

Le feuillet des motifs légitimes permettant d'exclure le droit à... et le zèle de la Cour de cassation pour appliquer rétroactivement l'article 16-11 nouveau du code civil

(Civ. 1, 28 mai 2008, pourvoi n° 07-15.037, AJ famille 2008.298, obs. F. Chénéde ; D. 2008. AJ. 1624 - Civ. 1, 2 avr. 2008, pourvoi n° 06-10.256, D. 2008.1145, note V. Bonnet ; Dr. fam. 2008. 86, note Murat ; AJ fam. 2008. 209, obs. Chénéde)

Jean Hauser, Professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV ; Directeur du CERFAP

Les juristes, notamment européenistes ou internationalistes, qui sont convaincus de la supériorité des notions molles et des sources jurisprudentielles, pourront suivre sans passion le feuillet des motifs légitimes requis des juges du fond qui souhaitent ne pas accéder à une demande d'expertise biologique. On n'en finit pas et bien heureux sera le juriste qui pourra exposer la situation à un non-juriste sans faire référence à un droit des « savants » qui ravit les spécialistes mais donne du droit une image désastreuse que les juristes paieront un jour. On ne reviendra pas sur les innombrables exceptions, réelles ou supposées par les avocats, qui nourrissent un contentieux interminable (RTD civ. 2006. 98, 2007. 555) mais prévisible car le motif, fût-il *légitime* au moment où aucune filiation ne saurait plus l'être..., est impalpable, comme tous les motifs, ce que les spécialistes de la cause savent bien et qu'ils pourraient méditer au moment où il est question de la remplacer, en droit des obligations, par l'intérêt, notion dont nos lecteurs savent le ravage qu'elle provoque en droit de la famille. *Perseverare diabolicum*... La présente affaire montre combien il est difficile de caractériser la légitimité du refus dans nombre de cas. La mère donne naissance à un enfant le 17 février 1997, qu'elle reconnaît le 13 mars 1997 et qui avait fait l'objet d'une reconnaissance prénatale d'un homme le 20 novembre 1996 avec lequel elle entretenait une liaison en 1996. Le 18 octobre 2000 un concubin de la mère de 1989 à 1995, puis après une période de séparation, de 1996 à avril 2001 reconnaît l'enfant. Après désistement de la mère ce dernier poursuit l'action en contestation de paternité naturelle et sollicite une expertise biologique qui lui est refusée par les premiers juges et par les juges d'appel. Le refus est basé sur des présomptions et indices attribuant la paternité au second concubin, sur une possession d'état à son profit établie par plusieurs décisions judiciaires contredisant une prétendue possession d'état à l'égard de l'appelant et, finalement, sur le fait que les présomptions et indices constituaient un motif légitime de ne pas procéder à l'expertise. On se demandera si, compte tenu de la jurisprudence antérieure sur l'existence d'une possession d'état, ce n'est pas plutôt une maladresse de rédaction qui est sanctionnée qu'autre chose. Il aurait sans doute suffi de constater que l'enfant jouissait à l'égard du premier concubin d'une possession d'état dont l'arrêt donne des éléments convaincants pour constituer le motif légitime mais l'énumération des éléments contradictoires n'a fait que fragiliser la décision et justifier l'exigence d'une expertise. On a bien compris les efforts méritoires de la Cour de cassation : éviter le gaspillage des expertises superfétatoires dans les cas où il n'y a pas de doute et éradiquer les contentieux abusifs et dilatoires mais comment définir les cas où il n'y a pas de doute, fût-ce avec le secours d'un arrêt de l'Assemblée plénière (RTD civ. 2008. 284. *Adde*, Bull. inf. C. cass. 15 mars 2008, tapp. M. Moussa, avis de M. R. De Gouttes) et, question iconoclaste, où donc est ici l'intérêt supérieur de l'enfant ?

On posera la même question à la lecture de l'arrêt du 2 avril 2008 qui décide que la réforme de l'article 16-11 du code civil par la loi du 4 août 2004, laquelle interdit toute expertise *post mortem* sauf accord de l'intéressé de son vivant (exception parfaitement ridicule puisqu'alors il lui suffisait de reconnaître l'enfant par testament) est d'application immédiate aux situations en cours. Le défunt, qui avait tout de même déposé des échantillons de sperme au CECOS, n'avait pas exprimé son accord pour une expertise *post mortem*, ce qui justifie l'arrêt selon la Cour de cassation. Sans doute, s'agissant d'une situation légale, le texte s'appliquait immédiatement, sauf dispositions transitoires, mais l'impérativité de ce texte hypocrite n'était

pas plus importante que celle qui interdit de contourner les prohibitions des lois bioéthiques en allant procéder à l'étranger, ce que notre jurisprudence est pourtant en train d'admettre au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant. On en arrive alors à considérer le droit de la filiation comme un droit conventionnel quand il s'agit des formes « modernes » où l'intérêt de l'enfant devient la cause même de la convention mais à s'en tenir à un droit légal pour les formes classiques. Ainsi l'enfant conçu par une opération de maternité pour autrui trouve grâce, au nom de son intérêt, bien que cette opération soit illégale et susceptible d'incrimination pénale alors que celui qui a été conçu à l'ancienne, par un auteur qui s'est bien gardé de lui donner filiation ou possession d'état, ne pourra pas prouver sa filiation alors même qu'il a été conçu avant la promulgation du texte. Il y a mieux. Il n'est pas du tout certain que la position assez simpliste de la Cour de cassation soit parfaitement conforme aux principes généraux du droit transitoire. S'agissant des situations légales, puisque tel serait le cas, il est toujours admis que la situation juridique antérieurement constituée demeure soumise à la loi en vigueur à la date où elle se constitue (P. Roubier, *Le droit transitoire*, n° 41) qui cite Savigny. Or les conditions de l'action en réclamation d'état s'apprécient au jour de la naissance de l'enfant qui peut agir dès ce moment puisque sa situation d'enfant sans filiation est constituée à cette date. On doutera donc qu'une loi ultérieure dont la finalité a été manifestement de contredire les risques d'une jurisprudence éventuellement contraire - ce que la Cour EDH condamne depuis l'arrêt *Zielinski* (F. Sudre *et al.*, *Les grands arrêts*, préc., p. 287) - soit d'application immédiate. On a dit que la réforme provenait de la jurisprudence *Montand* mais il faut inlassablement rappeler que, si le nouveau texte avait été applicable à l'époque, l'enfant prétendu aurait vu sa filiation maintenue, tant il est vrai qu'une expertise ne conduit pas forcément à la preuve de la filiation mais aussi, éventuellement, à la preuve de la non-filiation ! La psychanalyse des auteurs du nouveau texte serait sans doute intéressante. Enfin, et peut-être surtout, l'exception illusoire prévue par le texte devient parfaitement surréaliste puisque l'intéressé mort en 2001, dans l'ignorance du texte promulgué en 2004 (!), n'avait évidemment aucun intérêt à déclarer qu'il autorisait l'utilisation de ces échantillons, ce qui rend l'argument de la convention passée avec le CECOS sans intérêt sur ce point, en quoi la Cour de cassation consacre finalement une véritable rétroactivité du texte. Il sera encore plus difficile d'admettre que cet intéressé puisse, de son vivant, s'opposer à toute action après sa mort sous le prétexte du respect des sépulcres blanchis alors qu'il avait, de son vivant, le moyen de se mettre en règle moralement en reconnaissant l'enfant qu'il avait fait. De plus, comme le fait remarquer à juste titre P. Murat (obs. préc.), le respect des morts n'a rien à faire ici puisqu'il s'agissait d'utiliser des échantillons prélevés du vivant (comp. RTD civ. 2007. 555 ). Ne permettez aucun prélèvement *post mortem*, ne donnez surtout aucune possession d'état à vos enfants et, s'ils n'agissent pas assez vite (jusqu'à 28 ans tout de même), vous pourrez mourir en toute quiétude avec la bénédiction du législateur français ! On espère qu'à l'occasion de la révision des lois bioéthiques la question sera posée et que les thuriféraires du « toujours plus de liberté » redécouvriront une réforme du mois d'août sur laquelle ils ont été curieusement muets... Il est vrai qu'il ne s'agissait que d'enfants conçus en alcôve qui n'ont pas de groupe de pression... mais tout de même un intérêt supérieur ?

**Mots clés :**

FILIATION NATURELLE \* Preuve \* Expertise biologique \* Refus \* Motif légitime