer, c'est précisément si le juge est objectif dans sa déclaration. Et, lorsque nous songeons au système traditionnel de la procédure civile, qui ramène le juge à la fonction d'un « automate » (Tissier), nous nous dirons peut-être qu'en ce domaine moins qu'ailleurs nous serons assurés d'obtenir un jugement conforme à la vérité objective, et que le juge se bornera, le plus souvent, à constater la « vérité » que les parties auront forgée.

Note B (p. 17).

On retrouve une idée semblable, mais généralisée, dans la thèse de M. J. Dumitresco, sur l'*Autorité de la chose jugée en matière d'état des personnes*, Paris, 1934.

L'autorité de la chose jugée n'exprime qu'une présomption de vérité, qui s'attache à tous les jugements déclaratifs, quels qu'ils soient. La présomption peut être renversée par toute personne qui n'était pas partie au procès. Cette réfragabilité est ce qu'on appelle ordinairement la relativité de l'autorité de la chose jugée.

Entre parties, — et leurs ayants cause —, le moyen technique de l'exception de la chose jugée a été imaginé, qui empêche que la vérité du jugement soit mise en doute.

Cette distinction entre l'autorité et l'exception de la chose jugée nous paraît tout à fait judicieuse. Nous ne nous permettrons qu'une remarque de terminologie :

Quand l'autorité est doublée de l'exception, M. Dumitresco parle de présomption irréfragable.

Disons, d'une part, qu'il est curieux qu'une même présomption soit à la fois réfragable pour certaines personnes (les tiers), et irréfragable pour d'autres (les parties et leurs ayants cause). On s'étonne que M. Dumitresco ait pu écrire : « Le jugement qui constate un droit de propriété a plus de chances d'être conforme à la vérité entre les parties litigantes qu'à l'égard des tiers » (p. 26). Cette vérité divisible nous semble de fort mauvais aloi.

Remarquons, d'autre part, que, selon nous, une présomption dite irréfragable perd son aspect formel pour emprunter un caractère matériel. Adopter la théorie de M. Dumitresco reviendrait donc, pour nous, à nous rallier à la thèse matérialiste du droit romain et de Savigny (cf. ci-dessus, p. 22).

Ne vaut-il pas mieux dire simplement qu'en vertu d'une règle de procédure, les parties au procès et leurs ayants cause n'ont pas le droit de demander sur le même point un second jugement qui soit différent du premier ; ou, d'après certains, que le juge, saisi une nouvelle fois, sur le même point, par les parties à l'ancien procès ou leurs ayants cause, ne saurait se prononcer autrement qu'il l'a fait la première fois ? (Cf. M. P. Lanz, RDS, 1944, p. 223 ss.)

Note C (p. 18).

L' « autorité » absolue des jugements constitutifs a parfois été battue en brèche, elle aussi.

Ainsi, à la question : Le jugement constitutif a-t-il une autorité absolue en tant qu'acte créateur de droit ? M. L. Mazeaud (article cité dans la bibliographie, p. 52) a répondu non, et il ajoutait, pour s'expliquer : « Le contrat, qui est presque toujours un acte constitutif, n'a bien pourtant d'effets qu'entre les parties ».

Ici, la pirouette est manifeste. L'auteur joue habilement sur deux tableaux, et donne au mot « effet » un double sens.

En règle générale, il est certain qu'un contrat ne confère de droits et n'impose d'obligations qu'entre les parties. Ce sont là ce que l'on pourrait appeler les effets intérieurs du contrat.

Mais, de par son existence même, le contrat déploie en quelque sorte des effets extérieurs et ce sont ceux-là qui nous intéressent. Si j'assume une dette contractuelle à l'endroit de A, tous mes autres créanciers, qui ne sont pas parties à ce contrat, courront le risque de moins retirer dans une éventuelle procédure de faillite. Pour eux donc, et c'est inévitable, le contrat que j'ai conclu avec A représente aussi *quelque chose.*

Bien distincte est la question de savoir si un tiers ne pourra pas contester l'existence de ce contrat. Mais cette simple possibilité est la preuve que, une fois établie l'existence du contrat, il y aura là pour lui un fait dont il devra tenir compte.

De même, il ne serait pas inconcevable qu'un tiers vienne nier que deux époux soient divorcés : il chercherait à prouver qu'aucun jugement de divorce n'a jamais été rendu. (Le cas serait évidemment plus rare, parce que l'existence d'un jugement de divorce est en général plus soigneusement documentée que l'existence d'un acte contractuel.)

Note D (p. 23).

Attribuer à l'acte du juge — pris en lui-même — un caractère constitutif, comme le fait aussi M. Kelsen *(Reine Rechtslehre*, p. 79, cf. la nouvelle édition — traduction de M. H. Thévenaz, Neuchâtel, 1953, p. 126 : « La juridiction est un véritable acte créateur de droit, car c'est par elle seulement que l'existence d'un fait illicite est constatée et qu'une sanction est appliquée »), est sans doute une idée séduisante, parce qu'elle supprime le problème du jugement faux (cf. ci-dessus, p. 18). Mais elle nous semble bien éloignée de la réalité.

M. Binder adopte une attitude extrême. Dans l'exemple donné, ma créance n'est pas détruite, pour la bonne raison qu'elle n'existait pas. Un droit n'a de réalité qu'autant qu'il peut être prouvé : « Il est vain de croire qu'un droit existe indépendamment de la représentation qu'on s'en fait, et qu'on ne peut acquérir que par le procès ». *Prozess und Recht*, Leipzig, 1927, p. 137.

Note E (p. 30).

Voir les développements dans la thèse de M. O. Peter, *Le problème de la déclaration juridique de la paternité*, Zurich, 1923, qui donne comme définition de la cohabitation : tout commerce entre personnes de sexe différent qui est susceptible de provoquer une fécondation, étant présumé que l'homme est capable d'engendrer (p. 24). Ce qui signifie que la *potentia generandi* n'entre pas dans la définition de la cohabitation, et, par conséquent, qu'une cohabitation est tout à fait possible avec un *impotens generandi*.

M. Waiblinger a complété cette définition. (*La notion et l'exercice des droits d'annulation en droit privé suisse, eu égard spécialement à l'action en désaveu*, thèse, Berne, 1928.) La fertilité de la femme doit, elle aussi, être présumée. Et, en effet, il va de soi qu'une cohabitation est possible avec une femme qui serait incapable de concevoir, par exemple parce qu'elle est enceinte. La cohabitation devient donc : tout commerce entre personnes de sexe différent qui est, en soi, susceptible de provoquer une fécondation (p. 246).

Il faut bien séparer la notion civile de la cohabitation *(Beiwohnung)*, où il suffit d'une possibilité de fécondation (cf. récemment 77.II.30), de sa notion pénale *(Beischlaf)*, qui comporte toujours une lésion de l'intégrité corporelle de la femme, — pas nécessairement, il va sans dire, une défloration. (V. aussi 66.II.82.)

Quant à l'*insémination artificielle*, — où manque le facteur de « sexualité » —, elle ne pose en général aucun problème lorsqu'elle est opérée entre époux, par exemple parce que le mari souffre d'une *impotentia coeundi*, mais non pas d'aspermie *(impotentia generandi)*, sauf que l'insémination, au contraire de la cohabitation, ne se présume pas (cf. chap. X). On peut tout au plus se demander si le fait que le mari n'a pas consenti à l'insémination (comme il était prétendu dans l'affaire que jugea le Tribunal d'Empire le 4 juin 1908, JW, 1908, p. 485) est un obstacle absolu à la légitimité de l'enfant dont on a établi l'origine « artificielle ». C'est probable que non. La volonté d'un époux n'est pas déterminante, ce qui importe est le lien physique.

Mais la question devient délicate lorsqu'une femme mariée se fait « inséminer » par un autre homme que son mari. S'il naît un enfant, un désaveu est-il possible, quand le mari a consenti ? Et, s'il est possible, ou si le mari n'a pas consenti, quelles seront les preuves requises ? Suffira-t-il au mari d'établir qu'une insémination a été pratiquée, ou devra-t-il faire la démonstration de l'art. 254 CCS, qu'il ne saurait être le père de l'enfant ? Il semble qu'il n'échappera pas à cette preuve difficile, mais le fait de l'insémination fournira sans doute un indice important.

Et, si le désaveu est obtenu, ou si la mère n'est pas mariée, le père physique, pour le cas peu fréquent où il serait connu, peut-il se dégager par avance de toute obligation vis-à-vis de l'enfant ? Non, probablement, puisque le droit suisse, comme nous le verrons encore au chapitre VI, repose sur le principe de la *parenté*. Mais le résultat peut paraître choquant, et empêchera que l'insémination artificielle ne soit employée dans toutes ses possibilités. En tout cas, lorsque, hors mariage, les spermatozoïdes d'un homme ont été utilisés contre son gré, il n'est pas question de lui imposer une obligation alimentaire.

Pour tout cela, voir la contribution de M. H. Dölle aux *Mélanges E. Rabel*, Tubingue, 1954, tome I, p. 187 ss. : *L'insémination artificielle, étude de droit comparé et de politique législative.* (Cf. aussi RSJ, 1948, p. 64.)

L'hypothèse de la fécondation due au hasard est trop académique pour que nous nous en occupions. Cf. M. Peter, *op. cit.*, p. 31 ss.

Note F (p. 49).

Disons en passant que Manigk ne connaît pas la fameuse catégorie des « *nichtempfangsbedürftige Willenserklärungen* » au sens où les entendait Zitelmann : Les déclarations de volonté adressées à une ou plusieurs personnes incertaines, — cas de la promesse publique, du testament, et, pourrons-nous dire, de la reconnaissance d'enfant illégitime —, obéissent aux mêmes règles que les déclarations dont le (s) destinataire (s) est (sont) déterminé (s).

La distinction des *empfangs-* et des *nichtempfangsbedürftige*, ou, mieux, des *zugangs-* et des *nichtzugangsbedürftige Willenserklärungen* (puisque aussi bien on n'exige pas de l'adressataire un comportement actif), n'a d'importance que pour fixer le moment où la déclaration (entre absents !) *déploie ses effets*. Cf., du même auteur, *Das rechtswirksame Verhalten*, Berlin, 1939, p. 298. En règle générale, ce moment se situe lorsque la déclaration parvient au destinataire, art. 130 BGB. Mais il s'agit là de droit dispositif, auquel on peut déroger ; et l'on dira précisément d'une déclaration qu'elle est *nichtempfangsbedürftig* si, d'ordinaire en vertu d'une convention, elle sortit ses effets dès l'instant même qu'elle est envoyée à son adressataire.

Note G (p. 51).

C'est au fond l'idée que A. Colin a soutenue dans son fameux article sur la *Protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation*, paru à la *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1902, p. 257, où il oppose sa théorie de la reconnaissance-admission à la doctrine ordinaire de la reconnaissance-confession.

M. Julliot de la Morandière pense réfuter l'idée de Colin en disant que, puisque la création d'un lien de parenté entre l'enfant et lui dépend de la volonté du reconnaissant, on ne voit pas pourquoi le consentement de l'enfant ne serait pas également requis (*Traité*, n. 956). Mais nous pourrions répondre que Colin n'a pas voulu soutenir que la reconnaissance fût un acte purement arbitraire. Elle contient une part d'aveu, parce qu'elle est fondée sur une filiation physique et que ce rapport de filiation échappe évidemment à la connaissance de l'enfant.

Au reste, l'idée de la reconnaissance-confession ou de l'aveu pur et simple semble être viciée dans son fondement : Nul n'est certain d'une paternité. Pas même le reconnaissant. Il peut bien avouer sa cohabitation, qu'il connaît. Mais comment peut-il avouer sa paternité, qu'il ignore ?

Note H (p. 53).

Nous aurons l'occasion de revenir sur ce sujet, et de soutenir que les cinq types de jugements constitutifs que nous passerons en revue déploient tous des effets rétroactifs.

Par ailleurs, nous venons de dire que les jugements déclaratifs ont un résultat analogue, quoique à notre sens il n'y faille voir aucune rétroactivité proprement dite.

Pour les deux catégories de jugements se pose la question toute pratique de savoir si le temps peut être ressaisi de la sorte, et s'il ne convient pas plutôt de sacrifier un peu des exigences de la logique à certains besoins de sécurité.

Supposons qu'une personne intente l'action de l'art. 29 CCS, en protection du nom. Elle obtient gain de cause. Si, par la suite, il se trouve que cette personne aurait dû, lors de l'intentement de l'action, porter un autre nom, la partie condamnée pourra-t-elle demander la revision du jugement (dans l'hypothèse où la loi de procédure qui régit sa demande autorise une revision pour une erreur de cette sorte) ?

On serait tenté, à première vue, d'opérer une distinction qui nous est familière :

Si le nom de la personne victorieuse au procès a changé

ensuite par l'effet d'un jugement constitutif, par exemple d'un jugement annulant une reconnaissance, la question de la revision ne se pose pas. Même si, comme nous le pensons, le jugement rétroagit, il n'empêche que, lors de l'action en protection du nom, la personne qui l'intentait portait un nom qui lui revenait *de droit* (en l'occurrence, le nom de son père, art. 325 I CCS), et qu'elle n'en pouvait porter un autre. C'est précisément une caractéristique de la rétroactivité d'un jugement constitutif d'état que, — pour toute la période qui précède le jugement —, la même personne bénéficie à la fois de deux statuts légaux, selon le moment où l'on se place pour la considérer.

Si le « changement » de nom s'est fait en vertu d'un jugement déclaratif, par exemple d'un jugement constatant la filiation maternelle, — et il n'y a pas alors de véritable changement, mais bien plutôt une correction —, la logique nous inviterait, semble-t-il, à prévoir une cause de revision. Le demandeur dans l'action en protection du nom n'avait *aucun droit* à porter le nom qu'il invoquait à l'appui de sa demande. Il n'avait donc pas qualité pour agir. Et la découverte ultérieure de ce défaut d'agir semble conférer à l'autre partie — ou ses ayants cause — la faculté de reprendre le procès dans son ensemble.

Mais on sent qu'une telle solution est excessive. Même si, en de pareils cas, la loi de procédure accorde la revision, nous croyons qu'il ne conviendrait guère d'en user, c'est-à-dire qu'il ne conviendrait guère au juge d'en recevoir la demande, parce qu'il en résulterait une incertitude (théoriquement) généralisée dans tout un domaine du droit des personnes.

(On arriverait peut-être à la même conclusion si l'on examinait le but de l'action en protection du nom, car il se pourrait bien que cette action ait été instituée pour sauvegarder les intérêts des porteurs *effectifs* du nom plutôt que de ses titulaires *en droit*.)

Des exemples analogues pourraient être puisés parmi les règles relatives à la puissance paternelle ou au droit de cité.

On ne concevrait pas que deux époux, qui viennent d'être déclarés parents légitimes d'une fille de moins de vingt ans (cf. chap. IX), introduisent l'action en nullité relative de l'art. 128 CCS contre le mariage que cette fille aura contracté sans leur consentement.

De même, si une décision administrative (ainsi, une nomination) a été rendue, pour partie, en considération du droit de cité du requérant, et qu'il se révèle plus tard, à l'issue d'une action d'état, que le requérant n'a jamais joui de ce droit de cité, se pourrait-il que la décision soit annulée ? (Autre est le point de savoir si, la décision n'ayant qu'une portée temporelle limitée, et cette période une fois écoulée, une nouvelle décision, — une nouvelle nomination —, est encore possible.)

La rétroactivité ne joue véritablement, en matière de jugements constitutifs, et l'effet rétrospectif des jugements déclaratifs ne se fait réellement sentir, que pour les questions pécuniaires. Car ce ne sont guère que pour ces questions-là que le temps peut être remonté. Pour nous, il s'agira plus spécialement des problèmes de successions et de pensions alimentaires.

Le jeu souple des principes relatifs à l'enrichissement illégitime, induits, selon les cas, des art. 62 ss. CO, ou des art. 938 ss. CCS (comp. art. 546 ss. CCS), évitent des duretés pareilles à celles qui naîtraient inévitablement des amendements rétroactifs (ou rétrospectifs) opérés en des matières plus personnelles, et par conséquent plus rigides, comme le nom, la puissance paternelle et le droit de cité.

En conclusion, il nous faut admettre, sans distinguer sur ce point entre la rétroactivité et la rétrospectivité, qu'il n'est pas toujours possible de refaire l'histoire, et qu'en particulier certains états apparents sont sanctionnés en droit dans le seul souci de la sécurité.

Note I (p. 65).

Cet arrêt soleurois distingue trois sortes d'actes personnalissimes :

Les premiers sont dits personnalissimes en ce sens qu'ils sont incessibles, intransmissibles, éventuellement insaisissables ; mais ils peuvent être exercés par l'intermédiaire d'un représentant légal ou volontaire. Ainsi, certaines créances en réparation du tort moral.

La reconnaissance fait partie d'un deuxième groupe de droits, non pécuniaires ceux-là, qui appartiennent à leur titulaire en raison de sa personne, selon l'art 19 II CCS. Ils ne peuvent être exercés par l'intermédiaire d'un représentant légal (mais bien d'un représentant volontaire, d'où la solution proposée). Cf. l'arrêt fédéral cité ci-dessus, page 56.

(Ici, pour être plus complet, l'arrêt aurait pu mentionner les actes personnels — il s'agit généralement d'actes de procédure dans les litiges relatifs à l'état — qu'un représentant *légal* peut accomplir au nom d'un mineur ou d'un interdit *incapable de discernement.*)

Les troisièmes, expressément indiqués dans la loi, tels que le droit de se fiancer ou de se marier, ne supportent aucune représentation, ni légale ni volontaire.

Cf. une classification plus détaillée, quoique analogue, chez M. J. Lador, *Des droits strictement personnels*, thèse, Lausanne, 1933, p. 44-5.

Note J (p. 96).

Le jugement de grande action comprend aussi, en général, une condamnation aux prestations de l'art. 317, éventuellement 318, mais non pas à celles de l'art. 319. Cet art. 319 est donc spécifique à la petite action.

Ce qui ne signifie pas que le dispositif, dans la grande action, ne puisse fixer les sommes que le père légal paiera à son enfant, mais il ne faut y voir que la mise en œuvre de l'obligation d'entretien qui dérive de la parenté juridique, art. 272 I. Cf. 46.II.5, revirement de jurisprudence (44.II.222).

Il n'y aura là que la détermination d'un minimum, et le jugement donne à l'enfant un titre exécutoire (art. 80 LP), permettant d'obtenir une mainlevée définitive en cas d'opposition à un commandement de payer.

M. H. Frey (*L'obligation d'entretien des parents à l'égard de leurs enfants, en droit suisse*, thèse, Zurich, 1948) pense que la condamnation pécuniaire *remplace* la prétention fondée sur l'art. 272 I. Pratiquement, son opinion est tout à fait justifiée, parce qu'une modification du montant ne peut être obtenue que par un nouveau jugement. Faut-il alors appliquer par analogie l'art. 157 CCS ? ou l'art. 320 (plus exigeant) ? ou invoquer plus généralement la *clausula rebus sic stantibus* ?

Note K (p. 97).

Dans sa thèse sur l'*Illicité d'après l'art. 41 I CO*, Berne, 1939, M. E. Känzig s'est élevé avec véhémence contre cette théorie dite de l'illicité subjective ou négative. Elle serait contraire aux exigences du libéralisme le plus élémentaire. Car enfin, tout ce qui n'est pas défendu est permis !

Oui, sans doute. *En général*, tout ce qui n'est pas défendu est permis. Mais M. Känzig semble perdre de vue que nous sommes, par hypothèse, dans une situation *spéciale*. Un dommage a été causé à une victime qui n'en est pas l'auteur. Dès lors, la proposition se retourne. *Neminem laedere*. Tout ce qui n'est pas permis est défendu. Le droit prohibe toute atteinte à un bien d'autrui, à moins qu'il ne l'ait autorisée (ou ordonnée) au justiciable.

L'art. 1382 CCF nous propose un texte apparemment exact, — quoiqu'il envisage le problème plus complexe de la *responsabilité* délictuelle, d'où l'introduction de l'élément de faute.

Ainsi, je puis faire normalement tout ce que le droit ne m'interdit pas de faire. Par exemple, je puis lancer des cailloux dans mon jardin. Mais gare à moi si par malheur j'atteins et blesse

une personne qui s'y promène à cet instant. Serait-ce qu'un acte puisse être ou n'être pas licite selon son résultat ? Non, assurément. Mais il nous paraît judicieux de reprendre une analyse de M. Känzig lui-même. L'*acte*, au sens de l'art. 41 CO, n'est pas le seul comportement corporel, ici, le jet de la pierre. C'est encore le résultat externe de ce comportement *(Aussenerfolg)*, ici, la blessure causée à autrui. Le dommage n'est que la diminution de fortune qui sera la conséquence (adéquate) de la blessure. Dès lors, j'ai accompli deux actes *différents*, selon que je blesse ou ne blesse pas autrui (p. 19-25).

La notion d'illicite, à l'art. 41 I, n'a pas d'existence propre. Elle est pour ainsi dire un *réflexe* du dommage. Et l'ancien texte français de l'art. 41 I CO, « sans droit », au lieu de « d'une manière illicite », nous semblait mieux exprimer la vérité.

La question est maintenant de savoir quand l'auteur du dommage avait le droit (éventuellement le devoir) d'agir comme il l'a fait. Nous ne pouvons nier que la réponse n'est pas toujours facile, car la loi ne dresse aucune énumération exhaustive des cas où l'acte est licite. Si bien que Von Tuhr disait : « La théorie dite subjective ne mène à aucun résultat qui diffère notablement de celui auquel aboutit la théorie dominante, dite objective, et où l'illicité est conçue comme une violation contre une disposition du droit objectif. Elle nous oblige par ailleurs à construire des autorisations innombrables dans le domaine des actes juridiquement indifférents », I, p. 349, n. 17.

Mais empressons-nous d'ajouter que les tenants de la thèse adverse n'ont pas une tâche plus aisée. M. Känzig doit bien admettre que ni la loi ni la coutume n'ont donné une liste complète de ces normes de conduite dont la transgression constitue seule un acte illicite.

Au fond, il y a entre ce que le droit permet et ce qu'il interdit expressément un terrain vague qu'il est réservé au juge d'explorer. Selon quels critères tracera-t-il la démarcation du licite et de l'illicite ? Serons-nous tellement hérétique, si, partisan de la théorie négative de MM. Gmür et Burckhardt, nous rappelons que le juge ne devra exclure l'illicité d'un acte dommageable (à autrui) que si d'impérieuses raisons le lui commandent ; qu'il n'admettra qu'avec peine qu'une personne soit autorisée à léser son prochain.

Note L (p. 98).

Par exemple, le prétendu cumul des actions contractuelle et délictuelle nous semble bien discutable. La violation d'une obligation contractuelle n'est qu'une espèce du genre acte illicite,

et l'avis contraire du TF ne nous convainc guère. Le droit positif nous fait un devoir d'exécuter nos contrats. *Pacta sunt servanda*, voilà bien un des principes les plus élémentaires de la justice, qui est violé quand le contrat n'est pas observé. Dès lors, un cumul de l'action délictuelle avec l'action contractuelle nous paraît logiquement impossible. On ne cumule pas la partie avec le tout. La partie remplace le tout. Les art. 97 ss. CO sont seuls applicables. Il va de soi qu'on pourra invoquer subsidiairement les art. 41 ss., du point de vue procédural.

Il se pourrait que tous les cas de cumul se résolvent ainsi par l'opposition d'une loi spéciale à la loi générale.

Tout cela ne signifie pas, d'ailleurs, que la fameuse *exceptio plurium* sera toujours victorieuse. Nous voulions simplement dire qu'elle le restera aussi longtemps que le CCS gardera son contenu actuel (mis à part les cas rappelés ci-dessous, *note O*).

Mais rien n'empêcherait le législateur de poser une règle nouvelle, qui ne se fonderait ni sur la parenté ni sur le délit (du moins tel qu'il est conçu aux art. 41 ss.) et qui s'appliquerait à imiter une solution bien connue dans les droits scandinaves. On ne voit pas pourquoi il serait nécessaire de ramener toute responsabilité à une catégorie déjà connue. La règle nouvelle dirait en substance que, lorsque naît un enfant illégitime, tous les hommes qui peuvent en être l'auteur sont tenus solidairement de contribuer à son entretien. (Cf., en ce sens, la lettre a d'un postulat de M. Grendelmeier, au Conseil national, du 25 mars 1954.)

Et cette règle remplacerait avantageusement l'institution actuelle de la petite action. Autrement dit, l'alinéa II de l'art. 314 ne vaudrait plus que lorsqu'il s'agit de créer une paternité légale (grande action).

Note M (p. 99).

Nous laissons de côté la théorie dite du quasi-contrat, de Gimmerthal, qui nous semble à peine intelligible, et celle de Schröter, de la procréation, qui diffère très peu de la théorie de la parenté.

Rappelons simplement l'opinion de Schröter. Il pense que l'obligation du défendeur trouve sa source dans le seul acte de la procréation (donc de la cohabitation causale), et non pas dans le lien de paternité, qui unit pourtant le procréant et le procréé.

Il faut faire effort pour comprendre que des esprits raisonnables aient pu s'amuser à de telles subtilités. Le pire est que Schröter concluait, avec un bel illogisme, au rejet de l'*exceptio plurium*. M. Decoppet (*L'enfant naturel et son père*, thèse, Lausanne, 1917, p. 112 ss.), qui a redressé cette erreur, et qui, pour le reste, se rattache entièrement à cette théorie, a néanmoins

raison de nous mettre en garde contre une terminologie incorrecte. Si, pour expliquer l'obligation alimentaire, notre code se réclame d'une théorie de la parenté, il faut entendre par là une paternité physique *(Blutsverwandtschaft)*, et non pas juridique *(Rechtsverwandtschaft)*. Il n'est pas question ici d'introduire la notion d'un lien familial.

Note N (p. 99).

Nous ne sommes pas encore aussi riches que les Allemands, qui semblent en avoir trois ou quatre, — quoiqu'ils ignorent la grande action, et la reconnaissance telle qu'elle existe en France et chez nous —, grâce à l'interprétation rigide qu'ils donnent aux art. 1717, 1720, 1883 BGB et 4 *Ehegesetz*.

Est père au sens des art. 1708-16 (obligation alimentaire) l'homme qui a cohabité avec la mère pendant la période critique légale — 302 à 181 jours avant la naissance —, sauf s'il prouve que sa cohabitation n'a pu être causale, ou que la mère a cohabité avec un tiers pendant la même période critique, étant réservé de nouveau une réplique d'impossibilité (la cohabitation avec le tiers n'a pu être causale).

Est père au sens de l'art. 1719 (légitimation par mariage subséquent) le mari, s'il a cohabité avec la mère (qui est maintenant sa femme) pendant la période critique, à moins qu'il ne prouve derechef l'impossibilité de sa paternité. Mais, ici, l'*exceptio plurium* n'est pas admise.

Est père, dans la même hypothèse d'une légitimation, mais pour la seule question de la tutelle, le mari dont la paternité a été constatée, sans l'aide d'aucune présomption légale (art. 1883).

La même notion d'une paternité réelle, démontrable par tout moyen, se rencontre à l'art. 4 I de l'*Ehegesetz* du 20 février 1946, ancien art. 1310 III BGB (empêchement à mariage), la simple possibilité de la paternité étant considérée à l'alinéa II de cet art. 4, ancien art. 1310 II BGB, où l'empêchement n'est que prohibitif.

Et, comme aucun des jugements ainsi rendus ne bénéficie d'une autorité absolue, on arrive aux situations les plus curieuses.

Une jeune fille, illégitime, épouse le fils de l'homme qui lui payait des aliments, après avoir démontré qu'il n'était pas son père réel. Il n'y a là rien d'étonnant encore, une erreur a été redressée. Mais les notions sont traitées de manière si formelle que ce père n'aura aucune créance fondée sur un enrichissement sans cause, si même il est libéré de prestations ultérieures.

Ou bien, le même homme épouse la mère de la jeune fille, il intente une action en contestation de légitimation, et l'action est

déclarée bien fondée, mais, s'il ne continue pas à payer les prestations des art. 1708 ss. (ce qui n'est pas sûr !), il n'aura pas davantage de *condictio*.

Ou encore, dans une hypothèse semblable, la jeune fille est légitimée (présomption de l'art. 1720), sans contestation de la part du mari qui la légitime, mais la tutelle dont elle avait été pourvue ne sera pas supprimée, parce que la paternité du mari n'est pas suffisamment établie.

Voir sur ce sujet particulier les articles, parus peu après l'entrée en vigueur du BGB, de MM. Natter et Raape, *Arch. ziv. Pr.*, 1904 (vol. 95), p. 123 ss. ; *Jherings Jahrb.*, 51, p. 239 ss.

Mais ce fractionnement n'a pas toujours paru de bon aloi. Dès le début du siècle également, des voix dissidentes se sont fait entendre. M. Kuttner, en particulier, s'est opposé à la doctrine de MM. Natter et Raape. *(Jher. J.*, 50, p. 412 ss.) Et, tout récemment, dans une décision fondamentale en notre matière, le Bundesgerichtshof s'est rangé à son avis : le BGB connaîtrait une notion unique de la paternité illégitime, qui apparaît comme un rapport de droit de famille, inférieur, il est vrai, à la relation juridique de la parenté (cf. art. 1589 II BGB). Voir EBGH, *Zivilsachen*, Bd. V, II. 5/6, p. 386 ss., arrêt du 28 avril 1952. Quand une personne y a intérêt, elle peut obtenir désormais la déclaration de l'existence ou de l'inexistence de ce lien de paternité illégitime *(Abstammungsklage)*.

Note O (p. 100).

Si nombreux sont les effets juridiques de la paternité réelle qu'on peut se demander s'il ne convient pas d'admettre, à côté des deux actions du CCS, une troisième action, purement déclarative, celle-là, imprescriptible, et ouverte à tout intéressé, qui tendrait à la fixation de cette parenté réelle, ou, plus exactement, des rapports de droit qui lui sont inhérents. Elle ne saurait, il est vrai, tendre à des prestations pécuniaires : notre petite action y pourvoit.

L'action déclarative ressemblerait à l'*Abstammungsklage* des Allemands (cf. note N, *in fine*).

Elle serait accordée, par exemple, à l'opposant qui veut établir que deux fiancés sont en réalité des parents consanguins : le père légitime de la fiancée n'est autre que le père naturel du fiancé.

L'enfant lui-même n'a-t-il pas aussi 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 ?

Le TF avait laissé la question ouverte, 39.II.505.

Le Tribunal supérieur argovien l'a tranchée négativement, 14 juillet 1924, RSJ, 1925/6, p. 48.

Mais, plus tard, dans un intéressant arrêt du 27 septembre 1940, le Tribunal supérieur de Zurich a admis cette action en déclaration *positive* de la paternité, en contestant que l'art. 309 I fût exhaustif, et en lisant dans le texte allemand de l'art. 307 I plus que le simple programme que l'on y avait vu jusqu'alors (BlZR, 1941, p. 134, n° 57).

Il est dès lors permis de regretter que le TF, revenant sur sa jurisprudence précitée de 1913, ait refusé tout récemment (79.II. 257) de recevoir une pareille action, en prenant exactement le contre-pied de la cour zurichoise (le CCS, avec ses petite et grande actions, épuiserait la matière. Un pareil argument semble un peu mince).

Sans cette décision discutable, on aurait pu aller plus loin, et imaginer, avec M. DuPasquier, une action en déclaration *négative* de la paternité réelle (JT, 1918, p. 484) : « Je suppose qu'une fille-mère, peu après la naissance de son enfant, répande partout le bruit qu'elle est en droit de faire reconnaître la paternité de certain jeune homme. Celui-ci en souffre dans son honneur et dans sa réputation, attributs moraux de la personnalité auxquels la loi reconnaît incontestablement une valeur juridique. Il nous paraît en conséquence que le jeune homme justifierait d'un intérêt moral suffisant pour pouvoir intenter l'action tendant à faire prononcer que sa paternité ne saurait être déclarée. »

M. Oswald soutient la même opinion dans sa thèse sur la *Péremption de l'action en recherche de paternité*, Fribourg, 1937, p. 12.

Il faut avouer que, n'était sa technicité, le système allemand, qui permet en général toutes sortes d'actions déclaratives (art. 256 ZPO), même dans le droit de la famille, répond mieux que le nôtre à certains besoins moraux.

Il va de soi qu'une constatation ne serait pas autorisée si l'enfant dont il s'agit avait un père légal (légitime ou illégitime). En effet, la fausseté d'une paternité légale (qui est réputée coïncider avec la paternité réelle) ne peut être démontrée que par le moyen d'une des actions constitutives prévues expressément par le CCS. Comp. les deux arrêts pénaux cités dans l'introduction, p. 13).

La solution de l'arrêt du Tribunal supérieur de Zurich du 2 juillet 1919, RSJ, 1919/20, p. 142, nous semble donc inexacte, où le juge du divorce dispensa le mari de payer une pension à un enfant qu'il n'avait pas désavoué, mais qui n'était manifestement pas de lui ; quoiqu'elle ait bien des chances d'être équitable — cf. Egger, ad art. 156, n. 17 — et apporte une sorte de tempérament aux rigueurs de l'action en désaveu. La solution fut reprise au JT, 1929, p. 302, et à la RSJ, 1953, p. 379. Mais

les arrêts en sens contraire paraissent beaucoup plus nombreux : 71.II.209/10 (droit de visite) ; TC des Grisons, 18 juillet 1946, RO Grisons, 1946, p. 36 ; OG Zurich, 8 décembre 1949, BlZR, 1951, p. 243, n° 150 ; CA Bâle-Ville, 22 avril 1952, RO Bâle-Ville, 1949/52, p. 3.

Nous aurions ainsi, dans le seul domaine de la recherche de paternité, les trois types d'actions classiques :

a) L'action en constitution, ou grande action, qui seule nous intéressera par ses effets sur la filiation légale.

b) L'action en condamnation, ou petite action, où la constatation de la paternité réelle n'est qu'un motif (39.II.495, 45.II. 507), dont la conséquence juridique, purement pécuniaire, figure au dispositif.

c) L'action en déclaration, où la constatation de la même paternité réelle serait contenue dans le dispositif, suivie de la conclusion requise en l'espèce, par exemple le bien-fondé d'une opposition au mariage.

Enfin, la question s'est posée de savoir si, là où le CCS n'accorde aucune protection à la mère ni à l'enfant *(exceptio plurium)*, il ne serait pas possible de recourir au CO, et d'intenter une action délictuelle (autre action en condamnation).

Dans l'arrêt 72.II.171, l'espèce était la suivante : Une femme avait été violée par trois soldats. Elle requérait une indemnité pour tort moral. Mais elle ne pouvait la fonder sur l'art. 318 CCS, car cette disposition sous-entend que la paternité du défendeur a été établie.

En pareil cas, l'art. 49 CO est-il applicable ?

A l'encontre d'une décision antérieure, tout à fait insatisfaisante, 67.II.76, le TF a répondu oui. (Même réponse dans l'arrêt de la CA bernoise du 18 janvier 1944, RSJB, 1945, p. 276, dans celui de l'OG thurgovien du 5 avril 1945, RO Thurgovie, 1945, p. 51, et dans celui de l'OG argovien du 5 novembre 1948, RO Argovie, 1949, p. 18.) Mais il n'avait pas à résoudre le problème des dommages-intérêts, qui n'étaient pas demandés.

Il semble qu'en pareille circonstance on en pourrait allouer, en vertu de l'art. 50 CO (cf. Egger, ad art. 307, n. 6). La théorie de Windscheid (cf. ci-dessus, p. 98) conviendrait parfaitement, car chacun des trois défendeurs avait conscience qu'à tout le moins sa cohabitation contribuerait à rendre la paternité incertaine.

Même solution, lorsqu'un concubin présente à la femme qu'il craint avoir rendue enceinte un « ami » qui lui procurera l'*exceptio plurium*. Ici, l'acte illicite n'est sans doute commis qu'à l'égard de l'enfant à naître, — encore qu'on puisse soutenir à la rigueur

que le principe *volenti non fit injuria* n'a pas été reçu par le droit suisse (arg. art. 44 I CO).

L'applicabilité des art. 41 ss. CO doit aussi être reconnue en certains cas, lorsque la « mère », qui n'a cohabité qu'avec un homme, ne peut invoquer les art. 307 ss. CCS, parce qu'elle a eu une fausse couche. L'arrêt 41.II.648 n'a pas tranché la question.

Le TC des Grisons a refusé l'action, dans son arrêt du 9 novembre 1945, RSJ, 1946, p. 342, mais en l'espèce, c'était tout à fait normal, parce qu'il s'agissait d'une cohabitation simple, où la mère avait librement consenti. Cet arrêt parle donc tout au plus contre la théorie délictuelle en sa forme ordinaire.

Note P (p. 114).

Dans l'arrêt anglais *Hadlum* v. *Hadlum* [1949], 65 T.L.T.30, une gestation de 349 jours fut considérée comme possible ! Voilà qui est un peu gargantuesque.

Les auteurs français tombent peut-être dans l'excès inverse, quand ils se font des gorges chaudes d'un arrêt de la CA de Limoges, du 18 juin 1840 (S.1840.2.509), qui déclara qu'un enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage pouvait avoir été conçu en mariage. Ils lui opposent maintenant l'arrêt de la Cour de cassation civile du 11 juillet 1923 (S.1924.1.113), mais on peut se demander s'ils n'amplifient pas sa portée. L'arrêt se borne à décider qu'un juge ne saurait dire *in abstracto* « L'enfant porté 188 jours n'est pas viable », car ce serait contraire à la loi. Mais le juge peut très bien dire *in concreto* « Cet enfant a certainement été porté plus de 188 jours ». La question que nous nous posons n'a donc pas été abordée du tout.

Les gestations inférieures à 180 jours sont très rares. On a même longtemps nié qu'un enfant qui a été porté moins de 6 mois pût naître vivant. Mais il semble que cette dénégation ait été excessive elle aussi. La RSEC, 1941, p. 12, parle d'un enfant né vivant (quoique non viable) après 4 mois de grossesse.

Le droit fédéral prévoit l'inscription de tous les enfants mort-nés après une gestation de six mois (art. 66 I OEC). Une longueur de 30 cm. fait conclure à une gestation de cette durée. Par conséquent, les êtres qui n'atteignent pas cette dimension ne sont pas considérés comme des enfants, même mort-nés, et, comme fœtus, ne sont pas inscrits. Il est évident qu'on réserve le cas, rarissime, où l'un d'eux naîtrait vivant (RSEC, 1953, p. 218, et la controverse qui y est rapportée).

Note Q (p. 115).

La norme qui pose une présomption est une règle de procédure, dont le but est de modifier le fardeau de la preuve. Une présomption qui n'admet pas d'être renversée ne modifie pas le fardeau de la preuve, elle le supprime. Elle est une règle de droit matériel, qui prendra parfois le caractère d'une fiction. « La présomption irréfragable est un fruit trop mûr, et on s'étonne qu'il pende encore à tant d'arbres », J. Hedemann, *La présomption dans le droit de l'Empire allemand*, Jena, 1904, p. 196.

Gény lui-même le reconnaissait : « Quand la présomption est irréfragable, écrivait-il, elle devient, en réalité, une règle de droit indépendante, que son origine seule rattache au domaine de la preuve » *(op. cit.*, III, p. 282).

M. Dabin, lui, reste fidèle à la terminologie française, qui donne au mot présomption l'acception la plus large (demeurant peut-être sous l'impression que le droit de procédure, ou plus généralement le droit de forme, n'est qu'un parent pauvre). Dès lors, il est obligé de distinguer entre la présomption-preuve, qui, simple instrument de partage du fardeau de la preuve, mérite seule pour nous d'être appelée présomption, et la présomption-concept, qui sort du domaine probatoire, pour s'introduire dans le plan du droit matériel. A vrai dire, la règle ainsi posée est bien, dans son contenu ou dans ses motifs, la résultante d'une présomption *(sensu stricto)*. Mais elle n'est plus en elle-même une présomption, et ne participe plus de son caractère réfragable.

A ceux qui répondaient que la présomption ainsi comprise ressemblait fort à une fiction, M. Dabin répliquait que sa présomption-concept reste dans la ligne du vrai, alors que la fiction sciemment s'en écarte.

La remarque est certainement exacte. Mais il est permis de se demander si elle présente une utilité quelconque du point de vue juridique. La discrimination ne nous indique rien sur le maniement de l'institution, fiction et présomption-concept sont irréfragables toutes les deux, alors qu'une terminologie qui se veut efficace devrait chercher à classer sous une même étiquette, sans s'inquiéter de leur origine, les institutions qui obéissent à des règles identiques.

D'ailleurs, la notion de la présomption-concept pourrait bien porter en elle les germes de sa destruction, si l'on pense, avec Gény, que presque toutes les règles de droit sont le produit — conscient ou inconscient — d'un procédé présomptif.

Il ne nous a malheureusement pas été possible de tenir compte d'un des ouvrages les plus modernes en la matière, la thèse de M. J. M. Grossen, *Les présomptions en droit interna-*

tional public, Neuchâtel, 1954, où, dans un chapitre premier, p. 13-52, l'auteur élabore une théorie complète des présomptions.

Note R (p. 123).

D'après un arrêt du TC vaudois du 18 octobre 1950, JT, 1951, (dc), p. 55, le juge ne saurait suppléer d'office le moyen tiré de la péremption, parce qu'ainsi il priverait la partie demanderesse de la possibilité d'invoquer le dol du défendeur (en l'espèce, défaillant).

Il est vrai que, le juge ne l'avertissant pas qu'il va la débouter pour cause de péremption, la partie demanderesse oubliera peut-être de faire état d'un motif de prolongation. Mais elle n'aura qu'à s'en prendre à elle-même. Lorsqu'on fait appel à l'équité (et c'est bien une raison d'équité qui permet d'accorder parfois une prolongation de délai), il faut au moins l'invoquer de manière expresse, et ne pas s'en remettre au juge, comme s'il allait de soi qu'il corrigera, dans l'espèce, la rigueur des règles d'une justice générale.

Tout ce qu'on peut dire, c'est que, s'il ressort des faits établis que la partie demanderesse mérite une prolongation de délai, le juge devra la lui accorder sans en être prié, et donc ne pas la débouter pour cause de péremption.

Note S (p.162).

Un problème classique est celui de la *double légitimité.* Il se pose lorsque la mère a été mariée à deux hommes différents pendant la période qui sépare la conception de la naissance. Il serait contraire au bon sens de donner deux pères légaux à l'enfant. Il faut donc choisir.

Quand nous disons qu'il faut choisir, nous entendons qu'il faut décider une fois pour toutes pour quel mariage nous ferons jouer la règle de la légitimité. Et non pas que, dans l'espèce, il appartient à une personne (sans doute l'enfant) de se prononcer à son gré pour une paternité ou pour une autre, ainsi qu'en a jugé la Cour de cassation française (Req., 23 septembre 1940, D.C. 1941, p. 4, note Lalou).

On distingue deux cas de double légitimité.

A) L'art. 103 CCS interdit à une femme dont le mariage a été dissous de se remarier avant 300 jours, pour éviter précisément une confusion de part. Mais il est possible que la femme contrevienne à cette disposition, ou que le juge abrège le délai

par erreur. parce qu'il a cru à tort qu'elle ne pouvait être enceinte (la loi ajoute, — alinéa III —, « des œuvres de son mari », ce qui nous paraît contraire au système suisse de la paternité légale. En ce sens, l'arrêt du juge d'appel de Saint-Gall, du 27 novembre 1953, RO Saint-Gall, 1953, p. 44, semble une aberration, d'après lequel la femme peut faire abréger le délai aux conditions de preuve de l'art. 254 CCS). Notons-le en passant, l'art. 103 ne prévoit qu'un empêchement prohibitif.

Supposons que M, le mari de F, meurt le 2 juin. Sa veuve se remarie avec N le 10 janvier suivant. Un enfant naît le 27 février. La règle de la légitimité indique à la fois la paternité de M et de N.

L'art. 1600 nouveau BGB, qui prévoit l'hypothèse, attribue la paternité au deuxième mari. Le CCS est muet. Mais la solution allemande paraît tout à fait raisonnable, et correspond fréquemment à la réalité, — quoiqu'elle présume en général l'adultère de la femme. Bien souvent, en effet, la femme qui se remarie si précipitamment entretenait déjà des relations avec N lorsqu'elle était encore mariée avec M, et bien souvent aussi elle n'en avait plus avec M (peut-être vivaient-ils séparés de corps, — comp. note T —, ou en instance de divorce ; ou peut-être M était-il malade).

Certes, la démonstration n'est pas péremptoire, mais elle justifie dans une large mesure la norme du BGB. Et elle a l'avantage de consacrer l'unité de la deuxième famille (Riezler, article cité dans la bibliographie).

Rien d'étonnant, dès lors, que ce soit aussi la solution du DFJP (Circ. n° 8, du 25 août 1931, RSJ, 1931/32, p. 117, cf. RSEC, 1940, p. 72), suivi par le Tribunal du district de Saint-Gall, en son jugement du 19 mars 1943, cité par M. G. Spitzer, RSJ, 1944, p. 236.

Mais elle pourra sembler trop mécanique. L'enfant pourrait fort bien être du premier mari (qui est mort brutalement, en escaladant le Cervin). Une stricte application des règles que le CCS prévoit pour le désaveu serait intolérable.

L'action introduite par N, le deuxième mari, qui serait donc le père légal, doit certes être soumise à un examen aussi sévère que l'action ordinaire, dans les rares cas où N ne bénéficie pas du droit de désavouer péremptoirement (cf. ci-dessus, p. 162).

En effet, le désaveu aura bien la conséquence de faire « revivre » la paternité du premier mari, M, — sauf si la conception se situe après la dissolution de ce premier mariage (encore, pratiquement, faut-il pouvoir le prouver) —, mais n'oublions pas que M ou ses héritiers auront la faculté de désavouer à leur tour. Si le désaveu du deuxième mari a été facilité, le désaveu du premier doit l'être également (bien qu'on puisse objecter que la

situation n'est pas tout à fait la même : car il est alors plus que probable que la conception a eu lieu pendant le premier mariage). Et l'enfant risque de perdre sa légitimité plus vite encore que si la règle de l'art. 252 ne lui avait désigné qu'un père, sans équivoque.

Toutefois, il nous semble opportun d'accorder l'action en désaveu du deuxième mari au premier aussi, dans ce sens que M pourra revendiquer l'enfant, en montrant qu'il n'est pas l'enfant de N.

Et la même action serait ouverte à la mère et à l'enfant.

Dans tous les cas, les autres intéressés défendront en consorité. Si, en un pareil procès, le premier mari a obtenu gain de cause, il ne pourra plus désavouer l'enfant : on admettra que l'ouverture de l'action en annulation de la paternité de N contient une reconnaissance tacite, par M, de sa propre paternité, selon l'art. 257 I CCS.

Enfin, M. Spitzer accorde avec raison au premier mari une action en désaveu prophylactique, pour le cas où le deuxième mari désavouerait et le chargerait par là de la paternité légitime.

B) La seconde éventualité se présente en cas de bigamie.

La même solution s'impose, avec plus de force encore que dans l'hypothèse d'un remariage prématuré.

En effet, pour que la bigamie de la femme soit possible, il faut probablement qu'elle vive séparée du premier mari. Il y aura donc bien des chances qu'elle n'ait cohabité qu'avec le second pendant la période critique.

En vain répondra-t-on que l'art. 133 CCS, qui accorde la légitimité à l'enfant né d'un mariage « nul », est un remède contre l'illégitimité, qu'en l'occurrence l'illégitimité n'est pas à craindre et que, *cessante ratione legis, cessat lex ipsa* (Waiblinger, *op. cit.*, p. 114). Il importe avant tout que l'enfant soit attribué à celui des deux maris qui est le plus vraisemblablement son auteur.

Les mêmes actions du premier mari, de la mère et de l'enfant, auxquelles nous venons de faire allusion sous A, seront sans doute admises.

Remarquons enfin qu'il pourrait arriver qu'aucun des deux maris ne soit le père *légal* de l'enfant. Il suffit de penser au cas où l'enfant a été conçu après que les deux mariages ont été dissous. La période critique légale ne constitue qu'une présomption, dont le renversement s'obtiendrait, comme nous le savons, par une simple action déclarative, imprescriptible et ouverte à tout intéressé.

La même hypothèse, pour l'éventualité précédente (A), était trop académique pour qu'il y eût lieu d'en faire état.

Note T (p. 163).

Le jour où le mariage est dissous doit être fixé avec précision.

1. Pour la mort, ce n'est en général pas difficile.

2. La déclaration d'absence ne dissout pas le mariage, il faut pour cela une procédure semblable à celle du divorce (art. 102). Mais n'est-il pas étrange que les enfants qu'une femme conçoit après la déclaration d'absence de son mari, ou même après le moment auquel remonte l'absence, soient les enfants légitimes de l'absent ?

M. Schulthess propose d'accorder ici aux personnes qui ont qualité pour agir à défaut du mari (art. 256) le même désaveu péremptoire que nous avons vu pour le cas d'une conception antématrimoniale. Une telle solution s'impose.

Mais ne pourrions-nous pas aller plus loin ?

L'homme déclaré absent est présumé mort (cf. M. W. Stauffer, RSEC, 1950, p. 16). Bien qu'il soit encore le mari de la mère, n'est-il pas grotesque de lui attribuer une descendance ? Certes, la règle matérielle qui crée la légitimité n'est pas indissolublement liée avec les présomptions de cohabitation et de causalité (qui, elles, ne sauraient atteindre en aucun cas un mari présumé mort). L'art. 255 nous le démontre.

Toutefois, dans le cas d'une conception antématrimoniale, comme aussi dans celui d'une conception qui a lieu alors que les époux étaient séparés de corps (selon l'art. 143, — et non pas, par exemple, 170 ou 145, cf. 40.II.580 —, c'est l'autre éventualité de l'art. 255 I, où un désaveu péremptoire est possible), le législateur avait de bonnes raisons de maintenir la règle matérielle, quoique dépouillée de son armure procédurale : la cohabitation entre fiancés n'est pas rare, les rapprochements entre époux séparés sont fréquents eux aussi.

L'application de la règle au cas d'absence du mari nous semble en revanche dénuée de fondement.

Adoptant le même chiffrage que nous connaissons, nous dirions donc que les enfants nés plus de 300 jours après la date à laquelle rétroagit la déclaration d'absence *ne sont pas présumés* légitimes.

Le demandeur qui voudra en faire constater la légitimité devra ou prouver que la conception remonte à une époque antérieure à la date de l'absence (c'est-à-dire, renverser ce que nous avons nommé la présomption III), ou alors renverser la présomption de mort qui s'attache à la déclaration d'absence.

3. On a longtemps admis que, lorsque le mariage était dissous par un divorce ou par une « nullité », le délai de 300 jours

courait du jour où le jugement était passé en force (cf. circ. du DFJP, du 30 avril 1924, RSJ, 1924/5, p. 24).

Un important arrêt zurichois a remis la question sur le tapis. (Tribunal supérieur, 16 octobre 1943, RSJ, 1944, p. 41.)

Le moment où le divorce acquiert la force de chose jugée dépend des procédures cantonales — le recours a ou n'a pas d'effet suspensif. Et comme, en général, le délai pour recourir part du jour où le jugement a été livré à la connaissance des parties, les 300 jours pourront devenir 320, 350 ou 400, selon que le greffier travaille plus ou moins vite.

Or la notion de dissolution du mariage, qui appartient au droit fédéral, ne doit pas dépendre de pareilles contingences.

Si donc le jugement ne fait pas l'objet d'un recours, le divorce datera du jour où il a été prononcé, et non pas du jour où le délai de recours a expiré sans avoir été employé, quand même le recours aurait un effet suspensif.

Voilà une simplification qui paraît des plus satisfaisantes.

En tout cas, elle éviterait souvent des situations désagréables. (Comp. ZbSGW, 1944, p. 453.)

Mais M. le juge fédéral Stauffer ne partage pas cette opinion : RSEC, 1950, p. 16. (V. aussi même revue, 1954, p. 54.)

Note U (p. 163).

Le cas suivant est concevable, il est vrai :

F et M se marient le 10 mars. M (le mari) est tué dans un accident de motocyclette, le 13 mars. Le 8 septembre naît le petit Ernest.

1° La présomption IV nous dit qu'il a été conçu entre le 10 et le 13 mars. Un désaveu ne pourrait alors s'exercer que par le renversement des présomptions de cohabitation et de causalité (I et II).

2° Mais il ne sera pas difficile au demandeur en désaveu de montrer que la présomption IV est fausse, et de ne laisser subsister que la présomption III : l'enfant a été conçu par exemple au mois de janvier. Alors, le désaveu péremptoire sera suffisant (art. 255).

3° Dans le cas rarissime où la présomption III serait fausse également, parce que l'enfant a été conçu après le 13 mars (Ernest est un enfant de 175 jours), il n'aura jamais été légitime.

Les trois possibilités seraient également vraisemblables, si,

dans notre cas, Ernest était né vers la fin du mois de décembre : il y aurait à peu près autant de chances qu'il soit

1° légitime, *avec* les présomptions de cohabitation et de causalité ;

2° légitime, *sans* lesdites présomptions ; ou enfin

3° illégitime.

BIBLIOGRAPHIE

A. *Traités et ouvrages généraux*

d'Amelio M. : *Codice Civile.* Commentario. I. Libro primo *(Persone e famiglia).* Florence, 1940.

Aubry et Rau (tenu à jour par M. P. Esmein) : *Cours de droit civil français.* 6e éd. Tome IX. Paris, 1953.

Beitzke G. : *Familienrecht.* Munich et Berlin, 1951.

Binder J. : *Prozess und Recht.* Leipzig, 1927.

Colin A., Capitant H. et Julliot de la Morandière L. : *Traité de droit civil.* Tome I. Paris, 1953.

Egger A. : *Kommentar des schweizerischen Zivilgesetzbuches.* II.2. Zurich, 1943.

Gmür M. : *Kommentar des schweizerischen Zivilgesetzbuches.* II.2. (Silbernagel). Berne, 1927.

Guldener M. : *Das Zivilprozessrecht der Schweiz.* Zurich, 1947.

Hellwig K. : *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts.* Vol. I. Leipzig, 1903.

Huber E. : *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts.* Vol. I. Bâle, 1886.

— *Erläuterungen zum ZGB.* 2e éd. Berne, 1914.

Kipp Th. et Wolff M. : *Familienrecht.* Marbourg, 1931.

Lehmann H. : *Deutsches Familienrecht.* 2e éd. (Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft. Vol. 4.) Berlin, 1948.

Mitteis H. : *Familienrecht.* Berlin, Gœttingue et Heidelberg, 1949.

Morel R. : *Traité élémentaire de procédure civile.* 2e éd. Paris, 1949.

Nikisch A. : *Zivilprozessrecht.* Tubingue, 1952.

Planiol, Ripert et Boulanger : *Traité élémentaire de droit civil.* 5e éd. Tome I. Paris, 1950.

Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB, 8e éd. Vol. 4. (Sayn). Berlin et Leipzig, 1935.

Rosenberg L. : *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts.* 6e éd. Munich et Berlin, 1954.

Rossel et Mentha : *Manuel de droit civil suisse.* 2e éd. 1er volume. Lausanne, 1922.

Staudinger Kommentar zum BGB. 9e éd. Tome IV, vol. I. (Engelmann-Keidel). Munich, 1926.

B. *Monographies*

Artus A. : *La reconnaissance des enfants illégitimes en droits suisse et turc.* Thèse, Lausanne, 1940.

Bachmann M. : *Die Feststellungsklage im schweizerischen Recht.* Thèse, Zurich, 1948.

Bader A. : *Le condizioni per l'attribuzione con effetti di stato civile nel diritto svizzero, con cenni di diritto francese.* Thèse, Zurich, 1926.

Bridel M. : *La règle « pater is est... » en droit suisse.* Thèse, Lausanne, 1927.

Capitaine G. : *Des courtes prescriptions, des délais et actes de déchéances (péremptions).* Genève, 1937.

Decoppet G. : *L'enfant naturel et son père.* Thèse, Lausanne, 1917.

Decottignies R. : *Les présomptions en droit privé.* Thèse, Paris, 1950.

Degenkolb H. : *Der Streit über den Klagrechtsbegriff.* Leipzig, 1905.

Dumitresco J. : *L'autorité de la chose jugée en matière d'état des personnes.* Thèse, Paris, 1934.

Esmein P. : *Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits.* Thèse, Paris, 1914.

Esser J. : *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen.* Francfort-s/M., 1940.

Feuchter H. : *Verwandtschaft und blutmässige Abstammung.* Innsbruck, 1942.

Frey H. : *Die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihren Kindern nach schweizerischem Recht.* Thèse, Zurich, 1948.

Gautschi W. : *Die Rechtswirkungen der Eintragung in die Zivilstandsregister.* Bâle, 1911.

Girardet L.-A. : *La légitimation des enfants naturels.* Thèse, Lausanne, 1914.

Graulich P. : *Essai sur les éléments constitutifs de la filiation légitime.* Paris, 1952.

Guillien R. : *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée.* Thèse, Bordeaux, 1931.

Hedemann J. : *Die Vermutungen nach dem Recht des deutschen Reiches.* Iena, 1904.

Heim G. : *La condition de l'enfant naturel dans le CCS.* Thèse, Montpellier, 1924.

Hœrni M. : *Die persönlichen Rechtsbeziehungen zwischen dem ausserehelichen Kind und seinen Eltern in rechtsvergleichender Darstellung.* Thèse, Zurich, 1942.

Hoffet G. : *L'intervention du Ministère public dans la procédure civile en droit suisse et en droit français.* Thèse, Zurich, 1931.

Jaques P.-B. : *La rectification des actes de l'état civil.* Thèse, Lausanne, 1949.

Känzig E. : *Die Widerrechtlichkeit nach Art. 41 I OR.* Thèse, Berne, 1939.

Langheineken P. : *Der Urteilsanspruch.* Leipzig, 1899.

Leissner G. : *Die rechtliche Stellung des ausserehelichen Kindes nach dem deutschen BGB und dem schweizerischen ZGB.* Thèse, Erfurt, 1911.

Marti J. : *Der Vaterschaftsprozess nach den schweizerischen Zivilprozessordnungen.* Thèse, Zurich, 1934.

Meyer A. : *Die Anerkennung ausserehelicher Kinder und die Zusprechung mit Standesfolge.* Thèse, Zurich, 1932.

Mohr G.-R. : *Die Vaterschaftsklage des schweizerischen ZGB und ihre historische Grundlage.* Thèse, Berne, 1912.

Müri H. : *Die Ehelicherklärung im schweizerischen Privatrecht.* Thèse, Berne, 1919.

Nagorski Z. : *Das Rechtsverhältnis des unehelichen Kindes zu seinem Erzeuger, nach deutschem und französischem Recht.* Zurich, 1908.

Nehrwein F. : *Der Unterhaltsanspruch des ausserehelichen Kindes.* Thèse, Zurich, 1931.

Oswald A. : *Die Verwirkung der Vaterschaftsklage.* Thèse, Fribourg, 1937.

Ott C. : *La puissance paternelle du CCS.* Thèse, Neuchâtel, 1910.

Peter O. : *Das Problem der rechtlichen Feststellung der Vaterschaft.* Thèse, Zurich, 1923.

Peyer O. : *Die familienrechtliche Stellung der unehelichen Kinder im schweizerischen Privatrecht.* Thèse, Zurich, 1908.

Robert L.-H. : *De la condition de l'enfant naturel dans le CCS et le CC allemand.* Thèse, Genève, 1912.

Roth A. : *Die Vaterschaftsklage des schweizerischen ZGB.* Thèse, Leipzig, 1917.

Rüegg E. : *Beitrag zur Lehre von der Vermutung im schweizerischen Privatrecht.* Thèse, Zurich, 1947.

Sandmeier E. : *Die Ehelichkeitsvermutung und ihre Anfechtung, insbesondere durch das Kind.* Thèse, Zurich, 1937.

Savatier R. : *La recherche de paternité.* Paris, 1927.

Scheller W. : *Die Einreden des Beklagten im Vaterschaftsprozess.* Thèse, Zurich, 1929.

Schulthess H. : *Entstehung und Untergang der elterlichen Gewalt im ehelichen Kindesverhältnis.* Thèse, Berne, 1934.

Schweizer R. : *Die Leistung des Beweises im Vaterschaftsprozess, unter spezieller Berücksichtigung des Zürcher Prozessrechts.* Aarau, 1936.

Secrétan P. : *Le mariage des étrangers devant le juge suisse. Les actions en constatation et en nullité de mariage.* Thèse, Lausanne, 1944.

Tüzemen E. : *Les registres de l'état civil.* Thèse, Lausanne, 1940.

Vuille R. : *La recherche de paternité d'après le CCS et la LRDC.* Thèse, Genève, 1917.

Waiblinger M. : *Begriff und Ausübung der Anfechtungsrechte im schweizerischen Privatrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Anfechtung des ehelichen Kindesverhältnisses.* Thèse, Berne, 1928.

Wasser H. : *Uneheliche Vaterschaft und Vaterschaftsanerkenntnis im BGB und in den Entwürfen von 1925 und 1929.* Thèse, Fribourg-en-B., 1933.

Ziegler A. : *Die Anerkennung ausserehelicher Kinder nach schweizerischem Recht.* Thèse, Leipzig, 1908.

Zimmermann O. : *Die Anerkennung des ausserehelichen Kindes und deren Anfechtung durch den Anerkennenden nach schweizerischem Recht.* Thèse, Berne, 1930.

Zweifel F.-L. : *Du for en matière de filiation.* Thèse, Lausanne, 1924.

C. *Articles*

Albisser H. : *Ueber das Verhältnis der Statusklagen zum Berichtigungsverfahren nach 45 ZGB.* RSJ, 1938/9, p. 41 ss.

Blumenstein E. : *Anfechtungstatbestände der neuen Zivilgesetzgebung.* RSJB, 1914, p. 233 ss.

Bosch F.-W. : *Die Feststellung der tatsächlichen Vaterschaft.* Deutsche Rechtszeitschrift, 1946/7, p. 177 ss.

Brand E. : *Die Blutprobe als Beweismittel im Zivilprozess der Schweiz.* RDS, 1948, p. 39 ss.

Brunner W. : *Die Bedeutung der Frist bei der Vaterschaftsvermutung nach 314 ZGB.* RDS, 1938, p. 355 ss.

Cachia M. : *Les conflits de filiations en droit français.* Revue trim. de droit civil, 1953, p. 613 ss.

Colin A. : *De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation.* Revue trim. de droit civil, 1902, p. 257 ss.

Comment A. : *Les actions de droit de famille suisse non expressément prévues.* RSJB, 1935, p. 534 ss.

David H. : *Die Verjährung der Alimentenforderung des ausserehelichen Kindes.* RSJ, 1928/9, p. 177 ss.

DesGouttes R. : *Système des nullités en droit suisse.* RDS, 1929, p. 348 ss.

Dickertmann W. : *Statusfragen im Blickfeld künstlicher Befruchtung.* Neue jurist. Wochenschr., 1950, p. 18 ss.

Dölle H. : *Die künstliche Samenübertragung.* Festgabe E. Rabel. 1er vol. Tubingue, 1954, p. 187 ss.

DuPasquier C. : *De l'action en fixation de droit.* JT, 1918, p. 450 ss., 482 ss.

Ehrlich K. : *Wiederherstellung der Frist zur Anhebung der Vaterschaftsklage.* RSJ, 1933/34, p. 161 ss.

Favre A. : *Le nouveau droit de la nationalité.* RDS, 1952, p. 745 ss.

Gautschi W. : *Ueber die Legitimation ehelich eingetragener unehelicher Kinder.* RSJ, 1921/2, p. 317 ss.

Holleaux G. : *Remarques sur la preuve de la filiation paternelle en droits allemand, suisse et français.* Revue internat. de droit comparé, 1953, p. 473 ss.

Jost A. : *Eine neue Methode des Vaterschaftsnachweises. Die Wirbelsäulemethode nach Dr. Karl Kühne.* RSJ, 1950, p. 327 ss.

— *Der positive Vaterschaftsnachweis nach Löns.* RSJ, 1951, p. 174 ss.

Kaiser : *Die Vaterschaftsklage. Aus der Rechtsprechung zu 302-327 ZGB.* RSJ, 1915/6, p. 301 ss.

Knapp Ch. : *Le droit civil de la famille dans le code pénal suisse.* Rome, 1943.

Kuttner G. : *Die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens unehelicher Vaterschaft.* Iher. Jahrb. 50, p. 412 ss.

Lanz P. : *Die Einrede der abgeurteilten Sache.* RDS, 1944, p. 223 ss.

Leuch G. : *Ist die allgemeine Feststellungsklage eidgenössichen Rechtes im Sinne von Art. 56 OG oder kantonalen Rechtes?* RSJ, 1939/40, p. 293 ss.

Mazeaud L. : *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit.* Revue trim. de droit civil, 1929, p. 17 ss.

Natter : *Uneheliche Vaterschaft, insbesondere Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft, Art. 644 ZPO.* Arch. ziv. Prax., 1904 (95), p. 123 ss.

Pfannenstiel D. : *Anthropologische Gutachten im Vaterschaftsprozess.* RSJ, 1953, p. 101 ss.

Raape L. : *Ueber den Begriff der Vaterschaft.* Iher. Jahrb. 51, p. 239 ss.

Riezler E. : *Doppelte Ehelichkeit.* Arch. f. bürgerl. Recht, 38, p. 66 ss.

Schmid W. : *Der Ausschluss der Vaterschaft auf Grund der Rhesus-Faktoren.* RSJ, 1951, p. 37 ss.

Schulthess H. : *Entstehung und Untergang der elterlichen Gewalt im ausserehelichen Kindesverhältnis.* RSJB, 1938, p. 257 ss.

Schulthess K. : *Zusprechung des ausserehelichen Kindes mit Standesfolge wegen Eheversprechens.* RSJ, 1916/7, p. 208 ss.

Schwarz F. : *Der Ausschluss der Vaterschaft auf Grund der Rhesus-Eigenschaften.* RSJ, 1951, p. 321 ss.

Spitzer G. : *Ein Fall von doppelter Ehelichkeit.* RSJ, 1945, p. 236 ss.

Stückelberg A. : *Die Verfälschung der tatsächlichen Vaterschaft durch unrichtige Gesetzauslegung.* RSJ, 1917/8, p. 268 ss.

Thélin-Campiche M.-H. : *L'art. 254 CCS et les groupes sanguins.* RSJ, 1942/3, p. 294 ss.

Troller A. : *Die Pflicht des Ehemanns, Frau und Kind im Statusprozess nach 253 und ff. ZGB, die Mittel zur Führung des Prozesses zur Verfügung zu stellen.* RSJ, 1940/1, p. 167 ss.

Vautier C. : *Le délai supplémentaire de l'art. 139 CO et les délais de péremption.* RSJ, 1951, p. 271 ss.

Von Büren B. : *Verjährung und Verwirkung im Zivilrecht.* RSJ, 1949, p. 369 ss.

Von Dach R. : *Die Legitimation eines im Ehebruch gezeugten Kindes.* RSJB, 1941, p. 161 ss.

Zoll F. : *Das Recht auf Unehelichkeit.* Grünhuts Zeitschrift, 39, p. 43 ss.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 9

Etat des personnes 9
Actions déclaratives et actions constitutives 15
Critère de distinction 15
Utilité de la distinction 16
Jugements faux 18
Actions déclaratives 20
Les actions déclaratives sont-elles recevables généralement ? . 21
Actions constitutives 25
Actions en rectification des actes de l'état civil. Rapport avec les actions déclaratives et constitutives d'état 26

CHAPITRE PREMIER. — *L'action en déclaration du mariage* . . . 29

Importance du mariage en matière de filiation 29
But de l'action 33
Parties à l'action 33
Péremption 37
For 37

CHAPITRE II. — *L'action en déclaration de la maternité* 40

But de l'action 40
Parties à l'action 41
Péremption 47
For 47

CHAPITRE III. — *L'action en nullité de la reconnaissance* . . . 48

Nature de la reconnaissance 48
Conditions d'existence de la reconnaissance 55
Institutions voisines de la reconnaissance 58
Nullité et annulabilité 62
But de l'action 64
Motifs de l'action 64
Parties à l'action 67
Péremption 67
For 68

Pages

CHAPITRE IV. — *L'action en mainlevée de l'opposition à la reconnaissance* 69

Opposition à la reconnaissance 69
But de l'action 71
Parties à l'action 72
Péremption 74
For 74

CHAPITRE V. — *L'action en annulation de la reconnaissance* . . . 75

But de l'action 75
I. Action du tiers. Motifs de l'action 75
Parties à l'action 81
Péremption 84
For 84
II. Action du reconnaissant 85
Motifs de l'action 86
Parties à l'action 92
Péremption 92
For 93

CHAPITRE VI. — *L'action en recherche de la paternité avec effets d'état civil* 94

But de l'action 94
Action alimentaire et action d'état 96
Conditions de fond de l'action 101
Parties à l'action 110
Fardeau de la preuve 113
Péremption 120
For 125

CHAPITRE VII. — *L'action en nullité de la légitimation* 129

La légitimation 129
Tous les enfants peuvent-ils être légitimés ? 135
But de l'action 138
Motifs de l'action 138
Parties à l'action 141
Péremption 141
For 141

CHAPITRE VIII. — *L'action en annulation de la légitimation* . . 142

But et motif de l'action 142
Parties à l'action 143
Péremption 145
For 149

CHAPITRE IX. — *L'action en déclaration de la légitimité* . . . 151

But de l'action 151
Parties à l'action 152
Péremption 156
For 156

Pages

CHAPITRE X. — *L'action en désaveu de paternité* 157

La règle de la légitimité 157
But de l'action 164
Parties à l'action 165
Péremption 176
For 179

NOTES 184

BIBLIOGRAPHIE 209

IMPRIMERIE H. MESSEILLER, NEUCHATEL