

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LA LÉGITIMATION
DE COMPLAISANCE
EN DROIT
FRANÇAIS ET SUISSE

Thèse
présentée à la Faculté de droit
et des sciences économiques
pour obtenir le grade de docteur en droit
par
PIERRE-HENRI BOLLE

1969

IMPRIMERIE PAUL ATTINGER S.A., NEUCHÂTEL



2000 Neuchâtel, ---

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LE DOYEN

Avenue du 1er-Mars 26

Monsieur Pierre-Henri BOLLE est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit "La Légitimation de complaisance en droit français et suisse". Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, 30 juillet 1969

Le doyen
de la Faculté de droit et des
sciences économiques

François Clerc

AVANT - PROPOS.

- 1.- Longtemps on a pu croire que le droit de filiation resterait "en dehors du domaine d'application du droit comparé"(1), tant il est vrai que la méthode comparative vaut mieux si elle tend à éclairer non les différences mais les similitudes. En effet, les comparatistes préféraient consacrer leurs efforts à d'autres branches juridiques, comme le droit commercial, où l'évolution parallèle des conditions économiques nationales autorisait plus généralement la comparaison.
- 2.- Or, dès la seconde guerre mondiale qui avait bouleversé les données politiques, sociales et économiques du monde moderne, et sous l'influence de grands courants d'idées favorables à l'internationalisation, bien des juristes européens se sont penchés sur les différents droits de la filiation et ont établi tout naturellement de fructueuses comparaisons. On en a parlé dans les institutions internationales. Malgré les diverses conditions historiques, sociales, politiques et religieuses, on a tenté par une étude comparative simultanée de déterminer le meilleur type de réglementation légale de l'état des personnes, puis de le dépasser.
- 3.- L'abandon en Europe des principes protectionnistes et autarciques se traduit, dans le domaine du droit de la filiation, par une harmonisation naissante des législations, des organes judiciaires et administratifs (2), et cette tendance nouvelle ne peut que s'affirmer grâce aux contributions d'éminents juristes tels qu'AHRENS (3) et

(1) H.C.GUTTERIDGE, Le droit comparé, traduction de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Paris, 1953, 53.

(2) par exemple, la toute récente Convention européenne en matière d'adoption, du 24 avril 1967, Série des Traités et Conventions européens, No.58

(3) G.H.AHRENS, Die Voraussetzungen ehelicher Abstammung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen, schweizerischen, jugoslawischen, französischen, italienischen und spanischen Rechts, Bonn, 1965.

HOLLEAUX (1) entre autres.

4.- Suivant le conseil de ZWEIGERT (2), nous avons confronté les ordres juridiques français et suisse dans leur esprit et dans leur style : Malgré leurs sources romaines et germaniques communes, ils ont emprunté des voies divergentes et présentent des conceptions originales. Nous avons ainsi constaté que face à une même institution, la légitimation, les juristes français engoncés dans leur "piété...envers le "passé", leur "incapacité ethnique à oublier", leur "traditionalisme "congénital", et leurs homologues suisses gênés par leurs prudence et pondération, manquant d'audace dans leur "sagesse sobre, réfléchie et "équilibrée" (3), ne parviennent pas à proposer une solution propre à éviter les conflits d'intérêts issus de la complaisance dont la légitimation s'entache souvent.

5.- Les légitimations de complaisance sont, nous le verrons plus loin, des actes juridiques malades, affectés d'une imperfection qui ne les empêche pas de vivre, mais les rend "égrotants, à la merci d'une soudaine "aggravation de leur maladie : l'annulation, qui les tuera" (4). Il s'agira donc de proposer des remèdes, non de ceux qui achèvent les malades et indisposent les bien portants, mais propres à fixer les termes d'un juste compromis entre les intérêts des membres de la famille et des tiers que la légitimation concerne.

(1) G.HOLLEAUX, De la filiation en droit allemand, suisse et français. Essai de droit comparé. Paris, 1966.

(2) K.ZWEIGERT. Méthodologie du droit comparé, Mélanges MAURY, T.I, Paris 1960, 579 ss.

(3) HOLLEAUX, VIII.

(4) J.F.AUBERT, Les actions de la filiation en droit civil suisse. Essai de classification, thèse, Neuchâtel, 1955, 62.

LIVRE I : Le diagnostic.

INTRODUCTION : La notion de légitimation,

Section I : Historique.

6.- Le droit est un curieux mélange de principe moraux et de données sociales : s'il est imprégné d'idéal moral, il doit aussi répondre à d'autres nécessités d'intérêt général. Or, comme celles-ci évoluent sans cesse, souvent en plein chaos, le droit positif est par essence mouvant, et le rythme de l'évolution change avec les domaines juridiques. En outre, la mode s'en mêle et provoque des inflorescences législatives imprévisibles qu'il faut bientôt reviser, voire abroger.

7.- Pourtant, le droit de la filiation semble à première vue d'une grande stabilité : au faite commande un lien d'ordre naturel. Hélas, un peu de clairvoyance révèle cette opinion par trop simpliste, car le droit de la filiation n'est pas une simple traduction légale de réalités biologiques (1) : des éléments psychologiques, moraux et sociaux, des présomptions légales interviennent. L'attribution d'une filiation est un phénomène individuel autant que social qui engendre des droits et des devoirs, des habitudes et des sentiments propres à créer une situation individuelle que les Français aiment à nommer possession d'état.

"La parenté que nous appelons légale est censée correspondre à la parenté que nous disons physique. Sont réputés parents physiques ceux qui sont parents légaux", a dit KNAPP (2). En effet, une situation

(1) Cette expression se retrouve plusieurs fois dans l'ouvrage d' A.GOGUEY, Les reconnaissances et légitimations de complaisance, Paris, 1959.

(2) CH.KNAPP, Le droit civil de la famille dans le code pénal suisse, Rome, 1943, 27.

de droit -telle la filiation- est généralement basée sur une infrastructure matérielle (fécondation de la mère par le père, puis accouchement de la mère), recouverte d'un "manteau juridique"(1). Ce fait est "jurifié" avant d'être "adapté à la justice et au bien social". Cette traduction d'un rapport de fait en un rapport de droit suppose souvent l'introduction d'un élément juridique (par ex., la manifestation unilatérale de volonté dans la reconnaissance d'enfant naturel) si important qu'il peut créer ou laisser subsister le manteau juridique indépendamment, voire en l'absence de l'infrastructure qu'il couvre normalement. Le mariage blanc est valable, la reconnaissance mensongère d'un enfant naturel lui fournit un statut personnel opposable aux tiers, etc...

8.- Ces quelques remarques montrent bien la fausseté de l'idée reçue qui voudrait que le droit ne fût qu'un instrument de la vérité. Il tend certes à la découvrir et la protéger, mais d'autres raisons président à la naissance d'une norme juridique : la sauvegarde de l'ordre public, l'amélioration du bien général, l'intérêt des faibles, etc... La légitimation par mariage subséquent, la légitimation par décision judiciaire, ces illogiques bienfaits de la loi (2), l'adoption obéissent à ces impératifs au mépris des exigences de la vérité.

9.- Très tôt dans l'histoire, les législateurs consacrèrent la nécessité de l'institution bénéfique de la légitimation. CONSTANTIN créa la *legitimatio per subsequens matrimonium* que JUSTINIEN reprit (C 5, 27, 10 et 11) en la complétant par la *legitimatio per rescriptum principis* (nov. 74, c 2 ; nov 89, c 9), une sorte d'adoption. Après une longue éclipse, la légitimation par mariage subséquent, alors désuète, fut réintroduite par une décrétale d'Alexandre III (Décr. Tanta Vis) en 1179. Tandis que

(1) R.SAVATIER, Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui, Mélanges RIPERT, T.I, Paris, 1950, 78.

(2) Cette expression remonte au droit romain.

cette pratique se répandait très vite en France, elle se heurta longtemps à d'opiniâtres préjugés en Allemagne et n'y fut accueillie qu'à la fin du XIXe siècle. Alors qu'en 1804, Napoléon avait imposé la légitimation à l'Europe, les cantons suisses la connaissaient sous diverses formes, selon l'influence à laquelle ils étaient soumis ; ce n'est qu'en 1874, dans deux textes différents, les articles 54/5 Cst nouveau et 41 et 25/5 LF du 24 décembre 1874 sur l'état civil, la tenue des registres qui s'y rapportent et le mariage, que la légitimation fut uniformément admise en Suisse (1). Cette solution fut reprise et précisée dans le CCs de 1907, aux articles 258 ss.

Les travaux préparatoires des codes civils français et suisse montrent clairement que l'opportunité de l'institution de la légitimation par mariage subséquent n'a pas été mise en doute. Il ne s'est trouvé personne pour en discuter le principe. Seuls le droit de contester la légitimation et ses modalités retinrent l'attention des législateurs, nous le verrons par la suite.

10.-Ainsi donc, nous nous trouvons en droit positif devant la situation suivante :

Le droit français connaît la légitimation par mariage subséquent à l'article 331 CCf qui prévoit aussi la légitimation postérieure au mariage prononcée par un tribunal civil (loi du 30 décembre 1915). La légitimation adoptive qui figurait aux anciens articles 368 et 369 CCf, a pris un autre nom qui d'ailleurs lui convient mieux lors de la refonte du droit français de l'adoption (adoption plénière, loi du 11 juillet 1966). Quant au droit suisse, il prévoit la légitimation par mariage subséquent à l'article 258 CCs qui reprend textuellement l'article 54/5 de la Constitution fédérale et la légitimation par autorité de justice à l'article 260 CCs.

(1) E.HUBER, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes, T.I, Bâle, 1886, 406 ss.

Section 2 : La nature de la légitimation.

11.- La légitimation de complaisance est une institution malade, nous le savons (1) ; mais avant de diagnostiquer le mal, d'y proposer des palliatifs, il est indispensable de procéder à une étude succincte du cadre où nous évoluerons, la légitimation :

"La légitimation est la transformation de la condition juridique d' "enfant naturel en celle d'enfant légitime".(2).

Sous cette définition générale se cachent les conceptions française et suisse fondamentalement différentes.

12.- La légitimation française s'opère en deux phase distinctes et successives : la constatation juridique des liens de filiation naturelle maternelle et paternelle, suivie à plus ou moins longue échéance du mariage des parents entre eux. Fidèle au principe "mater incerta", le droit français exige en effet que la paternité et la maternité naturelles s' établissent soit par la reconnaissance volontaire de l'enfant naturel, soit par un jugement constitutif de filiation. Cette condition remplie, la légitimation découle automatiquement du mariage des parents entre eux, sans manifestation de volonté de leur part et même à l'insu de l'officier de l'état civil qui peut ignorer l'existence de l'enfant. Si les parents sont complaisants, le mensonge se commet donc lors de la reconnaissance, et la légitimation ne fait que découler régulièrement de cet acte irrégulier. C'est pourquoi le CCf n'institue pas de contestation de la légitimation et se contente de son article 339 qui prévoit celle de la reconnaissance.

Attaquer une légitimation de complaisance revient en France à mettre en doute la véracité d'une reconnaissance.

(1) cf.n.5.

(2) Encyclopédie DALLOZ, Droit civil, T.III, sous Légitimation, par A.ROUAST, Paris, 1953, 25.

13.- En vertu du principe "mater semper certa" du droit suisse de la filiation, la légitimation pour s'accomplir, ne requiert pas de constatation préalable de la maternité. Bien plus, le mariage des auteurs réels de l'enfant entraîne la légitimation automatique de ce dernier. Peu importe que le mari ait ou non reconnu l'enfant, avec ou sans effet d'état civil. Quant à l'annonce de l'enfant commun à l'officier de l'état civil, comme le prévoient les articles 259 CCs et 98 OEC, ce n'est qu'une formalité qui ne produit par elle-même aucun effet constitutif, puisque la légitimation se réalise aussi bien sans déclaration (article 259/2 CCs).

La reconnaissance et la légitimation sont donc en droit suisse, en principe indépendantes : celle-là n'est pas nécessaire à celle-ci, et ne dispense pas les époux de la déclaration prévue par l'article 259/1 CCs (1).

En fait, on peut distinguer deux cas :

A. L'enfant, né de l'épouse, est issu des oeuvres du mari : à lui seul, le mariage entraîne la légitimation. La déclaration à l'officier de l'état civil n'est qu'une simple formalité à effets déclaratifs (article 259/2 CCs).

B. L'enfant, né de l'épouse, n'est pas issu des oeuvres du mari : à lui seul, le mariage n'entraîne pas la légitimation qui doit encore se baser soit sur une reconnaissance préalable de paternité, avec ou sans effets d'état civil (2), soit sur une déclaration de légitimation à l'officier de l'état civil selon l'article 259/1 CCs. Cette déclaration devient alors déterminante. Elle acquiert un pouvoir cons-

(1) Cette déclaration n'est pas, en réalité, une reconnaissance proprement dite, au sens de l'article 303 CCs, qui ne pourrait valoir comme telle que dans les cantons où l'officier de l'état civil peut recevoir les reconnaissances ; cf. la liste de ces cantons dans le Recueil des circulaires de l'état civil, publié par le DFJP.

(2) HOLLEAUX, 15.

titutif (1) : la légitimation se substitue frauduleusement à l'adoption cf.n.19 à 21). Cela nous amène à relever l'erreur de dénomination de la langue juridique alémanique : légitimation y devient à tort : Ehelicherklärung (déclaration de légitimation). En fait, comme nous l'avons précisé, les enfants communs acquièrent la légitimité par la célébration du mariage de leurs parents, cela de par la loi. Il en va de même pour les enfants non communs, grâce à la déclaration de filiation mensongère. Ce n'est qu'à l'égard de ces cas de complaisance qu'on peut à bon droit parler d'Ehelicherklärung (2).

- 14.- Ces profondes différences entre les légitimations française et suisse s'expliquent, outre ce que nous venons d'en dire, par les divers rôles que font jouer ces ordres juridiques à la déclaration de volonté des parents d'une part, à la force institutionnelle du mariage d'autre part.
- 15.- Le lien de filiation peut résulter soit d'une manifestation de volonté (reconnaissance, adoption, etc.) soit de la nature (mater semper certa, légitimité d'origine, etc.), soit d'un jugement (3). Or, si la majorité des filiations ne sont pas volontaristes, on constate aujourd'hui un accroissement des filiations basées sur des manifestations de volonté

- (1) Le TF n'a pas toujours été de cet avis. Dans un célèbre arrêt de principe, 40 II 298, il affirmait qu'une déclaration de légitimation mensongère resterait de nul effet sur l'illégitimité de l'enfant. Cela signifiait que l'enfant aurait pu encore être l'objet d'une reconnaissance ou d'une nouvelle légitimation par le vrai père. Mais le TF retomba dans le juste et le vrai par le biais suivant (p.302) : Comme la légitimation fictive constitue pour le vrai père une res inter alios acta, il peut l'attaquer; il lui faudrait d'abord contester la légitimation complaisante pour que sa reconnaissance, qui resterait pendante, se réalisât pleinement. Si le TF exigeait cette condition préalable, c'est qu'il considérerait la légitimation de complaisance comme effective!
- (2) H.SCHULTHESS, Entstehung und Untergang der elterlichen Gewalt im ehelichen Kindesverhältnis, thèse, Berne, 1934, 38.
- (3) A.COLIN, De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation, RT 1902, 257 ss.

(augmentation du pourcentage des enfants naturels reconnus, du nombre des légitimations de complaisance et des adoptions). Ce qui tend à démontrer que le père est devenu plus nourricier que géniteur et que la volonté consciente d'élever l'enfant prend un caractère essentiel pour l'établissement d'un lien de filiation (1). Ce profond courant, favorable à l'enfance illégitime, pousse à tolérer de plus en plus les filiations dues à la seule volonté humaine et à négliger parfois le problème de leur conformité avec la réalité biologique.

Sur le plan plus particulier de la filiation naturelle paternelle, le rôle de la volonté humaine est en apparence illimité en droit français, tandis qu'en Suisse, il est quelque peu restreint. Non contente de n'imposer aucun contrôle préventif de la véracité de la reconnaissance, la loi française néglige tout souci de conformité à une élémentaire vraisemblance de la filiation. Elle n'établit aucun obstacle à la liberté de choix du déclarant, ce qui semble prouver qu'en ce domaine, la volonté du "père" est souveraine et arbitraire. Unilatérale et sans référence à la réalité biologique, la reconnaissance n'a pas à être complétée, confirmée ou corroborée par un quelconque élément. En l'actuelle organisation de l'état civil français, un homme peut librement reconnaître n'importe quel enfant, même légitime (article 334 CCf) adultérin ou incestueux (article 335 CCf) ou déjà reconnu (article 342 bis CCf). Il n'y a pas d'obstacle à la liberté de choix de l'enfant, mais à l'efficacité de certaines reconnaissances illicites qui sont nulles (articles 334, 335 CCf) ou suspensivement conditionnées (article 342 bis CCf) et risquent de rester lettre morte. Le déclarant

(1) P.ESMEIN , les pères nourriciers, GP. 1956 Doctr.3.

ne saurait rester juge des conséquences légales du parti qu'il a cru pouvoir adopter.

La double reconnaissance accomplie, la légitimation découle ipso facto du mariage des déclarats. Les formalités prévues par la loi du 17 août 1897 et le décret-loi du 29 juillet 1939 n'ont qu'une valeur déclarative.

16.- La légitimation du droit suisse se réalise, nous le savons, du seul fait du mariage des père et mère réels de l'enfant, que la filiation naturelle paternelle ait été ou non constatée juridiquement. La part de la volonté humaine semble de prime abord bien mince, voire nulle. Il faut pourtant distinguer trois cas :

A. L'enfant, né de l'épouse, est issu des oeuvres du mari. Ce dernier n'a aucune possibilité de choix : l'enfant est légitimé, même contre la volonté de son père. Si le mari omet de faire la déclaration, l'enfant est tout de même légitimé (article 259/2 CCs). S'il s'y refuse, "la légitimation est, avec l'autorisation de l'autorité cantonale de surveillance, inscrite au registre s'il est prouvé que l'enfant est "issu des deux conjoints" (article 98/5 OEC). Une déclaration tardive ne peut en outre être refusée (article 98/2 OEC). Le rôle de la volonté humaine est nul ; pas de mensonge possible dans ce cas.

B. L'enfant, né de l'épouse, peut être issu des oeuvres du mari qui a cohabité avec la mère quand la cohabitation pouvait être causale, mais d'autres personnes à la même époque ont joui des mêmes faveurs. Il n'est alors pas certain que le mariage entraîne ipso facto une légitimation. Il faut que le mari déclare l'enfant à l'officier de l'état civil lors de la célébration nuptiale, ou au plus tard dans les quatorze jours prévus par l'article 98/1 OEC. S'il s'en abstient, son silence équivaut à une "reconnaissance tacite" (1).

(1) AUBERT, 133. Lorsqu'un homme épouse la mère d'enfant dont il pourrait être le père, il se prive de l'équivalent de l'exceptio plurium.

Même s'il ignorait que la mère menait vie dissolue au moment de la procréation, il ne peut qu'attaquer le mariage en nullité relative (articles 124 ch.2 ou 125 ch.1 CCs), mais la légitimation reste intangible, comme le veut une interprétation extensive de l'article 133/1 CCs (1).

Dans ce cas, le rôle de la volonté humaine est déjà plus important : l'homme a le choix d'agréer ou non l'enfant, mais l'omission de cette déclaration est sans appel : l'enfant accède à la légitimité.

C. L'enfant, né de l'épouse, n'est pas issu des oeuvres du mari.

Celui-ci a toute latitude dans son choix : s'il ne déclare pas l'enfant, ce dernier lui reste étranger ; s'il affirme au contraire être le père de l'enfant, ce dernier devient légitime et le reste, sous réserve d'une éventuelle contestation de légitimation. Le lien de filiation est établi alors de façon purement volontariste. Il se base sur un mensonge ; c'est une légitimation de complaisance réalisable par le fait que la possibilité de légitimer est plus vaste que le droit de légitimer que seuls possèdent les parents réels de l'enfant.

17.- Plus important sera le rôle accordé à la manifestation de la volonté humaine dans la légitimation, plus faible sera celui reconnu à la force institutionnelle du mariage. En effet, si le législateur pose que l'enfant commun né avant les épousailles est légitimé de ce seul fait, ce qui importe, au fond, n'est pas tellement la volonté légitimante des époux que la force institutionnelle attractive de la communauté qu'ils créent, le mariage. Ainsi donc, en France, la légitimation ne change pas la nature de la reconnaissance, principale base de l'état légitime de l'enfant légitimé. Malgré l'article 333 CCf qui dispose que "les enfants "légitimés ont les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage",

(1) A.EGGER, Das Familienrecht, Vol. 2, Die Verwandtschaft, 2ème édition Zurich, 1943, n.5 sous l'article 258 CCs.

leur état ne se trouve pas à l'abri des vicissitudes ultérieures que peuvent provoquer tous les titulaires du droit d'agir en contestation de la reconnaissance (article 339 Ccf). Le mariage n'a pas une force institutionnelle suffisante pour faire rétroagir la légitimation ; il ne modifie pas la nature originelle de la filiation de l'enfant, ni ne remédie à sa fragilité. Il ne peut réparer le vice de la reconnaissance, son caractère mensonger. Par contre, la légitimation implique une reconnaissance valable. Elle est réduite à néant si la reconnaissance est annulée.

En résumé, la légitimation française de complaisance n'offre à l'enfant qu'un pâle vernis de légitimité souvent éphémère, à l'abri d'aucun dissolvant.

18.- Tout autre est la situation en droit suisse. Le mariage y est, quant à la filiation de l'enfant, une institution plus lourde de conséquences. Il modifie profondément la nature du lien de filiation qui unissait les parents à leur enfant. En dehors de toute déclaration à l'état civil, il entraîne automatiquement la légitimation de l'enfant commun des époux. C'est surtout dû au fait que la légitimation n'a pas besoin d'être précédée de l'établissement juridique d'un lien de filiation entre l'enfant et son père. La protection est infaillible, qu'offre la légitimation aux enfants naturels réellement issus des époux.

Corrélativement, la non-ingérence de la volonté humaine dans l'établissement de la légitimation empêche qu'on puisse l'annuler par une simple manifestation de volonté. S'il s'agit par contre d'une légitimation mensongère, pour laquelle le rôle de la volonté humaine a été déterminant, il est normal qu'on puisse lui faire échec par les mêmes moyens: l'article 262 CCs réglemente l'action en annulation. Cependant, dans son souci d'empêcher l'insécurité et l'instabilité de régner au sein de la famille légitime et d'interdire tout changement de filiation dans

le sens de l'illégitimité, le législateur, tout imprégné de l'importance de l'institution du mariage, a clos cette action dans un délai très bref de péremption de trois mois à partir de la connaissance par l'intéressé, non du vice entachant la légitimation, mais de celle-ci même. Tout amène à conclure que le législateur a doté le mariage d'une force institutionnelle quasi invincible et qui le devient tout à fait par l'écoulement du temps.

En résumé, la force institutionnelle du mariage, faible en droit français, s'impose en droit suisse. Si la légitimation d'un enfant par le mariage de parents complaisants est d'abord, en Suisse, une question concernant les effets du mariage (1), elle est en France strictement liée à l'établissement d'un lien de filiation et à l'efficacité d'une manifestation de volonté complaisante à l'état civil.

(1) article 54/1 de la Constitution fédérale :

Le droit au mariage est placé sous la protection de la Confédération.

article 54/5 de la Constitution fédérale :

Les enfants nés avant le mariage sont légitimés par le mariage subséquent de leurs parents.

La présence de cet alinea 5 dans une disposition concernant le mariage et ses effets est significative et confirme l'opinion ci-avancée.

SECTION 3 : La légitimation et l'adoption.

19.- Chacun peut en toute liberté reconnaître un enfant, sans avoir à justifier la réalité de la filiation, ce qui a une signification particulière dans le cadre d'une comparaison légitimation-adoption. En effet, cinquante pour cent environ des enfants légitimés par mariage subséquent ne sont pas issus des oeuvres du mari (1). Ces filiations volontaristes fictives empiètent gravement sur le domaine de l'adoption, le dépassent même (2). C'est une façon pratique et facile de donner son nom à l'enfant, de l'intégrer complètement au nouveau foyer à peu de frais.

Confondre la reconnaissance française de complaisance suivie d'une légitimation, ou la légitimation mensongère suisse, et l'adoption, serait considérer que tout ce qui n'est pas expressément défendu est permis. On négligerait la subtile distinction nécessaire entre la possibilité et le droit de légitimer. Cette distinction est sensible, non à la déclaration de reconnaissance ou de légitimation, mais au cours de l'existence de ces institutions juridiques. Jusqu'à sa contestation, la reconnaissance mensongère a tous les effets d'une sincère et peut entraîner régulièrement une légitimation par mariage subséquent extrêmement fragile. Quant à la légitimation complaisante suisse, bien que moins vulnérable, elle peut être annulée dans les limites de l'article 262 CCs.

- (1) GOGUEY, 2 ; R.HOUIN, Une enquête sur l'application du droit dans la pratique. La situation juridique de l'enfant, RT 1950, 21.
- (2) Le droit hollandais qui ignorait l'adoption jusqu'en 1956 (loi du 31 mars 1956) tolérait cette pratique ; cf. H.VOELLMAR, Nederlands burgerlijk recht.Handleiding voor studie en praktijk, T. I. 403-404. Conscient du danger, le législateur hollandais a exigé une différence d'âge de quinze ans entre le reconnaissant et le reconnu. D'autre part, il a interdit à l'officier de l'état civil d'inscrire une reconnaissance manifestement fautive et a prévu son acquiescement à la reconnaissance.

20.- Quoique différente de nature, l'adoption conjointe par les époux (articles 343 CCf et 266/2 CCs) et la légitimation de complaisance remplissent un rôle comparable : elles intègrent l'enfant à la famille légitime, créent une apparence de légitimité originelle en faveur d'un enfant étranger à l'un au moins des époux. Toutes deux établissent un rapport de filiation fictif de type volontariste, l'adoption grâce à des dispositions légales explicites, la légitimation de complaisance grâce à la complicité de la loi française qui l'ignore et malgré la loi suisse qui l'interdit implicitement (seuls les vrais parents ont le droit de légitimer un enfant !).

21.- De nature différente, de rôle comparable, l'adoption et la légitimation de complaisance n'ont pas les mêmes effets sur la stabilité de l'état des personnes :

- Tandis que l'adoptant, titulaire d'un droit de révocation (articles 267, 269/2 CCs ; 370 CCf pour l'adoption simple), jouit d'une protection contre les vices formels et matériels grâce au contrôle administratif préventif de l'adoption et au fait qu'elle a lieu par acte authentique (1), le légitimant complaisant n'a pas, ou guère d'obstacles préventifs légaux à sa volonté d'accueillir l'enfant. Il dispose d'un droit de contester la légitimation imprescriptible en France (article 339 CCf), dont il est privé en Suisse (article 262 CCs) et (ATF 86 II 446).

- tandis que l'adopté est protégé préventivement comme l'adoptant, doit consentir à l'adoption (articles 345 CCf et 265 CCs) et peut, soit demander la révocation (article 269/2 CCs), soit rétracter son consente-

(1) C:HEGNAUER, Die Verwandtschaft, Vol.I, Berne, 1960, n.3 à 7 sous l'article 269 CCs.

ment (article 348-3/2 Ccf) l'enfant susceptible de légitimation est en butte à toute complaisance sans contrôle préalable. Il ne peut plus contester la légitimation passé le délai de péremption du droit suisse, alors que le droit français le lui permet toujours en cas d'adoption simple (article 370 Ccf).

- tandis que les tiers intéressés à l'adoption ont une protection préventive égale à celle des cas sus-mentionnés, et peuvent en droit français contester l'adoption pour dol, fraude ou erreur sur l'identité de l'enfant (article 350/5 Ccf) alors que le droit suisse ignore une telle possibilité, les tiers intéressés à une légitimation de complaisance jouissent en France d'un droit général et imprescriptible de contestation (article 339 Ccf), et en Suisse d'un droit d'annulation réduit aux limites de l'article 262 CCs.

En conclusion, la légitimation mensongère est en droit français un moyen beaucoup plus commode, mais bien moins sûr que l'adoption, de doter l'enfant d'un statut familial supérieur à l'illégitimité.

En droit suisse au contraire, quoique tout aussi aisée qu'en droit français, la légitimation de complaisance détermine quasi définitivement le statut de l'enfant, sans qu'elle connaisse la soupape de sûreté de l'adoption : la révocation, la rétractation ou le contrôle préalable.

Dans l'un et l'autre ordres juridiques, cette catégorie de légitimations pêche par excès soit de souplesse (droit français), soit de rigidité (droit suisse). Elle ne saurait sans autre remplacer l'adoption. Institution égotante, elle ne devrait subsister que si elle se révèle capable d'augmenter le bien-être de la plupart de ceux qu'elle intéresse. Or, il appert qu'elle reste bien fragile en droit français, et s'impose toujours en droit suisse. Devant l'accroissement du nombre des légitiba-

tions -dont cinquante pour cent sont fictives, rappelons-le- ces solutions peu satisfaisantes doivent se corriger.

Chapitre I

Les notions fondamentales.

Section 1 : la légitimation de complaisance.

22.- La complaisance est un procédé de droit propre à provoquer certains effets juridiques et basé sur une méconnaissance volontaire de la réalité (1). Elle constitue une fiction et à la différence de la présomption qui se fonde sur une probabilité généralisée, elle repose sur une violation consciente et volontaire de cette réalité. La complaisance est un détournement à son profit d'une fiction légale. Elle suppose un fait manifestement faux, un mensonge, même tacite, ce qui permet de la distinguer de l'erreur, fondée sur une idée fausse.

La réalité volontairement méconnue peut être juridique ou non. Elle est juridique dans le cas de la légitimation de complaisance du droit français, et non juridique dans celui de la légitimation de complaisance du droit suisse. En France, c'est la réalité juridique qui est méconnue, c'est l'adaptation, l'élargissement artificiel d'une règle juridique, si bien qu'on peut affirmer que la légitimation mensongère n'y est pas une complaisance par rapport à la réalité biologique de la filiation, mais bien par rapport à la notion juridique de la légitimation basée sur l'établissement préalable des rapports de filiation entre l'enfant et chacun de ses père et mère. Les faits que laisse supposer la légitimation ne se trouvent pas dans ce qui en constitue la

(1) C'est le domaine du "tout doit se passer comme si"; contribution M.HOUIN sur le problème des fictions en droit civil, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, T.III, Paris, 1947, 242.

base juridique : les filiations naturelles maternelle et paternelle juridiquement établies.

En Suisse, au contraire, c'est la réalité de la filiation biologique qui est méconnue. La complaisance viole les données réelles et objectives, l'ordre biologique de la filiation.

Puisqu'elle est fondée sur la méconnaissance de la réalité, elle ne peut en rendre compte de façon adéquate. Avec la légitimation de complaisance, la réalité juridique se substitue sans cause à la réalité des faits.

23.- La complaisance a pour fonction de servir à justifier des effets irrégulièrement acquis. C'est un moyen de fraude à la loi. Phénomène exceptionnel, rare pour le moins, il arrive pourtant qu'il se multiplie dans certains secteurs juridiques bien déterminés, celui des légitimations par exemple. La complaisance est alors utile au législateur et joue un rôle transitoire : sa fréquence révèle un besoin nouveau dans le vie juridique. Or, comme l'esprit humain éprouve des difficultés à créer à temps des concepts nouveaux adaptés à des besoins nouveaux et que l'élaboration d'une loi est soumise à une procédure longue et compliquée, par ailleurs bienfaisante, le législateur, face à une situation nouvelle, ne peut prévoir toutes ses conséquences futures, ses répercussions dans le monde du droit. La complaisance constitue alors en elle-même un élément de prospection et de découverte par la mise en évidence d'une lacune législative, d'une incompatibilité des données sociales et juridiques. Cette faille est d'autant plus profonde qu'est fréquente la complaisance et l'on arrive à concevoir qu'à un certain moment, cette irrégularité devienne une nécessité, malgré ses dangers. C'est ce qui semble être arrivé à la légitimation de complaisance.

24.- La précipitation de la fréquence des légitimations fictives est due à la complicité de la loi : les époux ont toute liberté de déclarer la

légitimation, et l'officier d'état civil n'a aucun pouvoir de contrôle de ces déclarations. Pour obéir à ses principes généraux et à sa systématique, la loi renonce à combattre la complaisance dans le domaine des déclarations volontaires à l'état civil. La légitimation, acte très important, ne se soumet qu'à de très lâches conditions. Sa véracité et sa sincérité ne sont pas garanties. Le déclarant est libre, et en France tout au moins, on n'exige aucune différence d'âge entre l'auteur de la déclaration et l'enfant (1), ni autres restrictions quelconques au droit de reconnaître : "la pratique des légitimations de complaisance n'est possible qu'en raison de la liberté absolue des reconnaissances d'enfant naturel" (2). Cette liberté de reconnaître en droit français, cette large possibilité de légitimer en droit suisse, s'expliquent par la présomption de véracité qui couvre la déclaration. Préjudiciable à son auteur, la reconnaissance ou la légitimation est un aveu qu'il faut présumer conforme à la vérité. Le législateur, certes, avait envisagé la possibilité de mensonges. En douter serait faire injure à ceux qui considèrent que l'intérêt des enfants naturels à s'enrichir d'une filiation supérieure obligeait à tolérer ce danger de fraude à l'adoption et à laisser la reconnaissance et la légitimation libres de toute condition contraignante. Ainsi, l'exercice du droit de reconnaître un enfant naturel qui n'est pas issu du déclarant, ou de le légitimer, est discrétionnaire. La seule sanction de la non déclaration reste d'ordre moral : nul ne peut être condamné à dommages-intérêts pour le préjudice causé par le refus de déclarer.

(1) Trib. Colmar, 14 II 1950, note LAGARDE, RT 1951, 67.

(2) J.SAVATIER, Les légitimations de complaisance, D 1955 Chron. 9.

25.- Face à un déclarant soumis à aucune contrainte, l'officier de l'état civil voit son rôle réduit, en France comme en Suisse, à celui d'un simple guichetier (1). Le législateur, en effet, se trouvait devant un problème dont les deux aspects s'opposent. D'une part, il ne pouvait pas soumettre la déclaration à l'état civil, au contrôle de l'officier public sans créer un frein redoutable à la bonne volonté et à la sincérité de la majorité des déclarants. D'autre part, cette tolérance forcée créait un grand risque de fraude dont des individus pas toujours malhonnêtes ou malfaisants, pouvaient largement profiter. Un homme peut ainsi, nous l'avons vu, reconnaître librement un enfant qui n'est pas le sien, et aucun contrôle n'étant effectué au moment du mariage, la légitimation qui en est un effet, découle automatiquement de la célébration. L'officier de l'état civil peut même ignorer l'existence de l'enfant si la reconnaissance a été faite antérieurement ailleurs.

(2). Tout en favorisant les déclarations complaisantes, cette absence de formalités, confirmée par l'Instruction générale relative à l'état civil du 21 septembre 1955, permet d'éviter que le "père" ne rechigne devant la menace d'inquisition de l'officier public, et peut-être aussi, que la reconnaissance ne soit inscrite à la suite du décès de l'auteur d'une reconnaissance suspensivement conditionnée (article 342 bis CCf) avant la réussite de l'action en contestation. En outre, les notaires qui reçoivent également les reconnaissances, ne sont soumis à aucune prescription leur enjoignant de rechercher l'origine de l'enfant qu'on leur déclare.

(1) J.CARBONNIER, Droit civil, T.I, Paris, 1965, 231.

(2) L'article 62 CCf qui prévoit la mention de la reconnaissance en marge de l'acte de naissance - s'il existe ! -, ne reçoit pratiquement pas d'application ; M.VERON, Volonté du "père" et reconnaissance d'enfant RT 1967, 528.

Au cours des travaux préparatoires du CCF, comme chez les anciens auteurs, on s'était posé la question de savoir si l'officier de l'état civil est greffier (1) ou magistrat (2). L'article 35 CCf paraît lui accorder un rôle plutôt passif : l'inscription des déclarations, assorti d'un pouvoir d'appréciation restreint. Ne peut être inscrit que ce qui doit être déclaré. Pourtant, l'accent a été mis peu à peu sur l'aspect passif du rôle de l'officier public, alors que, dans la pratique, les fonctions effectives jadis confiées aux seuls maires, passaient aux secrétaires, voire à des bureaux dans les grandes agglomérations urbaines. L'acte de l'état civil, qui était à l'origine une "solemnité" dont les participants remplissaient un "devoir civique", n'est plus qu'une "déclaration à un guichet administratif" (3). En résumé, l'officier de l'état civil français ne se soucie plus que de la régularité du cadre de l'acte. Quant au contenu, il se contente d'enregistrer les déclarations telles qu'il les reçoit. Leur caractère sincère ou mensonger lui échappe (4). La doctrine abonde en ce sens, invoquant les "difficultés qu'éprouveraient les officiers de l'état civil à faire les vérifications nécessaires et le danger qu'il y aurait "à leur confier un pouvoir quasi juridictionnel"(5).

SIMEON l'avancait dans un discours au Tribunat, cité par CARBONNIER loc.cit.

C.DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon, T.I, Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général, 4ème édition, Paris, 1869, 449.

CARBONNIER, loc.cit.

Juris-Classeur de droit civil, Fascicule F aux articles 331-342 CCf, 12. Travaux de la Commission de réforme du CCf, 1950-51, article 36 de l'avant-projet ; Fichier de documentation de la Commission Internationale de l'Etat civil, fiche V, France, 1968, 5, B.

26.- Le droit suisse, quoique semblable dans ce domaine au droit français, adopte une position plus nuancée, bien que l'on tende aujourd'hui à s'aligner sur cet exemple. L'évolution est significative. La première ordonnance sur l'état civil de 1910 (article 96/2) prévoyait que si l'officier de l'état civil décelait une inexactitude dans une déclaration, il ne pouvait refuser l'inscription, mais devait en informer l'"autorité répressive". Cette disposition disparut de l'ordonnance sur l'état civil de 1928 qui fut reprise presque mot à mot par la troisième de 1953. Le rôle actif de l'officier de l'état civil ne quitta pas les esprits pour autant. On pouvait encore lire en 1942 (1) qu'il "appartient à l'officier de l'état civil de faire éventuellement respecter "258 et 259 CCs et 98 OEC". De même source, on ajoutait qu'en cas de doute sur la sincérité de la déclaration des époux, l'officier public pouvait refuser l'inscription, tout en avisant l'autorité de surveillance (2). Avant de dire le contraire, TUZEMEN (3) avançait que l'officier de l'état civil devait examiner "la véracité et l'admissibilité "des déclarations". Les officiers de l'état civil suisses se sont toujours montrés très prudents dans l'acceptation des déclarations de reconnaissance et de légitimation, soit par souci de conserver leur rôle de magistrat qu'ils sentent leur échapper peu à peu, soit par souci d'éviter tout reproche et d'éluder toute responsabilité personnelle dans une irrégularité et une fraude à la loi. Ainsi, des pratiques abusives et dangereuses -elles risquent de nuire à l'envie de légitimer- peuvent être décelées dans les offices suisses de l'état civil. A

- (1) X.NEUHAUS, Rapport à l'Assemblée des délégués de l'Association suisse des officiers de l'état civil, REC 1942, 177.
- (2) A.EGGER, Das Familienrecht, Vol.II, Die Verwandtschaft, 1ère édition Zurich, 1914, 337. L'auteur affirmait qu'en cas d'in vraisemblance, on devait nantir le juge compétent.
- (3) E.TUZEMEN, Les registres de l'état civil, thèse, Lausanne, 1940.

Saint-Gall (1), par exemple, pour chaque légitimation, on fait signer aux époux la déclaration suivante : "Dans la procédure en légitimation de l'enfant..., né à..., le ..., soit avant leur mariage, les époux soussignés affirment que cet enfant est issu de leurs oeuvres. Ils confirment que l'officier de l'état civil également soussigné a attiré leur attention sur les conditions et les conséquences de la légitimation et notamment sur le fait que seul l'enfant qui a pour père le mari de la mère peut être légitimé. Ils savent que toute déclaration inexacte est passible de poursuites pénales." Si cette formalité n'a pas eu d'effet sur les déclarants complaisants, KUHN propose qu'en cas douteux, on refuse l'inscription et en réfère à l'autorité de surveillance ! En 1962 enfin, on pouvait encore lire (2) qu'en cas de doute très sérieux sur la paternité de l'auteur de la légitimation, l'officier de l'état civil était libre de refuser l'inscription et que ce refus provoquerait probablement une plainte à l'autorité compétente qui serait en mesure de procéder à une enquête plus approfondie. On nage en pleine illégalité, car l'article 98/5 OEC, invoqué par les partisans de cette pratique, ne permet pas d'enquêter sur la paternité du déclarant (3).

A plusieurs reprises, le TF, soutenu par la doctrine toujours plus unanime condamna ce procédé. En 1937, il déclarait que l'officier de l'état civil n'a à faire oeuvre "ni de généalogiste, ni de juge"(4) et que sa mission

- (1) W.KUHN, Rapport à l'Assemblée des délégués de l'Association suisse des officiers de l'état civil, REC 1957, 218.
- (2) REC 1962, 295, critique de l'ATF 86 II 437 ; conf.aussi REC 1964, 282, sous la plume de GOETZ.
- (3) Circulaire E 1 du Recueil de circulaires sur l'état civil édictées par le DFJP.
- (4) ATF 63 I 198.

étant avant tout d'enregistrer des faits constants, il ne peut trancher préjudiciellement que des questions simples. Peu après (1), les juges fédéraux indiquaient que si l'officier public doit avertir du danger de la complaisance, l'inscription s'opère sur simple déclaration, sans contrôle de cette dernière. La déclaration concordante des époux fait autorité (2).

Le pouvoir d'examen de l'officier de l'état civil est très restreint (3) et seules comptent pour lui les prescriptions de service. Son pouvoir de cognition est nul. S'il peut sembler choquant d'exiger de lui que, dans l'exercice de ses fonctions, il fasse une opération qu'il sait n'être pas conforme à la réalité, il ne faut pas oublier que la loi prévoit ailleurs des correctifs qui, quoiqu'imparfaits et souvent inopérants, permettent de remédier à certaines fraudes flagrantes (4). Le droit suisse s'aligne ici sur le droit français.

En résumé, dans le domaine d'application de l'article 98/5 OEC, l'officier public n'a pas le droit de surseoir à l'inscription et d'en référer à son autorité de surveillance. La déclaration de légitimation manifestement fausse figure au registre de l'état civil tant qu'elle n'a pas été annulée par le juge sur requête des intéressés (5).

27.- L'abandon par le législateur de tout contrôle préventif des légitimations fait reposer sur les titulaires du droit de les contester, toute la responsabilité de la concordance des registres de l'état civil avec

(1) ATF 70 I 110.

(2) ATF 74 I 75.

(3) ATF 86 II 440.

(4) EGGER, n.3 sous l'article 258 CCs ; W.GAUTSCHI, Die Rechtswirkungen der Eintragung in die Zivilstandsregister, Bâle, 1911, 130; REC 1951, 15; HEGNAUER, n.20 sous les articles 258-259; H.FISCH, Position et tâches de l'officier de l'état civil, REC 1963, 269.

(5) A.SILBERNAGEL, Die Verwandtschaft, 2me édition, Berne, 1927, n.3 sous l'article 259 CCs,

la réalité biologique des rapports de filiation entre légitimants et légitimés. Quels sont les avantages qui poussent les intéressés à s'abstenir de contestation, et quels inconvénients et dangers les incitent au contraire à l'action ? De cette pesée d'intérêts dépend la stabilité de l'état des enfants complaisamment légitimés.

Les légitimations de complaisance ne sont pas une hypothèse académique. Une enquête de GOGUEY (1) auprès d'une centaine d'officiers de l'état civil français révéla, à titre d'indice, que sur 51 reconnaissances paternelles enregistrées dans leurs circonscriptions administratives, de 1952 à 1954, 29 -soit plus de la moitié- étaient mensongères. Or, les statistiques officielles montrent que pour la France, les reconnaissances paternelles s'élevaient à 48976 en 1952 et 46862 l'année suivante. Il est facile d'imaginer quel est vraisemblablement le nombre d'enfants pourvus d'un père légitime fictif. Une enquête sur la situation juridique de l'enfant, citée par HOUIN, donne une proportion d'environ dix pour cent des enfants naturels (2) !

Dans les derniers vingt ans, environ 70000 enfants illégitimes sont nés en Suisse, dont un tiers ont été légitimés par mariage subséquent (3). Un sondage personnel auprès d'officiers de l'état civil suisses nous permet de supposer qu'un tiers de ces enfants ont fait l'objet d'une légitimation mensongère, soit entre 7 et 8000.

Les faits eux-mêmes se chargent ainsi de démontrer la fausseté de l'allégation de LEVY qui avançait que les "légitimations sincères sont "en proportion telle que les autres ne constituent qu'une infime

(1) GOGUEY, 2.

(2) RT 1950, 21.

(3) PRO JUVENTUTE, Vernehmlassung V zur Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches zuhanden des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, Zurich, 1967, 6.

"exception" (1). Il existe donc assez de légitimations mensongères pour passer du stade de l'étude de quelques cas très précis de complaisance où les conditions personnelles pourraient égarer le chercheur, à celui de l'enquête d'un phénomène social suffisamment déterminé. La légitimation est un "bienfait de la loi" (2). Elle ressortit au côté plus moral que logique de la loi, et AUBERT insiste sur le fait que l'important, en matière de légitimation, n'est pas la date du mariage, mais la "communauté qu'il crée". C'est dans le cadre de cette communauté de la famille légitime qu'on constate avant tout quels avantages font que parfois, chacun s'accommode de la présence irrégulière de l'enfant complaisamment légitimé (3).

Dans le mariage où sentiments et passions s'amalgament à la raison plus souvent qu'à leur tour, il serait erroné d'opérer une classification nette de ces avantages, tant sont proches le subconscient et l'irrationnel. On ne peut que signaler ceux qui, le plus souvent et avec plus ou moins de poids, convainquent les membres de la famille des bienfaits d'une légitimité fictive :

A première vue, la légitimation mensongère est utile à ceux qui, par souci de cacher au public une maternité hors mariage, revêtent leur union d'un manteau d'honorabilité supplémentaire. Accueillant la mère, le mari peut trouver normal de lui joindre l'enfant sans restriction. Certains d'ailleurs croient à tort que c'est là leur devoir. L'enfant, devenu ainsi légitime à part entière, croît en pleine harmonie, entouré de ses frères et soeurs : ses pairs. La jurisprudence française et

(1) E.LEVY, Traité pratique de la légitimation, Paris, 1919, 13.

(2) AUBERT, 130.

(3) Ce qui suit (n.27,28) ne concerne pas l'autorité compétente de la commune d'origine du mari, qui, nous le verrons, peut contester une légitimation selon l'article 262 CCs.

suisse ne recèle aucun cas de contestation de légitimation de la part des frères et soeurs, quoique ces derniers pussent être frustrés dans un partage successoral.

Les époux qui désirent créer un foyer sans problème sont heureux de pouvoir "adopter" à peu de frais et sans difficulté un enfant étranger au moins à l'un d'eux.

On a vu (cf. infra, n.81) des enfants acquérir frauduleusement la nationalité française grâce au mensonge de leurs parents fictifs. Ceux-ci, qui peuvent même avoir menti contre rétribution (1), n'ont aucune raison d'attaquer la légitimation, tuant du même coup la poule aux oeufs d'or. On peut encore citer pour information, le cas du titulaire d'un titre nobiliaire désireux de voir ses noms et qualités subsister après sa mort, en l'absence de descendants légitimes (2).

D'autres avantages, d'ordre matériel, peuvent inciter les intéressés à négliger toute contestation de légitimation complaisante. On voit en effet des filles-mères faire "prime" en France, en raison des allocations qu'elles touchent de la Sécurité sociale (3) : les époux et l'enfant y trouvent chacun sa part.

Un individu peu scrupuleux peut s'approprier la paternité d'un enfant doté d'une grande fortune et jouir d'un usufruit somptueux : l'enfant trouve un père et une famille en échange d'une partie de sa fortune. Chacun s'accommode d'une légitimation mensongère destinée à réduire le montant de droits de mutation, ou à éviter que le patrimoine des époux n'échoie à l'Etat, etc...

Il faut pourtant reconnaître que la plupart des légitimations de com-

(1) C.Cass. 17 XII 1913, note RUBEN DE COUDER, S 1914 I, 153.

(2) Cf. à ce sujet les curieuses affaires de BARI, D 1895 II, 231 et de TALLEYRAND-PERIGORD, GP 1955 I 337.

(3) R.HOUIV Une enquête sur l'application du droit dans la pratique. La situation juridique de l'enfant, RT 1950, 21, 22.

plaisance non contestées subsistent grâce à l'affection sincère de la famille pour l'enfant, surtout si le mariage a été précédé d'un concubinage prolongé qui avait permis de sonder les coeurs et de forger des liens durables ; à moins que le mensonge ne soit ignoré de la plupart des intéressés.

28.- Alors que l'adoption s'efforce de concilier les intérêts divergents des familles réelle et fictive de l'enfant et de régler à suffisance les effets du changement d'état civil, l'intégration frauduleuse d'un enfant dans une famille artificielle compromet les intérêts du légitimé comme ceux des légitimants. Le conflit couve avant qu'il n'éclate entre les filiations légale et biologique. Le "mensonge qui "préside aux rapports de famille"(1) augmente les risques de heurts dans un foyer qui, malgré la couverture de la loi, n'est pas normal. Sur le plan des faits, la situation de l'enfant est celle d'un enfant du premier lit dont la mère s'est remariée, aggravée par le fait qu'il reste, lui, sans contrôle ni protection sous la coupe d'un parâtre. Il est en effet dangereux d'abandonner l'enfant à la puissance paternelle d'un père légal comme s'il en descendait réellement, alors qu'au contraire, c'est envers cet étranger, biologiquement parlant, que l'enfant doit être protégé. Les périls se multiplient encore en cas de dissolution du lien conjugal :

S'il survient un divorce sans contestation de légitimation, la puissance paternelle échoit le plus souvent à la mère. Le père fictif n'en conserve pas moins des bribes, et l'enfant garde le nom d'un compagnon passager de sa mère. L'obligation d'entretien persiste en outre et le père risque de renâcler devant ce qui lui semble injuste. Ces dangers

(1) J.SAVATIER, op. cit. 9.

sont plus réels encore en cas de décès de la mère. L'enfant se trouve à la merci d'un étranger qui peut se désintéresser rapidement de son sort, voire en profiter.

Les dangers et inconvénients des légitimations de complaisance ne se restreignent pas au cercle étroit du foyer. Ils sont sensibles pour les familles des parents complaisants. Les ascendants et collatéraux du père fictif deviennent débiteurs d'une obligation alimentaire envers l'enfant; après la mort du légitimant mensonger, l'enfant revendique sa part dans leur succession ; à l'ouverture de la succession paternelle, les enfants légitimes à naître du mariage doivent partager la masse avec un demi-frère qui normalement n'y aurait aucun droit.

La survenance d'une de ces situations délicates envenime les rapports familiaux basés peut-être sur une tolérance.

Comme la légitimation implique des relations sexuelles hors mariage, l'aveu de cette pratique de l'"amour libre" altère, dans certains milieux, l'honorabilité de la famille du "coupable" tout entière. Signalons pourtant que ce sentiment abusif se raréfie fort heureusement et fait place à la générosité, ce qui permet à JULLIOT DE LA MORANDIERE (1) de remarquer que "le but du mariage n'est pas seulement de faire "entrer la femme dans un groupe déjà constitué, mais principalement "de créer une famille nouvelle... quelques respectables que soient "les intérêts de la famille ancienne, ces intérêts... doivent s'"ef- "facier devant ceux, plus moraux que sociaux, du foyer".

Des intérêts légitimes peuvent être lésés, des conflits peuvent surgir au sujet du nom de l'enfant complaisamment légitimé. L'attribution

(1) L.JULLIOT DE LA MORANDIERE, Les sources de la légitimité, DC 1941 37, cité par GOGUEY, 46.

à l'enfant du nom du père d'emprunt parachève l'intégration du légitimé dans un "groupe social... qui s'occupe de lui ainsi qu'il en irait dans sa famille de sang" (1). Or, cette intégration matérialisée par le port du nom, n'est pas toujours tolérable et tolérée par les membres de la famille fictive. Si le nom est "la marque extérieure de cet élément de l'état, que constitue la filiation" (2), une légitimation de complaisance en est donc une usurpation, et "si, sur le plan juridique, le nom n'est peut-être que l'un des effets quelque peu accessoire de la filiation, en fait et dans l'esprit des intéressés il en apparaît souvent comme la manifestation essentielle" (3). En ce qui concerne l'enfant, son intérêt considérable à porter le nom du père officiel est si évident qu'à notre connaissance, les recueils de jurisprudence ne contiennent pas de cas d'enfant complaisamment légitimé qui se serait plaint de porter ce nom-là; Hormis, bien sûr, les cas d'indignité ou d'infamie du père fictif ! D'autres inconvénients enfin -et non des moindres- résultent des légitimations de complaisance. Il s'agit des conflits de filiation qui firent couler en France beaucoup d'encre et y provoquèrent l'intervention du législateur. Leur étude exigerait des développements dépassant notre cadre et le lecteur curieux peut consulter avec profit l'ouvrage de GOGUEY (p.63 ss) pour le droit français, et ceux d'AUBERT (p.129 ss) et de HEGNAUER (notes sous l'article 262 CCs) pour le droit suisse.

- (1) C.JEQUIER, Politique neuchâteloise en matière de changement de nom REC 1964, 363.
- (2) A.COLIN, De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la filiation, RT 1902, 257.
- (3) A.PONSARD, Commentaire de la Loi du 25 juillet 1952 relative au nom des enfants naturels, D 1953 L 69; P.KAYSER, La défense du nom de famille d'après la jurisprudence civile et d'après la jurisprudence administrative, RT 1959, 10 ss.

29.- Pour compléter ce tableau des effets périlleux ou désavantageux des légitimations de complaisance, il faut encore signaler quelques-unes de leurs répercussions en droit pénal.

Dans tous les systèmes juridiques en effet, on a institué des infractions dont le lien de filiation est élément constitutif, circonstance aggravante ou cause d'excuse légale (1).

On peut se demander si le lien de filiation intervient comme élément constitutif du parricide. Statué en crime qualifié par l'article 299 CPF, le parricide ne fait pas l'objet d'une disposition en droit suisse où on le considère comme un cas particulier du meurtre (article 111 CPs). En fait, c'est souvent un cas d'application des articles 112 CPs sur l'assassinat ou 113 CPs qui punit le meurtre par passion. En droit suisse donc, le lien de filiation n'est pas un élément constitutif d'un homicide dont la qualification ne repose d'ailleurs pas sur la personne de la victime, mais sur l'intention de l'auteur. Le droit français au contraire, précise qu'"est qualifié parricide le meurtre des pères ou mères légitimes, naturels ou adoptifs, ou de tout autre ascendant légitime". Il ressort de la lettre et de l'esprit de cette disposition que ce crime n'exige aucun lien de consanguinité.

En conséquence, l'enfant complaisamment légitimé peut parfaitement se rendre coupable de parricide sur la personne de son père fictif, qu'il connaisse ou non l'irrégularité de son état civil.

30.- L'abandon de famille du droit français (articles 357-1 et 357-2 CPF) et la violation d'une obligation d'entretien, ou du devoir d'élever l'enfant (articles 217 et 219 CPs) qui se recouvrent partiellement, règlent le problème différemment. Les dispositions françaises parlent sans préciser des "père et mère" (par exemple, à l'article 357-1 ch.3 CPF).

(1) pour l'ensemble de ce développement, cf. GOGUEY, 53 à 62.

Or, le Répertoire DALLOZ de Droit pénal et de Procédure pénale précise que le "délit ne peut être reproché qu'aux père et mère légitimes, "naturels et adoptifs" (1). Cette tendance du droit pénal s'oppose à la notion moderne de la puissance paternelle, de moins en moins considérée comme une prérogative parentale émanant des liens du sang, et de plus en plus comme un devoir familial, une fonction sociale. Il suffira donc au père complaisant d'obtenir l'annulation de la légitimation pour se voir retirer la puissance paternelle sur son enfant fictif, soulager de l'obligation d'entretien à son égard et échapper à toute poursuite pénale sur la base des articles 357-1 ch.3 et 357-2 CPF.

Le CPs, au contraire, punit celui qui n'entretient pas sa famille et ses "proches". Par proches, on entend le conjoint, les parents en ligne directe, les frères et soeurs germains, consanguins ou utérins, les parents et enfants adoptifs (article 110, ch.2 CPs). La doctrine en déduit que dans certains cas, l'"auteur du délit peut être une personne "autre que le père de l'enfant dont il s'agit" (2).

31.- Les articles 331/2 CPF et 191 ch.1/2 CPs s'entendent pour sanctionner les attentats à la pudeur perpétrés par des ascendants sur la personne de mineurs. Si ces dispositions paraissent semblables, elles diffèrent dans le domaine des filiations de complaisance. Tandis qu'en Suisse, l'article 191 ch.1/2 CPs prévoit un traitement identique "si la victime "est l'élève, l'apprenti ou le domestique du délinquant, ou si elle est "son descendant, son pupille ou un enfant confié à ses soins", l'article 331/2 CPF consacre le lien de filiation au rang d'élément constitutif de l'infraction. Accusé d'un tel forfait, le père complaisant français a le loisir de contester la légitimation selon l'article 339 Ccf pour échapper à toute poursuite sur cette base. Ce cas scandaleux se produi-

(1) Répertoire DALLOZ de Droit pénal et de Procédure pénale, T.I, Paris 1967, n.96,9.

(2) P.LOGOZ, Commentaire du Code pénal suisse, Partie spéciale n.3 sous l'article 217 CPs.

sit il y a quelques années et fut largement relaté dans les recueils de jurisprudence (1). Devant une telle dérobade, le juge condamne le père fictif pour excitation de mineur à la débauche ou pour outrage public à la pudeur. La condamnation reste indépendante du lien de filiation.

32.- Le lien de filiation peut n'être qu'une circonstance aggravante de l'infraction :

De façon très générale, les codes pénaux français et suisse prévoient, en ce qui concerne la protection des bonnes moeurs et de la famille, nombre de dispositions frappant le coupable avec plus de sévérité s'il est l'ascendant de la victime. Les législateurs n'ont pas tellement cherché à réprimer les actes incestueux, mais plutôt à protéger l'enfant contre ceux qui possèdent sur lui une quelconque autorité. Ces règles s'insèrent dans le cadre d'un principe plus général visant à exercer un contrôle préventif et répressif sur ceux qui, en fait, dirigent l'éducation de l'enfant. Il va de soi qu'un lien de filiation complaisamment établi ne change rien à la position du père fictif face à ces dispositions pénales (2). L'autorité de fait s'assimile à l'autorité de droit.

33.- Le lien de filiation peut enfin être cause d'excuse légale, et c'est le domaine des infractions contre le patrimoine, où les principes exposés ci-dessus ne s'appliquent plus. "La loi ne veut pas que la paix des familles soit troublée par des poursuites criminelles irréparables; elle préfère l'impunité du coupable à une répression juste mais inopportune"(3).

Ce principe est différemment appliqué en France et en Suisse. Selon l'

(1) C. App. Dijon, 20 III 1953, GP 1953 I, 382.

(2) articles 333 CPf, 202 ch.2 CPs, etc...

(3) E.GARCON, Code pénal annoté, T.II, Nouvelle édition par M.ROUSSELET, M.PATIN et M.ANCEL, Paris, 1956, 661 ss.

article 380 CPf, "les soustractions commises... par des enfants ou "autres descendants au préjudice de leurs pères ou mères ou autres "ascendants, par des pères ou mères ou autres ascendants au préjudice "de leurs enfants ou autres descendants" ne peuvent "donner lieu qu' "à des réparations civiles". En France donc, la loi prive explicitement les membres de la famille de tout pouvoir d'appréciation de l'opportunité d'une poursuite pénale. Comme la doctrine et la jurisprudence françaises admettent l'application de l'article 380 CPf dans le cadre de la famille adoptive, il est hors de doute que "cette immunité "couvrira donc l'enfant complaisamment reconnu et son auteur fictif; "elle peut apparaître regrettable car elle est de nature à compromettre "les intérêts de l'enfant" (1), et à encourager les légitimations mensongères suscitées par la cupidité.

En droit suisse, le danger n'est pas aussi réel, que les termes mêmes de la loi tempèrent -sans pour autant l'éliminer-. Les articles 110 ch.2 et 3 et 137 ch.3 CPs combinés présentent un système où l'opportunité d'une poursuite pénale est laissée au libre arbitre des victimes, même en cas de vol qualifié : "le vol commis au préjudice des proches ou des familiers ne sera poursuivi que sur plainte". Or, ces notions de proches et de familiers englobent à n'en pas douter l'enfant complaisamment légitimé. Tandis que l'article 110 ch.2 CPs définit que les "proches d'une personne sont le conjoint de cette personne, ses frères "et soeurs germains, consanguins ou utérins, ses parents et enfants "adoptifs", le chiffre 3 de cette disposition précise que les "familiers "d'une personne sont ceux qui font ménage commun avec elle". Il est superfétatoire d'avancer qu'un enfant complaisamment légitimé fait partie des familiers puisque la mention des parents et enfants adoptifs

(1) GOGUEY, 61.

au sein des proches le range automatiquement parmi ceux-ci.

L'ordre juridique suisse a ainsi évité les recours abusifs à une impunité de droit pénal, tels qu'ils apparaissent possibles en France.

34.- Nous ne quitterons pas ce domaine sans parler en bref des sanctions pénales des déclarations mensongères de légitimation. De telles déclarations à l'état civil sont des infractions, tant en droit français qu'en droit suisse.

Peut-on appliquer à la reconnaissance de complaisance les peines prévues par l'article 147 CPf pour les faux en écriture publique ou authentique ? - Pour R.GARRAUD (1), le faux est une altération frauduleuse de la vérité dans un écrit, portant sur des faits que cet écrit est apte à prouver, et susceptible de causer un préjudice. Comme la reconnaissance est destinée à établir la filiation de l'enfant et qu'en altérant la vérité, il lui a été donné un état autre que le sien, on doit convenir que l'auteur d'une reconnaissance mensongère est passible des peines de l'article 147 CPf. Quant au préjudice, élément constitutif de l'infraction, la Cour de Cassation française a toujours jugé qu'il peut affecter soit un intérêt privé, soit un intérêt public, et que si le préjudice n'apparaît pas momentanément, il est toujours possible (2). Par contre, l'application en la matière de l'article 345/1 CPf est impossible, qui punit le coupable "d'enlèvement, de recelé, "ou de suppression d'un enfant, de substitution d'un enfant à un autre "ou de supposition d'un enfant à une femme qui ne sera pas accouchée". Doter un enfant d'une filiation mensongère ne constitue pas une substitution ou une supposition d'état, car cette disposition ne vise pas les manoeuvres contre la preuve de l'état civil, mais celles qui sont dirigées

(1) R.GARRAUD, Traité théorique et pratique du droit pénal français, T.IV 3ème édition, Paris, 1922, n.1354.

(2) par ex. , C.Cass.Crim. 5 XI 1903, Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, No.359.

contre la personne même de l'enfant privé de son état civil et incapable d'établir son identité (1). Ce n'est pas la véracité de l'état de l'enfant, mais celle du titre de filiation qui est mis en cause. La déclaration mensongère de légitimation à l'état civil tombe sous le coup des articles 216 et 253 CPs. Le premier protège l'appartenance à une famille déterminée entre autres par la descendance. Comme le TF (2) affirme que "la suppression" ou la "falsification d'état civil" n'est pas un délit continu, on peut en déduire que l'acte est consommé dès que le père fictif incite l'officier de l'état civil à coucher l'inscription fautive dans les registres. Si, par la suite, le père complaisant n'entreprend rien pour faire disparaître le titre d'état civil illégal né par sa faute, cette passivité ne constitue pas une nouvelle atteinte à l'état civil. Ainsi, malgré sa présence au sein des infractions contre la famille, l'article 216 CPs est une disposition "hybride" (3) qui protège aussi l'intérêt de l'Etat (4) à ce que les registres concordent avec les faits, contre les faux en écritures publiques.

En induisant l'officier de l'état civil en erreur pour obtenir un titre faux d'autant plus dangereux que la forme en est parfaite, le légitimant complaisant commet le crime d'obtention frauduleuse d'une constatation fautive (article 253 CPs). L'infraction est consommée dès que l'acte est dressé, même s'il ne lèse aucun intérêt.

La possibilité d'un concours d'infractions entre les articles 216 et

- (1) E.GARCON, op.cit. n.87 ss sous l'article 345 CPf.
- (2) ATF 84 IV 17 = JT 1958 IV 45, 46.
- (3) F.CLERC, Cours élémentaire sur le Code pénal suisse. Partie spéciale, T.II, Lausanne, 1945, 93.
- (4) P.LOGOZ, op. cit., n.1 sous l'article 216 CPs.

et 253 CPs a fait l'objet d'une controverse. ZUERCHER (1) et SCHWANDER (2) avec des restrictions, sont d'avis que l'article 216 CPs déroge à la règle générale de l'article 253 CPs. THORMANN, von OVERBECK (3) et LOGOZ (4) se prononcent pour une application concurrente de ces deux dispositions. Dans le cas d'une légitimation de complaisance, on doit reconnaître avec LOGOZ et le TF (4) que le concours d'infractions est parfaitement concevable. Comme les pénalités de l'article 253 CPs sont plus lourdes, le juge sera tenté de prononcer contre le père complaisant une peine de réclusion et non d'emprisonnement. Une bonne justice voudrait pourtant que bénéficie d'une peine légère avec sursis celui dont la complaisance émane d'un sentiment honorable vis-à-vis de la femme et de l'enfant ! Une peine de principe serait alors très équitable.

- (1) Code pénal suisse, Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908, Berne, 1914, 256.
- (2) V. SCHWANDER, Das schweizerische Strafgesetzbuch, 2ème édition, Zurich 1964, 431.
- (3) P. THORMANN, A. von OVERBECK, Das schweizerische Strafgesetzbuch, T. II Zurich, 1941, n.9, 245.
- (4) P. LOGOZ, op.cit., 408 ; ATF 90 IV 24 = JT 1964 IV 26.

Section 2 : L'action en contestation de légitimation.

35.- Nous avons intentionnellement choisi le terme très général de contestation pour définir l'action des articles 339 CCf et 262 CCs.

Contester signifie en effet aussi bien s'opposer, ne pas reconnaître, nier l'existence, disputer, révoquer, désavouer que demander la nullité ou l'annulation. Or, l'action de l'article 339 CCf recouvre non seulement l'action en annulation, mais aussi parfois l'action en nullité relative ou absolue de légitimation du droit suisse (cf n.41). La contestation est la seule notion qui puisse réunir les actions de ces deux dispositions sous une même définition.

36.- Le droit français connaît divers moyens d'anéantir une légitimation, c'est-à-dire de s'attaquer aux reconnaissances dont elle émane :

On distingue les demandes en annulation : nullité absolue de l'article 335 CCf ou pour vice de forme et nullité relative pour vice du consentement d'une part, et les demandes en contestation proprement dites de l'article 339 CCf pour discordance de l'acte juridique d'avec la réalité d'autre part (1). Nous verrons plus tard (n.40) à quelles difficultés nous amène ce manque de précision de la terminologie française qui ne distingue pas l'annulation de la nullité, et ces louvoiements de la doctrine hésitante entre des principes très différents, souvent contraires. Certains auteurs ont même peine à dissocier les demandes en annulation et en contestation. Pour AUBRY et RAU (2), la reconnaissance serait toujours nulle lorsqu'elle n'est pas l'expression de la vérité. ROUAST, in PLANIOL, RIPERT et ROUAST, t.II, p.709, fait la même

(1) CARBONNIER, op.cit.520.

(2) AUBRY et RAU, Droit civil français, 6ème édition, T.IX, par P.ESMEIN Paris, 1953, 233.

erreur.

37.- Malgré la note marginale française de l'article 262 CCs qui mentionne par erreur "action en nullité" (1), le droit suisse distingue nettement l'action en nullité -inconnue dans la loi- de celle en annulation de légitimation (article 262 CCs).

L'action en nullité de légitimation du droit suisse peut être intentée pour différents motifs : absence de mariage, de lien de filiation biologique entre l'enfant et l'époux qui n'a jamais déclaré vouloir le légitimer et qui s'est prononcé nettement, légitimité préexistante de l'enfant ou reconnaissance préalable par un tiers, etc...

Par contre, l'action en annulation s'exerce contre une légitimation par ailleurs valable, quand le mari n'est pas le père réel de l'enfant (2).

Sur le plan de la terminologie, les juristes suisses romands évitent prudemment le terme de contestation. Quant au CCs, il parle d'"attaquer" "la légitimation", ce qui n'est guère satisfaisant en présence de la note marginale parlant de nullité.

(1) Obergericht Zurich, 15 IX 1949, RSJ 1950, 207.

(2) L'article 262 CCs ne concerne pas l'absence de maternité, qui ne peut être qu'un motif de nullité de légitimation.

Chapitre 2.

Les ouvertures à contestation de légitimation :

la nullité et l'annulation.

Section : 1 : La nature des actions des articles 339 CCF et 262 CCs.

38.- Une légitimation n'est réalisable que si certaines conditions de forme et de fond sont remplies ; si celles-ci sont dans l'ensemble semblables en droits français et suisse, celles-là diffèrent quelque peu.

A. Conditions de forme.

La déclaration de légitimation, nous l'avons vu, n'est pas nécessaire en Suisse à la légitimation et l'obligation de l'article 259/1 CCs reste purement formelle : la communication à l'état civil n'a qu'une valeur déclarative (1) : articles 259 CCs et 98 OEC.

On constate en droit français des principes apparentés, quoique le CCF soit plus lapidaire quant à la forme de la déclaration (article 331 CCF). Il appert tout d'abord qu'un simple vice de forme ne rend pas la légitimation annulable. Une action en rectification des actes de l'état civil suffit à corriger l'irrégularité de la procédure. Mais si le vice touche au fond et influe sur l'état des personnes, il en va autrement. La légitimation est alors en butte à une action d'état (en nullité ou annulation).

L'action en rectification des actes de l'état civil tend à réparer une erreur dans la procédure d'inscription pour autant que cette erreur n'affecte en rien le fond de la légitimation. Or, malgré les multiples études qui lui ont été consacrées (2), la distinction entre les circonstances qui exigent une rectification des actes de l'état civil, et celles où il faut recourir à une action d'état reste difficile à

(1) Au contraire de la reconnaissance, acte de nature constitutive, et non simple aveu d'un lien de filiation.

(2) par ex. P.B.JAQUES, La rectification des actes de l'état civil, thèse, Lausanne, 1949.

concevoir. En effet, une action tend presque toujours à réclamer simultanément un état (par ex., celui d'enfant légitime, de père naturel), et à obtenir corrélativement la correction de l'acte de l'état civil prouvant l'élément de l'état qui fait l'objet de la demande.

En théorie, cette demande s'analyse en deux actions qui, de distinctes, s'amalgament jusqu'à se confondre. Selon l'optique choisie, l'affaire est une question d'état ou un cas de rectification. Or, tandis que les règles légales en matière d'état sont strictes et compliquées, la procédure de rectification est bien plus aisée. La doctrine et la jurisprudence ont considéré comme une nécessité de distinguer nettement les deux genres d'actions pour "dévouer les calculs des plaideurs qui tentent toujours de confondre l'une et l'autre sorte d'actions, en dissimulant en principe -cela va de soi- une question d'état sous les formes d'une demande en rectification"(1). En résumé, on a à faire à une action d'état si la demande concerne principalement un élément de l'état d'une personne. En revanche, l'action en rectification de l'article 45 CCs "vise à corriger l'inscription définitive et formellement inexacte dès le principe. Elle ne suffit que lorsque l'état, au fond, n'est pas en jeu...Elle ne saurait remplacer l'action d'état..."(2). Il faut que l'erreur se soit glissée au cours de la procédure purement formelle de l'inscription. Redresser cette procédure est précisément l'objet de la rectification. C'est une des deux façons d'établir la nullité de la légitimation, l'autre étant l'action d'état en nullité (3). Il en ressort qu'une légitimation "inscrite en conformité de la volonté des deux époux ne peut pas être

(1) JAQUES, op.cit.147, 148.

(2) ATF 86 II 442.

(3) HEGNAUER, n.6 sous l'article 262 CCs; ZBl 1955, 229; ATF 49 I 25.

"radiée.., lorsqu'on apprend qu'elle est due à de fausses déclarations des intéressés" (1).

39.- Si la loi prend des précautions particulières pour assurer à l'état des personnes une protection efficace, c'est qu'il concerne l'honneur et la paix des familles autant que leurs intérêts matériels. Ce sont justement les domaines des actions en nullité et en contestation de reconnaissance en France, des actions en nullité et en annulation de légitimation en Suisse.

B. Conditions de fond.

Aux conditions de forme s'ajoutent des conditions de fond, essentielles puisque leur absence peut entraîner la disparition de la légitimation et derechef la rechute de l'enfant dans la condition inférieure de l'illégitimité.

Si, en droit suisse, "la légitimation constitue, comme la filiation légitime, un rapport naturel de parenté" (2), elle revêt en France un aspect plus artificiel, du fait qu'elle est une sorte de rapport de filiation au second degré, le premier étant les reconnaissances maternelle et paternelle hors mariage. En droit français, la notion moderne de la légitimation s'éloigne de la filiation naturelle par le sang qui risque de n'en être pas le soutien (3).

Cette différence influe bien sûr sur la liste des conditions de fond, de validité de la légitimation.

40.- En droit français et suisse, la légitimation doit remplir trois conditions fondamentales :

1. Tout d'abord, on s'entend pour affirmer la nécessité du mariage des

(1) Circulaire E 4 du Recueil des circulaires sur l'état civil, publié par le DFJP.

(2) P.Tuor, Le Code civil suisse, 2ème édition française, par H.DESCHENAUZ Zurich, 1950, 213.

(3) P.RAYNAUD, L'évolution de la notion de légitimation, Mélanges RIPERT T.I, Paris, 1950, 434.

auteurs de fait de l'enfant. La légitimation résulte du mariage sans qu'aucune déclaration supplémentaire n'intervienne dans l'acte de mariage. Le divorce laisse subsister la légitimation; il en va de même de la nullité du mariage, selon l'article 133 CCs interprété extensivement, et quand celui-ci vaut comme putatif (1) en droit français (2).

On peut ainsi affirmer que la déclaration n'est pas constitutive, mais déclarative de légitimation. Dans un arrêt récent, ATF 86 II 437, les juges suprêmes suisses ont réaffirmé le principe avec clarté : "...l'effet juridique visé par la loi -la légitimité de l'enfant- se réalise ipso jure dès la conclusion du mariage, que les époux respectent ou non l'obligation imposée par 259 al.1 CC : leur déclaration à l'officier de l'état civil et l'inscription consécutive ne sont pas constitutives du droit ... et l'expression allemande "Ehelicherklärung", traduisant le terme de "légitimation" est partiellement impropre".

2. La deuxième condition présente plus de difficultés, car les droits français et suisse -divergence lourde de conséquences- ne s'accordent pas sur ce point. En droit suisse, il faut le "fait matériel de la filiation" (3) pour qu'une légitimation soit valable. En conséquence, les époux n'ont le droit et le devoir de légitimer l'enfant que si leur déclaration correspond à la réalité des faits : s'ils sont tous deux les véritables parents". Il n'en reste pas moins (cf, supra n.24) que les possibilités sont plus étendues que le droit de légitimer ! Il en va autrement en droit français qui exige, lui, que la filiation naturelle soit préalablement établie vis-à-vis de chacun des parents.

- (1) Est putatif le mariage que les parties ont contracté à tort, l'une au moins devant être de bonne foi, dans l'ignorance des empêchements qui s'opposent à leur union.
- (2) PLANICL, RIPERT et ROUAST, Traité pratique de droit civil français, 2ème édition, T.II, La famille (Mariage, divorce, filiation) Paris, 1952, 805, 806.
- (3) ATF 40 II 298.

Ainsi donc, selon l'esprit et la lettre de l'article 331 Ccf, pour peu que la légitimation remplisse toutes les conditions de forme légales, qu'elle repose sur deux reconnaissances et qu'elle ne soit pas entachée d'un vice du consentement, elle ne peut plus être attaquée qu'indirectement, par l'intermédiaire d'une action en contestation de reconnaissance selon l'article 339 Ccf.

3. Enfin, la troisième condition, qui semble aller de soi, a été affirmée à maintes reprises au cours de drames affligeants mettant en lice deux familles qui revendiquaient chacune le même enfant. Cette ultime condition à la légitimation est l'état d'illégitimité de l'enfant en cause. Si le droit suisse (*mater semper certa*) laisse moins d'occasions à un tel litige de se développer, le système français (*mater incerta*) connaissait de douloureuses situations où l'on voyait reconnaître un enfant déjà pourvu d'une filiation illégitime juridiquement établie. Jusqu'à la loi du 15 juillet 1955 (article 342 bis Ccf) rien ne s'opposait à ce qu'un enfant reconnu se voie reconnaître postérieurement par une autre personne de même sexe que l'auteur de la première reconnaissance. Depuis lors, si un enfant possède déjà une filiation juridiquement consacrée, "nulle filiation contraire ne pourra être postérieurement reconnue sans qu'un jugement établisse préalablement l'inexactitude "de la première" (article 342 bis Ccf).

Outre ces trois conditions fondamentales, certains auteurs ont tenté d'en avancer d'autres. LALIVE, par exemple, exige que la reconnaissance d'un enfant décédé soit sincère et non abusive (1). C'est discutable, surtout qu'il est pratiquement impossible de délimiter avec précision la frontière entre le bon droit et l'abus qui s'interpénè-

(1) P.LALIVE, La révision du droit de la filiation illégitime, RDS 1965 II, 575, 576.

trent intimement en la matière, et de trouver un moyen de déceler le mensonge sans nuire à la liberté nécessaire des déclarations à l'état civil. Le droit français, plus réaliste, accepte une reconnaissance, même motivée par la cupidité.

Cette revue sommaire des conditions de la légitimation permet de mieux distinguer maintenant entre les cas de nullité et d'annulabilité, entre l'action en nullité et l'action en annulation de légitimation.

Il ne s'agit pas d'une simple querelle de mots. Il faudra bien trancher l'alternative, et ce faisant, on qualifiera les titulaires du droit d'agir, fixera les délais de prescription, choisira le for, préservera les intérêts des tiers. En un mot, on déterminera dans quelle mesure il importe de respecter la stabilité de l'état des personnes.

Section 2 : L'importance de la distinction nullité-annulabilité.

41.- La doctrine distingue deux "maladies dans les actes juridiques"(1), la nullité et l'annulabilité. Il n'y a pas à revenir sur l'opportunité de la distinction. IHERING dit justement : "L'opposition entre "la nullité et l'annulabilité est tout à fait inattaquable du point de "vue de la logique"(2). Un rapide exposé du système des invalidités (nullité et annulabilité) permettra de mieux comprendre son application au domaine des actes de l'état civil.

Selon la théorie classique, on distingue quatre effets absolus pour la nullité et autant de relatifs pour l'annulabilité qui se correspondent. La réunion de ces quatre effets crée soit la nullité, soit l'annulabilité. Ce sont :

1. la loi elle-même prévoit la nullité (3) que le juge constate. Il prononce par contre l'annulation. Si l'acte nul est mort-né, d'emblée inefficace, l'annulable est celui qui "renferme un vice susceptible d'amener son annulation par la justice"(4) commise par la décision d'intervenir d'une partie ou d'un tiers (5). L'acte susceptible d'annulation existe sans restriction quoiqu'il fût menacé de mort. Ainsi, si le jugement de nullité est déclaratif, celui d'annulation est constitutif. Cette différence émane de la nature même de l'acte.

(1) AUBERT, 62.

(2) R. von IHERING, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, T.II, Vol. II, Leipzig, 1852, 322, cité par AUBERT 64.

(3) Pas de nullité sans texte, dit l'adage français ; contra, le droit suisse où l'action en nullité est innommée.

(4) G.BAUDRY-LACANTINERIE et M.HOUQUES-FOURCADE, Traité théorique et pratique de droit civil, T.XIII, Paris, 1929, 268.

(5) A.von TUHR, Partie générale du Code Fédéral des Obligations, traduction de TORRENTE et THILO, Vol.I, Lausanne, 1929, 204.

La logique veut que les trois autres effets dépendent du premier (1) :
2. La nullité peut être invoquée par quiconque y justifie d'un intérêt. Le juge peut même la constater d'office, alors que seuls des privilégiés désignés par la loi peuvent demander l'annulation d'un acte juridique. On en conclut donc que la nullité est absolue : elle peut être opposée à chacun, et que l'annulabilité est relative (2).

3. un acte nul ne peut être l'objet ni de confirmation, ni de ratification, que connaissent les actes annulables. Ce principe n'est pas toujours respecté par la loi. C'est le cas des actes de l'état civil, en raison du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes (par exemple, articles 339 CCf, 262 et 306 CCs).

4. la nullité, absolue, est imprescriptible, alors que la déchéance intervient souvent à bref délai en cas d'annulation. La loi se charge de fixer ce délai de cas en cas, et la jurisprudence, sa nature prescriptible ou péremptoire.

2.- De l'avis général, le législateur suisse ne s'est pas contenté de cette thèse classique, pourtant admirable de clarté et de rigueur logique. Pour mieux répondre à des impératifs sociaux, il a créé, à côté des extrêmes classiques : la nullité et l'annulabilité strictes, tout un éventail d'invalidités parentes tantôt de l'un, tantôt de l'autre de ces extrêmes ouristes ; et cela malgré les dénominations employées dans le code dont les notes marginales contiennent des erreurs, par exemple articles 262, 519 ss CCs, 230, 525, 793 CO. Hormis l'article 578 CCs qui traite de droit successoral, le code ne contient que trois cas d'annulabilité pure : articles 253 ss, 262 et 305 CCs. Il est cependant curieux de constater que le législateur ne semble pas avoir voulu statuer des annulabilités, qu'il appelle respectivement désaveu,

1) R. Des GOUTTES, Système des nullités en droit suisse, RDS 1929, 348 ss.

2) C'est pourquoi les juristes français qualifient l'annulabilité de "nullité relative", ce qui n'est pas heureux et peut prêter à confusion.

action en nullité et révocation (1).

43.- Outre leur origine naturelle : le fait physiologique du lien de filiation, les règles légales de la filiation connaissent une origine artificielle : l'intervention de la morale et de la législation. Ce sont les atteintes à cette morale et à cette législation qui sont punies de nullité. Chacun peut attaquer une reconnaissance révélant l'adultère ou l'inceste (articles 335 CCF; 304 CCs). La nullité émane de l'ordre public.

La nullité peut aussi provenir d'un vice du consentement : erreur, menace ou dol. Or, la manifestation de volonté qui est à la base de la reconnaissance est difficile à analyser. On ne peut sans autre l'appliquer à la notion du consentement telle qu'elle s'utilise en matière d'obligations, ce qui rend difficile la distinction entre l'inexactitude de la filiation (domaine de la contestation de la reconnaissance) et les vices du consentement.

Contrairement à l'opinion de COLIN(2), la reconnaissance est un acte volontaire, une manifestation de volonté qui ne puise pas en elle-même ses effets constitutifs. Ces effets sont ceux que le législateur a tirés des rapports de parenté. Par contre, en matière d'obligations règne le principe de l'autonomie de la volonté. On distingue donc deux cas d'application de la théorie des vices du consentement :

1. Si l'auteur de la reconnaissance ne possédait pas sa conscience et sa volonté au moment de la déclaration de reconnaissance, la nullité de l'acte est absolue.

2. Si, en revanche, l'auteur de la reconnaissance était alors parfaitement sain d'esprit, mais que son consentement était entaché d'erreur, de menace, ou de dol, la nullité de l'acte est relative.

(1) von TUHR, op.cit., n.55, 205 ; DES GOUTTES, op.cit., 377. Signalons ici que le texte allemand de la note marginale de l'article 262 CCs est "Anfechtung" et non "Nichtigkeitsklage", par ex.

(2) COLIN, op. cit., RT 1902, 257 ss.

Toutefois, le principe de l'irrévocabilité de la reconnaissance a provoqué une interprétation restrictive des vices du consentement en matière de déclaration à l'état civil. Il fallait empêcher l'annulation d'une filiation exacte, même si le consentement du déclarant n'avait pas été obtenu en toute liberté. Ainsi, l'erreur sur la substance n'est retenue que si elle concerne la filiation ou l'identité de l'enfant (1). Etant donné la notion et le but de la reconnaissance ou de la légitimation, l'erreur "ne peut se rapporter qu'au fait de la paternité de l'"auteur de la reconnaissance" ou de la légitimation (ATF 75 II 11). L'erreur sur les qualités de la personne, conséquente en matière de mariage reste sans effet, etc...

Les tribunaux suisses se montrent très sévères dans l'application de la théorie des vices du consentement dus à l'erreur, aux déclarations à l'état civil. C'est ainsi que si l'auteur peut invoquer les principes généraux du CO pour faire invalider la reconnaissance ou la légitimation, ce moyen est restreint par le fait que la déclaration implique renonciation à l'exceptio plurium et au moyen tiré de l'inconduite de la mère à l'époque de la conception, d'une part, et que les vices du consentement doivent "se rapporter à des faits qui sont de nature à établir non l'incertitude, mais proprement l'impossibilité que l'enfant reconnu ait été procréé par l'auteur de la reconnaissance", d'autre part. L'auteur doit prouver son ignorance des circonstances établissant l'impossibilité de sa paternité.

Le dol n'est plus en la matière constitué par des manoeuvres telles que sans elles l'acte n'aurait pas été réalisé. Il faut encore qu'il porte sur la substance de l'acte, c'est-à-dire sur la filiation (3). On voit ici transparaître le souci de ne pas porter atteinte aux filiations

- (1) C.App. Aix, 22 XII 1852, S 1854 II, 321.
- (2) ATF 53 II 95 = JT 1927 II 591 ; cf. aussi ATF 49 II 155 = JT 1923 II 540; ATF 75 II 9 et 79 II 28.
- (3) C.App. Poitiers, 30 XII 1907, S 1909 II, 313.

exactes.

44.- Le champ d'application de la théorie des vices du consentement dans le domaine des déclarations à l'état civil, déjà restreint, nous venons de le voir, se trouve encore amenuisé par la pratique judiciaire française qui, lorsque le lien de filiation ne correspond pas à la vérité, retient indistinctement le vice du consentement (action en nullité) et l'inexactitude du lien de filiation (action en contestation de l'article 339 Ccf). De nombreuses décisions montrent clairement qu'avant d'anéantir une reconnaissance, les juges "ne se contentent pas de scruter les "mobiles ou les circonstances qui ont pu influencer sur la détermination "du déclarant. Ils examinent le fond du droit et c'est finalement la "conviction que le comparant est ou n'est pas le père de l'enfant qui "détermine leur sentence" (1). C'est pour quoi des voix se sont élevées pour refuser l'application de la théorie des vices du consentement en la matière : de tels vices ne pourraient être que des présomptions d'inexactitude de la filiation, et seule l'action basée sur l'article 339 Ccf resterait possible (2). Pourtant, dès qu'il y a déclaration de volonté, on doit admettre l'application de la théorie des vices du consentement, même si, confirmant l'opinion de H. De PAGE (3), on doit ainsi tolérer de façon peu morale que l'auteur de la déclaration connaisse la réalité du lien de filiation et ne désire pas le voir légalement établi.

Par contre, il est impossible en Suisse de cumuler aussi cavalièrement ces deux ouvertures à contestation de légitimation que sont les demandes en nullité et en annulation. On parvient autrement à garantir une

- (1) M. SELLES, De la contestation pour inexactitude de la reconnaissance des enfants naturels, thèse, Alger, 1945, 23 ; cf. aussi l'ancienne jurisprudence C.App. Lyon, 13 III 1856, D 1856 II, 232, C.App. Aix précité.
- (2) Poitiers précité; Req. 8 III 1927, S 1928 I, 95; C.App. Paris 16 XII 1921 GP 1922 I, 193.
- (3) H. DE PAGE, Traité de droit civil belge, 2^{ème} édition, T.I. Bruxelles 1962, 1202, 1203.

certaine stabilité à l'état des enfants légitimés en rendant très difficile la preuve de l'impossibilité de paternité. En tant que fondée sur un vice du consentement, l'action en contestation d'un acte de l'état civil se prescrit du reste en Suisse "aussi bien d'après l'art.31 CO que d'après les dispositions des art.306 ou 253 et 257 CC, appliqués par analogie"(1). Non contents de tirer un moyen des règles générales du droit des obligations pour garantir la stabilité de l'état des personnes, les juges suisses recourent aux délais péremptoires du droit de la filiation, de façon superfétatoire selon nous, surtout que l'appel à ces règles complique la distinction entre l'action en nullité et celles en annulation des articles 262 et 306 CCs. Le TF se montre trop prudent.

- 45.- Lorsque la contestation de la reconnaissance en France, de la légitimation en Suisse, ne porte pas sur la validité de l'acte, elle ne peut que viser la véracité de l'aveu, sa conformité avec la réalité. Si le législateur fait confiance au déclarant souvent seul avec la mère à connaître la réalité de la filiation, il a entendu conserver à l'exactitude des actes de l'état civil, sa supériorité sur la liberté de la volonté du déclarant. C'est pourquoi, selon que ce principe est plus ou moins respecté, s'ouvre largement ou non l'action en contestation de la reconnaissance ou de la légitimation. Ces institutions ne sont pas des pièges fatals, des oubliettes dont l'auteur et l'enfant seraient sans autre à jamais prisonniers. Or, face à ce principe, les droits suisse et français présentent des conceptions différentes quant à la légitimation de complaisance. La plus frappante consiste en l'existence ou l'absence d'un délai pour intenter l'action en contestation. En France, une règle fondamen-

(1) ATF 75 II 12.

tale bien établie veut que toute action d'état jouisse d'imprescriptibilité, hormis les exceptions légales. Si la jurisprudence a apporté un tempérament à cette conception libérale en posant que quand le plaideur se fonde pour agir sur un intérêt pécuniaire, le droit à l'action se périme avec cet intérêt, il est en pratique facile au père complaisant de justifier de considérations morales. Cette imprescriptibilité comporte des effets extrêmement graves, pouvant altérer jusque dans leur essence la stabilité et la sécurité de l'état des personnes. Les recueils de jurisprudence renferment en effet des cas d'abus patents. On a vu un père complaisant demander l'annulation de la légitimation 58 ans après sa déclaration, sous prétexte que son fils -marié et père de famille lui-même- le négligeait. Il apparait ici que le souci de la vérité qui inspire tout le droit français de la filiation cache bien des abus. Le culte de la Vérité cher au XVIIIe siècle, a gardé de nos jours une profonde influence dans la vie sociale en France.

46.- Sur le droit suisse souffle un tout autre esprit. Issu de conceptions paternalistes, le CCs s'est efforcé d'assurer la paix dans la famille et la stabilité du statut de ses membres, ce qui amena à prévoir à l'article 262 CCs un très court délai de péremption. La sévérité de ce délai est aujourd'hui critiquée et différentes solutions proposées (cf.infra, n.59).

D'autre part, les titulaires du droit d'agir sont énumérés dans la loi et nous verrons que la péremption est un moyen superfétatoire de rejet de l'action émanant du père complaisant. Si l'époux déclarant peut se retrancher derrière un vice de la volonté, il n'est pas habilité à invoquer son "intention consciente de faire une fausse déclaration"(1) .

(1) J.-E.GROSSEN, note sous l'ATF 86 II 446, RT 1962, 414.

Cet avis domine en Suisse et s'oppose à la conception française.

47.- L'imprescriptibilité française et la péremption suisse posent un problème plus général et beaucoup plus grave. Elles influent toutes deux à leur façon sur la sécurité de l'état des personnes, Quoiqu'un enfant légitimé en France se trouve théoriquement assimilé à un enfant légitime (article 333 CCF), son statut familial est en fait très vulnérable. Si ses parents légaux ne sont pas ses auteurs physiques -et nous savons combien les légitimations de complaisance foisonnent-, ils peuvent en tout temps et selon leur caprice le déchoir de son rang pour le replonger dans l'illégitimité avec toutes les lourdes conséquences morales et matérielles que cette dégradation comporte. Il leur suffit, selon l'article 339 CCF, d'établir par tous moyens de preuve la fausseté de la déclaration. Il est facile de s'imaginer de quelle arme, de quel moyen de pression dispose le père complaisant sur la mère de l'enfant, un "véritable chantage" (1).

Le rigorisme suisse en la matière conduit à l'excès contraire. L'anéantissement d'une légitimation de complaisance ne s'obtient que pendant un court délai péremptoire. En outre, celui qui se trouve être le plus apte à dissiper le mensonge : le père fictif, ne peut utiliser le seul recours possible contre sa déclaration fautive à l'état civil. Il est privé du moyen qu'offre l'article 262 CCs.

La loi consacre donc elle-même un "Rechtsschein", une apparence trompeuse basée sur un mensonge quasi irréversible. Nous verrons plus tard quels tempéraments il s'agirait, de lege ferenda, d'apporter à ces deux conceptions extrêmes (cf.n.164 ss).

(1) H.,L. et J.MAZEAUD, Leçons de droit civil, T.I, 2ème édition, Paris 1959, n.1011, 1043.

48.- Une conséquence importante découle enfin de la nature même des légitimations française et suisse.

Les deux systèmes s'accordent pour affirmer la nature déclarative, et non constitutive, de la légitimation, et AUBERT remarque avec bonheur que n'agissant pas, elle ne peut donc rétroagir. La légitimation, selon lui, n'est que rétrospective. Il en résulte qu'une déclaration mensongère de légitimation n'a en Suisse aucune influence sur l'état illégitime de l'enfant, malgré les apparences. La légitimation n'en est pas moins considérée comme valable tant et aussi longtemps que l'action en annulation dont elle est menacée n'a pas abouti. C'est pourquoi, pour qu'un enfant soit légitimé, il suffit qu'il se trouve "enfant de la femme, et que les époux le donnent pour leur descendant "commun"(1).

(1) H.SCHULTHESS, Entstehung und Untergang der elterlichen Gewalt im ehelichen Kindesverhältnis nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Berne, 1934, cité par AUBERT, 132.

Section 3 : Les effets de l'annulation de la légitimation.

49.- Soumise à d'autres conditions que la nullité, l'annulation de la légitimation produit des effets propres qui, s'ils varient d'intensité de cas en cas, se retrouvent toujours être d'ordre juridique, social, psychologique ou matériel.

"Le Droit n'est pas ... une série de raisonnements purement logiques " et abstraits sur des textes" (1). Si la raison s'oppose à ce qu'on attribue des effets à un acte qui vient d'être annulé, il est impossible d'effacer purement et simplement une situation qui, quoique dépourvue d'existence légale, n'en fut pas moins un état de fait, souvent prolongé. On comprend dès lors que le droit de la famille tempère par endroit l'inhumaine et inopportune sévérité de déductions purement rationnelles (2). Le droit suisse l'a compris qui, pour des impératifs sociaux, limite l'action en annulation de la légitimation par de très brefs délais de péremption. Or, aucune place n'est laissée par le droit français de la filiation aux considérations d'opportunité en matière de contestation de reconnaissance fictive, et cela malgré les conséquences extrêmement graves tant à l'égard de l'enfant et de la famille, que de l'ordre social.

50.- Un enfant privé de sa légitimité de complaisance par l'intermédiaire d'une action basée sur l'article 262 CCs, se retrouve enfant naturel simple. Si, d'aventure, le père fictif l'avait reconnu antérieurement à la légitimation, la reconnaissance est radiée d'office, sans qu'il y ait besoin d'un nouveau contentieux (3).

(1) L.JULLIOT DE LA MORANDIERE, Le Cinquantenaire de la Revue, RT 1952 I.

(2) GOGUEY, 166. C'est particulièrement le cas du mariage dit putatif.

(3) H.MURI, Die Ehelicherklärung im schweizerischen Privatrecht, thèse, Berne, 1919, 83.

Quant au système français, la suppression d'une légitimation mensongère signifie du même coup la disparition de la reconnaissance de complaisance sur laquelle elle se basait. Comme la reconnaissance est plutôt de nature constitutive, il s'agit bel et bien d'une recherche réelle de l'enfant dans l'illégitimité, d'une véritable déchéance. Cette divergence des conceptions française et suisse, quoique importante en théorie, n'est consacrée par aucune différence pratique dans le traitement des enfants complaisamment légitimés quand aboutit l'action de l'article 339 CCf ou de l'article 262 CCs : l'enfant et son père fictif perdent ex nunc tout rapport. L'autorité parentale de celui-ci sur celui-là s'efface, de même que tous droits et obligations mutuels. Nous verrons que le père fictif peut se voir condamner à réparation pour le tort moral et matériel causé à l'enfant par la légitimation de complaisance. Hormis ce cas, tous les autres disparaissent, et il est certain qu'aucun tribunal n'accorderait à un père complaisant la tutelle de l'enfant, voire sa garde. La déclaration complaisante étant un délit, son auteur s'est rendu indigne de cette charge de confiance.

51.- La déchéance de l'enfant se concrétise aux yeux de tous par un changement de nom : L'enfant reprend le nom de jeune fille de sa mère. Bien plus, c'est non seulement l'enfant lui-même, mais sa famille, peut-être nombreuse, qui doit troquer de nom, même si celui qu'elle arborait jusqu' alors est fort répandu, et quelles que soient les conséquences morales et sociales de ce brusque changement.

Parfois enfin, l'enfant peut se voir avec les siens, priver de la nationalité acquise par la légitimation, et cela malgré l'article 29 du Code français de la Nationalité. Cette disposition dérogoratoire au droit commun ne peut s'étendre aux cas d'annulation d'une légitimation mensongère (1).

(1) Encyclopédie DALLOZ, Répertoire de droit civil, T.III, n.177 sous Nationalité, Paris, 1953, 509.

Il reprend en Suisse le droit de cité de sa mère (AUBERT, p.142).

- 52.- Comme toute suppression d'un lien de filiation naturelle ou légitime, l'annulation de la légitimation lève les empêchements à mariage prévus aux articles 161 CCf et 100 CCs. Or, nous le verrons, la contestation émane souvent en France du père complaisant lui-même. Il est parfaitement concevable de voir un "père" indigne obtenir la suppression des liens fictifs qui l'unissent à sa "fille" pour l'épouser après l'avoir séduite en toute quiétude grâce à l'autorité dont il disposait indûment au sein du foyer irrégulier avant le divorce. Un tel abus est impossible en Suisse, où le père mensonger ne peut contester lui-même la légitimation fictive. On pourrait pourtant imaginer le cas d'un père complaisant qui, profitant de la pratique illégale de certaines cours cantonales (1), dénoncerait son propre mensonge à l'autorité compétente de son canton d'origine. Cette dernière s'empresserait alors d'attaquer la légitimation, malgré les délais de péremption auxquels elle échappe selon cette pratique, pour tourner la menace d'une éventuelle charge sociale. On pourrait alors célébrer les épousailles du pseudo-père avec sa pseudo-fille.
- 53.- Ces effets d'ordre juridique ne peuvent hélas rester secrets de famille . Ils se répercutent dans le milieu social avec d'autant plus de fracas qu'ils s'ajoutent à ceux d'un divorce, dans la plupart des cas. La famille s'en trouve perturbée au grand jour et il s'ensuit des troubles profonds dans les relations des intéressés avec les tiers. Cette rupture avec l'entourage social naturel s'accompagne à l'extrême, d'une modification du statut professionnel de l'enfant majeur. Il est en effet possible que le légitimé déchu ait obtenu un travail grâce à ses qualités de fils du légitimant ou qu'il ait collaboré en cette qualité à la gestion d'une florissante société de famille.

(1) par ex. ZBJV 93, 443; RSJ 29/1932-33, 251; EGGGER, n.5 sous l'article 262 CCs.

La réalité, brusquement étalée aux yeux de tous avec son cortège de déboires, est durement ressentie par l'enfant innocent de la faute d'un étranger, le père complaisant.

54.- Le légitimé déchu subit souvent un traumatisme psychologique dû à la découverte ou à la publication de la fraude de ses parents légitimes.

Enfant, il se heurte sans cesse à la moquerie de ses camarades de classe. Adulte, il doit se faire reconnaître sous son nouveau nom. De toutes façons, même s'il obtient par la voie administrative l'autorisation de garder le nom sous lequel il est connu, le secret transpire, surtout dans les petites agglomérations urbaines, les villages, ou en campagne où il est de tradition de s'occuper plus des autres que de soi-même. On y vit en effet engoncé dans de méprisantes opinions traditionnelles à l'égard des bâtards.

Il est aussi possible qu'au fond de lui-même, l'enfant, qui reproche déjà à sa mère sa naissance illégitime, souffre davantage de cette rechute qui fait grandir son ressentiment.

55.- L'enfant légitimé déchu perd le bénéfice de l'obligation d'entretien due par son père fictif et par les proches de ce dernier. Bien plus, la jurisprudence française a décidé qu'il doit rembourser les arrérages perçus sur une pension versée en exécution d'une décision judiciaire (1).

Le débiteur peut en effet prétendre avoir payé sous la contrainte. Il obtient donc la répétition de l'indû (2). Par contre, la répétition doit être refusée en cas de paiement volontaire : ces versements sont considérés comme des donations déguisées non sujettes à répétition. Le contraire serait choquant.

(1) C.App.Rennes, 9 I 1950, GP 1950 I, 260; G.LAGARDE, Chronique de droit civil, RT 1950, 346 II.

(2) FLANJOL, RIPERT et ESMEIN, Traité pratique de droit civil français, 2ème édition, T.VII, Obligations 2, Paris, 1954, n.740, 27.

La jurisprudence suisse, quoique muette sur la question, ne manquerait pas de décider dans le même sens. L'entretien volontaire d'un enfant complaisamment légitimé est une obligation naturelle. Son caractère exécutoire est superflu et l'"éthique et les bonnes moeurs suffisent ...

"à produire l'accomplissement de ces devoirs"(1) commandés par les convenances sociales. Pour le droit suisse, l'acquittement d'un devoir moral n'est pas une donation (article 239/3 CO).

Nous verrons par la suite (cf.n.118 ss) que la pratique française a pris soin de tempérer ce devoir de restitution par l'octroi de dommages-intérêts à l'enfant.

56.- L'enfant légitimé déchu doit restituer les biens dont il a hérité, à moins qu'il puisse opposer aux prétentions la prescription trentenaire de l'article 2262 CCf ou celle, infiniment plus courte, d'un an prévue à l'article 60 CCs.

On applique ici les règles générales du droit des successions si l'enfant a déjà disposé des biens hérités. Les tiers qui peuvent prétendre ignorer la fictivité de la filiation sont couverts par leur bonne foi. En France surtout, où l'action en contestation de la légitimation de complaisance est imprescriptible, l'annulation est très préjudiciable aux intérêts de l'enfant déchu qui peut se trouver brusquement dans le dénuement. "Entre le fait de bénéficier induement d'un bien successoral "et l'obligation de restituer ce qui a été perçu, ...il n'existe qu'une "équivalence mathématique"(2). Un immeuble, un portefeuille de titres, une somme d'argent rondelette d'où l'enfant avait l'habitude de tirer l'essentiel de ses revenus, viennent à manquer subitement. Les conditions économiques, la formation professionnelle de l'enfant ne lui permettent

(1) T.GUHL, Le droit fédéral des obligations, traduction R. Des GOUTTES Zurich, 1947, 28.

(2) GOGUEY, 168.

pas toujours d'en obtenir ailleurs l'équivalent. Ajoutons que cette déchéance peut encore s'aggraver par la perte des fonctions rémunératrices qu'occupait l'enfant au sein d'une société de famille, d'une fondation du même type ou d'une entreprise familiale. Sur le plan matériel, la situation de l'enfant légitimé déchu est moins pénible en Suisse, du fait que les brefs délais péremptoires prévus à l'article 262 CCs imposent une action rapide en contestation et empêchent ainsi l'enfant d'entrer en possession d'une succession ou de bénéficier longtemps d'avantages de famille .

Chapitre 3 :

L'aspect processuel de l'action en annulation .
de légitimation.

Section 1 : La prescriptibilité ou l'imprescriptibilité de l'action
en annulation de légitimation.

57.- Les actions d'état, et parmi elles, l'action en contestation de l'article 339 Ccf, sont en France imprescriptibles. Elles tirent cette qualité de leur "caractère d'ordre public" (1). La nature d'une situation juridique (l'état des personnes) se répercute forcément sur les actions qui la protège et l'état des personnes étant imprescriptible (2), l'action d'état ne peut s'éteindre (article 328 Ccf) interprété extensivement).

Cette notion de nullité d'ordre public, déterminant l'imprescriptibilité de l'action de l'article 339 Ccf, ne se laisse pas cerner aisément. L'acte juridique est nul quand il déroge aux "lois qui intéressent l'ordre public..." (article 6 Ccf). En l'absence de précisions légales explicites, c'est à la doctrine et à la jurisprudence de décider quand une norme doit être revêtue du manteau de l'ordre public : "sont d'ordre public les lois qui intéressent principalement la société". C'est "donc, en définitive, le but de la loi qui permet de déterminer "si elle est ou non d'ordre public, et si, par suite, (l'acte juridique) est ou non valable" (3).

Or, l'état des personnes est d'ordre public. C'est la raison pour laquelle le législateur a pris soin de le cristalliser dans un registre de l'état civil strictement organisé et tenu par l'administration.

- (1) Juris-Classeur de droit civil, 2ème fascicule sur les articles 312-330 Ccf, n.22.
- (2) par ex. H.L. et J.MAZEAUD, ap.cit.,n.472,480.
- (3) P.KAYSER, Les nullités d'ordre public, RT 1933, 1117.

58.- Bien plus qu'une renonciation tacite à des droits que l'on néglige de faire valoir (1), la prescription est une institution sociale fondée sur les impératifs de la vie en société. Elle "correspond à des considérations d'ordre et de paix sociale, et à un souci de sécurité dans "les relations humaines" (2).

Or, toutes ces qualités reconnues à la prescription, particulièrement en matière d'obligations, se retrouvent en matière d'état des personnes. Elles pourraient y être invoquées si ce n'était l'interdiction légale. Pourtant, "l'ordre public est aussi intéressé à la prescription des "actions d'état qu'à toute autre prescription...Là plus qu'ailleurs, "l'intérêt social exige qu'on ne laisse pas se perpétuer l'incertitude de des situations juridiques"(3).

S'attachant au fondement de la prescription : "l'intérêt d'ordre "public et de sécurité attaché au maintien des situations établies", J.SAVATIER néglige le choix explicite du législateur français (article 328 Ccf) qui, entre les deux volets contradictoires de l'ordre public en matière d'état des personnes, pencha pour la véracité des actes de l'état civil, au détriment de la stabilité de l'état des personnes. C'est ce qui ressort du discours de BIGOT PREAMENEU, prononcé lors lors de l'élaboration du Code Napoléon (4).

59.- L'état des personnes est, en Suisse comme en France, d'ordre public La doctrine classique l'enseigne et en tire tout naturellement la conclusion qu'il est imprescriptible (5).

(1) DEMOLOMBE, op.cit.n.280, 305.

(2) GOGUEY, 164.

(3) J.SAVATIER, note d'arrêteste, JCP 1950 II 5853; contra, le même, Les légitimations de complaisance, D 1950 Chron. 10 !

(4) Séance du 20 ventôse an XI, Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du code civil..., T.I. Discours, Paris, 1850, 175.

(5) AUBERT, 15 et les exemples y mentionnés.

Elle distingue d'autre part traditionnellement les actions d'état déclaratives et constitutives. "or soumettre à un délai ...une action déclarative d'état revient à dire que l'état peut se prescrire" (1). Ainsi, l'action déclarative en nullité de légitimation est imprescriptible.

En revanche, une action constitutive d'état, telle celle de l'article 262 CCs, se prescrit par de brefs délais. Contrairement au droit français le droit suisse retient, de l'ordre public, le second volet : la sécurité de l'état des personnes et la paix des familles. Ces conditions lui paraissent si impératives que les délais se renforcent de deux façons : 1. On distingue la prescription, moyen purement privé (2) propre à protéger demandeurs et défendeurs, de la péremption, moyen d'ordre public destiné à éviter à la société les atteintes graves à ses institutions. Or, on constate que le droit suisse de la filiation n'assortit ses actions constitutives d'état que de sévères délais péremptoires : "l'intérêt général à la sécurité juridique et celui de l'enfant au maintien du statut juridique acquis priment le désir du demandeur de se soustraire à toute péremption de son droit " (3). On avait même prévu un délai d'un seul moins, lors des travaux préparatoires du CCs, (article 286 de l'avant-projet du DFJP, du 15 novembre 1900).

2. L'action s'éteint à l'échéance d'un délai de trois mois à compter du jour où son titulaire a connu la légitimation. Le dies a quo est donc différent pour chacun, mais le délai reste de stricte application. Il ne peut être restitué. Cette sévérité de la loi fut ressentie dans certains cas comme une injustice et on s'efforça d'y remédier.

(1) Ibidem.

(2) AUBERT, 122.

(3) ATF 86 II 449.

La Cour d'Appel de Bâle (1) osa même affirmer contra legem que parfois, l'action était imprescriptible. Les juges rhénans confondaient manifestement l'action en nullité de légitimation pour vice du consentement et l'action en annulation de l'article 262 CCs. D'autres considérèrent et considèrent encore (2)-l'erreur est plus ténace- que le délai pour agir ne court que de la connaissance du "motif de la nullité (sic) en ce qui concerne l'autorité cantonale"(3), promue au rang de titulaire du droit d'agir par le CCs. Si tel était le cas, il suffirait au père fictif déchu par péremption de son droit de contestation, de dénoncer le vice de la légitimation à l'autorité compétente de son canton d'origine qui, par souci pécuniaire, s'empresserait d'ouvrir action. Une telle pratique n'a certainement pas été voulue par la loi. Pourtant, s'appuyant sur l'autorité d'EGGER (note 5 sous l'article 262 CCs), certaines cours cantonales estiment encore que cette mesure convient particulièrement à la commune d'origine du père selon l'état civil, qui souvent ne peut réunir assez rapidement les renseignements nécessaires pour pouvoir ester dans des perspectives favorables et dépend des dénonciations de particuliers et des communications officielles.

Or, le délai de l'article 262 CCs a pour but d'empêcher que la légitimation puisse en tout temps faire l'objet d'une contestation (4). Si un droit d'agir privilégié peut, en politique juridique, être envi-

- (1) C.App.Bâle, 6 II 1931, RSJ 29/1932-33, 251.
- (2) cf. les arrêts cités dans la décision de la deuxième Cour civile de Berne, 20 IX 1956, ZBJV 1957, 447; C.App. Bâle, 30 V 1958, RSJ 55/1959 158.
- (3) G.CAPITAINE, Des courtes prescriptions, des délais et des actes de déchéance, (péremptions) du C.C.S. et du C.O., Genève, 1937, 169.
- (4) ATF 70 II 1 = JT 1950, 470.

sagé pour la commune d'origine, il reste en contradiction avec le droit positif (1). En fait, le délai commence à courir pour elle à la réception à la chancellerie communale de la communication de la légitimation.

60.- Le droit français, partisan de l'imprescriptibilité des actions d'état, et le droit suisse qui affirme la prescriptibilité des actions constitutives d'état, puisent tantôt dans l'histoire, tantôt dans le droit positif, des arguments d'ordre public à l'appui de leur thèse. Or, derrière ces hautes considérations parfois contradictoires, l'honneur et le repos des familles est mis en cause.

La famille, base de notre société, ne doit pas être abandonnée aux contestations d'état inopportunes. Il faut éviter à l'enfant né dans des conditions irrégulières et immorales de subir une nouvelle fois les inconséquences de ses parents fautifs. "L'ordre public est intéressé à ce que l'état civil des personnes conserve son caractère de fixité "et ne puisse être modifié au gré de chacun"(2).

Une des tentatives les plus connues de fixer l'état des personnes dans une moindre mesure, consiste à appliquer aux actions d'état la prescription trentenaire de l'article 2262 CCf quand elles se fondent sur un intérêt d'ordre matériel. Si l'état des personnes reste imprescriptible, ses conséquences pécuniaires sont sujettes à prescription : "l'action en nullité de reconnaissance cesse d'être ouverte lorsqu'elle "ne repose pas sur un intérêt moral à contester l'état, mais n'a d'autre "but que de faire valoir des droits pécuniaires éteints par prescription ... (3).

(1) HEGNAUER, n.15 sous l'article 262 CCs.

(2) C.Cass. 20 VII 1931, GP 1931 II, 928.

(3) C.Cass. 26 VI 1956, D. 1956 J, 605 (note Ph.MALAUURIE) ; contra, H.,L. et J.MAZEAUD, op.cit. n.479, 483.

Or, cette distinction demeure le plus souvent académique grâce au jeu des plaideurs qui sont présumés porter intérêt à leur état familial et en avoir honneur. Une once d'habileté pousse le demandeur à dissimuler sa cupidité sous un couvert de sens moral, et voilà l'action imprescriptible comme devant.

Le débat n'est pas clos. La doctrine et la jurisprudence continueront d'invoquer, qui la véracité des actes de l'état civil, qui la stabilité de l'état des personnes, les deux volets contradictoires de la notion d'ordre public qu'est "l'honneur et la paix des familles".

Il émane un profond malaise de cette "étrange notion ... , sorte "de monstre au visage changeant" (1).

(1) GOGUEY, 208.

Section 2 : L'intérêt pour agir selon les articles 339 Ccf et 262 CCs.

61.- Pas d'intérêt, pas d'action, dit le brocard bien connu en France comme en Suisse.

Or, si l'existence de l'intérêt est établie, les ordres juridiques français et suisse règlent différemment la façon de l'invoquer dans le cadre de l' action en annulation de légitimation.

L'article 339 Ccf accorde le droit de contester la légitimation à "tous ceux qui y auront intérêt", sans restriction de personne ou distinction d'intérêt. Il s'agit de faciliter au mieux l'élimination des liens de filiation fictifs. Justifier d'un intérêt quelconque est donc nécessaire et suffisant. Seul, et pour des raisons quelque peu captieuses (cf. infra, n.139), le Ministère public se voit refuser le droit d'agir au nom de l'intérêt supérieur de la société, intérêt qui, d'ailleurs, exige l'annulation de la légitimation de complaisance. L'inconséquence de la pratique française est ici flagrante !

Quant à la nature de l'intérêt, il est difficile de distinguer nettement entre l'intérêt moral et l'intérêt pécuniaire qui s'interfèrent souvent, celui-ci voilant celui-là pour des raisons d'honorabilité et de procédure. On évite ainsi la prescription trentenaire.

62.- L'intérêt moral peut être invoqué par un membre de la famille fictive de l'enfant. Il s'agit alors d'éviter toute atteinte à la famille : on argue "d'un intérêt moral fondé sur la dignité de la famille et l'honneur "du nom" (1).

La recherche de cet intérêt moral est malaisée car il faut sonder les coeurs, peser les intentions, percer des secrets intimes ; "les plus

(1) Cet intérêt a été reconnu très tôt par la jurisprudence française; par ex. C.Cass. 17 V 1870, DP 1870 I, 241.

"hautes considérations morales risquent de masquer ... un sentiment "de haine" (1). Devant tant de difficultés, le juge se replie sur des critères d'objectivité. Renversant le fardeau de la preuve, il pose la présomption que chacun est censé s'attacher à la défense de la dignité de sa famille et à l'honneur de son nom. On constate ainsi un certain automatisme de la pratique qui accorde l'action à tout membre de la famille légitime de l'enfant. On semble en outre négliger le fait que l'atteinte à la dignité de la famille et à l'honneur du nom exige une action immédiate. Avec le temps s'efface l'outrage. Une action tardive ne peut que rallumer les passions assoupies.

63.- L'intérêt moral peut servir de base à l'action d'un membre de la famille réelle de l'enfant. Principal intéressé à son état, l'enfant lui-même peut intenter l'action en annulation de la légitimation de complaisance, malgré les avantages sociaux et matériels que le mensonge de ses parents légitimes lui a procurés. L'enfant tentera ainsi de se débarrasser de son père fictif qui le néglige, pour retrouver le vrai. La mère se voit aussi reconnaître le droit de contester une légitimation de complaisance. Quoique complice du mensonge de son mari, elle peut faire établir en justice l'absence de relations intimes hors mariage : "c'est son propre honneur qu'(elle) défend"(2).

Quant aux autres parents légitimes de l'enfant, leur intérêt moral est plus équivoque et dissimule souvent la cupidité : accroître une part successorale ou échapper à une obligation d'entretien.

Dans certains cas enfin, d'autres personnes peuvent être reconnues titulaires du droit d'agir selon l'article 339 Ccf. Outre les parents, les alliés peuvent avoir un intérêt moral incontestable à la disparition de la légitimation mensongère. C'est la cas, particulièrement, de l'épouse

(1) GOGUEY, 110.

(2) A.M.DEMANTE, Cours analytique de droit civil, T.II, Paris 1853, n.67 bis II.

de l'enfant légitimé.

Il n'existe pas de critère moral objectif permettant de dresser une liste limitative des titulaires de l'action (1).

64.- Bien qu'agrée par les membres de la famille, l'enfant n'en est pas moins en butte à une éventuelle contestation de sa légitimation. Un intérêt pécuniaire né et actuel suffit à faire surgir en tout temps l'action de l'article 339 CCf.

A la mort du père complaisant se manifeste souvent un parent éloigné qui tente ainsi d'écarter l'enfant de la succession. "Trop de décès auront pour l'enfant une cruelle résonance !" (2).

Un légataire, un donataire s'efforcera de soustraire l'enfant du nombre des héritiers réservataires en le faisant déchoir de sa légitimité fictive (3), et HUC va même jusqu'à concevoir une action du fisc si la succession, faute d'héritiers légaux, était susceptible d'échoir à l'Etat (4). Jusqu'aujourd'hui, les autorités fiscales françaises n'ont pas introduit d'action en annulation de légitimation ; peut-être par manque de perspicacité ?

Parmi les autres titulaires à titre pécuniaire de l'action de l'article 339 CCf, on peut encore citer une compagnie d'assurances qui tentera d'écarter la présomption de responsabilité pesant sur les parents, un tiers responsable de la mort de l'enfant, qui voudra échapper au paiement

- (1) GOGUEY, 117.
- (2) GOGUEY, 118 et la jurisprudence qu'il cite, dont : Trib.civ.LeBlanc 11 II 1931, S 1931 II, 197 (39 ans s'étaient écoulés entre la légitimation et son annulation); Trib. civ. Colmar, 14 II 1950, JCF 1950 II, 5853 (note J.SAVATIER; la légitimation a été annulée 63 ans après la naissance et 54 après l'acte de reconnaissance).
- (3) Juris-Classeur de droit civil, n. 63 sous l'article 339 CCf.
- (4) E.HUC, Commentaire théorique et pratique du code civil, T.III, Paris 1892, 103.

de dommages-intérêts aux père et mère, etc...

De telles actions heurtent la morale, troublent la dignité et la paix des familles, en un mot, lèsent l'ordre public. Il n'en reste pas moins qu'en l'état actuel de la législation et de la jurisprudence, on octroie le droit d'agir en annulation de la légitimation de complaisance à tous ceux qui y ont intérêt, sans distinguer entre moral et pécuniaire.

65.- Cette conception largement extensive de l'intérêt nécessaire à l'octroi du droit d'agir en annulation de la légitimation s'oppose à celle du droit suisse (article 262 CCs). Le législateur helvétique a dressé une liste des titulaires de l'action qui n'ont à justifier d'aucun intérêt et se contentent d'établir le défaut de paternité du déclarant (cf. infra n.148 ss). Dans son arrêt 40 II 299, le TF a décidé que cette liste n'est pas exhaustive, et ceci pour les mêmes raisons qui poussèrent les juges suprêmes suisses à adopter une conception extensive du droit d'agir en désaveu (article 256 CCs) (1). Aucune disposition n'exclut expressément certains du nombre des titulaires du droit d'agir. Les travaux préparatoires du CCs restent vagues sans apporter de conviction. Il n'est pas exclu que dans la ferme croyance que les légitimations de complaisance seraient fort rares, ont ait négligé ou ignoré le problème. Il faut donc se rabattre sur la ratio legis, comparer les intérêts en présence et "rechercher si la loi est incomplète en se fondant sur les "valeurs mêmes qu'elle défend et les buts à quoi elle tend" (2). La stabilité de la famille et de l'état des personnes n'est pas un principe infaillible. Il souffre d'exceptions, tels l'annulation de la légitimation et le désaveu. Si la légitimation est généralement un bienfait pour l'enfant, son caractère mensonger peut lui causer de graves inconvénients, ainsi qu'aux autres membres de ses familles fictive

- (1) ATF 88 II 477 qui consacre un important revirement de jurisprudence en octroyant à l'enfant le droit d'agir en désaveu.
- (2) G.SCYBOZ, La recherche de paternité et le désaveu. Aperçu de jurisprudence, JT 1963, 267.

et réelle, surtout après la dissolution du mariage et le remariage de la mère avec le père véritable. L'enfant, la mère, leur famille, même le père fictif ont un intérêt moral et pécuniaire évident à l'annulation du lien de filiation mensonger.

On voit donc que bien souvent, il peut se trouver quelqu'un pour faire annuler la légitimation au nom d'un intérêt moral intime ou matériel et social. C'est en définitive au juge de balancer les intérêts en présence, à la jurisprudence de trancher. Or, comme l'interprétation dépend surtout de la ratio legis, on ne peut formuler un principe général suivant lequel les exceptions à la règle de la stabilité de l'ordre familial et de l'état des personnes, devraient être interprétées restrictivement (1).

On constate que, partis de conceptions profondément opposées, exprimées dans des textes d'inspiration et de technique différentes, les ordres juridiques français et suisse semblent plus ou moins converger dans leur appréciation de l'intérêt nécessaire à l'ouverture de l'action en annulation de la légitimation.

(1) A. MEIER-HAYOZ, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Berne, 1962, n. 191 sous l'article 1 CCs.

Section 3 : Les titulaires du droit d'agir en annulation de la
légitimation.

- 66.- Si, dans la pratique, les notions d'intérêts nécessaires à la recevabilité de l'action en annulation de la légitimation tendent à converger en droits français et suisse, il n'en reste pas moins que celles de titulaire du droit d'agir s'opposent en France et en Suisse dans de nombreux cas. L'intérêt pécuniaire, par exemple, ne peut être retenu, dit l'article 262 CCs, que quand il est avancé par les "héritiers présomptifs "des père et mère", soit par des proches de l'enfant souvent de la même génération, et "l'autorité compétente du canton d'origine du père", c'est-à-dire par un plaideur officiel objectif dont l'intérêt matériel à se débarrasser d'une éventuelle obligation d'assistance à l'enfant légitimé était incontestable aux yeux des pères du CCs. De même, l'intérêt général de la société ne peut permettre d'intenter l'action au Ministère public français, dont l'homologue suisse peut agir dans la mesure où la procédure civile de son canton le prévoit. Enfin, l'article 262 CCs accorde l'action à l'autorité compétente du canton d'origine du père -souvent une autorité communale- pour une pure raison de prévoyance dans le domaine de l'assistance publique (1). Le législateur suisse prévoit cette solution originale dans le but de rassurer les communes pauvres en moyens et riches en population, de s'acquérir l'appui des cantons peuplés et d'éviter ainsi une trop grande opposition lors de la promulgation du CCs. Une telle disposition serait incompatible avec l'esprit du droit français de l'assistance publique et avec l'organisation administrative de la France.
- 67.- Les travaux préparatoires du CCf révèlent le peu d'importance accordé à l'article 339 qui ne suscita aucun débat, car les reconnaissances et

(1) HOLLÉAUX, 153 ; AUBERT, 143.

légitimations de complaisance étaient fort rares -ou en tous cas inconnues du législateur-. Le Ministre de la justice pouvait déclarer en toute quiétude : "Peu reconnaissent leurs enfants naturels ; à plus forte raison n'ira-t-on pas chercher des étrangers pour les reconnaître"(1). Et DEFERMON d'ajouter : "S'il se présente un individu qui se déclare le père, cette circonstance ne peut nuire à l'enfant ; elle ne peut que lui être avantageuse". Cette omission volontaire des reconnaissances et légitimations mensongères fit que les travaux préparatoires des législateurs ne contiennent aucune indication permettant de statuer si les rédacteurs du CCF considéraient l'auteur de la déclaration complaisante de légitimation comme un intéressé au sens de l'article 339 CCF. On commença par lui refuser le droit d'agir. Ainsi DEMOLOMBE prétendait que contester la reconnaissance pour le père mensonger, c'était la "dénier", la "contredire", et que l'article 339 CCF ne pouvait "s'appliquer à celui-là même qui a fait l'aveu". Il pensait que cette "rétractation ...serait odieuse" et croyait "plus lo-gique et plus normal de ne pas écouter un tel désaveu"(2). HUC devait se ranger à cet avis en invoquant la maxime nemo auditur propriam turpitudinem allegans (3). On en vint pourtant assez vite à une conception extensive : la recevabilité générale de l'action, tout en consacrant par ailleurs l'irrévocabilité de l'aveu.

Pour conciler ces deux principes en apparence contradictoires, on fit une subtile distinction, tendant au byzantinisme (4):Contester n'est pas rétracter.On dénonce la fausseté d'une allégation, on ne révoque pas un aveu conforme à la vérité.

La recrudescence des actions en annulation, doublée des facilités de

(1) Discussion du Conseil d'Etat du 26 brumaire an X.

(2) op.cit. n.437.

(3) E.HUC, op.cit. n.103.

(4) Ce point se trouve développé dans AUBRY et RAU, Droit civil français, 6ème édition, T.IX, par P.ESMEIN, Paris, 1953, 235.

preuve offertes par l'analyse sanguine, provoqua de nouvelles tendances. ESMEIN (1), soulignant que la légitimation de complaisance était considérée par le déclarant comme une adoption, souhaitait que son annulation soit subordonnée à des motifs graves.

- L'inquiétude se généralisa chez les juristes français et engendra une jurisprudence dissidente que le tribunal civil d'Amiens inaugura en 1948 (2). Ce fut un profond revirement. On en revint à DEMOLOMBE. Tandis qu'à Amiens on se référait à l'ordre public, la Cour d'appel de Rennes (3) tentait une justification juridique et celle de Bordeaux(4) puisait ses arguments dans l'aphorisme nemo auditur ... Sur quelque justification qu'elle se fonde, cette jurisprudence franc-tireur est inspirée par l'unique souci d'éviter à l'enfant l'instabilité du lien matrimonial, dangereusement aggravée avec l'essor moderne du divorce (5).

Il est en effet très grave de permettre au père fictif de se débarrasser de l'enfant après s'être libéré du mariage : "l'ordre public est aussi intéressé, semble-t-il, à ce que l'enfant ne soit pas livré aux fantaisies de son père légal, et que l'enfant ne puisse avoir successivement plusieurs pères" (6). En deux décisions successives les juges d'Amiens bouleversèrent une tradition jurisprudentielle presque centenaire. Leur critique fut trouvée pertinente, car la grande facilité reconnue au père légitime de faire annuler la légitimation ne peut que multiplier les abus et les graves perturbations qu'ils entraînent. Avec scrupule, les juges d'Amiens tentèrent de démontrer que l'ordre public est intéressé à la stabilité de l'état de l'enfant, disant que

(1) Ibidem note 4 page précédente.

(2) Trib. civ. Amiens, 28 X 1948, GP 1949 I, 30.

(3) C.App. Rennes, 6 III 1951, JCP 1951 II, 6525.

(4) C.App. Bordeaux, 22 XI 1950, GP 1950 II, 392.

(5) Trib. civ. Amiens précité.

(6) Trib. civ. Amiens, 20 V 1949, GP 1949 II, 105.

c'est "porter une grave atteinte à la notion de "famille" que de "permettre à des époux de jouer avec l'état civil d'un enfant au gré "de leur fantaisie ou de leurs intérêts pécuniaires"(1).

Peu après, le tribunal de Meaux rallia celui d'Amiens dans la dissidence tout en développant d'autres arguments : "en se chargeant d' "une paternité qui n'est manifestement pas la sienne, mais qu'il affirme par le mariage, l'auteur de la légitimation accomplit un acte bien "plus important que l'adoption". Par suite, "il renonce à se prévaloir de l'absence de liens réels de filiation avec l'enfant" (2).

A l'appui de leurs dires, les juges de Meaux invoquèrent "l'évolution "jurisprudentielle, législative et sociale". Ils conférèrent au mariage entraînant la légitimation une valeur nouvelle et une efficacité particulière : " la reconnaissance suivie de légitimation deviendrait incontestable, à la différence de la reconnaissance ordinaire".

La Cour d'appel de Rennes ajouta de l'eau à ce moulin. L'ordre public est attaché à la stabilité de l'état de l'enfant, plus encore qu'à l'exactitude d'une filiation qui souvent ne repose que sur des présomptions légales (3).

Avant que le tribunal de Wassy (4) ne se soit rallié fidèlement à l'argumentation de son homologue de Meaux, la Cour d'appel de Bordeaux invoqua dans le même sens la règle nemo auditur ... Elle condamne l'action de celui qui "tend... à faire proclamer son mensonge afin d'écartier "les conséquences d'un acte illicite." (5).

69.- Les auteurs français reconnurent bien des mérites à cette jurisprudence, surtout sur les plans moral et social. Elle fut pourtant très vite cassée

(1) Ibidem note 6 page précédente.

(2) Trib. civ. Meaux, 11 I 1950, JCP 1950 II, 5572 ; note LAGARDE, RT 1950, 345.

(3) C. app. Rennes, 9 I 1950, GP 1950 I, 260.

(4) Trib. civ. Wassy, 12 XI 1952, GP 1953 I, 144.

(5) C. app. Bordeaux précitée ; note LAGARDE précitée.

et l'on retombe dans la classique conception extensive de l'action en annulation de légitimation. LAGARDE fut un des premiers à faire campagne (1) : "Ce s considérations sont évidemment très défendables "de lege ferenda". Il reste que l'article 339 Ccf "ouvre l'action en "contestation à tous ceux qui y auront intérêt et que cette disposition, "claire et précise, peut aussi sauvegarder des intérêts privés respectables, sans compter celui de la société". Et LAGARDE de conclure : "Un mensonge ne peut pas attribuer à quelqu'un, à titre définitif, une "fausse paternité". Cette thèse est confirmée en bloc par H.MAZEAUD (2). Quant à GOGUEY, il rejette les arguments de la Cour d'appel de Bordeaux. Il relève que la maxime nemo auditur ... ne s'applique qu'aux seuls cas d'"immoralité nettement caractérisée, entraînant une véritable hon-te" (3) et qu'elle doit se restreindre au domaine du droit des contrats, surtout que l'immoralité du père complaisant fait souvent défaut. On en viendrait ainsi à distinguer encore entre les mobiles de la contestation de la légitimation de complaisance. Il faudrait s'opposer à l'action chaque fois qu'elle est intentée dans un but malfaisant et par malice. Par le biais de la maxime nemo auditur ..., on glissa dans le domaine de l'abus de droit. Or, cette théorie n'autorise pas à s'opposer à l'ouverture d'une action d'état. L'abus de droit ne saurait être invoqué pour rejeter une action dans une matière qui touche à l'ordre public comme l'état des personnes (4). Si le droit d'agir en annulation de la légitimation dégénère en abus quand il est exorcé de mauvaise foi, cette circonstance ne peut pas exclure l'action, mais entraîner le paiement de dommages-intérêts à ceux qu'elle lèse.

(1) G.LAGARDE, notes, RT 1949, 252 et 518; RT 1950, 345.

(2) H.MAZEAUD, Le divorce et les nullités de mariage, Cahier de Droit No.31 La Famille dans l'ordre juridique, Paris, 1954, 123.

(3) GOGUEY, 227.

(4) Trib. civ. Seine, 11 XI 1908, GP 1908 II, 573, à propos, justement, d'une action en annulation de légitimation.

Cet unisson jurisprudentiel ne fut donc qu'un soubressaut vite étouffé. Dès 1953, les tribunaux inférieurs unanimes se replièrent sur la thèse extensive classique qui est celle de la Cour de cassation française (1) et que seuls H., L. et J. MAZEAUD défendent encore inconditionnellement (2). La majorité de la doctrine continue de saper ce principe bien établi, illustrant le malaise décrit à Amiens avec tant d'acuité.

70.- Si la position du Tribunal d'Amiens et autres ne reçut pas l'agrément des juges suprêmes français, c'est que toutes ces décisions s'attaquent au postulat selon lequel l'ordre public est attaché à la manifestation de la vérité et que leurs considérants apparaissent moins comme des moyens de conviction que comme des procédés de justification issus d'un opportunisme juridique audacieux. Il se révèle en fait que dans le désir sincère d'échapper au contraignant culte du vrai, les juges d'Amiens sont tombés dans l'excès contraire en se laissant dominer par le seul souci d'assurer la stabilité de l'état de l'enfant. Ces décisions téméraires passent d'un extrême à l'autre, sans transition, alors qu'il faudrait fondre harmonieusement en un seul principe ces thèses opposées à l'origine. On ne peut préférer l'une à l'autre. "Il ne s'agit pas d'un duel devant se terminer par la mort d'un des combattants, mais d'une collaboration entre les facteurs d'élaboration du Droit. Le droit d'action de l'auteur de la reconnaissance doit être limité afin de ne pas sacrifier l'intérêt de l'enfant, la cohésion et la paix de la famille. Il ne saurait être frappé d'une paralysie générale qui constituerait un défi aux données naturelles"(3). En effet l'équité exige que soit aussi protégé le déclarant souvent très jeune,

- (1) Parmi d'autres, voici deux arrêts significatifs de la Cour de Cassation : Civ. 12 VI 1956, GP 1956, 65 ; Civ. 12 II 1960, JCP 1960 II, 11689, note J.SAVATIER.
- (2) H.L. et J. MAZEAUD, op.cit. 1050, 1051.
- (3) GOGUEY, 241.

contre les décisions que n'inspirent ni l'expérience, ni la maturité d'esprit nécessaires, ou dictées par une fille-mère pressée de se voir quitter sa condition en compagnie de son enfant. C'est pourquoi devant cette faillite des moyens juridiques classiques, et de peur de suivre le révolutionnaire GENY qui conseille de "recourir franchement à une "construction nouvelle, plutôt que de faire éclater, par un emploi "abusif, des moules intellectuels, qui ...épouseraiient mal les contours "effectifs ...d'une situation nouvelle" (1), les juristes français se sont efforcés de se référer au critère de la légitimité des intérêts invoqués par l'auteur de l'action en annulation de légitimation" (2). Mais les solutions proposées n'ont jamais satisfait. "Les hésitations "des tribunaux, parfois leurs contradictions, ont paru souvent confiner "à la casuistique"(3). Incapables de trancher valablement dans l'état actuel de la législation, les cours inférieures se sont conformées à l'avis de la Cour de cassation française. Elles ont quitté la controverse.

Cette jurisprudence a maintenant plus de dix ans. Elle donne nettement l'impression que les tribunaux français se contentent d'attendre la revision en cours du CCF. Cet attentisme se justifie par le fait que si ces arguments avaient été réellement positifs, ils auraient permis d'écartier toute contestation de reconnaissance non suivie de légitimation, qu'elle ait été intentée ou non par le déclarant complaisant.

En résumé, la légitimation de complaisance peut toujours être contestée, en France, par son auteur qui y a au moins un intérêt moral. Le plaideur doit établir le caractère mensonger de sa déclaration. Toutefois, la stabilité des familles, qui a elle aussi un caractère d'ordre

- (1) F.GENY, Science et technique en droit privé positif, T.III, Paris 1921, 211.
- (2) M.CACHIA, Les conflits de filiations en droit français, RT 1953, 613.
- (3) C.J.BERR, Les tendances du droit contemporain en matière de conflits de filiations, RT 1964, 637.

public, exige que l'état de l'enfant ne puisse être exposé sans strict contrôle à la mauvaise humeur et à la fantaisie du père légal: "s'il subsiste un doute, la demande doit être rejetée" (1). Si les juges français se montrent larges quant à l'octroi du droit d'agir selon l'article 339 CCf au père complaisant, ils sont en revanche très sévères quant à la preuve du caractère mensonger de la déclaration de reconnaissance, preuve qui incombe au demandeur en annulation. Ils appliquent par analogie les règles très strictes d'une preuve certaine de non-paternité. Ils admettent en outre -nous l'avons déjà signalé- le principe du droit de l'enfant à des dommages-intérêts pour le préjudice que la légitimation mensongère lui a causé. "Ici, sur l'action d'état, "se greffe une action en responsabilité civile" (2).

(1) C.App.Paris, 22 VI 1956, GP 1956, II, 115.

(2) R.SAVATIER, note sous C.App. Paris, 7 XI 1958 et 28 V 1959, D 1960 J.13.

- 71.- Un siècle après la promulgation du Code Napoléon, le législateur suisse ne se préoccupa que fort peu de la contestation de la légitimation. Les dispositions successives qui aboutirent à l'article 262 CCs ne firent l'objet que de brèves remarques dans les comptes rendus de la commission réunie pour l'élaboration du CCs. BERTONI, par exemple, se borna à réclamer la suppression de la disposition du projet HUBER, article 286, prévoyant le droit d'agir de la commune d'origine du père selon l'état civil. Il ajouta que l'intervention des parents était tout aussi contraire à son sentiment juridique que celle des autorités communales. Il y avait là comme une prémonition de la collusion possible entre ces autorités et le père complaisant, telle qu'elle apparaît dans la pratique irrégulière de certaines cours cantonales (cf. infra n.160).
- 72.- Une simple comparaison entre l'état d'esprit qui présidait à la naissance des articles 339 CCf et 262 CCs révèle que s'amorçaient déjà les contradictions qui ont abouti à l'actuelle opposition des deux systèmes: Tandis qu'au début du XIXe siècle, on tendait en France à écarter au maximum les limites du droit d'agir, un siècle plus tard au contraire s'affirmait en Suisse le désir de cristalliser l'état légitime de l'enfant par une conception nettement restrictive de l'action en annulation de la légitimation. Il est symptomatique de lire dans les rapports de la commission d'experts pour l'élaboration du CCs, que le délai péremptoire d'un mois prévu par HUBER pour l'action en annulation n'a été prolongé à trois mois par les experts que par quinze voix contre cinq (1). Ce qui montre la vive résistance que rencontra l'extension du droit d'agir.
- 73.- Une fois écoulée la première décennie du CCs où l'on craignait souvent à tort qu'une interprétation libérale des dispositions légales les vide de sens et de portée pratique, l'optique de la doctrine et de la jurisprudence s'élargit quelque peu. On commença par affirmer que les

(1) Protocole des séances de la Commission d'experts pour l'élaboration du Code civil suisse, T.I, Berne, 1901, 334.

énumérations de l'article 262 CCs et de l'article 306 CCs pour l'opposition à la reconnaissance n'étaient pas exhaustives. Certains allèrent même à l'encontre de la lettre de la loi en prévoyant l'octroi du droit d'agir selon l'article 306 CCs au père complaisant (1), alors que la note marginale de cette disposition ne parle que de l'"opposition de tiers". Mais : "On ne joue pas avec les liens de la famille" (2) et le TF se chargea de mettre fin à cette polémique doctrinale (3) en posant que l'auteur d'une reconnaissance ne peut l'attaquer s'il a reconnu librement alors qu'il savait n'être pas le père réel. Le TF avait d'ailleurs précisé auparavant que si le législateur "avait voulu étendre la portée de la disposition à l'auteur de la reconnaissance, il l'eût dit "expressément" (4) comme il le fit à l'article 305 CCs. Les juges suprêmes suisses se référaient aux travaux préparatoire du CCs où on ne fait mention que de la mère et de l'enfant d'une part, et des "intéressés" d'autre part (5). Ainsi donc, en Suisse, la reconnaissance est une déclaration de volonté irrévocable que son auteur ne peut annuler que s'il a été victime d'un vice du consentement. Le TF raisonna de même pour l'action de l'article 262 CCs et déclara que, contrairement à ce qu'il avait jadis proposé pour l'action en désaveu, l'énumération légale des intéressés n'était pas exhaustive. A côté des héritiers présomptifs des père et mère, légaux ou institués, de l'enfant lui-même "qui doit pouvoir faire rectifier son propre état-civil" (6) et de l'autorité compé-

- (1) A.SILBERNAGEL, op.cit.n.5 sous l'article 306 CCs; ROSSEL et MENTHA, Manuel du droit civil suisse, T.I, 2ème édition, Lausanne-Genève, 1923 464, 465; E.CURTI-FORNIER, Commentaire du code civil suisse, traduction par M.-E.PORIET, Neuchâtel, 1912, n.4 sous l'article 306 CCs; G.DECOPPET, L'enfant naturel et son père, thèse, Lausanne, 1917, 58.
- (2) AUBERT, 85.
- (3) ATF 75 II 12.
- (4) ATF 49 II 156 = JT 1923, 541, 542.
- (5) Exposé des motifs du Code civil suisse.
- (6) ATF 40 II 295. Ce terme de rectifier est malheureux; il pousse à la confusion avec la rectification de l'article 45 CCs.

tente du canton d'origine du père, chacun des père et mère possède le droit de contester la légitimation, mais à la stricte condition de s'appuyer sur les articles 23 ss CO, c'est-à-dire d'alléguer d'un vice de la volonté. Mais si "l'époux a sciemment et librement légitimé un enfant qui n'était pas le sien, il ne lui est plus possible de se "dégager" (1) par ses propres moyens. Une telle sévérité à l'égard du père complaisant s'explique par l'obédience du TF à l'un des buts essentiels du droit : la sécurité. Cette tendance quelque peu regrettable fait que les juges suisses ignorent trop légèrement la vérité, fin tout aussi fondamentale du droit, qui tend à ce que la réalité juridique soit conforme à la physique et qui exige un "constant alignement du droit "sur le fait" (2).

74.- Cette stricte position du TF chargerait beaucoup de bonnes volontés d'un pesant carcan. Dès 1914 (3), le "père naturel, tant que son droit "de reconnaître son enfant naturel est tenu en échec par une légitimation de complaisance", s'est vu attribuer le droit d'agir selon l'article 262 CCs. Il doit pour cela manifester son intention de reconnaître l'enfant et faire usage du droit que lui accorde l'article 303 CCs. Le vif souci du TF est que l'enfant légitimé ne perde pas son état légitime sans se retrouver immédiatement lié à son père réel par les liens lâches, il est vrai- de la filiation paternelle illégitime. Seul le succès de l'action de l'article 262 CCs rend alors la reconnaissance parfaite et digne d'être inscrite au registre de l'état civil. Il serait en effet "inadmissible que le droit accordé au père naturel par 303 soit supprimé "parce qu'un tiers s'est mis d'accord avec la mère de l'enfant pour faire une déclaration de légitimation contraire à la vérité" (4). Tout en reconnaissant une certaine valeur morale à ces arguments, SCHULTHESS

(1) AUBERT, 145.

(2) Ce reproche au TF se trouve chez AUBERT .

(3) ATF 40 II 295.

(4) ATF 40 II 298.

que suit AUBERT, condamne le sacrifice aux seuls intérêts du père naturel, de la cohésion familiale et de l'intérêt de l'enfant.(1).

75.- Contrairement à ce qui se passe en France, les procès en annulation de légitimation sont très rares en Suisse.

HEGNAUER signale que le tribunal de district de Zurich en connut trois seulement de 1954 à 1957 (2). La jurisprudence du TF est plus maigre encore puisque, depuis l'entrée en vigueur du CCs, elle ne compte que quelques cas de légitimation de complaisance. Une telle rareté tient, d'une part, au fait que l'article 262 CCs prévoit un très bref délai de péremption, et d'autre part, au refus catégorique du droit d'agir au père selon le registre de l'état civil qui invoquerait sa propre complaisance. Au risque de nous répéter, relevons que les droits français et suisse sont autrement éclairés dans ce domaine et que si celui-là s'efforce de faire toujours triompher la vérité, celui-ci au contraire tient compte d'un faisceau d'intérêts publics et privés et se penche volontiers sur ceux des faibles, soit de l'enfant en l'occurrence.

76.- Avant de s'occuper des idées généralement reçues en droit positif concernant l'article 262 CCs, il paraît utile de faire une incursion dans le domaine de l'opposition à la reconnaissance selon l'article 306 CCs, à laquelle les décisions traitant de l'article 262 se réfèrent souvent, faute de pratique concernant la légitimation proprement dite. C'est en effet à propos de reconnaissances inexactes que les praticiens suisses dégagèrent les grandes lignes de leur conception restrictive du droit d'agir en contestation d'un acte de l'état civil. On distingue entre la reconnaissance erronée à laquelle on applique, selon l'article 7 CCs, les dispositions relatives aux vices du consentement, et la reconnaissance mensongère pour laquelle ne conviennent que les articles 305 et 306 CCs, exhaustifs quant à l'auteur possible de l'action.

(1) H.SCHULTHESS, Entstehung und Untergang der elterlichen Gewalt im ehelichen Kindesverhältnis nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Berne, 1934, 53.

(2) HEGNAUER, n.32 sous l'article 262 CCs.

L'article 20 CO qui traite de la nullité pour impossibilité ou illicéité ne peut être invoqué par l'auteur d'une reconnaissance de complaisance. Face à un tel acte, le juge suisse part du critère de l'intérêt de l'enfant, qui exige que le lien de filiation fictif soit préservé de toute atteinte (1). Nous sommes loin de l'opinion de HUBER qui considérerait comme un "droit naturel du père celui de reconnaître son enfant, même si "la reconnaissance devait être contraire aux intérêts de ce dernier"(2). Le TF refuse catégoriquement au père mensonger d'invoquer l'article 306 CCs, disant que cette disposition ne parle que de tiers et que le père de toute évidence, n'en est pas un. Cette affirmation est conforme au principe de l'irrévocabilité de la reconnaissance d'enfant naturel et tend à parfaire la stabilité du statut acquis par l'enfant. En cas de reconnaissance complaisante contestée par le père fictif, le TF écarte en outre le recours à l'action générale en contestation d'état. "La reconnaissance de 303 n'est pas une simple déclaration, un simple aveu. "Elle est un acte par lequel l'auteur de la reconnaissance ...modifie "l'état de l'enfant illégitime ...Il suit de là qu'une reconnaissance "régulière en la forme, non frappée de nullité absolue ...et non attaquée en temps utile pour un autre vice ...met l'enfant reconnu au bénéfice d'une présomption absolue en ce qui concerne son état ...(qui) "ne peut plus désormais lui être contesté ..." (3). Il apparaît donc que le TF pense qu'il est "de l'intérêt bien compris de l'enfant naturel de "maintenir envers et contre tout le lien, purement juridique, de filiation qui l'unit, en vertu d'un mensonge, à un homme qui lui est étranger et qui le rejette" (4).

(1) ATF 75 II 6.

(2) E.HUBER, cité par LALIVE, op.cit. 582 (passage tiré de l'Exposé des motifs du CCs, 224).

(3) ATF 75 II 14.

(4) LALIVE, op. cit., 604.

77.- Cette jurisprudence constante a son pendant dans le domaine de la demande en annulation de la légitimation par son auteur,⁽¹⁾ où l'intérêt de l'enfant au maintien de son statut légitime exige que l'action du père soit irrecevable en cas de mensonge (2).

Cette application mutatis mutandis des articles 262 et 306 CCs semble sans appel. La maigre jurisprudence du TF sur la question, confirmée par une rare doctrine, est sans équivoque. A l'appui de cette thèse, le TF invoque les deux principes *nemo auditur turpitudinem suam allegans* et *venire contra factum proprium nulli conceditur* (3). Seuls, en effet, des vices entraînant la nullité de la légitimation permettraient de tourner les brocards. Or, il est vain de répéter que la non-paternité du père selon l'état civil n'est qu'un motif d'annulation et que la faculté du mari complaisant est discrétionnaire de faire ou non une déclaration de légitimation. Lui permettre d'ouvrir action serait le laisser agir "gegen Treu und Glauben". Le père qui a légitimé l'enfant en sachant qu'il n'est pas issu de ses oeuvres est lié par sa déclaration (4).

Le père fictif invoquerait tout aussi vainement les dispositions du CO relatives à la nullité pour illicéité, sous prétexte que la déclaration complaisante à l'état civil tombe sous le coup du CPs : les dispositions du CO, nous l'avons dit, ne peuvent s'appliquer par analogie que dans la mesure où le CCs ne règle pas expressément la question, comme à ses articles 262 et 306 par exemple.

Contrairement au droit allemand (5), même un procès pénal sur la base de l'article 216 CPs ne donne pas droit au père complaisant d'intenter une action en annulation de la légitimation (6). Cela tient au fait qu'en

(1) HOLLEAUX, 153.

(2) ATF 54 II 409.

(3) ATF 86 II 450.

(4) Obergericht BL, 30 IV 1968, BJM 1968, 133 ss.

(5) articles 134 BGB et 169 StGB.

(6) HEGNAUER, n.7 sous l'article 262 CCs.

droit suisse, l'action en annulation de légitimation est péremptoire tandis qu'elle ne l'est pas en Allemagne. Il serait inconcevable qu'un père complaisant exclu du cercle des intéressés de l'article 262 CCs, batte sa coulpe devant le juge pénal, lui fasse constater son mensonge, prononcer une condamnation, et du même coup, obtienne d'être débarrassé d'une paternité fictive qui lui pèse.

78.- Il s'agit maintenant de dégager les divergences et les points communs des solutions française et suisse quant à l'octroi au père complaisant du droit d'agir en annulation de la légitimation. Une fois dénudés, les principes des deux ordres juridiques laissent percer les mêmes soucis : restreindre le droit d'agir du déclarant mensonger, tout en le conservant, cela dans l'intérêt de la société autant que dans celui de l'enfant. Ce but, rarement atteint, l'est pas des moyens fort différents. Tandis que la pratique française se montre tâtilonne dans l'appréciation de la preuve et octroie de larges dommages-intérêts à l'enfant déchu en cas de succès de l'action, les juges suisses imposent une conception restrictive de l'action en annulation.

Il serait pourtant faux de prétendre que ces deux systèmes sont en définitive voisins dans leur application et que "les effets obtenus dans un ...droit par application d'un principe ...le sont dans un autre droit "où le principe contraire ...est en honneur, à l'aide d'une masse d'exceptions..., exceptions qui, dans la pratique de ce droit, constituent la "règle"(1).

L'évolution des moeurs et les progrès de la science ébranlent considérablement le monument social qu'est la famille telle que la concevaient les législateurs français du XIXe et suisses du XXe siècles. Les notions elles-mêmes changent, les mots recouvrent d'autres valeurs, les textes s'éclaircissent différemment. Parmi ces profondes transformations, l'une re-

(1) K. ZWIGERT, Méthodologie du droit comparé, Mélanges MAURY, T.I, Paris 1960, 592.

tient davantage l'attention :

79.- Si nos anciens concevaient la protection de l'enfance dans le strict cadre familial, s'ils ne protégeaient les enfants qu'en tant que membres de la famille soumis à l'autorité naturelle du père, à sa pesée souveraine de leurs intérêts, les juristes modernes, quant à eux, sont davantage enclins à voir en l'enfant un faible digne de protection en dehors de toute considération d'ordre familial. On pense aujourd'hui que l'enfant peut et doit également échapper à tout abus, toute malveillance de ceux mêmes qui ont autorité directe sur lui : ses parents, qu'ils soient légitimes, naturels, adoptifs, nourriciers ou fictifs :

"on conçoit aujourd'hui toutes ces questions moins sur le plan purement "familial que sur le plan social"(1). Le respect de l'intimité de la famille et de son autonomie a diminué. L'intérêt de l'enfant fait désormais autorité. En cas d'abus puis de conflit, le juge doit tout naturellement prendre en main les intérêts les plus dignes de protection : ceux de l'enfant. Ce bouleversement constitue un fait important au point de vue sociologique. Les abus, étalés à grands éclats dans la presse, appellent des sanctions et des remèdes. L'intrusion judiciaire dans la vie familiale est rendue nécessaire par l'inconséquence de nombreux parents. En cas de heurts entre différents couples qui se disputent un enfant, le juge penche aujourd'hui à restituer ce dernier à son milieu naturel s'il n'est pas trop mauvais, car c'est celui qui, à la réflexion, lui convient le mieux. Dans cette optique, et entre les conceptions française et suisse du droit d'agir du père fictif en annulation de la légitimation, il faut préférer la pratique suisse, plus apte à protéger l'enfant malgré un automatisme regrettable que le juge est impuissant à nuancer.

(1) A. ROUAST, Le juge et la vie familiale en droit français, Mélanges DABIN, T.II, Paris, 1963, 866.

- 80.- L'état des personnes est d'ordre public, nous l'avons vu. Il se fonde sur la nature et ne doit dépendre de la fantaisie de quiconque. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence affirmait déjà le 22 décembre 1852 (1) :
- "Nul ne peut déroger aux lois qui intéressent l'ordre public ... tout ce qui touche à l'état des personnes est placé en dehors du caprice des hommes...; le législateur n'a pu permettre... de se donner un fils ... de créer des rapports de succession, des incapacités de mariage... La loi, en autorisant la reconnaissance d'un enfant naturel, a entendu favoriser l'aveu, non le mensonge de la paternité". Il ~~appart~~ donc que le mensonge étant contraire à l'ordre public, on doit permettre à la vérité de se manifester en facilitant la contestation de la légitimation. Du même coup, une contestation aussi aisée joue un rôle préventif puisqu'elle décourage d'éventuels parents complaisants.
- 81.- Or, paradoxalement, le droit d'agir est refusé au Ministère public français, gardien des intérêts supérieurs de la société (stabilité de l'état des personnes; vérité des actes de l'état civil). La Cour de Cassation illustra cette opinion de façon significative en 1913, dans l'affaire Bodin restée célèbre (2): "Le Ministère public n'a le droit d'agir (en matière civile) que si la loi le prévoit expressément"(3), car "l'ordre public pourrait être davantage troublé par une action intempestive du Ministère public que par le maintien d'une filiation fictive" ; "les questions de paternité et de filiation intéressent moins l'ordre public que l'honneur et le repos des familles qui doivent être protégés par la loi contre toute atteinte"(4).
- 82.- Le Ministère public ne peut arguer des termes de l'article 339 CCf qui réserve pourtant le droit d'agir à "tous ceux qui y auront intérêt". Cette disposition ne distingue pas entre les intérêts privés et publics,

(1) cité par GOGUEY, 106.

(2) C.Cass. 17 XII 1913, S 1914 I, 153.

(3) article 46 de la loi du 20 avril 1810.

(4) C.Cass. 17 XII 1913 précitée.

mais la Cour de cassation affirma que l'article ne vise que les "personnes privées qui ont intérêt pécuniaire ou moral à faire prononcer la nullité de la reconnaissance ...il ne fait pas mention du Ministère public"(1). Et DESBOIS d'ajouter que "l'omission du Ministère public a, selon toute vraisemblance, dans le cadre de l'article 339, le sens d'une exclusion, non d'une admission implicite"(2). Les juges français estiment donc que l'ordre public peut être davantage perturbé par une action intempestive du Ministère public que par l'existence d'un lien de filiation complaisant. Le caractère familial de l'action de l'article 339 CCF ne peut s'oublier, même quand l'ordre public est lésé. On refusa au Parquet le droit d'agir contre certains colons français d'Indochine qui avaient reconnu contre rémunération des indigènes à fin de naturalisation frauduleuse (3), ou contre un Belge complaisant qui avait reconnu un Français pour éviter à ce dernier d'être mobilisé dans l'armée française (4). On remarque ici que la notion d'atteinte à l'ordre public qui apparaît souvent dans la jurisprudence à propos des reconnaissances et légitimations de complaisance, ne doit pas faire illusion.

"L'action en contestation est essentiellement destinée à protéger la famille, surtout la famille légitime ... C'est donc une solution très "libérale" propre à "ne pas aggraver la condition de l'enfant (légitimé) lorsqu'elle ne heurte pas l'intérêt familial"(5).

83.- On peut en outre se demander si le Ministère public, hormis les cas spécifiés par la loi, peut intervenir en matière civile comme véritable partie. L'article 46 de la loi du 20 avril 1810 semble répondre affirmativement.

(1) Ibidem.

(2) H.DESBOIS, note sous Trib.civ. Seine, 3 II 1948, JCP 1948 II, 4616 ; cf. aussi Commission Internationale de l'Etat civil, Fichier de documentation, fiche XII, France, 30, 31.

(3) C.Cass. 17 XII 1913 précitée.

(4) Trib. civ. Lille, 14 X 1910, Bulletin de la Société d'Etudes législatives, 1911, 147.

(5) M. SELLES, op.cit., 52.

tivement :

"Le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi".
"Il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements; il pour-
"suit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'
"ordre public".

Cette rédaction peu claire souleva jusqu'aujourd'hui une importante controverse. Alors que certains affirment que le premier alinéa concerne le droit d'agir et se limite aux cas spécifiés par la loi et que le second règle les attributions extrajudiciaires du procureur général, d'autres, que suit la jurisprudence, sont d'avis que les deux alinéas concernent le droit d'agir.

La première thèse est meilleure, que préfèrent les auteurs français; "en dehors des cas spécifiés, le droit d'action ne s'explique et ne se justifie que dans les circonstances où l'ordre public est directement "et principalement intéressé à l'occasion de faits qui y portent une "grave atteinte sans léser aucun intérêt rival" (1). Si le procureur général tire son droit d'agir de son ministère, il faut encore qu'il justifie d'un intérêt général dont il est le gardien, que l'atteinte soit grave, qu'il soit directement et principalement intéressé, et qu'il ne lèse aucun intérêt rival.

Sur ce point, la jurisprudence a suivi une voie aussi nuancée que l'ordre public est indéfini (2) :

84.- Jusqu'en 1966 (3), les juges français tendaient plutôt à ne pas "permettre au ministère public de venir troubler par ses procédures des

- (1) CORNU et FOYER, Procédure civile, Paris, 1958, 334 ; GARSONNET et CEZAR-BRU, Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, T.I, 3ème édition, Paris, 1912, n.207, 322.
- (2) Req., 25 V 1869, DP 1869 I, 413; C. Cass. 17 XII 1913 précitée; C.Cass. 15 XII 1924, DP 1926 I, 159; C.Cass. 10 VI 1953, RT 1953, 634.
- (3) C.App. Poitiers, 28 VI 1966, D 1967 J.13.

"(filiations) établies, l'eussent-elles été contrairement à l'ordre "public" (1), afin de respecter le repos des familles. Depuis, s'il reste que le Ministère public ne peut agir d'office en contestation de la reconnaissance irrégulière elle-même, comme le veut la pratique dominante, il est néanmoins habilité à n'attaquer que l'acte de l'état civil, sur la base de la loi du 20 avril 1810. Il fait "glisser le débat "du domaine de la filiation à celui de l'état civil"(2). Il intervient "en qualité de gardien de la bonne tenue de l'état civil, pour provoquer l'annulation d'un acte qui était un faux" (3). Il "n'importe pas "moins en effet à la bonne police de l'Etat qu'aux intérêts privés et "de la famille" que sur le point de l'établissement des actes de l'état civil, "toutes les situations soient clairement fixées et clairement "définies"(4). Cet arrêt important de la Cour de Poitiers pourrait dans l'avenir pousser la Cour de cassation à adopter cette conception dans les cas où -condition nécessaire à l'octroi du droit d'agir au Ministère public- l'annulation de la légitimation ne lèse aucun intérêt rival.

85.- "L'intervention du Ministère public dans les causes civiles en qualité "de représentant de l'ordre public et des intérêts généraux, est peu "répandue et peu connue en Suisse"(5). Elle se limite aux cantons dont l'évolution juridique a été plus ou moins marquée de l'empreinte française : les cantons romands(6), Bâle-Ville et le Tessin.

Alors que certains cantons de l'est et du centre de la Suisse n'attribuent au Ministère public que des tâches pénales (Grisons, Schaffhouse, Saint-Gall, Glaris, etc), d'autres le chargent de fonctions extrapénales plus ou moins étendues, surtout administratives, guère contentieu-

(1) CORNU et FOYER, op.cit., 338.

(2) J.-P.GILBERT, note sous C.App. Poitiers précitée, D.1967 J.15.

(3) ibidem.

(4) C.Cass. 14 VI 1858, DP 1858 I, 247.

(5) G.HOFFET, L'intervention du Ministère public dans la Procédure Civile en Droit suisse et en Droit français, thèse, Zurich, 1931, 64.

(6) Fribourg, Genève, Neuchâtel, Valais, Vaud et Berne romand par son Jura.

ses (1).

86.- Pour éviter à cet exposé sur le droit d'agir du Ministère public de prendre des proportions peu compatibles avec l'ensemble de l'ouvrage, nous avons choisi de ne traiter de la question que quant à deux cantons romands, Genève et Neuchâtel qui présentent, parmi les cantons favorables à l'action du Ministère public en matière d'état des personnes, des conceptions originales nettement différenciées.

87.- A côté de fonctions administratives importantes, le Parquet genevois est chargé de sauvegarder d'office par voie d'action des intérêts que la loi énumère : entre autres, l'article 446 de la loi de procédure civile du 13 octobre 1920, dans sa teneur du 19 janvier 1929, fait intervenir le Ministère public comme partie à tout procès en rectification des actes de l'état civil, et la loi d'application du code civil du 3 mai 1911 précise à l'article 7 : "Le procureur général est l'autorité compétente...pour intenter action en nullité de la légitimation (art. 262)!"

Le Ministère public genevois est ainsi doublement habilité à agir sur la base de l'article 262 CCs : en tant qu'"autorité compétente du canton d'origine du père" (cf. infra, n.92) et comme gardien de l'ordre public et des intérêts supérieurs de la société. Cette fonction est confirmée par les clauses générales de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941, articles 43 (2) et 44 (3).

88.- Il est bon de reconnaître expressément au représentant du ministère public la faculté d'intervenir dans tous les cas où l'ordre public est

- (1) Signalons que deux demi-cantons, Appenzell Rhodes Intérieures et Appenzell Rhodes Extérieures, n'ont pas de Ministère public.
- (2) "...le Ministère public veille...en général à tout ce qui peut concerner l'ordre public".
- (3) Le "Ministère public doit être entendu dans toutes les causes concernant "...l'état des personnes".

"intéressé"(1), affirma le législateur neuchâtelois commentant l'article 13 du projet de la loi concernant l'introduction du Code civil suisse, du 22 mars 1910 (2).

Or, tant la loi sur l'organisation judiciaire du 22 mars 1910, article 46, que le Code de procédure civile du 7 avril 1925 ne pipent mot au sujet des modalités de ce droit d'action. Bien plus, le législateur neuchâtelois abolit la communication au Ministère public des affaires où l'ordre public est intéressé. C'est pourquoi l'article 13 de la loi concernant l'introduction du Code civil suisse est tombé en désuétude. Selon le procureur général de Neuchâtel, le Ministère public, dans l'ignorance des cas où il serait susceptible d'introduire une action civile au nom des intérêts publics, n'est plus intervenu depuis de nombreuses années.

89.- Genève et Neuchâtel ne peuvent être considérés que comme des exemples parmi les vingt-cinq systèmes cantonaux autonomes quant à l'organisation judiciaire et la procédure civile.(3). Ils ont dû adapter leurs lois de procédure aux rares limites que leur impose le droit privé fédéral. Très tôt, le TF reconnut aux Ministères publics cantonaux un droit d'intervention dans le procès civil (4), considérant que "contrairement à la plupart des causes civiles qui ne mettent en jeu que les intérêts des parties, l'état des personnes est une des causes de portée générale dans lesquelles l'intérêt public est engagé, et que ce dernier, primant sur l'intérêt des particuliers, légitime l'interven-

- (1) Rapport du Conseil d'Etat à l'appui d'un projet de loi concernant l'introduction du Code civil suisse, Bulletin des séances du Grand Conseil, Vol.LXXV, 1910, 10.
- (2) "Le ministère public a toujours qualité pour agir dans les cas où l'ordre public est intéressé ou pour intervenir dans de semblables procès.
- (3) Le droit fédéral, quant à lui, juge inutile l'intervention du Ministère public fédéral auprès du TF en matière civile.
- (4) ATF 39 II 8, dans une affaire de désaveu de paternité.

"tion du ministère public comme partie au procès"(1). Il lui suffit pour agir de contribuer à la réalisation d'un des buts que poursuit le CCs.

En fait, on constate que dans les cantons qui prévoient le droit d'agir du Ministère public en matière civile, la clause générale d'ordre public ou d'intérêt public abandonne aux Procureurs généraux le soin de décider, hormis les cas où la loi prévoit expressément leur intervention, quand l'ordre public est concerné. Or, cette clause est vague et son interprétation dépend du rôle que le Ministère public entend jouer auprès des tribunaux civils. La fréquence de cette intervention varie en définitive avec le temps, la personnalité des Procureurs généraux, des "considérations d'opportunité" et des "difficultés de réalisation"(2). Les procédures cantonales se bornent en effet à indiquer dans quelle mesure le Ministère public peut intervenir en matière civile. Elles ne règlent pas en détail les modalités d'exercice de ce droit.

90.- Le droit d'action du Ministère public en procédure civile, qui était en grande vogue à l'époque napoléonienne, est tombé peu à peu en désuétude dans les rares cantons qui le connaissent. Cette disparition progressive s'accéléra à l'entrée en vigueur du CCs et se manifeste plus dans l'application des principes qu'en législation.

Partout en Suisse, l'institution a joué un "rôle très modeste"(3).

Elle est ailleurs désuète. On n'intervient plus guère qu'en matière de rectification des actes de l'état civil ou pour des questions de filiation ; presque toujours au sujet de mineurs.

En résumé, on peut affirmer qu'à part Genève où, quoiqu'impératif, le droit d'agir du Ministère public s'exerce peu pour des raisons pratiques, les cantons suisses ont abouti à la même solution qu'en France. Le Minis-

(1) HOFFET, op.cit.113.

(2) HOFFET, op.cit.128.

(3) HOFFET, op.cit.233.

tère public se voit exclure du cercle des titulaires du droit d'agir en annulation de la légitimation mensongère.

91.- On a vu ces derniers temps poindre en France une nouvelle tendance. Certains, considérant que le refus au Ministère public du droit d'agir en annulation de la légitimation complaisante est "anachronique, alors que l'Etat intervient de plus en plus dans la vie de la famille"(1), en préconisent l'octroi au Parquet "non pour éviter le maintien d'une filiation mensongère, mais pour déjouer des fraudes et manoeuvres "spéculatives trop souvent scandaleuses"(2). Ce nouveau critère permettrait en France de pallier au regrettable automatisme selon lequel l'annulation d'une légitimation de complaisance intéresse moins les intérêts publics que les intérêts privés dont les respectables seraient seuls à l'abri d'une atteinte intempestive de la part du Ministère public. C'est la voie que semble avoir choisi la Commission de réforme du Code civil (3). Pourtant, alors qu'il appartiendrait à la jurisprudence de décider si et à quelles conditions une légitimation mensongère constitue une fraude à la loi, il est douteux que l'uniformité de vue nécessaire à un effet efficace ne soit jamais atteinte, car l'ordre public, l'intérêt public et la fraude à la loi sont aux yeux de tous parmi les notions les plus malaisées à cerner que le droit connaisse.

92.- On peut de même se demander si c'est au nom de la sauvegarde de l'ordre et des intérêts publics que le CCs accorde à "l'autorité "compétente du canton d'origine du père" le droit d'agir en annulation de la légitimation.

(1) J.SAVATIER, op.cit. 10.

(2) GOGUEY, 125.

(3) Avant-projet de Code civil présenté à Monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, par la Commission de Réforme du Code civil, Paris, 1955, 302, dont l'article 538/2 précise que les actions de la filiation "ne peuvent être intentées par le ministère public que dans les cas où l'ordre public est directement intéressé".

Ce principe "spécifiquement helvétique" (1) permet au canton ou à la commune d'origine du mari de se débarrasser de l'enfant, éventuel candidat à l'assistance publique. Cette institution se retrouve ailleurs dans le CCs : les articles 256/2, 261/2, 306 et 312/2 la prévoient, qui reflètent un procédé législatif mesquin et réduisent le droit des honnêtes gens au rang de celui des goujats.

Les travaux préparatoires du CCs révèlent en effet que l'octroi de ce droit aux autorités communales rencontre de fortes oppositions et qu'on souleva de graves objections "à l'immixtion d'une commune dans des rapports aussi intimes"(2). On ne l'inséra dans la loi que pour "empêcher certains agissements scandaleux, qu'on rencontre dans la pratique, par exemple lorsqu'une commune cherche un père pour une femme enceinte, en offrant même une prime "(3).

93.- On se trouve en présence ici d'une confusion entre deux notions de l'intérêt public. L'une, restrictive, qui fut à l'origine de l'insertion au sein du CCs, du droit d'agir de la commune d'origine du mari en matière de filiation, se base sur l'intérêt qu'a l'Etat à éviter que ses services publics se grevent irrégulièrement d'obligations frauduleusement imposées et susceptibles de dépasser ses moyens matériels. L'autre, extensive, place l'intérêt de la société représentée par l'Etat au dessus de toute considération d'ordre matériel et fait prévaloir les intérêts des personnes dignes de protection -l'enfant en l'occurrence- sur ceux, strictement pécuniaires, de la commune d'origine (4). Or, si celle-ci peut se voir léser dans ses intérêts, le contraire peut aussi arriver et les intérêts de l'enfant, matériels et surtout moraux, seront peut-être grave-

- (1) HOLLEAUX, 153. Cette curieuse institution est en effet propre au droit suisse.
- (2) Bulletin sténographique de l'Assemblée fédérale, 1905, 1163.
- (3) ATF 60 I 333= JT 1935, 374.
- (4) B.BERTONI, intervention à la Commission d'experts pour l'élaboration du Code civil suisse, Rapports de la dite Commission, T.I, 1901, 333.

ment compromis par l'intervention communale.

De même, si le législateur suisse prévient la légitimation par mariage subséquent dans l'intérêt de la famille (1), on ne voit pas pourquoi il reprendrait d'une main ce qu'il accorde de l'autre, surtout que l'intérêt de l'autorité est purement éventuel et n'intervient que le jour où elle est appelée à fournir des secours à son ressortissant (2).

94.- Si la notion extensive de l'intérêt public céda le pas à la restrictive lors de l'élaboration du CCs, et cela aussi pour des raisons de politique législative (3), celle-ci tend toujours plus à perdre sa prépondérance au profit de celle-là. La doctrine moderne est en majeure partie hostile à l'intervention communale fondée sur des motifs d'ordre pécuniaire, qu'elle trouve à juste titre peu conforme à l'esprit du CCs. "Ce système, fondé ...sur l'organisation de l'assistance publique au "lieu d'origine"(4), est d'ailleurs dépassé, puisque, depuis l'adhésion de Thurgovie, tous les cantons sont soumis au concordat intercantonal sur l'assistance au lieu de domicile (5).

Le juge suisse, appelé à se prononcer sur une demande présentée par une commune d'origine sur la base de l'article 262 CCs, pourrait dorénavant la rejeter, considérant que la demanderesse ne peut avoir le droit d'agir sans intérêt. Pas d'intérêt, pas d'action, dit le brocard.

- (1) Ce "bienfait de la loi", justifié par des considérations d'ordre strictement moral, et non logique, rappelons-le.
- (2) ATF 41 II 425.
- (3) En octroyant à la commune le droit de s'immiscer dans le domaine de la filiation, il s'agissait d'étouffer dans l'oeuf toute velléité de rejet du projet lors de l'acceptation du CCs par l'Assemblée fédérale, et toute tentation d'utiliser le délai référendaire contre la promulgation de la loi.
- (4) P.LALIVE, Questions actuelles du droit de la filiation illégitime, REC 1966, 375.
- (5) ROLF 1966,1350.Concordat du 25 mai 1959,approuvé par le Conseil fédéral le 16 décembre 1960,entré en vigueur le 1er juillet 1961 (ROLF 1961,3).

Comme partout cependant, il faut ici se garder d'affirmer de façon brutale que "sauf dans les Etats totalitaires, il est difficile de concevoir que la paix familiale puisse être troublée par un acte aussi grave qu'une action (en annulation de légitimation) sur l'initiative d'une autorité étatique et contre le voeu du mari lui-même"(1). Disons simplement que l'octroi du droit d'agir à la commune est un malheureux accident législatif qu'il s'agira de faire disparaître lors d'une prochaine réforme du CCs.

(1) P.LALIVE, La révision du droit de la filiation illégitime, RDS 1965 II, n.688, 800.

Chapitre 4 : Les conceptions française et suisse de
l'action en annulation de la légitimation.

Section 1 : La conception extensive française de l'action en
annulation de la légitimation.

95.- Nous voici arrivé au terme du diagnostic que notre introduction annonçait, sans que nous puissions affirmer qu'il soit complet. Nous nous sommes efforcé, au cours de nos investigations hérissées de tribulations salutaires, d'exposer les seuls éléments qui nous aient semblé nécessaires et non seulement utile à la clarté du texte, à la révélation du "secret intime de la vie juridique (qui) ne s'aperçoit pas de l'observatoire élevé des spéculations abstraites, mais ne peut être saisi que de près et sur le terrain concret de son développement vivant"(1).

Avant de proposer quelque thérapie, il nous reste à dresser un rapport final qui, grâce à la méthodologie du droit comparé, échappe à la répandue "procédure mécanique d'interprétation et d'adaptation des préceptes juridiques, aux visées courtes, aux tendances étroites, limitée qu'elle est par un horizon immédiatement prochain d'application."(2)

96.- Nous savons sur quels piliers repose le droit français de la filiation et en particulier, la reconnaissance de paternité et la légitimation par mariage subséquent :

Tout à la base se trouve le principe *mater incerta* (cf. supra n.12) que le législateur institua dans l'idée de protéger les filles-mères. La filiation illégitime d'un enfant émane donc de deux reconnaissances maternelle et paternelle.

- (1) F.GENY, Science et technique en droit privé positif, T.I, Paris 1922, 4, 5.
(2) F.GENY, *op.cit.*, 9.

Il en découle que l'institution française de la légitimation par mariage subséquent a deux degrés. Le premier consiste en la reconnaissance de paternité et de maternité qui place l'enfant au rang d'enfant illégitime reconnu. Le second, la légitimation proprement dite, émane de ces reconnaissances corroborées par le mariage mutuel des reconnaissants. L'enfant acquiert ainsi la pleine légitimité. Il en résulte que le CCf ne prévoit pas de contestation de la légitimation. Il se contente de celle de la reconnaissance. Si l'on pouvait contester directement la légitimation, la reconnaissance subsisterait intacte en cas de succès du plaideur. Ce serait illogique et obligerait à de nouvelles actions en contestation.

Enfin, la large liberté de reconnaître contraint le droit français à affranchir la contestation de tout contrôle par l'autorité. La seule restriction, dans ce domaine, découle des principes généraux du droit civil et de la procédure : pas d'intérêt, pas d'action.

97.- Nous avons vu à quels traitements la jurisprudence française a soumis ces postulats, et les tentatives audacieuses mais vaines des juges d'Amiens et autres pour battre en brèche la conception extensive de l'article 339 CCf, que chérit la Cour de cassation. Cette solution, bonne en elle-même, s'est heurtée avec toujours plus de force aux tendances de la société moderne, tant il est vrai que l'évolution juridique est la lutte d'un bon système pour l'élaboration d'un meilleur, au contact des phénomènes dynamiques du progrès social.

98.- Si, au XIXe siècle, l'action de l'article 339 CCf était intentée par les proches sur la base d'un intérêt moral (honneur du nom, dignité de la famille) ou matériel (but successoral), l'acuité avec laquelle les membres de la famille ressentent ces atteintes s'affaiblit de plus en plus. Le droit à l'action tend à se concentrer en la personne du seul père complaisant. "C'est une des regrettables conséquences du développe-

ment des divorces, du trouble des esprits et du désordre des "moeurs"(1).

En outre, depuis peu, les méthodes scientifiques modernes apportent au mari complaisant de sûrs moyens de prouver sa non-paternité. Ce faisant, elles peuvent favoriser dans certains cas les reconnaissances les plus fantaisistes, stimuler les germes de discorde entre mari et femme, parents et enfants. La consécration par le juge des irrégularités du statut familial provoque souvent un scandale en révélant aux tiers -et à l'enfant lui-même- le caractère quasi adultérin de son état. Alors qu'au XIXe siècle, la décision du juge qui s'appuyait sur l'invraisemblance de la paternité due au jeune âge du père prétendu ou à son éloignement à l'époque de la conception, "consacrait une vérité "d'évidence" et "mettait en harmonie le fait biologique et le fait "social" (2), la vérité éclate aujourd'hui au fond des éprouvettes, sous le microscope ou grâce à des méthodes dites anthropo-hérédobiologiques. Elle surgit alors en pleine lumière, au grand dam de l'enfant, à la stupéfaction de son entourage qui, peut-être, ne se doutait de rien.

On peut ainsi affirmer que l'article 339 CCf, jadis simple correctif voulu par un strict système juridique, recèle de nos jours une arme bien pratique pour nombre de maris complaisants capricieux, fantaisistes ou simplement insouciantes, exempts d'affection à l'égard d'enfants qu'ils ont inconsidérément trompés.

(1) GOGUEY, 178. Nous ne saurions sans autre adhérer à cette thèse plus sociologique que juridique.

(2) GOGUEY, 179.

Section 2 : La conception restrictive suisse.

99.- Les principes fondamentaux du droit suisse de la filiation sont, nous l'avons vu, profondément différents de ceux qui dominent le droit français. Pour protéger les enfants illégitimes et leur éviter si possible le triste sort d'enfants trouvés, le législateur helvétique statua que le lien juridique de filiation entre la mère et l'enfant se crée à la naissance. Mater semper certa. Il en résulte que la reconnaissance de paternité illégitime est seule concevable. L'enfant ou les parents n'auront donc pas à établir la filiation juridique maternelle en vue d'une légitimation par mariage subséquent.

Or, le droit suisse distingue nettement la reconnaissance et la légitimation. L'une n'est pas subordonnée à l'autre. Elles sont absolument indépendantes, si bien qu'une légitimation par mariage subséquent intervient même sans reconnaissance préalable de l'enfant, qui serait simplement superfétatoire. La logique veut alors qu'on distingue aussi nettement la contestation de la reconnaissance et celle de la légitimation, qui font l'objet de dispositions différentes du CCs.

Comme on s'est efforcé de faciliter l'accession des enfants naturels à la légitimité qui leur est si bénéfique, il a fallu prévoir les moyens de les protéger contre toute atteinte qui ne soit pas à bon droit dirigée contre eux. Comme son législateur, le juge suisse opta pour une conception restrictive et l'éventuel contestant d'une légitimation voit se multiplier les embûches sous ses pas.

100.-Le cercle des titulaires du droit d'agir est restreint par les principes généraux du droit civil (pas d'intérêt, pas d'action) et par la lettre même de l'article 262 CCs. Le délai pour agir est fort court. Il commence à courir dès la connaissance par l'intéressé de la légi-

timation elle-même et non des motifs d'annulation. Il est en outre de nature péremptoire, non prescriptible : il ne souffre ni suspension ni interruption et ne peut être remis.

Signalons encore que contrairement à ce qu'il avait institué pour la reconnaissance (article 305 CCs), le législateur suisse ne prévint pas d'opposition à la légitimation.

101.-La pratique suisse n'a pas eu l'occasion de modifier sa conception restrictive de l'action en annulation de la légitimation, malgré certaines tentatives de cours cantonales (cf.n.59) qui furent vite étouffées par le TF.

La doctrine, plus nuancée, connut pendant les premières années qui suivirent l'entrée en vigueur du CCs, une phase extensive (1), puis restrictive qui s'aligna avec réticence sur le TF. Ce n'est que ces dernières années qu'elle se fit plus souple, révélant des tendances certaines à l'extension (2).

102.-L'intérêt de l'enfant reste bien l'un des postulats essentiels du CCs, qu'il s'agit de défendre en priorité.

Cependant, les auteurs modernes mettent en doute qu'il soit avantageux pour l'enfant complaisamment légitimé de dépendre à jamais d'un père fictif qui voudrait se débarrasser de lui. Hormis le cas où l'enfant déchu de sa légitimité pourrait retrouver son vrai père à la suite d'une reconnaissance de ce dernier ou du mariage mutuel de ses véritables parents, on peut douter que l'enfant ait intérêt à garder des liens juridiques avec celui qui n'est plus que son soutien financier prêt à défaillir à la première occasion. Peut-être aussi qu'en pleine adolescence, l'

- (1) ROSSEL et MENTHA, op. cit., 464; E.CURTI-FORRER, op.cit., n.4 sous l'article 306 CCs; A.SILBERNAGEL, op.cit.,n.5 sous l'article 306 CCs; A.EGGER, op.cit.,2ème édition, n.5 sous l'article 262 CCs; G.DECOPPET, op.cit.,65.
- (2) LALIVE, op.cit., 595 ss ; HEGNAUER, n.10 et 15 sous l'article 262 CCs.

enfant subira un choc à la nouvelle que l'"homme dont il porte le
"nom ne lui était rien" (1).

On peut ainsi affirmer que l'intérêt de l'enfant n'est pas un critère
infaillible ordonnant le maintien de la légitimation mensongère.

A part LALIVE (2), les juristes suisses font chorus pour rejeter en
la matière le critère de la vérité qui les pousserait à adopter une
solution à la française.

En définitive, le malaise règne en Suisse comme en France.

C'est le temps des conjectures, la recherche du juste critère qui
permette de remettre en harmonie le fait et le droit dans le domaine
de l'institution malade qu'est la légitimation tarée de complaisance.

(1) LALIVE, op. cit., 598.

(2) LALIVE, op. cit., 599, 600.

LIVRE II.

Les Thérapies .

Introduction : Incidences de la nature particulière du droit de la famille sur le problème des légitimations de complaisance.

- 103.-La légitimation de complaisance, nous l'avons vu (cf.n.23), est un de ces phénomènes qui transcendent le droit. Elle crée un état irrégulier, grâce à la complicité de la loi peu encline à réglementer la famille tout entière où le sentiment se mêle à la raison plus souvent qu'à son tour et où règnent les traditions sociales. En effet, sous peine de rester inefficace, le droit de la famille doit constamment être en accord avec les moeurs, s'efforcer en quelque sorte de guider, sinon de prévoir leur évolution. C'est quand les moeurs débordent le droit que surgit la nécessité d'user d'un moyen irrégulier pour satisfaire un besoin, légitime ou non, en tous cas de plus en plus fréquent, de plus en plus pressant.
- 104.-Or, on trouve au sein de la famille un large domaine où les rapports n'ont rien de juridique : le "réduit inviolé des fonctions familiales... "psychologiques, affectives, intérieures"(1). De la "double nature de "la famille, à la fois phénomène de droit et phénomène de moeurs" (2) émanent de "vastes terrae ignotae du droit où (le droit) n'oserait se "risquer sans perdre sa force"(3).
- (1) J.CARBONNIER, V^{is} Famille, Législation et quelques autres, Mélanges SAVATIER, Paris, 1965, 141.
- (2) J.CARBONNIER, op.cit., 139.
- (3) E. du PONTAVICE, Droit de la famille et droit au bonheur, Mélanges VOIRIN, Paris, 1967, 680.

C'est dans ce "no law's land" que la légitimation de complaisance, créée au mépris des prescriptions légales, vit et produit ses bénéfiques effets, protégée par les forces morales et affectives qui président à sa naissance. "Tant qu'il ne s'agit que de s'associer, de se serrer, de s'aimer, les forces ...non juridiques suffisent. Qu'il faille divorcer, désavouer, diviser, c'est au contraire, l'affaire du droit..."(1)

C'est pourquoi, dès que les sentiments faiblissent, il faut trouver une solution juridique à une situation devenue intolérable. C'est ce que nous allons tenter de faire en examinant de près les solutions que proposent la doctrine et la jurisprudence françaises et suisses.

(1) J. CARBONNIER, op. cit., 138.

CHAPITRE I : Les thérapies d'ordre général.

Section 1 : Le recours à la notion d'ordre public.

105.-L'ordre public (1) est une discipline aux règles multiples dont la société s'est démocratiquement (2) dotée pour que soit respecté dans ses limites l'intérêt public. Celui-là est, si l'on veut, le contenant plus ou moins bien adapté, plus ou moins rigide du bien public. L'ordre public s'invoque au nom de l'intérêt public auquel il se moule.

106.-Il est ici hors de question de développer les nombreuses définitions de l'intérêt public ou bien public et les théories qui s'y rattachent. (3). En parlant communément d'une notion d'ordre public, on recouvre d'un même terme diverses manifestations juridiques qui, toutes, découlant de principes différents, devraient porter des noms différents (4). Nous nous contenterons de préciser ce que nous appellerons ordre et intérêt publics dans nos développements ultérieurs :

Comme celles des pouvoirs législatif et exécutif, l'activité du pouvoir judiciaire sert d'abord l'intérêt public. Elle ne se range au service des intérêts privés que s'ils ne s'opposent pas au public (5).

- (1) Conformément à la majorité de la doctrine, nous distinguons entre ordres publics et ne traitons de l'ordre public qu'en tant qu'il est une notion de droit privé interne.
- (2) "L'ordre public (émane) tout entier de l'organisation politique dont il "est un des facteurs". Ph.MALAUZIE, Rapport au Deuxième Congrès Inter-national Canadien, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, T.VII, Montréal, 1956, 748.
- (3) Ch.KNAPP, La notion de l'ordre public dans les conflits de lois, thèse, Neuchâtel, 1933, 96.
- (4) Ch.KNAPP, op. cit., 97.
- (5) "The essence of public welfare is the obligation of the individual to "the community". V.BOLGAR, citant SOCRATE, The Concept of Public Welfare, The American Journal of Comparative Law, Vol. VIII, 1959, 45.

Cette hiérarchie a existé de tous temps et se renforce sous la pression des grands courants de l'évolution historique. Les membres de la société dépendent toujours plus les uns des autres. Leur état personnel, leurs activités sociales s'interpénètrent. Personne n'est plus seul ni ne vit pour lui-même, c'est pourquoi l'Etat a créé des lois et des institutions organisées tels les offices d'état civil qui, pour le bien commun, s'efforcent de faire régner la paix et la stabilité et respecter la vérité. Pour mener à bien cette gageure, l'Etat a besoin que s'établisse l'ordre public dont les deux volets, dans le domaine particulier de l'état des personnes, sont les notions contradictoires des exigences de vérité des actes de l'état civil et de stabilité de l'état des personnes.

107.-Nous avons déjà rendu compte des expériences françaises de recours à la notion d'ordre public pour renverser la jurisprudence dominante (cf. n.66-70) et dit pourquoi la Cour de Cassation et la doctrine pourtant favorable au vent nouveau n'avaient pu abonder en ce sens. Bien plus, la cour suprême française cassa les jugements dissidents en se référant non seulement à l'esprit et à la lettre du code, mais aussi à l'ordre public ! La notion est si complexe, réunit tant de règles fondamentales du droit qu'on a pu dire à juste titre : "Chercher à définir l'ordre public, c'est s'aventurer sur les sables mouvants"(1).

108.-En droit privé, on peut distinguer deux sortes d'ordre public, selon qu'il trouve sa source dans une disposition expresse de la loi (ordre public légal au sens strict : articles 6 CCs, 19/2 CO) ou dans l'interprétation par le juge d'une disposition légale et la conception qu'il s'en fait (ordre public judiciaire).

L'ordre public légal ou classique est une notion "indivisible, simple,

(1) Ph.MALAUZIE, op.cit., 748, citant sans référence le conseiller PILON.

"identique à elle-même dans toutes ses applications"(1).

Le législateur insère l'ordre public dans la loi pour "protéger l'individu et sa liberté "(2). En France comme en Suisse, il omit pourtant de le faire en matière de déclarations à l'état civil et de filiations de complaisance. Il est donc hors de question de recourir ici à cette notion libérale.

109.-A la notion historique d'ordre public légal, on oppose aujourd'hui celle d'ordre public judiciaire, qu'on pourrait qualifier de téléologique. Beaucoup plus complexe, l'ordre public judiciaire n'a pas le même objet que le légal. Il "n'a plus pour seul but et justification "de préserver la liberté ...il est devenu aussi une idée repoussant "la liberté dont il délimite sans cesse plus étroitement les frontières "(3). Il sert alors à purger les actes juridiques des abus et s'adapte aux diverses situations de la réalité. "Pour définir quels actes "lui sont contraires, il devient relatif et variable"(4). Sa mobilité permet à ce concept d'évoluer automatiquement avec l'idée qu'on se fait des bonnes moeurs, avec le droit de la famille dont les buts eux-mêmes changent, nous l'avons dit (cf.n.23).

C'est cette notion de l'ordre public judiciaire que les juristes français ont tenté d'appliquer à l'article 339 CCF pour interdire au père complaisant d'invoquer son propre mensonge et d'obtenir ainsi l'annulation de la légitimation (cf.supra, n.67, 68). Ils ont alors montré une grande indépendance face aux textes légaux : "faisant de l'ordre "public une notion autonome (5), il (s) la découvre (nt) en dehors "de la loi"(6). Là où l'ordre public n'est pas expressément inséré

(1) Ph.MALAUURIE, op. cit., 751.

(2) ibidem.

(3) ibidem.

(4) Ph. MALAUURIE, op. cit., 753.

(5) C. Cass., 4 XII 1929, DH 1930 II, 50.

(6) Ph.MALAUURIE, op. cit., 754.

dans une disposition légale, comme aux articles 339 CCf et 262 CCs, le juge a fait un usage discrétionnaire de son pouvoir d'appréciation. Du niveau législatif, l'ordre public passe au niveau interprétatif.

110.-La notion de l'ordre public judiciaire ainsi circonscrite peut-elle s'utiliser pour corriger les abus qu'entraînent tant la conception extensive française que la conception restrictive suisse du droit d'agir du père complaisant en annulation de la légitimation ?

L'ordre public voudrait que tantôt on annule, tantôt on conserve la légitimation de complaisance, selon les intérêts en cause bien compris. Il s'agirait donc de mettre l'accent soit sur l'exigence de vérité des actes de l'état civil, soit sur celle de stabilité de l'état des personnes. L'alternative se révèle difficile à trancher, car l'un et l'autres postulats sont bien fondés.

L'exigence de vérité des actes de l'état civil se base sur deux principes. D'une part, le droit tend à faire triompher la vérité et les inscriptions au registre de l'état civil ont valeur d'actes authentiques. Ils certifient donc l'existence, l'exactitude et la véracité de l'état des personnes. D'autre part, les déclarations de légitimation à l'état civil jouissent d'une présomption de véracité car elles obèrent en principe plus qu'elles ne favorisent leur auteur.

L'exigence de stabilité de l'état des personnes, quant à elle, émane du rôle social et réglementaire des registres de l'état civil qui servent à fixer l'état des personnes tant dans leur propre intérêt en cas de contestation, que dans celui des tiers qui sont ainsi officiellement renseignés sur les qualités des personnes dont ils ont à connaître l'état civil. Sans compter l'intérêt de l'Etat qui doit pouvoir à tout instant connaître l'état civil de chacun pour faire

régner l'ordre et la justice, recenser sa population par catégories sociales et disposer d'archives complètes qui permettent d'établir la généalogie la plus étendue de ses ressortissants et résidents.

111.-En résumé, l'ordre public, ce "monstre au visage changeant"(1), se révèle inadéquat comme remède aux situations tragiques qu'engendrent parfois les légitimations de complaisance.

D'ailleurs, même s'il en fait usage, le juge "exerce alors sur lui-même "un contrôle très strict" (2) car il se méfie de son propre pouvoir d'appréciation, alors que ses moyens d'investigation sont bien maigres. Il prouve toujours la nécessité de l'appel à l'ordre public donc il justifie la nature judiciaire autonome en notifiant comment l'acte juridique visé porte atteinte au bien public (3).

(1) GOGUEY, 208.

(2) Ph.MALAUURIE, op.cit., 759.

(3) Ph.MALAUURIE, op. cit., 760.

Section 2 : Le recours à la notion d'abus de droit.

112.-De principe défenseur de l'individu et de sa liberté, l'ordre public est devenu protecteur des intérêts de la société, voire de l'Etat, nous venons de le voir. Il rejoint en cela le principe de l'abus de droit que le droit civil suisse, pourtant pétri de libéralisme, admet curieusement au sein de sa législation (article 2/2 CCs) (1).

Une théorie complète de l'abus de droit serait ici hors de proportion, de même qu'un historique. Nous nous contenterons d'en ébaucher une brève esquisse, ne signalant que ses caractères les plus distincts quand on cherche à l'appliquer dans le domaine des légitimations de complaisance et de leur contestation.

113.-A la thèse individualiste (2) qui veut que l'homme possède en lui-même la source de ses droits, certains auteurs (3) rétorquent que les droits subjectifs (4) -tel celui de contester en justice une légitimation mensongère- supposent la vie en société. La société se trouve donc être à leur origine. Les droits subjectifs sont en réalité des droits-fonctions qui doivent être exercés conformément à leur finalité issue d'exigences sociales. Ainsi, l'acte abusif est celui qui va à l'encontre de la finalité du droit en question.

- (1) A.PERROCHET, Essai sur la théorie de l'abus du droit (art.2 C.C.S.) dans ses rapports avec la responsabilité pour actes illicites, thèse, Neuchâtel, 1920, 25, 26.
- (2) H.MERZ, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Einleitung, Berne, 1962, n.401, sous l'article 2 CCs.
- (3) L.JOSSERAND, Essai de téléologie juridique, T.I, De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits, Paris, 1927,
- (4) Un droit subjectif est un "pouvoir qui appartient à une volonté de s'imposer comme telle à une ou plusieurs autres volontés, quand elle "veut une chose qui n'est pas prohibée par la loi".L.DUGUIT, Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, 2ème édition Paris, 1920, 10.

On en arrive à affirmer la relativité des droits subjectifs: La notion d'abus de droit a suivi une rapide évolution. Elle naquit pour sanctionner avant tout l'intention de nuire, l'esprit de chicane. On l'opposa en outre à la faute lourde, puis légère, pour enfin l'utiliser à combattre, dans certains systèmes juridiques, la "simple absence de motifs légitimes" (1). Dans les trois premiers cas, la notion d'abus de droit sert à combattre une faute. Elle entre comme telle dans le cadre de l'article 1382 Ccf par exemple, et entraîne une prétention de la victime (ici, l'enfant complaisamment légitimé) à des dommages-intérêts (cf. infra, n.118 ss). Quant au quatrième cas, la jurisprudence et la doctrine dominantes françaises hésitent à le retenir comme abus de droit. Le droit suisse, au contraire, ne distingue pas ces catégories et l'article 2/2 CCs englobe à n'en pas douter l'absence de motifs légitimes. "Ce n'est pas l'élément subjectif (l'intention d'abuser), mais l'élément objectif de l'exercice du droit contrairement aux règles de la bonne foi et sans qu'il implique la poursuite d'un intérêt digne de la protection légale, qui est décisif" (2).

114.-La jurisprudence française, nous venons de le voir, a créé une théorie de l'abus de droit dont le fondement est d'ordre délictuel. Si le droit d'agir "est exercé de mauvaise foi, avec malice ou intention de nuire", il "dégénère en abus" (3). L'abus sous-entend donc une faute et donne naissance à une prétention de la victime à des dommages-intérêts (cf. infra, n.118 ss). Il ne permet pas de "paralyser l'exercice de l'action" (4).

A première vue, il est donc impossible d'agir par cette voie à titre

(1) H.CAPITANT, Sur l'abus des droits, RT 1928, 367.

(2) V.ROSSEL, Code civil suisse et Code des obligations, 10ème édition Lausanne, 1967, n.1 sous l'article 2/2 CCs.

(3) C.Cass., 7 I 1955, JCP 1955 IV, édition G, 21.

(4) GOGUEY, 230.

préventif. Pourtant, certains tribunaux (1), soutenus par quelques auteurs (2), ont tenté de déclarer mal fondée l'action du père complaisant en se plaçant sur le plan processuel. Ils invoquent à cette fin l'absence d'intérêt légitime telle que la connaît le droit suisse, s'efforcent d'instaurer un certain "parallélisme entre la théorie délictuelle de l'abus de droit, et la condition processuelle d'intérêt "légitime"(3). C'est alors qu'il leur fallut franchir un nouvel obstacle. La jurisprudence, en général, se réfère à un critère purement objectif, restreignant au maximum la notion d'intérêt illégitime : pour que l'intérêt perde sa légitimité, il faut que son fondement même soit vicié d'immoralité (4). Le juge français hésite à se plonger dans l'examen des mobiles individuels, long et ardu, auquel il n'est pas préparé. "C'est en somme l'immoralité de l'intention qui conduirait à l'irrecevabilité de l'action" (5).

Ainsi, un père complaisant se verrait refuser l'accès au prétoire quand son action n'aurait pour but que de nuire à son ex-conjoint (6), ou de satisfaire un besoin de vengeance dicté par la sénilité, à l'égard d'un fils qu'il accuserait à tort de le négliger.

Quand bien même le juge favorable à l'emploi extensif de la théorie de l'abus de droit pour écarter l'action du père complaisant en annulation de la légitimation, aurait surmonté tous ces obstacles, il lui resterait à affronter l'ultime condition que lui pose une pratique très stricte sur ce point :

L'analyse de l'intérêt, base de l'action, ne doit pas être "vague et

(1) cf. supra, la jurisprudence dissidente d'Amiens et autres.

(2) GOGUEY, 230 et les auteurs y cités.

(3) GOGUEY, 232; H. MAZEAUD, La lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé, condition de la responsabilité civile, D 1954 Chron., 39.

(4) H. et L; MAZEAUD, RT 1957, 680 à 682.

(5) GOGUEY, 231.

(6) Trib. civ. Meaux, 11 I 1950, JCP 1950 II, 5572.

"équivoque, de nature à justifier les décisions les plus fantaisistes" (1). Le juge serre les faits de près, avec grande prudence. Il ne cède pas à l'opportunisme juridique. En résumé, quoique tentée par le côté moral de la théorie de l'abus de droit, les tribunaux français cherchent à tous prix à éviter l'insécurité qu'entraîne forcément son application en dehors de références légales expresses. Par conséquent, ce remède ne peut combattre efficacement les graves conséquences de l'annulation des légitimations mensongères.

115.-Servi par une référence légale expresse : l'article 2/2 CCs, le juge suisse traite plus aisément la notion de l'abus de droit. De concert avec la doctrine unanime (2), il affirme que le père complaisant lui-même ne peut invoquer son propre mensonge pour faire annuler la légitimation (3).

L'exercice d'un droit d'agir en justice est soumis en Suisse à deux conditions générales :

Le demandeur ne peut se prévaloir d'un acte illicite ou d'un fait honteux pour exercer son droit. Il se heurterait alors à la maxime *nemo auditor turpitudinem suam allegans*.

Le titulaire du droit d'agir ne peut non plus en fonder l'exercice sur un retrait pur et simple de ses déclarations de volonté à l'état civil, sur une rétractation. Il entrerait ainsi en contradiction avec le brocard *venire contra factum proprium nulli conceditur*.

Or, il est notoire que ces principes fondamentaux de la bonne foi constituent les deux volets de la théorie de l'abus de droit.

Le TF a répété à de nombreuses reprises que l'auteur d'une déclaration à l'état civil ne peut l'attaquer qu'en invoquant un vice de la volonté

(1) GOGUEY, 234.

(2) HEGNAUER, n.11 sous l'article 262 CCs.

(3) ATF 40 II 299; C.Justice civile GE, 27 II 1920, SJ 1920, 238; H.MERZ, op.cit., n.436 sous l'article 2'CCs.

car, dit-il, "la reconnaissance d'un enfant illégitime revêt le "caractère d'une transaction"(1).

La bonne foi doit en être l'inspiratrice.

116.-En définitive, l'abus de droit tel que l'a institué le droit suisse, permet d'empêcher un certain nombre d'injustices parmi les plus flagrantes. Corroborant l'interprétation restrictive de l'article 262 CCs, cette notion ne fait hélas qu'accentuer les excès dont souffre le droit suisse de la filiation. Elle laisse en effet dans l'ombre certains aspects de l'intérêt public (la vérité des actes de l'état civil, partie de l'ordre public), et surtout l'intérêt de l'enfant, être faible et vulnérable que le droit moderne de la filiation cherche à protéger avec toujours plus d'efficacité.

117.-Ce bref aperçu de la théorie de l'abus de droit et de son application éventuelle à l'annulation de la légitimation nous amène à la conclusion que ce moyen, adapté surtout au domaine des droits patrimoniaux, (2), se révèle impropre à une application générale dans le domaine du droit d'agir en annulation de déclarations à l'état civil (3). L'intérêt illégitime déterminant l'abus ne peut se définir aisément selon un critère unique et sûr : la "formule trop générale devient vague, imprécise "et n'est pas sans danger"(4). Quant à fonder l'abus sur un manque au but social du droit devenu droit-fonction, c'est confier à l'arbitraire du juge trop d'importance, laisser son subjectivisme sans recours. Il serait contraire à l'équité de soustraire l'état des membres de la famille au libre gré et à la fantaisie du père légal pour l'abandonner ensuite

(1) ATF 49 II 155 = JT 1923, 540; ATF 53 II 95 = JT 1927, 591; ATF 75 II 9 et 79 II 28.

(2) H. NIEDERLANDER, Nemo turpitudinem suam allegans auditor. Ein rechtsvergleichender Versuch, Festschrift GUTZWILLER, Bâle, 1959, 631.

(3) H.MERZ, op.cit., n.401 sous l'article 2 CCs.

(4) H. CAPITANT, Sur l'abus des droits, RT 1928, 375.

à la libre appréciation d'un juge dont les pouvoirs inquisito-
rioux sont limités.

Section 3 : Le recours à la notion de responsabilité.

118.-Parfois, nous l'avons vu, l'action en annulation de la légitimation peut se révéler abusive. Or, l'abus entraîne l'octroi de dommages-intérêts dès que certaines conditions sont remplies, c'est-à-dire si l'exercice du droit d'agir est "inspiré par un sentiment de haine et par l'intention de nuire à autrui"(1) (article 1382 Ccf). Pourtant, la jurisprudence française accorde à l'enfant un droit général à des dommages-intérêts en partant d'une autre base :

119.-Le père mensonger a commis une faute à l'état civil. Or, toute création mensongère d'apparence est un principe de responsabilité civile envers les tiers trompés par elle (2), soit, en premier lieu, l'enfant légitimé. Il faut encore, naturellement, que cette "faute devienne une source de "préjudice"(3).

On pourrait présenter une objection au jeu de la responsabilité civile en matière d'annulation de légitimation. C'est qu'en réclamant l'anéantissement de ses déclarations mensongères à l'état civil, le père complaisant ne fait qu'exercer un droit que la loi lui reconnaît expressément. Il n'est par conséquent pas responsable d'un éventuel préjudice que causerait son action. SELLES ajoute : "...l'enfant a bénéficié d'avantages auxquels il n'avait pas droit. S'il en est dorénavant privé, il ne peut s'en plaindre, car ces avantages lui ont été enlevés légitimement"(4).

120.-La jurisprudence française ne tient aucun compte de ces arguments qu'elle trouve captieux. Le droit d'agir en annulation de la légitimation

(1) GOGUEY, 170.

(2) R.SAVATIER, Traité de la responsabilité civile en droit français, T.I, Paris, 1939, 41.

(3) Trib.civ. Seine, 3 VII 1913, GTrib 1913 II, 199.

(4) M.SELLES, De la contestation pour inexactitude des reconnaissances des enfants naturels, thèse, Alger, 1945, 138.

est octroyé à tout intéressé, y compris au père légal, pour faire respecter l'ordre public (cf. supra, n.105 ss). Il ne peut pour autant "effacer la faute initiale dans laquelle il trouve son origine. Bien "que légitime, la contestation ne saurait interrompre le lien de "cause à effet qui existe entre la faute et le préjudice résultant "de l'annulation"(1). En effet, le préjudice ne naît pas de l'annulation de la légitimation. Il émane de la faute initiale du père légal qui a créé de toutes pièces une filiation mensongère.

Le lien de causalité entre la faute et le dommage ne peut être contesté, quoiqu'ici, les effets préjudiciels ne surgissent qu'au moment où "devient manifeste, par l'aveu de la faute, le caractère mensonger de "la reconnaissance, la précarité de la filiation ainsi établie étant "précisément un élément essentiel de la faute ; en effet, dès l'instant "où cette faute a été commise, l'enfant se trouvait exposé à subir un "dommage qui, demeuré latent jusqu'au jour où la reconnaissance serait "contestée, devait apparaître en cette circonstance occasionnelle livré "à la merci de son père apparent "(2). Si l'enfant ne peut à juste titre se réclamer de sa légitimité, annulable et précaire, le mensonge du père légal avait du moins créé une apparence de légitimité. L'enfant peut compter sur un acte qu'il présume en toute bonne foi conforme à la vérité (3) .

121.-On se trouve en Suisse devant les mêmes craintes qu'en France, devant les conséquences morales et matérielles d'une légitimation mensongère. Aucun obstacle ne paraît s'opposer à l'octroi par l'auteur de la légitimation de complaisance, de dommages-intérêts à l'enfant en raison de ce préjudice.(4).

Bien que le problème ait une importance d'abord théorique, son intérêt

(1) ibidem.

(2) Trib.civ.Paris, 19 I 1962, GP 1962 II, 6.

(3) Trib.civ.Aix-en-Provence, 19 XII 1963, inédit, GP 1964 I Somn.,111.

(4) P.LALIVE, op. cit., 602.

pratique n'est pas négligeable. Le préjudice est moral et matériel, nous l'avons vu pour le droit français où l'annulation de la légitimation intervient parfois longtemps après l'accession de l'enfant à la légitimité. Or, l'article 262 CCs fixe un délai péremptoire de trois mois pour l'ouverture de l'action, à compter du jour où le titulaire du droit d'agir a eu connaissance de la légitimation. Cela revient à dire que le jugement d'annulation entre en force alors que le légitimé n'a pas dépassé la prime enfance et que son représentant légal aurait quelque peine à convaincre un juge que la rechute de l'enfant dans l'illégitimité cause à ce dernier une quelconque souffrance morale.

Le préjudice matériel, au contraire, est moins théorique. Une succession peut avoir été liquidée entre le moment de la déclaration de la légitimation et celui de son annulation, des dons et avantages de tous genres sont peut-être venus améliorer la condition de l'enfant en vertu de sa filiation, etc...

2.-En résumé, il apparaît que si l'octroi à l'enfant de dommages-intérêts par le père complaisant ne peut guère empêcher l'annulation de la légitimation, il constitue en France un frein puissant. Il tend à exclure les annulations de légitimation les plus choquantes, c'est-à-dire quand la famille légitime a longtemps réuni l'enfant et ses parents fictifs.

Section 4 : Le recours à la notion de possession d'état.

123.-Tandis que le législateur suisse -trop prudent, il est vrai- confinait le droit d'agir selon l'article 262 CCs dans le cadre étroit d'une conception restrictive, le CCf dispose, à son article 339, pleine liberté d'agir à tout intéressé. Les dangers pour l'enfant légitimé n'ont pas tardé à se manifester et à provoquer quelque émoi dans les sphères juridiques. C'est ainsi que la Commission de la Société d'études législatives avait essayé, le 30 décembre 1915 déjà, d'affermir la stabilité de l'état d'enfant légitimé en proposant un texte dont la teneur précisait : "toute légitimation qui n'est pas contestée par les intéressés dans les six mois à partir du jour où ils en ont eu connaissance, ne peut être attaquée. Le délai ne court pas contre eux pendant leur minorité"(1). Parente de la solution suisse précisée par l'interprétation du TF, cette proposition trop audacieuse pour l'époque (2), fut repoussée sous le prétexte que les obstacles rencontrés dans le domaine de la preuve suffisaient à décourager les querulents téméraires. Or, en raison de l'évolution sociale et des progrès de la science, "ces apaisements donnés au législateur de 1915, ne permettent plus au législateur moderne d'ignorer le problème dont les données se sont trouvées singulièrement modifiées" (3).

La question de la stabilité du statut de l'enfant et de la paix de la famille reste pourtant entière. Pour chaque cas, un choix s'impose : "l'enfant est légitimé ou non, il n'est jamais légitimé à moitié ...la "légitimation ne comporte donc pas de degrés; lorsqu'elle a eu lieu,

- (1) E.LEVY, Traité pratique de la légitimation, Paris, 1919, 124.
- (2) Elle heurtait, entre autres, le dogme de l'imprescriptibilité des actions d'état françaises.
- (3) GOGUÉY, 239.

"il ne peut y avoir en dehors de la filiation qu'elle consacre
"qu'une filiation de fait sans autres conséquences que les empêche-
"ments au mariage" (1).

Il faut choisir.

124.-On constate que toute tentative moderne de réforme du droit de la filiation tend à améliorer la situation des enfants quant à l'établissement et à la protection des liens qui les unissent à leur milieu naturel. Or, il se trouve que la famille légitime est encore considérée comme le milieu idoine au développement harmonieux de l'enfant, si bien que l'avant-projet de CCF de 1951 et les propositions de la Commission suisse d'étude pour la revision partielle du droit de la famille, favorisent l'adoption et facilitent la création de liens juridiques entre parents et enfants. S'il s'agit de "donner un foyer à des enfants privés de "leurs soutiens naturels"(2), on peut affirmer que le législateur n'est pas d'emblée et catégoriquement opposé à la légitimation de complaisance -si elle est charitable- qui souvent remplit efficacement les buts de l'adoption.

Si aucune proposition de modification du régime actuel de la légitimation n'a été avancée, c'est que, pour beaucoup, il réalise un "équilibre suffisant entre la défense nécessaire de la famille légitime et "l'assimilation souhaitable dans la plus large mesure possible des "enfants nés hors mariage aux enfants légitimes " (3).

125.-Battant en brèche la conception de l'imprescriptibilité des actions d'état, certains auteurs français ont été de tous temps d'avis que si le père fictif a considéré et traité l'enfant comme son descendant légitime pendant plusieurs années, il y a là une "possession d'état qui,

(1) P. RAYNAUD, L'évolution de la notion de légitimation, Mélanges RIPERT, T.I, Paris, 1950, 453.

(2) L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Rapport préliminaire à l'avant-projet du CCF, 1ère partie, Paris, 1955, 42.

(3) Motifs de l'avant-projet du CCF, titre IV.

"corroborant le titre, rend inattaquable la situation de l' "enfant"(1). La possession d'état, méconnue du droit suisse (cf. infra, n.128), abandonne son rôle restreint de moyen de preuve. Elle sert alors à assurer la stabilité de l'état, la sécurité de l'enfant légitimé. Cette notion de fait n'est pas exempte de traces de la volonté humaine. Elle est le reflet du comportement du titulaire de l'état. Les facteurs subjectifs ne sont pas l'essentiel de la possession d'état, mais ils n'en sont pas moins nécessaires. Il est inconcevable qu'une apparence se crée contre le gré des intéressés eux-mêmes. (2)

Dans notre cas, la possession d'état, c'est la situation de fait de l'enfant légitimé. Certaine et constante, elle existe vis-à-vis du père comme de la mère, car la filiation légitime est indivisible.

126. Avant d'examiner plus avant l'éventuelle application de la possession d'état dans le domaine de la filiation illégitime, et particulièrement de la légitimation de complaisance, il nous semble nécessaire de définir brièvement la notion, ce qui, d'ailleurs, nous indiquera pourquoi elle est méconnue du droit suisse.

Dans le cadre de la filiation, l'état d'une personne se divise en quatre (3) :

- 1) l'état biologique (filiation réelle ou naturelle) qui détermine la position de la personne dans la succession des générations. C'est un fait que tous peuvent ignorer ;
- 2) l'état juridique, qui précise les liens conférés par la loi à la personne. Les états biologique et juridique peuvent coïncider (*mater semper certa*, par exemple) ;

(1) J. CARBONNIER, Droit civil, Paris 1965, 566, insiste abondamment sur cet aspect logique de la possession d'état.

(2) GOGUEY, 246.

(3) AUBERT, 9, 10.

3) l'état civil, qui est l'inscription officielle, la traduction en termes consacrés de l'état juridique dans les registres tenus par l'administration publique. L'état civil n'est que la déclaration de l'état juridique. Il ne le crée pas ;

4) l'"état apparent, appelé l'état possédé" (1), ou possession d'état, qui s'établit par la réunion de trois éléments :

nomen (le fait que la personne a toujours porté le nom du père duquel elle prétend descendre), tractatus (le fait que le père l'a traitée comme son enfant et a subvenu en cette qualité à son entretien, à son éducation voire à son établissement), fama (le fait que constamment, elle a été reconnue comme telle dans sa famille et dans la société).

Cet "état apparent" doit être constant, c'est-à-dire sans équivoque, comme le précise la jurisprudence française. Il n'est pas nécessaire qu'il ait existé dès la naissance de l'enfant ou qu'il ait été ininterrompu (2).

Dans la plupart des cas, les quatre états coïncident.

Sinon, "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" (3).

Seule une action intentée par un intéressé peut interrompre sur le plan juridique, cette évolution naturelle : demande en divorce, action en désaveu, en contestation d'état, etc...

- (1) AUBERT, 10. Il est remarquable que l'auteur, comme la doctrine suisse unanime, évite de parler trop ouvertement de possession d'état, terme qu'il n'emploie qu'avec circonspection; HEGNAUER, n.22 sous les articles 258-259 CCs.
- (2) Commission Internationale de l'état civil, Fichier de documentation, fiche XII, France, 8.
- (3) AUBERT, 11.

127.-Comme les actions d'état françaises sont imprescriptibles, il fallait pouvoir leur faire obstacle autrement que par l'écoulement du temps, quand d'autres intérêts supérieurs l'exigeaient. C'est pour-quoi le législateur français a prévu que dans le cadre de la filiation légitime, la possession d'état est le corollaire nécessaire de la pré-somption pater is est (articles 320 ss CCF). La famille se trouve ainsi mieux caparaçonnée contre les coups de boutoir fantaisistes ou malicieux de ceux qui utilisent leur droit d'agir imprescriptible dans de troubles desseins.

128.-En Suisse, cependant, seules les actions en nullité jouissent d'im-prescriptibilité. Comme les causes de nullité sont d'ordre public, il serait inconcevable de leur opposer un moyen tel que la possession d'état, ce qui reviendrait à relativiser dangereusement les plus sûres protections de l'intérêt public.

Quant aux actions en annulabilité, leurs délais péremptoires sont si courts en matière de filiation qu'il n'y a aucune place pour la pos-session d'état.

D'autre part, il semble que le législateur suisse se soit méfié avec raison de cette vague notion étrangère à la tradition juridique alle-mande et ignorée de la plupart des anciens systèmes juridiques cantonaux.

129.-La reconnaissance est le procédé normal, suffisant et nécessaire par lequel on rapporte la preuve de la filiation naturelle. Elle s'impose à tous grâce au manteau d'authenticité que lui procure son inscription dans les registres de l'état civil. Elle ne peut en outre être suppléée par aucun autre mode de preuve extrajudiciaire de la filiation (1).

Si cette déclaration de volonté individuelle à l'état civil, non contrôlée, dans une matière si importante, est douée d'une telle force, c'est que la facilité avec laquelle elle peut en France être atta-

(1) Juris-Classeur de droit civil, sous les articles 331 - 342, fascicule F. 23.

quée, suffit, pense-t-on, pour éviter les abus dangereux pour l'ordre public et pour l'enfant. On peut pourtant se demander si une possession d'état légitime ne corrobore pas la reconnaissance suivie de légitimation, au point qu'elle devienne irréversible pour le père complaisant. Quittant son rôle probatoire habituel, la possession d'état tendrait alors à assurer la stabilité de l'état de l'enfant légitimé. Elle aurait la mission sociale d'"adapter les solutions juridiques à certaines contingences pratiques. La vérité sociale pré-vaut sur la vérité pure"(1).

130.-Contrairement à la jurisprudence qui lui est hostile, la doctrine française est partagée sur le point de savoir si la possession d'état peut s'appliquer mutatis mutandis à la filiation naturelle. DEMOLOMBE fut le premier des partisans d'une application analogique de la notion en filiation illégitime. "La possession d'état est une véritable reconnaissance... Il est vrai que cette reconnaissance n'est pas consignée dans un acte; tout ce qu'il faut en conclure, c'est qu'elle est plus complète et plus décisive encore ... Le titre est l'ouvrage d'un instant, d'un aveu instantané, qui peut être le fruit de la surprise ou des obsessions ; la possession d'état est une reconnaissance continue, persévérante,..., et offrant ainsi, au plus haut point, toutes les garanties possibles de liberté et de sincérité. Le titre est le plus souvent ignoré, secret ; la possession d'état est une reconnaissance publique, notoire, qui a pour témoins la famille, la société tout entière" (2).

131.-Quelque attrayants qu'ils fussent, ces beaux principes pétris de sens moral devaient encore être compatibles avec la lettre de la loi, ce que certains auteurs démontrèrent avec brio et conviction.

(1) GOGUEY, 248.

(2) C.DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon, T.V., Traité de la paternité et de la filiation, 3ème édition, Paris, 1866, n.480, 514.

tion (1) :

On admet que l'article 322 Ccf (2) ne s'applique pas aux seuls enfants légitimes (3), quoique cette disposition figure dans le chapitre du code concernant la preuve de la filiation légitime (Titre VII, chapitre II Ccf). D'ailleurs, la doctrine est unanime à affirmer que les dispositions de ce chapitre sont de deux sortes. Certaines sont applicables sans autre à la filiation naturelle (articles 326 à 330 Ccf). D'autres doivent subir des modifications (les articles 319 à 321 et 323 à 325 Ccf). Pour éviter des redites, le législateur s'est abstenu de les reproduire au chapitre du code qui traite de la filiation naturelle. Il s'est contenté d'y indiquer les modifications à apporter. Il faut en conclure que, hormis les questions de preuve de la filiation, les règles du chapitre II auxquelles il n'est pas expressément dérogé dans le chapitre III, doivent "être communes et applicables aux enfants "naturels"(4).

En effet, le Code Napoléon restait muet quant aux actions en réclamation et en contestation d'état d'enfant naturel. Cela sous-entend qu' hors exception expresse, la qualité de la filiation n'entraîne pas de distinctions en ce qui concerne les règles relatives à ces actions.

Or, l'article 322 Ccf contient une règle organique des actions d'état qui dépasse le domaine probatoire. "Elle édicte une fin de non-recevoir, opposable à toute action en réclamation ou en contestation d'état" (5).

- (1) entre autres, P.GRAULICH, Essai sur les éléments de la filiation légitime, thèse, Liège, 1952, 209 ss.
- (2) "Nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession d'état conforme à son titre de naissance".
- (3) FLANJOL, RIFERT et ROUAST, n.959, numéro 3, 819, etc...
- (4) P.GRAULICH, op.cit., 210; C.DEMOLOMBE, La possession d'état d'enfant naturel prouve-t-elle la filiation non seulement à l'égard de la mère, mais aussi à l'égard du père ? Revue de Législation et de Jurisprudence, 1/1835, 435.
- (5) P.GRAULICH, op.cit., 211.

A ceux qui soulèveraient l'illogisme de l'ordre légal des dispositions du code : articles 319 à 321, puis 323 à 325 Ccf relatifs à la preuve de la filiation; 322 et 326 à 330 Ccf formant l'ensemble des règles communes aux filiations légitime et naturelle, DEMOLOMBE et ses adeptes répondent que ce désordre est accidentel, une "pure inadvertance des rédacteurs du Code".(1).

Ces arguments parmi d'autres, quoique de pure exégèse, ont le mérite d'expliquer la place de l'article 322 Ccf dans le chapitre relatif à la filiation légitime et de justifier l'application analogique de la possession d'état en matière de filiation naturelle.

132.-Cette interprétation littérale, séduisante il est vrai, heurte certains principes fondamentaux du droit civil dès qu'on la transcende. Elle est manifestement contraire à l'esprit et à la lettre de l'article 339 Ccf qui, rappelons-le, accorde à tout intéressé sans restriction, et sur quelque intérêt privé qu'il se fonde, le droit de contester une reconnaissance de complaisance.

D'autre part, elle permettrait d'établir la paternité hors mariage par un moyen extrajudiciaire autre que la reconnaissance, alors que les travaux préparatoires du Ccf indiquent clairement que pour éviter les abus tristement célèbres de l'ancien droit, la recherche de paternité hors mariage est strictement interdite.

133.-Ceci dit, on peut tout de même admettre que la possession d'état "augmente l'efficacité probante du titre (in casu, la reconnaissance) "quand elle se joint à lui"(2). Si cette indication de la filiation n'entraîne pas l'établissement légal du lien de filiation, elle confère à la reconnaissance une plus grande vraisemblance. Une telle affirmation n'est pas contraire aux principes de la législation française, preuve en sont les travaux préparatoires du Ccf. "En général,

(1) P.GRAULICH, op. cit., 212.

(2) ibidem.

"toutes les fois qu'on jouit de son état constamment, publiquement "et sans trouble, on a le plus puissant de tous les titres"(1). Une présomption de véracité très forte émane de la conformité de la possession d'état et du titre. La ratio legis de l'article 322 CCf se retrouve si l'enfant naturel reconnu complaisamment est légitimé grâce au mariage subséquent de ses parents légaux, c'est-à-dire, membre à part entière d'une famille légitime. Nous nous retrouvons ici dans le conflit paradoxal entre les deux exigences de l'ordre public (cf. supra, n.106). D'une part, la filiation naturelle doit être conforme à la réalité et, d'autre part, l'état des personnes doit revêtir une stabilité maximale.

134.-En conclusion, on peut affirmer que si la vérité est un bien en soi, elle doit avant tout servir l'ordre public, et non le troubler. Déterminante en matière de filiation naturelle, elle est servie quand elle touche à la filiation légitime. Or, il se trouve que la légitimation ressortit à la filiation naturelle quant à ses causes, et à la filiation légitime quant à ses effets. Cette double nature de l'institution oblige à prendre en considération la possession d'état pour la protéger, tout au moins en exigeant une preuve extrêmement sévère, du demandeur en annulation de la légitimation de complaisance corroborée par une possession d'état conforme.

135.-Conscient de l'impossibilité d'admettre la possession d'état dans le domaine des légitimations mensongères sans avoir recours à une réforme législative, GOGUEY propose d'adjoindre à l'article 339 CCf un deuxième alinéa ainsi conçu :

"Lorsque l'enfant légitimé aura joui de la possession d'état d'enfant "commun des époux, sa filiation ne pourra être contestée que dans l' "année qui suivra le mariage ou le jugement de légitimation. Ce délai

(1) PORTALIS, Discussion au Conseil d'Etat du Chapitre III du Titre VII du CCf, séance du 26 brumaire an X, FENET, T. X, 78.

"courra, à l'égard de l'enfant et de ses frères et soeurs, à compter "de leur majorité, et à l'égard du père ou de la mère véritable, à "dater du jour où ils auront connaissance de la légitimation"(1). Séduisante au premier abord, cette solution doit être rejetée, car elle heurte la logique. En effet, délai et possession d'état s'opposent diamétralement. Plus cette dernière se prolonge, meilleure elle est. Il serait illogique de soudain n'en plus tenir compte sous prétexte de l'échéance d'un délai, alors qu'elle ne fait que se bonifier au cours du temps. Il est donc impossible d'assortir la possession d'état d'un délai pour la prendre ou non en considération. La possession d'état ne peut être qu'une fin de non-recevoir générale. La restreindre à certains cas, la charger de conditions revient à l'abolir.

Dans le même ordre d'idées, l'article 339 CCf est absolu dans ses termes et serait inutile s'il pouvait se heurter à la fin de non-recevoir de l'article 322 CCf. Ces dispositions légales ne se concilient pas.

Au siècle passé, la jurisprudence avait pensé le contraire, jusqu'à ce que la Cour de Cassation abandonne cette solution (2). "Humainement, "on peut continuer à la regretter"(3), alors qu'on constate aujourd'hui une nette tendance favorable à la possession d'état qui, si elle ne prouve pas directement la filiation naturelle, y joue pourtant un rôle croissant. Elle est une condition de la légitimation post nuptias, elle équivaut à un aveu de la mère et jointe à la reconnaissance du père, établit la maternité selon l'article 336 CCf. Elle est un moyen de preuve de l'identité de celui qui se prévaut d'une reconnaissance avec l'enfant que le titre mentionne. Enfin, l'article

(1) GOGUEY, 255.

(2) C.Cass., 3 IV 1872, S 1872 II, 26.

(3) J.CARBONNIER, op. cit., 522.

341 CCf la consacre comme base de l'action en recherche de maternité. Seulement, on doit reconnaître que la loi n'accorde qu'un rôle strictement probatoire à la possession d'état appliquée dans le domaine de la filiation naturelle (1). En fait, cette répugnance des milieux juridiques français -et suisses, a fortiori- à étendre le domaine d'application de la possession d'état à la filiation naturelle, c'est-à-dire au delà de la protection de la présomption de légitimité, émane de ce que "notre siècle de formalisme bureaucratique est inconsciemment hostile à la possession d'état ..., parce qu'elle tend à rendre inutile l'intervention de l'autorité"(2). La possession d'état se crée au niveau des faits et celui qui possède n'a plus rien à prouver ou à établir. Elle se situe donc au sein du "no law's land" dont nous avons parlé (cf.supra, n.104).

(1) Travaux de la Commission de réforme du CCf, 1950-51, 288.

(2) J.CARBONNIER, *op.cit.*, 541.

CHAPITRE II : Les thérapies d'ordre processuel.

Section 1 : Le recours à un contrôle préventif des déclarations de reconnaissance et de légitimation :

Le pouvoir inquisitorial de l'officier de l'état civil.

136.-Le "respect de la vérité est un principe éthique fondamental, qui "trouve son application dans la morale et dans le droit"(1). Ce principe apparaît en morale comme un impératif quasi absolu, tandis qu'en droit, le respect de l'autonomie de la volonté tolère le mensonge au mépris de la morale, pour autant qu'il ne lèse en rien les droits d'autrui.

La véracité et la sincérité des déclarations de volonté, telle la déclaration de légitimation, ne sont pas garanties (cf. supra, n.24). Or, les législateurs français et suisse ont posé à la base du système des déclarations de reconnaissance et de légitimation à l'état civil, le principe qu'elles correspondent à la réalité, et ceci pour trois raisons. Tout d'abord, comme nous venons de la dire, l'homme a une propension naturelle à la vérité. Les principes moraux qui l'habitent l'entraînent souvent invinciblement vers l'aveu d'une réalité, même si cette dernière lui est défavorable.

Ensuite, la "nature a mis dans le coeur d'un père une voix secrète, "vague et indéterminée sans doute, mais dont le charme et l'illusion "ont pour ainsi dire la force de la conviction et la puissance de la "vérité"(2).

C'est aujourd'hui ce qu'on appelle plus prosaïquement la voix du sang.

(1) G.DEL VECCHIO, La justice - La vérité. Essais de philosophie juridique et morale, Paris, 1955, 195.

(2) M.SELLES, op. cit.,9, citant DUVEYRIER, l'un des pères du CCF.

Enfin, la déclaration de légitimation ou de reconnaissance est en principe préjudiciable à son auteur, nous l'avons dit (cf. supra, n.24).

Ces trois éléments font que la déclaration de reconnaissance ou de légitimation à l'état civil jouit d'une forte présomption de véracité. Elle fait foi jusqu'à preuve du contraire : "la reconnaissance doit "être présumée véritable et sincère"(1). La foi due aux actes de l'état civil -qui sont des actes authentiques, rappelons-le- exclut de les soupçonner de complaisance, voire d'erreur. On ne peut d'office les taxer d'un tel caractère ni douter a fortiori des rapports de parenté qu'ils décrivent. La "fraude ne se présume pas"(2).

137.-Cette présomption de véracité des déclarations se concrétise par le rôle passif de l'officier de l'état civil qui, sauf au cours de la célébration de mariage, reste passif et se confine dans les fonctions de guichetier (cf. supra, n.24 in alto, 25 et 26) : "Cet officier "public se borne à enregistrer les dires du déclarant sans pouvoir "exercer le moindre contrôle"(3).

C'est dans l'intérêt de l'enfant que le législateur inscrit dans le code la liberté de faire enregistrer la reconnaissance, ce que montre à satisfaction les travaux préparatoires du CCF. En définitive, mieux vaut une reconnaissance fautive, voire mensongère, que pas de reconnaissance du tout. Il faut qu'un père "donne toujours un état "à l'enfant. C'est à ce but que doit tendre la loi"(4). De ce fait, l'officier public se borne au respect de la forme des déclarations,

- (1) Juris-Classeur de droit civil, sous les articles 331-342, fascicule F,31 ; B.MERCADAL, Reconnaître : reconnaissances et actes recognitifs, RT 1963, 481 ss; M.MERLE, Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif, thèse, Toulouse, 1949.
- (2) J.BIENATME, Les pères de rechange, GP 1951 II Doctr.,7.
- (3) M.VERON, Volonté du "père" et reconnaissance d'enfant, RT 1967,528.
- (4) CABBACERES cité par M.SELLES, op.cit., 92.

du cadre de l'acte dont le contenu lui échappe. Une telle conception est en accord avec l'organisation bureaucratique toujours plus étendue des mairies et offices de l'état civil, et avec la fuite générale des fonctionnaires devant les responsabilités.

De toutes façons, en France comme en Suisse, l'introduction du contrôle préventif des déclarations de légitimation exigerait une réforme législative importante impliquant l'abandon de certains principes fondamentaux du droit de la filiation.

138.- Cette réforme aurait en outre des effets secondaires néfastes. On alourdirait ainsi la procédure, volontairement simpliste, des déclarations de volonté à l'état civil. L'officier public devrait avoir recours soit aux organes de police, soit au juge, tout au moins à son autorité de surveillance, dans l'exercice de son enquête. Il aurait ensuite à constituer un dossier propre à justifier un éventuel refus. Cela durerait des mois pendant lesquels le déclarant resterait dans une délicate et désagréable expectative. Son aveu spontané, jailli du coeur, serait examiné à la loupe, décortiqué, analysé dans sa forme et son fond. Le déclarant pourrait lui-même être ébranlé dans sa conviction de paternité et abusé, revenir sur ses propres aveux. Que deviendrait alors l'enfant, que ferait l'officier de l'état civil, qu'advviendrait-il en cas de décès du père supposé en cours de procédure ? Sans compter que la motivation d'un éventuel refus d'inscription exigerait de l'officier public une formation juridique qu'il est loin de posséder.

En bref, le contrôle préventif des déclarations à l'état civil, propre à décourager les hésitants, à effaroucher, puis à lasser les convaincus, se révélerait un frein puissant aux déclarations de reconnaissance et de légitimation. Il détériorerait du même coup la situation déjà précaire des enfants naturels.

Section 2 : Le recours à un contrôle répressif de la véracité des déclarations de reconnaissance et de légitimation : l'immixtion du Ministère public en matière-civile.

- 139.-A défaut d'un contrôle préventif, irréalisable, nous l'avons vu, en France comme en Suisse, la possibilité d'un contrôle répressif des déclarations de reconnaissance et de légitimation par le Ministère public, miroite aux yeux de certains comme la panacée contre les méfaits de la légitimation mensongère (cf. supra, n.61, 66, 81 à 91). Rappelons brièvement que l'intervention en matière civile du Ministère public a été prévue en France par la loi du 10 avril 1810, à l'article 46, et en Suisse, par certaines législations cantonales, dont celles de Genève et de Neuchâtel. Rappelons encore que la jurisprudence française a refusé au parquet le droit d'agir en contestation de légitimation pour le motif que l'intérêt qu'exige l'article 339 CCF est d'ordre purement privé, tandis que le droit du procureur général genevois a disparu par suite de désuétude pour des raisons d'ordre pratique, et qu'un hiatus dans la législation neuchâteloise empêche les cas susceptibles d'intervention de parvenir aux oreilles du premier défenseur des intérêts de la société.
- 140.-Ceci dit, qu'il nous soit permis d'exposer les raisons qui, selon nous, justifieraient un changement de jurisprudence en France, une revalorisation du droit du Ministère public genevois, et l'application par le juge neuchâtelois de l'article 1 CCs pour supprimer la lacune de sa législation cantonale. Même insuffisant, le contrôle répressif permettrait de corriger certaines situations familiales parmi les plus dramatiques et inextricables.
- 141.-De représentant du pouvoir exécutif à l'origine, le Ministère public est devenu le défenseur naturel des intérêts collectifs et de ceux des faibles. Il est curieux de constater que cette longue évolution de la

mission du Ministère public a été marquée par l'antagonisme toujours plus poussé entre la doctrine, réservée ou hostile au droit d'agir du parquet en matière civile (1), et la jurisprudence devenue largement interventionniste (2).

Il nous semble, au coeur de la controverse, que la solution extensive s'impose (3). L'autonomie de la famille dont l'organisation interne était abandonnée au gré du pater familias avait pendant très longtemps restreint l'intervention de l'Etat à un rôle secondaire. Ce respect de la cellule familiale a diminué (4). Parallèlement, la puissance paternelle, de droit, est devenue fonction sociale dont le détenteur peut avoir à rendre compte. La défense des faibles, et surtout de l'enfant, l'emporte sur l'autorité parentale dorénavant soumise à des considérations d'ordre social. Tout naturellement, le contrôle de la vie familiale incombe à l'Etat sous deux formes différentes, l'intervention du juge et celle du procureur général, celle-ci provoquant celle-là. Le pouvoir d'intervention du parquet s'accroît dans la mesure où l'Etat élargit son contrôle du comportement de l'individu dans le cadre familial. La sphère d'autonomie individuelle diminue et se réduit aux actes qui ne se répercutent pas sur autrui. Ainsi, on considère aujourd'hui que l'atteinte aux intérêts de l'enfant heurte l'ordre public (cf. supra, n.105 à 111), et précipite l'intervention étatique. Par son intervention directe, le Ministère public ne fait alors que remplir une fonction analogue à sa fonction pénale quand il introduit une action qui touche à la sécurité, à la tranquillité ou à l'honneur des personnes.

- (1) H.L. et J.MAZEAUD, op.cit., 937.
- (2) J-P.GILBERT, note sous C.App.Poitiers, 28 VI 1966, D.1967 J,13.
- (3) H.BEKAERT, La mission du Ministère public en droit privé, Mélanges DABIN, T.II, Paris, 1963, 434.
- (4) A,ROUAST, Le juge et la vie familiale en droit français, Mélanges DABIN, T.II, Paris, 1963, 865.

142.-De toutes façons, l'intervention du Ministère public ne serait pas abusive car, même si elle devenait une obligation dès que l'ordre public est lésé, elle s'exercerait sous contrôle hiérarchique, d'une part, et le parquet, soucieux de la rendre supportable, n'en userait qu'avec une grande circonspection, d'autre part (1).

Enfin, le Ministère public pourrait jouer un grand rôle en matière de filiation fictive sans qu'il faille recourir à une réforme législative, ce qui n'est pas négligeable en pratique. Son efficacité en serait renforcée par la souplesse d'une interprétation jurisprudentielle plus apte à saisir les aspects particuliers de chaque cas, soit, à juger les effets bénéfiques et maléfiques des légitimations de complaisance sur l'ensemble des intéressés et le bien public.

(1) CORNU et FOYER, Procédure civile, Paris, 1958, 338.

Section 3 : Le recours à une sévérité ou à une tolérance accrue dans l'appréciation de la preuve de non-paternité.

143.-Dans l'impossibilité de parer efficacement aux méfaits de certaines légitimations de complaisance et de leur annulation, on pense tout naturellement que par le jeu de la preuve, admissible ou non, portant sur tel ou tel objet, on peut découvrir un juste moyen de satisfaire au mieux les aspirations de la plupart des intéressés.

Le problème se pose différemment en France et en Suisse,

144.-Il s'agit, en France, de pallier parfois à la dangereuse imprescriptibilité automatique du droit d'agir en annulation de la légitimation. Or, la preuve est libre, à moins que la loi n'en dispose autrement, comme elle le fait, par exemple, à l'article 312 CCF qui traite du désaveu de paternité. Le demandeur en annulation de la légitimation a donc, à première vue, toute liberté de prouver la non-paternité du père légal (1). Mais la preuve est servie et sa trop grande liberté ne doit pas aller à l'encontre des règles de fond et contrecarrer la réalisation des principes fondamentaux du droit de la filiation. C'est pourquoi certains tribunaux français ont estimé nécessaire la preuve de l'impossibilité physique de cohabitation pour annuler une légitimation fictive (2). On négligea alors le fait que l'article 312 CCF est de stricte application. Cette disposition ne souffre aucune application mutatis mutandis, car elle repose sur la présomption absolue *pater is est*. Aucune nécessité morale ou sociale ne permet d'assortir d'irréfragabilité la présomption de véracité des déclarations de reconnaissance et de légitimation. La Cour de Cassation française l'a bien compris, qui n'a jamais limité l'objet de la preuve à l'établissement de l'impossibilité de cohabiter(3).

(1) AUBRY et RAU, Droit civil français, 6ème édition, T.IX, La filiation, par P.ESMEIN, Paris, 1953, 236.

(2) C.App. Paris, 22 VI 1956, GP 1956 II, 115; C.Paris, 13 XI 1959, D 1960 Somm.,21; C. Paris, 2 XI 1961, GP 1962 II Somm.,116, etc...

(3) Cas douteux : C. Cass. 2 VII 1912, D 1913 I, 183.

En résumé, il suffit donc au demandeur d'asseoir l'intime conviction du juge sur la non-paternité du père légal, et cela par tout moyen.

145.-Il reste bien entendu qu'un simple aveu d'un des parents légaux, voire des deux ne suffit pas. Il n'est pris en considération que s'il se trouve corroboré par un faisceau de faits coordonnés indiquant à suffisance sa valeur probante : "les tribunaux ...doivent ...examiner avec une particulière circonspection, les moyens produits à l'appui d'une action "dans laquelle le demandeur allègue son propre mensonge"(1).

Certains, à la recherche d'arguments pour consolider l'état de l'enfant, ont tenté de contester la recevabilité de l'aveu en tant que moyen de preuve de non-paternité (2). Ils prétendaient que l'aveu de l'absence de lien de filiation était contraire au principe de l'indisponibilité de l'état, qu'il était donc inopérant. Or, l'aveu de la complaisance d'une reconnaissance ne constitue pas une transaction sur un état, "c'est-à-dire sur une qualité juridique, que reconnaître un simple fait" (3). L'avance d'un moyen de preuve livré à la libre appréciation du juge ne revient pas à la conclusion d'une transaction sur l'état d'une personne. Nous restons dans le domaine de l'administration de la preuve. Ce moyen indirect de favoriser la stabilité du statut familial se révèle nul et non avenu.

146.-Avant l'entrée en vigueur de la loi du 15 juillet 1955 (article 342 bis Ccf) qui interdit l'établissement d'une filiation contraire à une autre préexistante avant l'anéantissement judiciaire de la première, on avait vu certains plaideurs établir la paternité d'un tiers dans le but de faire déclarer la non-paternité du père légal (4). On avait alors fondé de grands espoirs sur l'article 342 bis Ccf. L'optimisme fut de courte durée

(1) C.App. Lyon, 23 IV 1956, JCP 1957 II, 9955.

(2) par ex., Trib.civ. Seine, 24 XII 1921, DP 1922 Somm.,2.

(3) GOGUEY, 133.

(4) C.App. Rennes, 16 IV 1929, GP 1929 II, 228 ; C.App. Paris, 5 I 1955, GP 1955 I, 337 (affaire de TALLEYRAND-PERIGORD).

car la jurisprudence, fidèle à ses arguments avancés quant à la preuve d'une paternité adultérine (1), distingua entre la preuve de la filiation adultérine, toujours prohibée, et celle de l'adultère, c'est-à-dire, sur le plan des faits, des relations coupables qui ont engendré l'enfant dans l'infidélité d'un époux.

147.-Si l'on ajoute encore que les progrès de la science permettent aux plaideurs une investigation plus sûre des arcanes de la filiation, on peut affirmer que les efforts ingénieux de la jurisprudence ont été vains et que l'état de l'enfant complaisamment légitimé demeure en France éminemment instable.

148.-La légitimation mensongère du droit suisse fixe presque définitivement l'état de l'enfant au sein de la famille fictive. Vu le court délai de péremption de l'article 262 CCs, on pourrait être tenté d'arborez une grande tolérance en ce qui concerne la preuve de non-paternité. Ce serait aller contre les termes mêmes de la loi qui exige l'impossibilité du lien de filiation. Il faut "établir que l'enfant n'est pas issu de ses "prétendus parents" (2), décida l'ancienne jurisprudence. "Les intérêts "de l'enfant et l'ordre public exigent que les Tribunaux ne prononcent "une annulation de légitimation que lorsque la preuve indiscutable a été "rapportée que l'enfant, par suite d'une impossibilité absolue, ne peut "être né des parents qui l'ont légitimé"(3). La porte de l'annulation de la légitimation, entr'ouverte par la loi, ne bâillait pas d'un pouce de plus.

Une telle exigence ressemble trop à celle de l'action en désaveu (articles 253 à 256 CCs). Il faut se rappeler qu'à sa naissance, l'enfant n'était pas encore couvert par la présomption *pater is est* qui seule autorise une telle sévérité dans l'administration de la preuve. Rien ne per-

(1) affaire de TALLEYRAND-PERIGORD précitée.

(2) article 262/1 CCs.

(3) C.Justice GE, 27 II 1920, SJ 1920, 239.

met d'assimiler les articles 253 à 256 et 262 CCs (1).

149.-Le domaine de la preuve apparaît ici extrêmement souple. La non-paternité du père légal peut être prouvée par tous moyens, comme à l'article 254 CCs, mais les exigences sont moins élevées (2). Sensibles au sort de l'enfant dont l'état est contesté, ballotté, voire renié par son père légal, les juges et la doctrine suisses appliquent à la légitimation fictive un principe qu'ils avaient proposé avec succès dans le cadre du désaveu. S'il est établi qu'après l'annulation de son état légitime, l'enfant ne tombe pas dans l'illégitimité et qu'il sera l'objet d'une légitimation par mariage subséquent, la preuve de la grande invraisemblance de paternité suffit. S'agissant d'une annulation de légitimation, on peut sans autre tempérer les exigences dans l'administration de la preuve de non-paternité quand il est établi que l'enfant bénéficiera d'une nouvelle légitimation (3). C'est, en Suisse, à notre connaissance, un des seuls cas où les tribunaux placent l'intérêt de l'enfant au-dessus de toute considération d'ordre public. Cette tendance généreuse, dégagée avec netteté par EGGER (4), émane du fait que les présomptions de légitimité et de véracité des déclarations de légitimation ont pour but d'épargner à l'enfant la souillure et les inconvénients de l'illégitimité(5). Si l'enfant n'est pas précipité dans l'illégitimité et qu'au contraire, il truche simplement sa légitimité contre une autre, les présomptions susdites s'affaiblissent d'autant : "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

- (1) HEGNAUER, n.26 sous l'article 262 CCs.
- (2) H.MURI, Die Ehelicherklärung im schweizerischen Privatrecht, thèse, Berne, 1919, 143.
- (3) HEGNAUER, n.10 sous l'article 254 et n.26 sous l'article 262 CCs.
- (4) A.EGGER, op.cit., 2ème édition, n.1 sous l'article 254 CCs.
- (5) HEGNAUER, n.10 sous l'article 254 CCs.

"légitimité"(1), surtout si ce n'est que pour en acquérir une nouvelle (2) .

150.-En conclusion, les moyens de preuve ordinaires du droit fédéral sont valables pour établir la non-paternité du père mensonger, quoi que prévoie l'article 262 CCs.

Il suffit donc au succès de l'action que le juge soit "convaincu des circonstances nécessaires à cet effet, les seuls aveux des parties ne "suffisant évidemment pas" (3).

Les allégations des parents légaux doivent être corroborées par des indices. Pour assouplir l'automatisme regrettable de l'article 262 CCs, on a ainsi atteint le maximum de tolérance qu'autorise la loi.

(1) AUBERT, 175.

(2) W.GAUTSCHI, Über die Legitimation ehelich eingetragener unehelicher Kinder, RSJ 18/1921-22, 319.

(3) ATF 66 II 78 = JT 1940, 520 ; Trib. LU, 7 IV 1949, RSJ 45/1949, 208.

CHAPITRE III :

La thérapie chirurgicale .

Le recours à une réforme législative.

Section 1 : Les raisons de recourir à une réforme législative.

151.-Parmi toutes les raisons qui justifient une réforme législative, la première qui vient à l'esprit, c'est qu'en l'état actuel de la législation et de la jurisprudence, aucune solution n'est capable de réunir tous les suffrages (cf. supra, n.103 à 150). Pourtant, tout le monde s'accorde à réclamer une révision du droit de la filiation (1).

À notre époque d'égalité entre les hommes, entre l'homme et la femme, alors qu'on tente par tous les moyens d'abolir à jamais les privilèges, un grand courant psychologique et social réclame l'égalité des enfants légitimes et illégitimes dans un général "droit au bonheur"(2). Dans le même ordre d'idées, on s'efforce de libérer l'enfant de la tutelle discrétionnaire de parents légaux dont les intentions ne sont plus toujours présumées sincères et généreuses.

Ce serait pourtant une erreur de croire le droit seul capable d'améliorer la situation de la famille, "phénomène de droit et phénomène de "moeurs"(3). Les droits français et suisse de la filiation se basent sur un réseau de présomptions plus ou moins puissantes, destinées à protéger la grande majorité des membres de la famille. Vouloir tout régler reviendrait à ignorer la nature sociale de la famille. En fait,

- (1) Commission de réforme du Ccf, Rapport préliminaire à l'avant-projet de code civil, Paris, 1955, 40; C.HEGNAUER, Die Revision der Gesetzgebung über das aussereheliche Kindesverhältnis, RDS 1965 II, 37; P.LALIVE, op.cit., 544.
- (2) E.du PONTAVICE, Droit de la famille et droit au bonheur, Mélanges VOIRIN, Paris, 1967, 678.
- (3) J.CARBONNIER, V^{is} Famille, Législation et quelques autres, Mélanges SAVATIER, Paris, 1965, 138.

le problème de la filiation naturelle est juridiquement insoluble (1).

152.- Tandis que le CCf et le CCs assurent une certaine pérennité des règles légales de la filiation, de profondes modifications sociales se sont produites qui ont exercé une puissante influence sur la famille et les institutions de la filiation.

La famille-clan, soumise à la volonté et à la fantaisie du pater familias, est devenue famille-foyer. La cellule familiale s'est restreinte, coupée d'une tradition millénaire. Par la même occasion, la suppression des privilèges et l'isolement du noyau familial dans le temps présent, ont entraîné l'affaiblissement de la notion de continuation de la race et de survivance du nom (2). La famille rompt avec le passé. De même, l'importance accordée aux héritages, aux successions en général, s'amenuise. Le patrimoine de la famille se consomme d'habitude en une génération. La famille se coupe de l'avenir. L'idéal, dans une famille moderne, consiste à vivre ensemble, harmonieusement, dans un égal droit au bonheur pour chacun de ses membres.

153.-Les relations personnelles au sein de la famille-foyer prennent une importance croissante. Outre les relations entre conjoints qu'on veut aujourd'hui d'égalité, celles qui se nouent entre le détenteur de la puissance paternelle et ceux qui lui sont soumis ont changé de nature (cf. supra, n.151). On considère de nos jours la puissance paternelle comme une fonction sociale et non plus comme un pouvoir quasi discrétionnaire du père sur ses enfants dont les intérêts, comme ceux des faibles en général, deviennent essentiels.

154.-Ceci dit, dans le cadre plus particulier des légitimations de complaisance, le "décalage paraît sensible... entre la réglementation juridique

(1) C.HEGNAUER, op. cit., 37.

(2) par ex., il n'y a plus d'adoption faite dans le seul but de transmettre un nom voué, à défaut, à la disparition.

"et les données sociales et psychologiques"(1). Des entorses au système légal, telle que la légitimation mensongère, surgissent inévitablement et persistent malgré les dispositions préventives et répressives qu'on s'efforce de leur opposer. Peu à peu apparaissent des constructions juridiques nouvelles qui sont, en fait, de nouvelles institutions. La réalité se charge de trouver des formules juridiques adaptées à la nouvelle réalité sociale. C'est ce qui est arrivé à la légitimation de complaisance (cf. supra, n.23) qui se distingue de la légitimation des codes civils français et suisse par le rôle important qu'y joue la volonté humaine et par l'absence de lien biologique entre le père légal et l'enfant légitimé (2). La légitimation de complaisance devient ainsi une institution juridique distincte.

Le législateur devra en tenir compte.

(1) P.LALIVE, op. cit., 803.

(2) A.MARTIN, note d'arrêteste, REC 1965, 40. L'auteur propose qu'en cas de déclaration de légitimation, l'officier de l'état civil se bornerait "à enregistrer la déclaration du mari disant, non pas "je suis le père", "mais "je veux devenir le père de cet enfant".

Section 2 : Les tendances actuelles.

155.-Avant de proposer notre solution, établissons rapidement la nomenclature des principales thèses présentées par la doctrine moderne. La plupart d'entre elles ont été citées plus haut. Il ne s'agit ici que de faire le point.

Dès 1950, la Commission de réforme du Code civil s'efforça de réorganiser le droit français de la filiation en faisant abstraction de toute considération d'ordre historique . C'est ainsi qu'elle préconisa, pour la filiation naturelle, un système où la filiation maternelle se prouve par l'acte de naissance (article 483 avant-projet de CCf), la possession d'état s'applique (articles 512, 516 in fine avant-projet de CCf), la prescription trentenaire anéantit le droit d'agir basé sur la "satisfaction d'un intérêt purement pécuniaire" (article 538 avant-projet de CCf) et où le Ministère public peut agir seulement si "l'ordre public est directement intéressé" (article 538/2 avant-projet de CCf). Il est significatif que la Commission de réforme se soit contentée du régime actuel de la légitimation qu'elle juge équitable. Certes, les principes généraux qu'elle préconise pour le droit de la filiation naturelle auraient de bénéfiques effets sur les légitimations de complaisance les plus fantaisistes et leur éventuelle contestation. Il n'en reste pas moins que seul le recours à la notion de possession d'état aurait quelque effet (cf.supra, n.123). Quant au Ministère public, il ne pourrait intervenir en la matière tant que subsisteront la loi du 20 avril 1810 et l'interprétation restrictive qu'en donne la Cour de Cassation.

156.-GOGUEY, de son côté, propose le recours à la notion de possession d'état qu'il assortit paradoxalement d'un délai péremptoire, pour le droit d'agir en annulation de la légitimation. Nous avons vu pourquoi ce système doit être rejeté, même si l'on considère in abstracto que la "solution

"proposée permet en général de maintenir les reconnaissances les plus "sérieuses et d'annuler les plus fantaisistes" (1).

Sur le plan moral, cette solution aurait l'avantage d'éclairer dans toute leur pureté les bienfaits d'une légitimation de complaisance corroborée par une possession d'état. "Sous le couvert de l'apparence s'est "édifié tout un ensemble de relations. L'existence au foyer a entraîné "une communauté d'habitudes, de sentiments, de pensées" (2).

D'autre part, si l'on considère que la possession d'état est un aveu du lien de filiation, que la volonté de légitimer s'exprime à travers elle mieux encore que par une déclaration de volonté spontanée (cf. supra n.130), alors il faut bien constater que l'on débouche sur un nouveau paradoxe. Tandis que le droit prévoit la légitimation des enfants naturels par le mariage subséquent de leurs parents, la volonté exprimée par la possession d'état permet l'accession d'enfants à la légitimité en dehors de tout lien réel de filiation.

On néglige ainsi le précepte qui veut que la "volonté ...n'est jamais "que le ministre du droit" (3) auquel elle ne peut valablement s'opposer.

157.-J.SAVATIER, quant à lui, est un fervent partisan de la conception extensive du droit d'agir en annulation de la légitimation mensongère (4). Après avoir montré les méfaits des légitimations de complaisance vues dans l'optique de la vérité, l'auteur s'efforce, au risque d'ignorer toute considération d'ordre social, de disséquer les efforts fournis par la jurisprudence pour restreindre le droit d'agir en annulation. Il conclut enfin en préconisant l'ouverture au Ministère public de l'action de l'article 339 Ccf car, dit-il, "l'Etat intervient

(1) GOGUEY, 256.

(2) GOGUEY, 260.

(3) G.RENARD, Le droit, la justice et la volonté. Conférences d'introduction philosophique à l'étude du droit. Paris, 1924, 270.

(4) J.SAVATIER, Les légitimations de complaisance, D 1955 Chron.9.

"de plus en plus dans la vie de la famille et ...possède un intérêt évident à empêcher les particuliers de se prévaloir contre lui des avantages attachés à une situation de famille ne correspondant nullement "avec la vérité"(1). L'éminent juriste semble oublier que la Cour de cassation juge immuablement que l'Etat n'est pas directement intéressé au statut d'un enfant légitimé et que s'il l'était, ce serait au nom du bien public, alors que seul un intérêt d'ordre privé est une condition nécessaire et suffisante pour intenter l'action de l'article 339 Ccf.

158.- Sans être catégorique, HOLLEAUX pencherait pour la thèse restrictive telle que l'adopte le TF dont "la ligne de conduite simple et radicale" (2) l'a séduit. Le grand comparatiste pousse à plus d'indépendance la Cour de Cassation "gênée ...par la présence du texte formel de l' "article 339" Ccf (3).

A défaut de ce revirement spectaculaire de jurisprudence, HOLLEAUX se contente de la pratique judiciaire aujourd'hui courante qui octroie à l'enfant des dommages-intérêts d'autant plus élevés que l'annulation de la légitimation survient après plus de temps.

Ce faisant, l'auteur exprime l'idée généralement reçue dans les milieux juridiques français. Ce n'est malheureusement qu'un pis-aller.

159.- Tandis que les juristes français tentent de restreindre le droit d'agir en annulation de la légitimation, leurs collègues suisses s'efforcent au contraire d'échapper au carcan de la péremption trimestrielle de l'article 262 CCs. Dans le Commentaire bernois, HEGNAUER (4) constate qu'en l'état actuel de la législation, on ne peut prolonger les délais légaux sans grossièrement enfreindre l'article 262 CCs. Il ne fait pour lui aucun doute que le dies a quo du délai se

(1) J.SAVATIER, op. cit., 10.

(2) HOLLEAUX, 165.

(3) ibidem.

(4) HEGNAUER, n.15 sous l'article 262 CCs.

situé au moment où le titulaire du droit prend connaissance de la légitimation, HEGNAUER se range donc à l'avis du TF (1), ce qui ne l'empêche pas de souhaiter une réforme législative sur les points suivants :

1. le délai pour agir passe de trois à six mois (2) ;
2. il commence à courir le jour où est connue la cause d'annulation, cela pour tous les intéressés, et surtout pour la commune d'origine qui, à la communication de la légitimation, ne peut en général avoir quelque doute sur la filiation réelle de l'enfant, faute de connaître les véritables circonstances qui ont conduit au mariage et à la légitimation.

Pour l'auteur, en effet, faire courir le délai dès la connaissance de la légitimation revient trop souvent à priver de leur droit les titulaires incapables d'ouvrir une action en annulation sur la base de simples doutes.

-).-Alors que la grande majorité de la doctrine s'oppose fort pertinemment au droit d'agir octroyé à la commune d'origine du père légal, HINDERLING (3) y voit un moyen si équitable de résoudre les problèmes posés par les légitimations complaisantes, qu'il propose d'appliquer à l'article 262 CCs les causes de restitution de délai prévues par l'article 257 CCs. La commune d'origine (ou tout autre titulaire du droit d'agir) qui a été poussée par fraude à ne pas agir, est restituée dans son droit et, surtout, l'"action peut encore "être intentée après l'expiration des trois mois, lorsque de justes "motifs rendent le retard excusable" (4).

(1) ATF 86 II 446.

(2) C.HEGNAUER, Die Revision der Gesetzgebung über das aussereheliche Kindesverhältnis, RDS 1965 II, 47.

(3) H.HINDERLING, notice bibliographique sur HEGNAUER, Die Verwandtschaft, Vol.I, RSJ 57/1961, 310.

(4) article 257/3 CCs. C'est une application particulière de l'institution allemande de la Verwirkung.

L'éminent juriste bâlois pense ainsi éviter le recours à une réforme législative. Quoique l'idée d'appliquer un tel principe à l'article 262 CCs nous convienne (cf. infra n.166), il faut exclure toute application analogique de l'article 257 CCs dans le domaine de l'article 262 CCs. En effet, le législateur, qui avait pris la peine d'instituer explicitement une déchéance du droit d'agir en désaveu munie d'exceptions, s'abstient d'une telle mention dans le cadre de l'action en annulation. La négligence est exclue, le silence, qualifié.

Lors de l'élaboration du CCs, d'autre part, on avait même parlé de supprimer le droit d'agir en annulation de la légitimation, droit que HUBER voulait d'ailleurs assortir d'un délai d'un mois seulement. Enfin, ce serait oublier que la doctrine et la jurisprudence constantes et unanimes, affirment que le délai prévu à l'article 262 CCs est de nature péremptoire, qu'il ne souffre donc ni suspension, ni restitution.

161.-Alors qu'HOLLEAUX vante la thèse restrictive suisse de l'action en annulation de la légitimation, qu'il voudrait voir appliquer en France, LALIVE propose au contraire l'adoption pure et simple de la solution extensive française (1).

LALIVE commence par s'attaquer au droit d'agir de la commune d'origine (2), qu'il trouve anachronique à la lumière des conditions actuelles et du fait que le système de l'assistance publique au lieu d'origine a fait place en Suisse à celui de l'assistance publique au lieu de domicile (cf. supra n.94). En définitive, selon lui, ce droit d'intervention étatique "ne laisse pas de rappeler un peu certaines ingéren-

- (1) La pratique du droit français que possède LALIVE est notoire. On aurait tort de voir ici un exemple de l'attirance exercée par le droit étranger sur les comparatistes dont les contacts avec la pratique étrangère sont rares par suite de l'éloignement.
- (2) P.LALIVE, op.cit., 586.

"ces des régimes totalitaires dans les affaires de la famille"(1).
Ce faisant, LALIVE se rapproche de la conception française qui interdit au Ministère public de s'ingérer dans des questions de filiation, au mépris des intérêts de l'enfant; "une révision du droit de la filiation illégitime devrait être l'occasion d'une modification de l'art. "...262... de manière à réserver la qualité pour agir à des personnes "privées (2).

Relevant la position délicate de l'enfant complaisamment légitimé, surtout quand des dissensions surgissent entre ses parents légaux, LALIVE critique la solution restrictive du TF privant le père mensonger du droit d'agir en annulation de la légitimation. Il veut la remplacer par la française qui, "tout bien considéré ... paraît préférable"(3). Pour lui, point ne serait besoin d'une réforme législative pour passer en Suisse d'une conception à l'autre. Mais l'auteur se fourvoie quand il décortique l'arrêt du TF 75 II 12, 13 (4) et y trouve a contrario les bases d'une application analogique de l'article 20 Co par le truchement de l'article 7 CCs. Ce raisonnement est impossible, (cf. supra n.99 ss), car tant les articles 305 et 306 que 262 CCs règlent exhaustivement l'action en annulation de la reconnaissance et de la légitimation. En définitive, si l'on veut suivre LALIVE jusqu'au bout, il faudrait tout de même créer une disposition nouvelle qui consacrerait le droit d'agir du père mensonger et celui de l'enfant de réclamer reconventionnellement la réparation du dommage résultant de fausses déclarations à l'état civil (5).

162.-Sur un autre plan, plutôt préventif, LALIVE verrait avec faveur le législateur suisse instituer une "formule juridique ...permettant

(1) idem, 587.

(2) idem, 588.

(3) idem, 600.

(4) JT 1950, 89.

(5) P.LALIVE, op. cit., 605.

"au mari de la mère de donner son nom à l'enfant lors du mariage, "ou même de procéder à une sorte d'adoption facilitée à ce moment-là" (1). Même s'il est connu en Allemagne et en Autriche (2), ce genre de dichotomie de l'état de l'enfant serait ressenti comme un corps étranger en droit suisse. Que dirait-on, en outre, de l'état d'un enfant au bénéfice d'une obligation d'entretien de X, reconnu par un certain Y avec effet d'état civil, et portant enfin de nom de Z, un étranger, l'époux de sa mère ? Nous ne croyons pas que soit souhaitable une situation aussi inconfortable et absurde pour l'enfant, nanti de trois "pères" aux fonctions diverses.

163.-Avant de conclure, signalons la suggestion moins ambitieuse de MARTIN (3) (cf. supra, n.154, note 2). Il s'agirait simplement de faire dire au mari par devant l'officier de l'état civil, qu'il veut "devenir le "père" de l'enfant. L'élément volontariste de la déclaration de légitimation deviendrait essentiel. On créerait une institution à mi-chemin de l'adoption et de la légitimation par mariage subséquent.

(1) idem, 803.

(2) articles 1706 BGB et 165/2 ABGB.

(3) A.MARTIN précité, REC 1965, 40.

C O N C L U S I O N .

La réforme législative basée sur le recours à la notion allemande de
"Verwirkung".

- 164.-Tout au long de notre ouvrage, nous avons montré à suffisance que l'opportunité s'impose, d'un moyen de trancher le noeud gordien de l'état des enfants complaisamment légitimés. Après avoir écarté une à une les solutions que nous offre l'interprétation des normes positives françaises et suisses, nous avons rendu compte des propositions émises dans la seule voie qui nous semble autorisée, la réforme législative. Or, en "recherchant la situation qu'il doit faire aux enfants "(complaisamment légitimés), le législateur est comparable au chirurgien dont un malade réclame le secours ...s'il se décide à faire l' "opération, il doit, en y procédant, observer les règles de son art"(1). (cf.supra, n.151 ss). Certains s'y sont montrés habiles. Nous allons tenter de les égaler en proposant notre contribution au droit et à l' équité en matière de légitimation mensongère, à la bonne santé générale dans le domaine de la filiation illégitime.
- 165.-Nous proposons donc pour la France comme pour la Suisse une solution qui, sans en présenter les ennuis, marie les avantages du recours aux notions d'ordre public, d'abus de droit, et de prescriptibilité du droit d'agir en annulation de la légitimation.
- La Verwirkung allemande paraît réunir ces qualités et éviter bien des inconvénients à l'ensemble des intéressés.
- 166.-La Verwirkung connaît déjà en Suisse des cas d'application restreints, il est vrai (article 257/3 CCs ; cf.n. 160, note 2). Nous allons succinctement en décrire la nature.

(1) F.-H.MENTHA, Des conséquences juridiques de la naissance illégitime , étudiées de lege ferenda, RDS 7/1888, 563.

On distingue dans la Verwirkung trois idées maîtresses : la tardiveté de l'exercice d'un droit, la conduite contradictoire (venire contra factum proprium nulli conceditur) et l'atteinte à la bonne foi (1). La réunion de ces idées mène à la conclusion que le comportement du titulaire du droit représente pour les intéressés un exercice du droit abusif et intolérable.

167.-Tout en se basant sur l'écoulement du temps, la Verwirkung se différencie de la simple prescription. En effet, elle annihile les droits subjectifs non prescrits, des droits qui existent donc selon la lettre de la loi. Il suffit que leur maintien se révèle abusif. En outre, elle autorise la phénomène inverse. Si le recours à la prescription d'un droit apparaît comme un abus, la Verwirkung permet au titulaire du droit de la faire valoir. Dans le premier cas, nous avons une institution négative, privative de droit, semblable à la prescription. Dans le second, nous sommes en présence d'une institution positive, créatrice de droit. Dans les deux cas, la Verwirkung intervient au nom du jus aequum pour corriger le jus strictum. Quand un droit n'a pas été exercé pendant longtemps sans raison valable, on peut le prétendre "verwirkt". Il y a là un moyen facile d'empêcher les débats judiciaires longs et nuisibles à l'ensemble des intéressés. L'intérêt subjectif du demandeur doit s'effacer devant l'intérêt objectif à la disparation des contestations souvent désagréables au sujet de faits plus ou moins éloignés et quand, par son comportement, le titulaire du droit d'agir a incité les autres intéressés à s'attendre à ce qu'il n'en use pas. Le principe de la sécurité du droit, dont émane l'institution de la prescription, exige aussi qu'indépendamment de l'écoulement du temps, un droit ne soit plus exercé si son titulaire avait fait croire à son abandon par un comportement négligent ou malicieux.

(1) G. BOEHMER, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Livre II, Praxis der richterlichen Rechtsschöpfung, Tubingue, 1952, 118.

La Verwirkung sera donc particulièrement bénéfique là où le droit d'agir est soit imprescriptible (article 339 Ccf), soit assorti de sévères délais de péremption (article 262 Ccf).

168.-En second lieu, la Verwirkung peut être appelée à sanctionner une conduite contradictoire (venire contra factum proprium nulli conceditur). Le comportement du titulaire du droit doit alors paraître aux intéressés comme l'expression d'une volonté de renonciation à son droit. Peu importe d'ailleurs qu'en réalité, le titulaire connaisse l'existence du droit d'agir (1).

Seule compte la réalité objective des faits sur laquelle se fondent l'ensemble des intéressés.

La Verwirkung est la conséquence juridique involontaire d'un comportement (2).

Si cette condition se réalise, la Verwirkung empêche que le demandeur en annulation exclue de la famille légitime l'enfant qui se croyait à l'abri de toute contestation d'état.

169.-Enfin, la Verwirkung intervient au nom de l'ordre public. C'est en cela qu'elle puise la force nécessaire à la violation du jus strictum. En effet, la bonne foi est d'ordre public en matière d'état des personnes. Elle doit par conséquent se concevoir objectivement. Il y a atteinte à la bonne foi objective s'il se révèle évident que, compte tenu du comportement contradictoire du titulaire, l'exercice du droit viole l'esprit de la loi (3).

En définitive, la Verwirkung permet de résoudre un conflit entre le droit abstrait normatif et le droit concret à l'équité. La sécurité du droit générale et personnelle, la protection de la bonne foi objec-

(1) C'est pourquoi la Verwirkung se distingue de la renonciation tacite et de la rétractation d'un aveu.

(2) W.FLUME, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Vol.II, Das Rechtsgeschäft, Berlin, 1965, 122.

(3) W.FLUME, op.cit., 127.

tive et subjective se heurtent. Or, dans notre cas, le jus aequum brise le jus strictum au nom de l'ordre public. S'il n'en était ainsi, la loi serait purement et simplement violée!

C'est un devoir lourd de conséquences qui appartient à la pratique de trouver le juste milieu dans ce conflit de deux impératifs opposés issus du même principe juridique fondamental, l'ordre public.

170.-Après avoir décrit la Verwirkung en quelques traits rapides, il nous reste à éclairer ses effets si l'on s'avisait de l'appliquer dans le domaine de la légitimation de complaisance.

L'enfant mensongèrement légitimé du droit français souffre d'une éternelle instabilité d'état. Aucun remède ne permet à l'heure actuelle de corriger cet inconvénient. Une application bienvenue de la Verwirkung dans le domaine des actions d'état créerait un obstacle efficace à la fantaisie du père fictif qui s'aviserait de se débarrasser d'une paternité gênante. Il suffirait à l'enfant légitimé de soulever l'exception de la Verwirkung pour voir son père légitime déchu de son droit de contester la légitimation. En revanche, un juge circonspect refuserait de faire bénéficier l'enfant de la Verwirkung en cas de demande non tardive basée sur des motifs légitimes objectifs.

La loi correspondrait alors à sa raison. Le juge verrait sa fonction revalorisée, son pouvoir de décision élargi.

L'équité n'aurait qu'à y gagner.

171.-L'enfant nanti d'une légitimation complaisante se voit bien vite condamné par le droit suisse à en supporter les conséquences jusqu'à sa mort. Le droit de faire annuler la légitimation se périmé beaucoup trop tôt. La péremption est infaillible. Tous la subissent sans exception malgré les tentatives malheureuses de certaines juridictions cantonales. Pour éviter d'abandonner l'enfant à la mauvaise humeur d'un père légal

réticent à remplir ses obligations à son égard, pour permettre aussi à un père biologique de nouer des rapports juridiques de filiation avec l'enfant qu'il regrette d'avoir négligé, il serait bon d'ajouter à l'article 262 CCs un alinéa inspiré du même esprit qu'à l'article 257/3 CCs (1). Grâce à la Verwirkung, un motif légitime objectif autoriserait seul la disparition de la légitimation de complaisance.

Nous ne pensons pas que l'institution de la famille légitime en serait affaiblie et que la stabilité de l'état des personnes en serait ébranlée de façon excessive.

Au contraire, les intérêts légitimes de l'enfant n'en seraient que mieux protégés (2) et le droit de la filiation, plus équitable.

172.-La Verwirkung n'est pas une solution sans faille, nous en sommes bien conscient. Peut-être s'avérerait-elle à l'usage le moins mauvais des remèdes aux maux que peut engendrer la légitimation de complaisance. Mais nous sommes certain qu'elle permettrait que disparaissent bien des abus pareils à ceux que F.-H. MENTHA relevait en 1888. (3)

L'auteur signalait un avis paru l'année même dans un journal parisien et dont la teneur était la suivante :

"Célibataire noble reconnaît enfant naturel riche".

- (1) article 257/3: "L'action (en désaveu) peut encore être intentée après l'expiration des trois mois, lorsque de justes motifs rendent le retard "excusable".
- (2) HOLLEAUX, 55.
- (3) F.-H. MENTHA, Des conséquences juridiques de la naissance illégitime, étudiées de lege ferenda, RDS 7/1888, 574.

TABLE DES MATIERES.

(les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage)

I.	<u>AVANT-PROPOS.</u>	1 - 5
II.	<u>LIVRE I</u> <u>Le diagnostic</u>	(6 - 102)
	<u>INTRODUCTION</u> <u>La légitimation</u>	(6 - 21)
	Section 1 <u>Historique</u>	6 - 10
	Section 2 <u>La nature de la légitimation</u>	11 - 18
	Section 3 <u>La légitimation et l'adoption</u>	19 - 21
	<u>CHAPITRE I</u> <u>Les notions fondamentales</u>	(22 - 37)
	Section 1 <u>La légitimation de complaisance</u>	22 - 34
	Section 2 <u>L'action en contestation de légitimation</u>	35 - 37
	<u>CHAPITRE II</u> <u>Les ouvertures à contestation de légitimation</u>	(38 - 56)
	Section 1 <u>La nature des actions des articles 339 CCF et 262 CCs</u>	38 - 40
	Section 2 <u>L'importance de la distinction nullité - annulabilité</u>	41 - 48
	Section 3 <u>Les effets de l'annulation de la légitimation</u>	49 - 56
	<u>CHAPITRE III</u> <u>L'aspect processuel de l'action en annulation de légitimation</u>	(57 - 94)
	Section 1 <u>La prescriptibilité ou l'imprescriptibilité de l'action en annulation de légitimation</u>	57 - 60
	Section 2 <u>L'intérêt pour agir selon les articles 339 CCF et 262 CCs.</u>	61 - 65
	Section 3 <u>Les titulaires du droit d'agir en annulation de légitimation</u>	66 - 94

<u>CHAPITRE IV</u>	<u>Les conceptions française et suisse de l'action en annulation de légitimation</u>	(95 - 102)
Section 1	<u>La conception extensive française de l'action en annulation de légitimation</u>	95 - 98
Section 2	<u>La conception restrictive suisse de l'action en annulation de légitimation.</u>	99 - 102
III. <u>LIVRE II</u>	<u>Les thérapies</u>	(103 - 163)
<u>INTRODUCTION</u>	<u>Les incidences de la nature particulière du droit de la famille sur le problème des légitimations de complaisance</u>	103 - 104
<u>CHAPITRE I</u>	<u>Les thérapies d'ordre général</u>	(105 - 135)
Section 1	<u>Le recours à la notion d'ordre public</u>	105 - 111
Section 2	<u>Le recours à la notion d'abus de droit</u>	112 - 117
Section 3	<u>Le recours à la notion de responsabilité</u>	118 - 122
Section 4	<u>Le recours à la notion de possession d'état</u>	123 - 135
<u>CHAPITRE II</u>	<u>Les thérapies d'ordre processuel</u>	(136 - 150)
Section 1	<u>Le recours à un contrôle préventif des déclarations de reconnaissance et de légitimation : le pouvoir inquisitorial de l'officier de l'état civil</u>	136 - 138
Section 2	<u>Le recours à un contrôle répressif de la véracité des déclarations de reconnaissance et de légitimation : l'immixtion du Ministère public en matière civile.</u>	139 - 142
Section 3	<u>Le recours à une sévérité ou à une tolérance accrue dans l'appréciation de la preuve de non-paternité</u>	143 - 150

III.

<u>CHAPITRE III</u>	<u>La thérapie chirurgicale : le recours à une réforme législative</u>	(151 - 163)
Section 1	<u>Les raisons de recourir à une réforme législative</u>	151 - 154
Section 2	<u>Les tendances actuelles</u>	155 - 163
IV. <u>CONCLUSION</u>	<u>La thérapie chirurgicale basée sur le recours à la notion générale de déchéance du droit d'agir en annulation de légitimation (Institution de la VERWIRKUNG allemande)</u>	(164-172)

BIBLIOGRAPHIE.1.- Ouvrages généraux, monographies.

- AHRENS, G-H. Die Voraussetzungen ehelicher Abstammung.
Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen, schweizerischen, jugoslawischen, französischen, italienischen und spanischen Rechts, Bonn, 1965.
- AUBERT, J-F. Les actions de la filiation en droit civil suisse.
Essai de classification, Thèse, Neuchâtel, 1955.
- AUBRY/RAU, par ESMEIN, P.
Droit civil français, 6ème édition, T.DX,
La filiation, Paris, 1953.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G. / HOUQUES - FOURCADE, M.
Traité théorique et pratique de droit civil,
T. XIII, Paris, 192 9.
- BOEHMER, G. Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung,
Livre II, ~~Recht~~ Basis der richterlichen Rechts-
schöpfung, Tubingue, 1952.
- CAPITAINE, G. Des courtes prescriptions, des délais et actes
de déchéance (péremptions) du C.C.S. et du C.O.
Genève, 1937.
- CARBONNIER, J. Droit civil, T.I., 6ème édition, Paris, 1965.
- CLEERC, F. Cours élémentaire sur le Code pénal suisse.
Partie spéciale, T.II, Lausanne, 1945.
Code pénal suisse, Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908,
Berne, 1914.

Commission de réforme du Code civil français, Avant-projet de Code civil présenté à Monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la justice, Paris, 1955.

- CORNU G;/ FOYER J. Procédure civile, Paris, 1958.
- CURTI-FORRER, E. Commentaire du Code civil suisse, traduction M-E.PORRET, Neuchâtel, 1912.
- DALLOZ Encyclopédie, Droit civil, T.III, Paris,1953.
- DALLOZ Encyclopédie, Droit pénal et procédure pénale, T.I. Paris, 1967.
- DECOPPET, G. L'enfant naturel et son père, Thèse, Lausanne. 1917.
- DEL VECCHIO, G. La Justice - La Vérité. Essais de philosophie juridique et morale, Paris, 1955.
- DEMANTE, A.M. Cours analytique de Code Napoléon, T.II, Paris, 1853.
- DEMOLOMBE, C. Cours de Code Napoléon I, Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général, 4ème édition, Paris, 1869.
- = : = Cours de Code Napoléon V, Traité de la paternité et de la filiation, 3e édition, Paris, 1866.
- DE PAGE, H. Traité de droit civil belge, T.I, 2e.édition, Bruxelles, 1962.
- DUGUIT, L. Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, 2e. édition, Paris,1920.
- EGGER, A. Das Familienrecht, Vol.2, Die Verwandtschaft, Zurich, 1914, 2e édition, 1943.
- Fichier de documentation de la Commission Internationale de l'Etat civil, La Haye.

- FLUME, W. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Vol. II
Das Rechtsgeschäft , Berlin, 1965 .
- GARCON, E. Code pénal annoté, nouvelle édition par M.ROUSSELET,
M.PATIN et M.ANCEL, Paris, 1956.
- GARRAUD, R. Traité théorique et pratique du droit pénal français,
T. IV, 3e édition, Paris, 1922.
- GARSONNET / CEZAR-BRU
 Traité théorique et pratique de procédure civile
et commerciale, T.I, 3e édition, Paris, 1912.
- GAUTSCHI, W. Die Rechtswirkungen der Eintragung in die Zivil-
standsregister, Bâle, 1911.
- GENY, F. Science et technique en droit privé positif, T.III
Paris, 1921.
- GOGUEY, A. Les reconnaissances et légitimations de complaisance,
Paris, 1959.
- GRAULICH, P. Essai sur les éléments constitutifs de la filiation
légitime, Thèse, Liège-Paris, 1952.
- GUHL, T. Le droit fédéral des obligations, traduction R. DES
GOUTTES , Zurich, 1947.
- GUTTERIDGE, H.C. Le droit comparé, traduction de l'Institut de droit
comparé de l'Université de Paris, Paris, 1953.
- HEGNAUER, C. Die Verwandtschaft, vol.1, Berne, 1960.
- HOFFET, G. L'intervention du ministère public dans la procédure
civile en droit suisse et en droit français, thèse,
Zurich, 1931.
- HOLLEAUX, G. De la filiation en droit allemand, suisse et français,
Essai de droit comparé, Paris, 1966.

VII.

- HUBER, E. System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes, T.I, Bâle, 1886.
- HUC, E. Commentaire théorique et pratique du Code civil, T.III, Paris, 1892.
- HERING, R.von Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, T.II, Leipzig, 1852.
- JAQUES, P-B. La rectification des actes de l'état civil, Thèse, Lausanne, 1949.
- JOSSERAND, L. Essai de téléologie juridique, T.I., De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits, Paris, 1927.
- JULLIOT DE LA MORANDIERE, L. Rapport préliminaire à l'avant-projet du Code civil lère partie, Paris, 1955.
- JURIS-CLASSEUR Droit civil, Paris.
- KNAPP, C. Le droit civil de la famille dans le code pénal suisse, Rome, 1943.
- LEVY, E. Traité pratique de la légitimation, Paris, 1919.
- LOGOZ, P. Commentaire du Code pénal suisse, Neuchâtel, 1956.
- MAZEAUD, H.L. et J. Leçons de droit civil, T.I. Paris, 2ème édition, 1959.
- MEIER-HAYOZ, A. et al. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, (art.1-10 ZGB), Berne, 1962.
- MERLE, M. Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif, Thèse, Toulouse, 1949.
- MURI, H. Die Eheklärung im schweizerischen Privatrecht, Thèse, Berne, 1919.
- PERROCHET, A. Essai sur la théorie de l'abus du droit (art.2 C.C.S.) dans ses rapports avec la responsabilité pour actes illicites, Thèse, Neuchâtel, 1920.

VIII.

- PLANIOL/RIPPERT/
ESMEIN Traité pratique de droit civil français, 2ème édition
T.VII, Obligations 2, Paris, 1954.
- PLANIOL/RIPPERT/
ROUAST Traité pratique de droit civil français, 2e édition,
T.II, La Famille (Mariage, divorce, filiation)
Paris, 1952.
- PRO JUVENTUTE Vernehmlassung V zur Teilrevision des Schweizerischen
Zivilgesetzbuch zuhanden des Eidgenössischen Justiz-
und Polizeidepartementes, Zurich, 1967.
- RECUEIL des circulaires sur l'état civil, publié par le
Département Fédéral de Justice et Police, Berne, s.d.
- RECUEIL complet des discours prononcés lors de la présentation
du code civil ..., T.I., Discours, Paris, 1850.
- RENARD Le droit, la justice et la volonté, Conférences d'
introduction philosophique à l'étude du droit,
Paris, 1924.
- ROSSEL / MENTHA Manuel du droit civil suisse, T.I, 2e édition,
Lausanne-Genève, 1923 (supplément 1931).
- SAVATIER, R. Traité de la responsabilité civile en droit français,
T.I, Les sources de la responsabilité civile, Paris,
1939.
- SCHULTHESS, H. Entstehung und Untergang der elterlichen Gewalt im
ehelichen Kindesverhältnis nach dem schweizerischen
Zivilgesetzbuch, Berne, 1934.
- SCHWANDER, V. Das schweizerische Strafgesetzbuch, 2e édition,
Zurich, 1964.
- SELLES, M. De la contestation pour inexactitude de la reconnais-
sance des enfants naturels, Thèse, Alger, 1945 .

- SILBERNAGEL, A. Die Verwandtschaft, 2 e édition, Berne, 1927.
- THORMANN/ VON
OVERBECK Das schweizerische Strafgesetzbuch, T.II, Zurich,1941.
- TRAVAUX de la Commission de réforme du Code civil, 1950-1951,
Paris, 1952.
- TUZEMEN, E, Les registres de l'état civil, Thèse, Lausanne, 1940.
- TUHR, A. von Partie générale du Code Fédéral des Obligations, Vol.1
traduction de TORRENTE/THILO, Lausanne, 1929.
- TUOR, P. Le Code civil suisse, 2e édition française, par
H.DESCHENAUX, Zurich, 1950.

2.- Articles, contributions, notes.

- BEKAERT, H. La mission du Ministère public en droit privé, Mélanges DABIN, T.II, Bruxelles-Paris, 1963, 419.
- BERR, C.J. Les tendances du droit contemporain en matière de conflits de filiations, RT, 1964, 634.
- BERTONI, B. Intervention à la Commission d'experts pour l'élaboration du Code civil suisse, Protocole des séances, T.I, Berne, 1901, 333.
- BIENAIME, J. Les pères de rechange, GP 1951 II Doctr, 5.
- BOLGAR, V. The Concept of Public Welfare, The American Journal of Comparative Law, Vol. VIII, 1959, 44.
- CACHIA, M. Les conflits de filiations en droit français, RT 1953, 613
- CARBONNIER, J. V^{is} Famille, Législation et quelques autres, Mélanges SAVATIER, Paris, 1965, 135.
- CAPITANT, H. Sur l'abus des droits, RT 1928, 365.
- COLIN, A. De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation, RT 1902, 257.
- DEMOLOMBE, C. La possession d'état d'enfant naturel prouve-t-elle la filiation non seulement à l'égard de la mère mais aussi à l'égard du père ? Revue de Législation et de Jurisprudence, T.I., 1835, 427 .
- DESEBOIS, H. Note d'arrêtiste, JCP 1948 II, 4616.
- DES GOUTTES, R. Système des nullités en droit suisse, RDS 48/1929, 348.
- ESMEIN, P. Les pères nourriciers, GP 1956 II Doctr.3.
- FISCH, H. Position et tâches de l'officier de l'état civil, REC 1963, 269.
- GAUTSCHI, W. Ueber die Legitimation ehelich eingetragener unehelicher Kinder, RSJ 1921/22, 317.

XI.

- GILBERT, J-P. note d'arrétiste, D 1967 J, 14.
- GOETZ, E. Legitimation und Eheschliessung, REC 1964, 282.
- HEGNAUER, C. Die Revision der Gesetzgebung über das aussereheliche Kindesverhältnis, RDS 84/1965 II, 1.
- HINDERLING, H. notice bibliographique sur HEGNAUER, Kommentar zum Familienrecht, Die Verwandtschaft, Art. 252-269 ZGB, RSJ 1961, 309.
- HOUIN, R. Une enquête sur l'application du droit dans la pratique, La situation juridique de l'enfant, RT 1950, 18.
- = '= Les problèmes des fictions en droit civil, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, T.III, 1947, Paris, 1948, 242.
- JEQUIER, C. Politique neuchâteloise en matière de changement de nom, REC 1964, 358; 1965, 46.
- JULLIOT DE LA MORANDIERE, L. Le Cinquantenaire de la Revue, RT 1952, 1.
- = '= Les sources de la légitimité, DC 1941, 37.
- KAYSER, P. Les nullités d'ordre public, RT 1933, 1115.
- = '= La défense du nom de famille d'après la jurisprudence civile et d'après la jurisprudence administrative, RT 1959, 10.
- KUHN, W. Rapport à l'Assemblée des délégués de l'Association suisse des officiers de l'état civil, REC 1957, 218.
- LAGARDE, G. notes d'arrétiste, RT 1950, 345, 346 (II).
- = '= notes d'arrétiste, RT 1949, 252, 518.
- LALIVE, P. La révision du droit de la filiation illégitime, RDS 84/1965 II, 543.
- = '= Questions actuelles du droit de la filiation illégitime, REC 1966, 332, 371, 449.

- MALAURIE, Ph. D 1956 J, 605.
- = '= La notion de l'ordre public et des bonnes moeurs dans le droit privé, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome VII (1956), Montréal, 1956, 748.
- MARTIN, A. Obtention frauduleuse d'une constatation fausse (note sous ATF 90 IV 24), REC 1965, 40.
- MAZEAUD, H. La lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé, condition de la responsabilité civile, D 1954 chron.39.
- = '= Le divorce et les nullités de mariage, Cahier du Droit No.31, La Famille dans l'ordre juridique, Paris, 1954, 123.
- MAZEAUD, H. et L. Obligations en général et responsabilité civile, RT 1957, 680.
- MENTHA, F-H. Des conséquences juridiques de la naissance illégitime, étudiées de lege ferenda, RDS 7/1888, 563.
- MERCADAL, B. Reconnaître : reconnaissances et actes recognitifs, RT 1963, 481.
- NEUHAUS, X. Rapport à l'Assemblée des délégués de l'Association suisse des officiers de l'état civil, REC 1942, 177.
- NIEDERLANDER, H. Nemo turpitudinem suam allegans auditur. Ein rechtsvergleichender Versuch, Mélanges GUTZWILLER, Bâle, 1959, 621.
- PONSARD, A. Commentaire de la loi du 15 juillet 1952 relative au nom des enfants naturels, D 1953 L, 69.
- PONTAVICE, E. du Droit de la famille et droit au bonheur, Mélanges Voirin, Paris, 1967, 678.
- RAYNAUD, P. L'évolution de la notion de légitimation, Mélanges RIPERT, T.I, Paris, 1950, 432.

- RINIKER, H. Légitimation abusive (note sous ATF 86 II 437)
REC 1962, 288.
- ROUAST, A. Le juge et la vie familiale en droit français,
Mélanges DABIN, T.II, Bruxelles-Paris, 1963, 865.
- RUBEN DE COUDER, J. note d'arrêtiste, S 1914 I, 153.
- SAVATIER, J. Les légitimations de complaisance, D 1950 Chron.9.
='= note d'arrêtiste, JCP 1950 II, 5853.
='= Note d'arrêtiste, JCP 1960 II, 11689.
- SAVATIER, R. Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'
hui, Mélanges RIPERT, T.I., Paris, 1950, 75.
='= note d'arrêtiste, D 1960 J, 12.
- SCYBOZ, G. La recherche de paternité et le désaveu, Aperçu de
jurisprudence, JT 1963 I, 258.
- VERON, M. Volonté du "père" et reconnaissance d'enfant,
RT 1967, 521.
- ZWEIGERT, K. Méthodologie du droit comparé, Mélanges MAURY,
T.I, Paris, 1960, 579.

Table des abréviations.

ABGB	Osterreichisches Bürgerliches Gesetzbuch.
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (République fédérale d'Allemagne).
BJM	Basler juristische Mitteilungen.
BL	Bâle-Campagne.
C.App.	Cour d'Appel.
C.Cass.	Cour de Cassation.
CCf.	Code civil français.
CCs.	Code civil suisse.
CO	Code fédéral des obligations.
CPf	Code pénal français.
CPs.	Code pénal suisse.
Chron.	Chronique.
Cst	Constitution fédérale de la Confédération suisse.
D	Recueil DALLOZ, puis Recueil DALLOZ et SIREY (1965-).
DFJP	Département fédéral de Justice et Police.
DH	Recueil DALLOZ hebdomadaire.
Doctr.	Doctrine.
DP	Recueil DALLOZ périodique.
GE	Genève.
GP	Gazette du Palais.
J	Jurisprudence.
JCP	Juris-Classeur périodique.
JT	Journal des tribunaux (Lausanne).
L	Législation.
LF	Loi fédérale.

LU	Lucerne.
n.	note.
OEC	Ordonnance sur l'état civil du 1er juin 1953.
RDS	Revue de droit suisse.
REC	Revue de l'état civil.
Req.	Chambre des requêtes.
RSJ	Revue suisse de jurisprudence.
ROLF	Recueil officiel des lois fédérales.
RSJ	Revue suisse de jurisprudence.
RT	Revue trimestrielle de droit civil.
S	Recueil SIREY
SJ	La Semaine judiciaire.
Somm.	Sommaire.
StGB	Strafgesetzbuch (République fédérale d'Allemagne).
T.	Tome.
TF	Tribunal fédéral suisse.
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
ZBl	Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung.