



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

Archive ouverte UNIGE

<https://archive-ouverte.unige.ch>

Master

2015

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Etablissement de la paternité : état de la question et perspectives d'avenir

Kugler, Lolita

How to cite

KUGLER, Lolita. Etablissement de la paternité : état de la question et perspectives d'avenir. Master, 2015.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:78787>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

Établissement de la paternité : état de la question et perspectives d'avenir

Séminaire : « Questions choisies en droit des personnes physiques et des familles »

Sous la direction de Marie-Laure PAPAUX VAN DELDEN
Professeure à l'Université de Genève

Manuela SAENZ DEVIA
Assistante

LOLITA KUGLER
Semestre de printemps 2015

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES MATIÈRES	2
LISTE DES ABRÉVIATIONS	4
I. INTRODUCTION	6
II. LA FILIATION PATERNELLE	7
A. LES LIENS JURIDIQUE, BIOLOGIQUE ET SOCIO-AFFECTIF.....	7
B. LE POIDS DU LIEN BIOLOGIQUE EN SUISSE ET EN DROIT INTERNATIONAL.....	8
III. LES MODES D'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION PATERNELLE	11
A. L'ÉTAT ACTUEL.....	11
1. Le mariage	11
1.1 <u>Les trois présomptions alternatives</u>	11
1.1.1 <i>La naissance pendant le mariage</i>	11
1.1.2 <i>La naissance dans les 300 jours postérieurs au décès, au danger de mort ou aux dernières nouvelles du mari</i>	12
1.1.3 <i>La naissance plus de 300 jours après le décès du mari mais conception de l'enfant antérieure au décès</i>	13
1.2 <u>Le cas particulier de la naissance après le divorce</u>	14
2. La reconnaissance	14
2.1 <u>Les conditions</u>	14
2.1.1 <i>La filiation maternelle</i>	14
2.1.2 <i>L'absence de filiation paternelle</i>	15
2.1.3 <i>La capacité de discernement de l'auteur</i>	17
2.1.4 <i>L'homme supposé être le père naturel</i>	18
2.1.5 <i>L'absence de délai</i>	19
2.2 <u>La forme</u>	19
2.2.1 <i>La déclaration à l'état civil</i>	19
2.2.2 <i>Le testament</i>	20
2.2.3 <i>La déclaration devant le juge de l'action en paternité</i>	20
3. L'action en paternité	20
3.1 <u>Les conditions</u>	20
3.1.1 <i>La qualité pour agir</i>	20
3.1.2 <i>La qualité pour défendre</i>	22
3.1.3 <i>Le délai</i>	23

3.2	<u>Les moyens de preuve</u>	23
3.2.1	<i>La cohabitation</i>	23
3.2.2	<i>La preuve directe de la paternité</i>	24
3.3	<u>Les expertises scientifiques</u>	25
3.3.1	<i>Les expertises scientifiques dans le cadre judiciaire</i>	25
3.3.2	<i>Les expertises scientifiques hors du cadre judiciaire</i>	27
B.	LES PERSPECTIVES D’AVENIR.....	29
1.	Le mariage	29
2.	La reconnaissance	31
3.	L’action en paternité	32
IV.	LA FILIATION PATERNELLE EN CAS DE PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE	33
A.	L’ÉTAT ACTUEL.....	33
1.	La filiation paternelle en cas de PMA homologue	33
1.1	<u>La paternité du partenaire</u>	33
1.2	<u>L’importance du consentement du partenaire</u>	34
2.	La filiation paternelle en cas de PMA hétérologue	35
2.1	<u>La paternité du mari</u>	35
2.2	<u>Le droit de connaître ses origines</u>	37
B.	LES PERSPECTIVES D’AVENIR.....	39
V.	CONCLUSION	41
	BIBLIOGRAPHIE	43
	DÉCLARATION AD PLAGIAT	48

LISTE DES ABRÉVIATIONS

ACEDH	Arrêt de la Cour européenne des droits de l’homme
al.	alinéa
art.	article
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BaK	Basler Kommentar
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand) du 18 août 1896
BK	Berner Kommentar
c.	contre
CC	Code civil suisse, du 10 décembre 1907, entré en vigueur le 1 ^{er} janvier 1912 (RS 210)
CDE	Convention relative aux droits de l’enfant, du 20 novembre 1989, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997 (RS 0.107)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950, entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 (RS 0.101)
cf.	<i>confer</i>
ch.	chiffre
CHF	Franc Suisse
consid.	considérant
CourEDH	Cour européenne des droits de l’homme
CP	Code pénal suisse, du 21 décembre 1937, entré en vigueur le 1 ^{er} janvier 1942 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile suisse, du 19 décembre 2008, entré en vigueur le 1 ^{er} janvier 2001 (RS 272)
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999, entrée en vigueur le 1 ^{er} janvier 2000 (RS 101)
éd.	édition
FamPra.ch	La pratique du droit de la famille
JdT	Journal des Tribunaux
LAGH	Loi fédérale sur l’analyse génétique humaine, du 8 octobre 2004, entrée en vigueur le 1 ^{er} avril 2007 (RS 810.12)

LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987, entrée en vigueur le 1 ^{er} janvier 1989 (RS 291).
let.	lettre
LEtr	Loi fédérale sur les étrangers, du 16 décembre 2005, entrée en vigueur le 1 ^{er} janvier 2008 (RS 142.20)
LPart	Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, du 18 juin 2004, entrée en vigueur le 1 ^{er} janvier 2007 (RS 211.231)
LPMA	Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée, du 18 décembre 1998, entrée en vigueur le 1 ^{er} janvier 2001 (RS 810.11)
MCF	Message du Conseil fédéral
N	numéro de paragraphe
n.	note de bas de page
OEK	Ordonnance sur l'état civil, du 28 avril 2004, entrée en vigueur le 1 ^{er} juillet 2004 (RS 211.112.2)
OPMA	Ordonnance sur la procréation médicalement assistée, du 4 décembre 2000, entrée en vigueur le 1 ^{er} janvier 2001 (RS 810.112.2)
p.	page
PJA	Pratique juridique actuelle
PMA	Procréation médicalement assistée
pp.	pages
RDT	Revue du droit de tutelle
REC	Revue de l'état civil
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RS	Recueil systématique du droit fédéral
ss	et suivants
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (version allemande du Code civil)

I. INTRODUCTION

La filiation est un point de repère dans la vie de l'enfant. Elle lui permet non seulement de connaître ses parents afin de construire son identité mais également de se forger sa propre personnalité. L'établissement de la filiation est donc essentiel pour l'épanouissement de l'enfant en société.

En droit positif suisse, la filiation maternelle s'établit automatiquement à la naissance de l'enfant du fait de l'accouchement (art. 252 al. 1 CC). La filiation paternelle, quant à elle, peut s'établir de trois manières différentes qui sont le mariage avec la mère, la reconnaissance et l'action en paternité (art. 252 al. 2 CC). Si la maternité est par nature toujours certaine, la paternité est incertaine. En effet, le lien juridique et biologique coïncide toujours entre une mère et son enfant puisqu'elle lui donne naissance. En revanche, l'établissement d'un lien juridique entre un père et un enfant ne coïncide pas toujours avec la réalité biologique et, le cas échéant, une réalité socio-affective. Cette situation conduit à une foule de questions sur le poids accordé à chacun de ces liens par le législateur suisse et particulièrement la place octroyée à la vérité biologique. Cette dernière question prend notamment tout son sens actuellement en raison des avancées scientifiques en matière d'expertises ADN qui permettent aujourd'hui de connaître avec certitude la réalité génétique.

Par ailleurs, les progrès spectaculaires réalisés en matière de procréation artificielle amènent de nouvelles questions sur l'établissement de la filiation, particulièrement lorsque le couple a recours à un don de sperme, et sur le droit de connaître ses origines.

Notre travail débutera par la définition de la notion de paternité en droit suisse et par la présentation d'exemples qui démontrent les imbrications possibles entre les différents liens qui peuvent exister entre un père et son enfant. Nous continuerons en déterminant quelle place est laissée au père biologique en Suisse et en droit international lorsque la paternité juridique ne coïncide pas avec la vérité biologique (**chapitre II**). Ensuite, nous examinerons en détail l'état actuel des trois modes d'établissement de la filiation paternelle que sont le mariage, la reconnaissance et l'action en paternité afin d'en relever les imperfections et de proposer des solutions concrètes pour l'avenir (**chapitre III**). Pour finir, nous verrons comment s'établit la filiation paternelle dans le cadre particulier d'une PMA homologue ou hétérologue, dans l'optique de déterminer quels sont les changements nécessaires et les perspectives d'avenir dans ce domaine (**chapitre IV**), avant de conclure (**chapitre V**).

II. LA FILIATION PATERNELLE

A. LES LIENS JURIDIQUE, BIOLOGIQUE ET SOCIO-AFFECTIF

La paternité est une notion juridique qui n'existe que si le droit la consacre ; elle résulte soit directement de la loi, présomption de paternité du mari ; soit d'actes déterminés, la reconnaissance ou l'action en paternité¹. Ainsi, l'existence d'un lien biologique et/ou d'un lien socio-affectif ne suffit pas à créer un lien de parenté entre l'enfant et son père². Pour que la filiation paternelle soit établie et qu'elle déploie ses effets, l'une des trois hypothèses légales doit en plus être réalisée³.

Hormis les conditions spécifiques des différents modes d'établissement de la paternité, la filiation juridique repose alternativement ou cumulativement sur deux dimensions, une vérité biologique liée à l'engendrement et/ou une vérité socio-affective qui se construit jour après jour entre le père et l'enfant et se constate dans les relations qu'ils entretiennent⁴.

Lorsque le lien juridique découle de la loi (art. 255 CC), soit lorsque le mari est présumé être le père de l'enfant et que c'est bien lui le père biologique, le lien juridique repose cumulativement sur le lien biologique et socio-affectif lorsque le père entretient une relation avec son enfant. S'il n'y a pas de relation socio-affective entre eux, le lien juridique ne repose que sur le lien biologique. En revanche, si l'enfant naît d'un adultère et que par conséquent le mari de la mère n'est pas le père biologique, le lien juridique ne repose que sur le lien socio-affectif qui se développe entre le père et l'enfant. Il est toutefois possible qu'il n'existe aucune relation socio-affective entre le père et l'enfant. Dans ce cas, seul le lien juridique subsiste.

Lorsque le lien juridique résulte d'une reconnaissance (art. 260 CC), il peut reposer à la fois sur les vérités biologique et socio-affective si le déclarant est bien le père de l'enfant et qu'ils entretiennent une relation. Toutefois, il peut ne reposer que sur le lien socio-affectif si la reconnaissance est faite par une personne qui n'est pas le père biologique.

Pour finir, lorsque le lien juridique naît d'une action en paternité (art. 261 CC), il est possible qu'il ne repose que sur le lien biologique et non socio-affectif si la filiation est imposée.

¹ ATF 108 II 344, consid. 1a.

² MEIER/STETTLER, pp. 1-2 N 3.

³ Cf. *infra*, chap. III.

⁴ MANDOFIA BERNEY, Filiation, p. 7 ; MEIER/STETTLER, pp. 1-2 N 3-4.

Ces différentes hypothèses démontrent le conflit potentiel qui peut exister entre réalité biologique et réalité juridique. À l'heure actuelle, le législateur suisse accorde plus d'importance au lien juridique et socio-affectif qu'au lien biologique. En effet, lorsque la présomption de paternité du mari s'applique (art. 255 CC) ou lorsqu'il y a une reconnaissance (art. 260 CC), la vérité biologique ne joue aucun rôle puisque le lien légal s'établit sans égard à la vérité biologique⁵. De plus, en autorisant un couple marié à procéder à une procréation médicalement assistée avec don de sperme (art. 3 al. 3 LPMA), le législateur relègue encore une fois la vérité biologique à la seconde place et privilégie les liens juridique et socio-affectif. En revanche, le lien biologique connaît un regain d'importance dans le cadre d'une action en paternité (art. 261 CC) où seul le père biologique peut être recherché⁶. De même, dans le cadre d'une action *sui generis* en recherche des origines le législateur privilégie la vérité biologique au lien socio-affectif et légal entre un père et son enfant⁷.

B. LE POIDS DU LIEN BIOLOGIQUE EN SUISSE ET EN DROIT INTERNATIONAL

La question de la place de la vérité biologique prend tout son sens dans l'hypothèse où le mari de la mère est présumé être le père de l'enfant (art. 255 CC) sans que cela ne corresponde à la réalité. Dans cette situation, le mari de la mère est le père légal de l'enfant et le père biologique qui souhaite créer un lien avec cet enfant ne peut pas, à l'heure actuelle, contester cette paternité légale afin d'établir sa propre paternité.

En effet, en droit suisse, l'art. 256 al. 1 CC n'accorde la qualité pour agir dans une action en désaveu qu'au mari et à l'enfant. Ainsi, ni la mère ni le père biologique n'ont la qualité pour agir⁸. Le seul moyen pour un père biologique d'agir est d'alerter l'autorité de protection de l'enfant sur la situation⁹. Celle-ci peut, le cas échéant, si elle l'estime nécessaire et dans l'intérêt de l'enfant, nommer un curateur à celui-ci pour qu'il ouvre en son nom une action en désaveu (art. 306 al. 2 CC)¹⁰. Cette possibilité est toutefois limitée puisqu'une action de l'enfant est uniquement ouverte si la vie commune des époux a pris fin pendant sa minorité (art. 256 al. 1 ch. 2 CC).

⁵ FOUNTOLAKIS, p. 250 ; GUILLOD, p. 203 N 510.

⁶ GUILLOD, p. 202 N 508.

⁷ MEIER/STETTLER, p. 3 N 4.

⁸ CR CC I-GUILLOD, CC 256 N 8-9 ; GUILLOD/BURGAT, p. 26 N 72 ; MEIER/STETTLER, p. 55 N 87.

⁹ GUILLOD/BURGAT, p. 26 N 72 ; MEIER/STETTLER, pp. 55-56 N 87.

¹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_150/2011 du 29 juin 2011, consid. 3.4.2. GUILLOD/BURGAT, p. 26 N 72.

En droit international, le seul lien biologique, sans éléments de fait ou de droit démontrant une relation personnelle étroite, n'est pas suffisant pour être protégé par l'art. 8 CEDH¹¹. Pour établir si un lien entre un père biologique et son enfant exige la protection de l'art. 8 CEDH, la CourEDH prend en compte plusieurs facteurs tels que la nature de la relation entre les parents naturels, l'intérêt et l'attachement manifestés par le père naturel pour l'enfant avant et après sa naissance¹². Dès lors où un lien familial avec un enfant est établi, l'Etat a l'obligation d'agir afin de permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique qui rende possible, dès la naissance, l'intégration de l'enfant dans sa famille¹³.

Ainsi, lorsque la CourEDH est confrontée à un père biologique qui souhaite contester la paternité juridiquement établie d'un homme afin de pouvoir établir sa propre paternité, elle examine s'il existe une relation entre le père et l'enfant qui peut s'analyser en une « vie familiale » protégée par l'art. 8 CEDH.

Or, en matière d'établissement et de contestation de la paternité, la jurisprudence de la CourEDH a tendance à faire privilégier le lien biologique sur le lien juridique dans l'optique de faire correspondre paternité juridique et géniteur¹⁴. Dans l'ACEDH Kroon c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, par exemple, la CourEDH affirme clairement que le respect de la vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH « exige que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits que les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne »¹⁵.

Cependant, la paternité légale n'est pas contraire à l'art. 8 CEDH chaque fois qu'elle ne coïncide pas avec la réalité biologique et sociale¹⁶. Il faut, en effet, tenir compte des liens effectifs entre l'homme qui entend établir un lien de filiation et son enfant. Dans les ACEDH Ahrens et Kautzor c. Allemagne du 22 mars 2012, par exemple, deux pères biologiques se sont plaints de ne pas être autorisés à contester la paternité d'un autre homme, mais la CourEDH considère qu'il n'y a pas de violation du droit à la vie familiale car il n'a jamais

¹¹ ACEDH Schneider c. Allemagne du 15 septembre 2011, § 80 ; ACEDH Anayo c. Allemagne du 21 décembre 2010, § 56. MEIER, p. 258 ; PAPAUX VAN DELDEN, Filiation, p. 8.

¹² ACEDH Chavdarov c. Allemagne du 21 décembre 2010, § 40. MEIER, p. 258.

¹³ ACEDH Chavdarov c. Allemagne du 21 décembre 2010, § 37 ; ACEDH Kroon c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, série A, n° 297-C, § 32.

¹⁴ ACEDH T.Ç. et H.Ç c. Turquie du 26 juillet 2011, § 72. PAPAUX VAN DELDEN, Filiation, p. 15.

¹⁵ ACEDH Kroon c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, série A, n° 297-C, § 40.

¹⁶ SENAËVE, p. 20.

existé de relation personnelle étroite avec l'enfant¹⁷. Avec ces deux arrêts, la CourEDH a donc privilégié le lien juridique effectif et non le lien biologique.

Après l'arrêt Kroon c. Pays-Bas du 27 octobre 1997, dans lequel l'impossibilité pour un père biologique de contester la présomption de paternité du mari, alors même que ce dernier est parti sans donner de nouvelles, a été considérée comme une violation de l'art. 8 CEDH¹⁸. SCHWENZER/COTTIER ont considéré l'art. 256 al. 1 CC, excluant la qualité pour agir en désaveu au père biologique, comme contraire à l'art. 8 CEDH¹⁹.

Or, contrairement à ce que ces auteures affirment, cet ACEDH n'oblige pas le législateur à accorder la qualité pour agir en désaveu au père biologique²⁰. En effet, en l'absence de consensus au niveau européen sur le point de savoir si les Etats doivent permettre aux pères biologiques de contester la paternité légale du mari, la CourEDH a confirmé à plusieurs reprises la marge d'appréciation des Etats en la matière²¹.

L'élargissement de la qualité pour agir en désaveu au père biologique reste donc un débat actuel. Plusieurs auteurs de doctrine le préconisent dans les cas où le mari de la mère n'assume plus son rôle de père et qu'il existe une relation étroite entre le père biologique et l'enfant²².

A notre avis, l'art. 256 CC est trop restrictif en ce qui concerne le cercle de personnes autorisées à agir en désaveu. Un assouplissement de l'art. 256 CC est nécessaire mais seulement sous certaines conditions. La législation allemande, par exemple, autorise le père biologique à contester la paternité du père légal pour autant qu'il n'existe pas un lien socio-affectif entre l'enfant et le père légal (art. 1600 al. 1 ch. 2 et al. 2 BGB). Ce lien existe notamment si le père légal assume la pleine responsabilité parentale (art. 1600 al. 4 BGB). Selon nous, la solution allemande est une bonne solution. Nous proposons donc au législateur suisse d'ajouter un ch. 3 à l'art. 256 al. 1 CC et d'élargir la qualité pour agir dans une action en désaveu au père biologique afin qu'il puisse établir sa propre paternité lorsque le père légal n'assume pas son rôle²³.

¹⁷ ACEDH Ahrens c. Allemagne du 22 mars 2012, § 59 ; ACEDH Kautzor c. Allemagne du 22 mars 2012, § 62.

¹⁸ ACEDH Kroon c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, série A, n° 297-C, § 38.

¹⁹ BaK-SCHWENZER/COTTIER, CC 256 N 7.

²⁰ CR CC I-GUILLOD, CC 256 N 9 ; MEIER, p. 273.

²¹ ACEDH Marinis c. Grèce du 9 octobre 2014, § 65 ; ACEDH Chavdarov c. Bulgarie du 21 décembre 2010, § 47. MEIER, p. 273 ; PAPAUX VAN DELDEN, Filiation, p. 32.

²² CR CC I- GUILLOD, CC 256 N 2. GROSSEN, p. 322 ; PAPAUX VAN DELDEN, Filiation, p. 33.

²³ Cf. *infra*, chap. III, let. B, ch. 1.

III. LES MODES D'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION PATERNELLE

A. L'ÉTAT ACTUEL

1. Le mariage

1.1 Les trois présomptions alternatives

1.1.1 *La naissance pendant le mariage*

Lorsque l'enfant naît pendant le mariage, du jour de sa célébration au jour de sa dissolution, il a pour père le mari de la mère (art. 255 al. 1 CC)²⁴. Le lien de filiation s'établit alors d'office, indépendamment de la vérité génétique. Même des indices concrets selon lesquels le mari ne peut pas être le père biologique, tels que la stérilité ou l'absence de cohabitation, n'affectent pas la présomption de paternité du mari²⁵. Par ailleurs, l'existence du mariage formel suffit, la suspension de la vie commune (art. 175 CC), la séparation de corps (art. 117/118 CC) ou l'annulation subséquente du mariage (art. 109 al. 1 CC) n'affectent pas non plus la présomption, sauf en cas d'annulation d'un mariage de complaisance²⁶.

En effet, l'art. 109 al. 3 CC, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2008 à la suite de la révision totale de la LEtr, prévoit que la présomption de paternité du mari cesse lorsque le mariage est annulé car contracté pour éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers. En dérogeant au principe de la non-rétroactivité des effets de l'annulation du mariage et en supprimant automatiquement le lien de filiation paternelle, sans égard à la réalité biologique du lien paternel, plusieurs auteurs considèrent l'art. 109 al. 3 CC comme incompatible avec la CDE²⁷. Selon eux, cette nouvelle disposition est non seulement contraire à l'art. 2 al. 2 CDE, selon lequel l'enfant ne doit pas être sanctionné en raison du comportement de ses parents, à l'art. 7 CDE qui reconnaît à l'enfant dès sa naissance un droit au nom, à une nationalité et à la connaissance de ses origines, mais également à l'art. 8 CDE qui engage les Etats parties à respecter le droit de l'enfant à la préservation de son identité²⁸.

Pour le Conseil fédéral, la solution de l'art. 109 al. 3 CC se justifie puisque « conformément à l'expérience générale de la vie, l'enfant issu d'un mariage de complaisance n'est normalement

²⁴ CR CC I- GUILLOD, CC 255 N 6 ; GUILLOD, p. 207 N 522.

²⁵ CR CC I- GUILLOD, CC 255 N 4 ; GUILLOD, p. 206 N 521 ; HEGNAUER, p. 25 N 5.06 ; MEIER/STETTLER, p. 41 N63.

²⁶ CR CC I- GUILLOD, CC 255 N 5 ; GUILLOD, p. 207 N 522 ; MEIER/STETTLER, pp. 40-41 N 62.

²⁷ FISCHER, p. 12 ; MARGUERAT, p. 35 ; PAPAUX VAN DELDEN, Filiation, p. 16.

²⁸ FISCHER, p. 12 ; MARGUERAT, pp. 35-36 ; PAPAUX VAN DELDEN, Mariages fictifs p. 2 ; SANDOZ, Le Temps.

pas né des œuvres du mari de la mère et celui-ci n'assume pas non plus le rôle de père en société. La mesure envisagée permet ainsi de rétablir la vérité biologique et sociale de la filiation paternelle et d'éviter en particulier d'attribuer la nationalité suisse sur la base d'une présomption de paternité non réaliste. Si l'enfant a néanmoins effectivement été conçu par le mari de la mère, le lien de filiation [peut] toujours être établi par le biais d'une reconnaissance de l'enfant (art. 260 CC) ou un jugement de paternité (art. 261 CC) »²⁹.

Pour nous, les explications du Conseil fédéral sont sans fondements. D'une part, l'argument fondé sur l'expérience générale de la vie selon lequel l'enfant issu d'un mariage de complaisance n'est pas l'enfant du mari ne repose sur aucune statistique³⁰. D'autre part, si la réelle volonté du Conseil fédéral est de rétablir la vérité biologique, d'autres moyens de droit existent, sans passer par une suppression automatique du lien de filiation paternelle. Même s'il est possible, par la suite, de reconnaître l'enfant ou d'ouvrir une action en paternité, l'enfant se trouve pendant une période indéterminée sans père, ce qui n'est pas dans son intérêt. La procédure en constatation de la paternité peut, par ailleurs, se compliquer si la mère étrangère, détentrice de l'autorité parentale, est contrainte de quitter la Suisse avec l'enfant. Ainsi, nous estimons que l'enjeu du législateur, à savoir lutter contre les mariages de complaisance, ne doit pas l'emporter sur l'intérêt supérieur de l'enfant à bénéficier d'une filiation paternelle.

1.1.2 La naissance dans les 300 jours postérieurs au décès, au danger de mort ou aux dernières nouvelles du mari

En cas de décès du mari, celui-ci est présumé être le père de l'enfant si ce dernier naît dans les 300 jours qui suivent ledit décès (art. 255 al. 2 *ab initio* CC). Par le biais de l'art. 255 al. 3 CC, cette présomption s'applique également à la déclaration d'absence (art. 35 ss CC).

Pour certains auteurs la règle est de nature formelle, toute naissance intervenue dans les 300 jours postérieurs au décès fait naître la présomption de paternité du mari, même si la conception a eu lieu après la dissolution du lien conjugal³¹. Pour l'inscription, l'officier d'état civil ne doit alors se fonder que sur la date de la naissance et n'a pas à tenir compte du moment effectif de la conception³². Pour d'autres auteurs, en revanche, le texte de l'art. 255

²⁹ MCF, LEtr, p. 3593.

³⁰ MARGUERAT, p. 35.

³¹ BaK-SCHWENZER/COTTIER, CC 255 N 6 ; CR CC I- GUILLOD, CC 255 N 7 ; MEIER/STETTLER, p. 42 N 66.

³² MEIER/STETTLER, p. 42 N 66.

al. 2 CC est trop large, la présomption tombe si une expertise gynécologique ou relative au degré de maturité de l'enfant établit que la conception a eu lieu après la dissolution du lien conjugal³³. Selon nous, il faut s'en tenir à la lettre de la loi car elle correspond à la volonté du législateur qui veut faciliter l'établissement de la filiation paternelle. Ainsi, toute naissance intervenue dans les 300 jours qui suivent la dissolution du lien conjugal fait naître la présomption de paternité du mari. Le cas échéant, cette présomption peut être écartée par une action en désaveu (art. 256 ss CC).

Par ailleurs, si la mère se remarie avant la naissance de l'enfant, le second mari est présumé être le père de l'enfant (art. 257 al. 1 CC). Cette présomption repose sur l'idée qu'au moment de la conception la mère a, selon toute vraisemblance, entretenu des relations plus étroites avec son second mari qu'avec le premier³⁴. Ce n'est que si cette présomption est écartée que le premier mari est à nouveau présumé être le père (art. 257 al. 2 CC). La présomption de paternité du second mari peut poser problème si le couple a eu recours à une méthode de procréation médicalement assistée homologue avant le décès³⁵.

1.1.3 La naissance plus de 300 jours après le décès du mari mais conception de l'enfant antérieure au décès

En cas de décès, le mari de la mère est présumé être le père s'il est prouvé, par expertise gynécologique ou expertise sur le degré de maturité de l'enfant, que malgré la naissance plus de 300 jours après le décès, l'enfant a été conçu avant ledit décès (art. 255 al. 2 *in fine* CC)³⁶. Avant l'apport de cette preuve, le mari de la mère n'est pas inscrit comme étant le père de l'enfant dans les registres de l'état civil³⁷. La preuve de la conception antérieure au décès doit être apportée par celui qui se prévaut de la présomption de paternité du mari (art. 8 CC)³⁸.

Pour la majorité de la doctrine, cette preuve peut être apportée, au choix, dans le cadre d'une action en constatation positive de paternité devant un juge ou dans celui d'une action en rectification de l'état civil (art. 42 CC)³⁹. Pour PIOTET, en revanche, seule l'action en

³³ Cf. *infra*, chap. III, let. A, ch. 3.3.1. HEGNAUER, pp. 25-26 N 5.09 ; STETTLER, p. 27.

³⁴ GUILLOD, p. 207 N 523 ; STETTLER, p. 28.

³⁵ Cf. *infra*, chap. IV, let. A, ch. 1.1.

³⁶ Cf. *infra*, chap. III, let. A, ch. 3.3.1. CR CC I- GUILLOD, CC 255 N 8 ; GUILLOD, p. 207 N 524 ; HEGNAUER, p. 26 N 5.10 ; MEIER/STETTLER, p. 43 N 68.

³⁷ PIOTET, p. 92.

³⁸ HEGNAUER, p. 26 N 5.10 ; MEIER/STETTLER, p. 43 N 68.

³⁹ BaK-SCHWENZER/COTTIER, CC 255 N 7, BK-HEGNAUER, CC 255 N 37, HEGNAUER, p. 27 N 5.12 ; MEIER/STETTLER, p. 43 N 68.

constatation positive de droit est possible⁴⁰. Au contraire, pour GUILLOD, seule une action en rectification de l'état civil est admissible⁴¹. L'action en constatation positive de droit consiste à faire constater par un tribunal la paternité en apportant la preuve de la conception antérieure au décès. L'action en rectification de l'état civil, quant à elle, consiste à agir en constatation de l'existence de la condition litigieuse et par là de la présomption⁴².

Cette présomption suppose qu'une grossesse dure plus de 300 jours. Or, une grossesse normale dure en moyenne 270 jours⁴³. Il faut donc se demander si cette hypothèse est encore d'actualité aujourd'hui ou s'il ne faut pas la supprimer. A notre avis, cette présomption doit être supprimée car elle n'a plus de portée en pratique.

1.2 Le cas particulier de la naissance après le divorce

Depuis le 1^{er} janvier 2000, date de l'entrée en vigueur de la révision du droit du divorce, la présomption de paternité ne s'applique pas pour les enfants nés dans les 300 jours qui suivent la dissolution du lien conjugal pour cause de divorce ou d'annulation⁴⁴. En effet, le législateur considère que la probabilité que l'ex-mari de la mère soit le père géniteur de l'enfant dans ce genre de situation est trop faible pour maintenir la présomption de paternité⁴⁵. La présomption cesse donc dès l'entrée en force du jugement⁴⁶.

La fin de la présomption en cas de divorce peut poser problème si les ex-conjoints ont eu recours à un don de sperme avant de divorcer⁴⁷.

2. La reconnaissance

2.1 Les conditions

2.1.1 La filiation maternelle

Pour qu'une reconnaissance paternelle soit possible, la filiation maternelle doit être établie (art. 260 al. 1 CC)⁴⁸. Ainsi, pour la majorité de la doctrine, la reconnaissance paternelle d'un

⁴⁰ PIOTET, p. 92.

⁴¹ CR CC I-GUILLOD, CC 255 N 8.

⁴² HEGNAUER, p. 27 N 5.12.

⁴³ PIOTET, p. 90.

⁴⁴ CR CC I-GUILLOD, CC 255 N 2 ; GEISER, p. 45 ; GUILLOD, p. 207 N 523 ; MEIER/STETTLER, p. 42 N 65.

⁴⁵ CR CC I-GUILLOD, CC 255 N 2 ; GEISER, p. 45 ; MEIER/STETTLER, p. 42 N 65.

⁴⁶ MEIER/STETTLER, p. 42 N 65.

⁴⁷ Cf. *infra*, chap. IV, let. A, ch. 2.1.

enfant trouvé, soit un enfant abandonné, de mère inconnue, est impossible⁴⁹. Dans ce genre de cas, l'autorité cantonale compétente doit inscrire l'enfant trouvé à l'état civil, sous le nom de famille et le prénom de son choix (art. 38 al. 2 OEC)⁵⁰. La filiation maternelle peut alors, le cas échéant, être établie par le biais d'une poursuite pénale pour mise en danger de la vie d'autrui (art. 127 CP), violation du devoir d'assistance (art. 219 CP) engagée d'office ou par une action en constatation de la filiation maternelle⁵¹. Ce n'est qu'en cas de réussite que la reconnaissance paternelle peut alors avoir lieu⁵².

Cette situation est contestée par BIDERBOST. Selon lui, l'intérêt de l'enfant recommande la possibilité d'établir la filiation paternelle même si la mère n'est pas identifiée⁵³. PAPAUX VAN DELDEN partage cet avis, l'impossibilité d'établir une filiation paternelle lorsqu'un enfant est trouvé est contraire à son intérêt et ne résiste pas à la jurisprudence de la CourEDH selon laquelle les Etats ont l'obligation juridique d'intégrer l'enfant dans sa famille dès sa naissance⁵⁴. De même, nous pensons que l'enfant doit pouvoir établir une filiation paternelle même si la mère n'est pas identifiée.

2.1.2 *L'absence de filiation paternelle*

Au sens de l'art. 260 al. 1 CC, complété par l'art. 11 al. 1 OEC, pour être reconnu l'enfant doit être dépourvu de filiation paternelle. Si la paternité est déjà établie, par la loi (art. 255 al. 1 CC), par une reconnaissance antérieure ou par un jugement (art. 261 al. 1 CC), la reconnaissance n'est pas possible avant la rupture de ce lien paternel préexistant⁵⁵.

Cependant, pour la doctrine majoritaire, lorsque ce lien a de fortes chances d'être écarté à bref délai, par exemple si une action en désaveu de paternité est pendante, une reconnaissance anticipée doit être possible⁵⁶. La reconnaissance est alors soumise à la condition suspensive de

⁴⁸ Cf. *supra*, chap. I.

⁴⁹ CR CC I-GUILLOD, CC 260 N 2 ; GUILLOD, p. 208 N 527 ; HEGNAUER, p. 37 N 7.02 ; MEIER/STETTLER, p. 63 N 102.

⁵⁰ CR CC I-GUILLOD, CC 252 N 8 ; MEIER/STETTLER, p. 269 n. 984.

⁵¹ CR CC I-GUILLOD, CC 252 N 8 ; HEGNAUER, p. 18 N 3.06 ; MEIER/STETTLER, p. 269 N 413.

⁵² MEIER/STETTLER, p. 269 N 413.

⁵³ BIDERBOST, pp. 62-63.

⁵⁴ ACEDH Keegan c. Irlande du 26 mai 1994, série A, n° 290, § 50 ; ACEDH Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, série A, n° 31 § 31. PAPAUX VAN DELDEN, *Filiation*, p. 14.

⁵⁵ CR CC I-GUILLOD, CC 260 N 3 ; DE LUZE [*et al.*], pp. 406-407 N 1.1 ; GUILLOD, p. 208 N 528 ; HEGNAUER, p. 37 N 7.02 ; MEIER/STETTLER, p. 63 N 102.

⁵⁶ BK-HEGNAUER, CC 260 N 38 ss ; BaK-SCHWENZER/COTTIER, CC 260 N 3 ; CR CC I-GUILLOD, CC 260 N 5 ; GUILLOD, p. 208 N 528 ; HEGNAUER, p. 39 N 7.13 ; MEIER/STETTLER, pp. 64-65 N 104.

la rupture du lien paternel préexistant et ne déploie ses effets qu'au moment de cette rupture⁵⁷. Cette possibilité permet d'éviter à l'enfant de se retrouver sans père juridique grâce à la continuité des filiations paternelles, mais aussi d'éviter, dans l'hypothèse où celui qui veut reconnaître l'enfant décède ou devient incapable de discernement, l'ouverture d'une action en paternité ultérieure⁵⁸. A l'inverse, pour STUBER, accepter l'enregistrement d'une reconnaissance sous réserve de la destruction d'un lien de filiation préexistant en inscrivant simultanément un père officiel et un père de réserve est, non seulement préjudiciable à l'authenticité des registres, mais également contraire à l'éthique⁵⁹.

Le Tribunal fédéral refuse toujours d'admettre la reconnaissance anticipée. Il considère en effet qu'une telle possibilité est incompatible avec la loi, qu'elle crée une incertitude sur la paternité préjudiciable à l'intérêt de l'enfant et que pour assurer la clarté des registres il convient de ne pas inscrire des reconnaissances soumises à condition, notamment lorsque la durée de la suspension n'est pas précisée⁶⁰. En effet, même si une action en désaveu de paternité va avoir lieu ou est pendante, rien ne permet d'assurer que l'action ne va pas être retirée ou qu'elle va être réellement ouverte⁶¹.

A l'instar du Tribunal fédéral, nous pensons qu'une reconnaissance conditionnelle ne doit pas être admise. Une telle reconnaissance présente certes des avantages, notamment dans l'hypothèse où le déclarant décède ou devient incapable de discernement. Sa mise en œuvre pose toutefois problème. En effet, la doctrine admet la reconnaissance conditionnelle dans le cas où le lien juridique préexistant a de fortes chances d'être écarté à bref délai. Or, nous ne pouvons pas déterminer par avance le moment à partir duquel l'officier d'état civil doit accepter l'enregistrement d'une telle reconnaissance. D'autant plus que rien ne permet d'assurer qu'une action en désaveu ne va pas être retirée. Le fait pour le déclarant de devoir attendre la rupture du lien juridique préexistant avant de pouvoir reconnaître l'enfant ne nous paraît pas poser problème. Si le lien juridique est effectivement rompu, il peut alors commencer les démarches pour reconnaître l'enfant. Si l'action en désaveu est finalement retirée et qu'il ne peut pas reconnaître l'enfant, la situation est la même qu'en cas de reconnaissance conditionnelle car celle-ci n'est pas valable dans ce genre de cas. Cette

⁵⁷ GUILLOD, p. 208 N 528 ; HEGNAUER, p. 39 N 7.13.

⁵⁸ CR CC I-GUILLOD, CC 260 N 5 ; MEIER/STETTLER, pp. 64-65 N 104.

⁵⁹ STUBER, p. 54.

⁶⁰ ATF 108 II 344, consid. 1a ; ATF 107 II 403, consid. 2b.

⁶¹ ATF 107 II 403, consid. 2b.

hypothèse renforce notre position selon laquelle le père biologique doit pouvoir agir en désaveu afin de pouvoir, par la suite, reconnaître son enfant⁶².

2.1.3 La capacité de discernement de l'auteur

Sous réserve de la reconnaissance par testament pour laquelle le déclarant doit avoir 18 ans révolus (art. 467 CC), la loi ne fixe pas d'âge minimum à partir duquel la reconnaissance est possible, le déclarant peut donc reconnaître l'enfant dès qu'il est capable de discernement⁶³. Certains auteurs de doctrine fixent toutefois un âge minimum. MEIER/STETTLER fixent une limite inférieure à 16 ans⁶⁴. Et SCHWENZER/COTTIER, une fourchette allant de 14 à 16 ans⁶⁵. GUILLOD, quant à lui, considère que la fixation d'un seuil minimal est inopportune car incompatible avec la relativité du discernement⁶⁶. À notre avis, la fixation d'un âge minimum de 15 ans est un bon compromis. Dans l'hypothèse où le père a moins de 15 ans, la filiation paternelle peut toujours s'établir dans le cadre d'une action en paternité.

Toutefois, si le déclarant est mineur ou sous curatelle de portée générale, le consentement du représentant légal est nécessaire (art. 260 al. 2 CC). Ce consentement doit être écrit et légalisé (art. 11 al. 4 OEC). Si le curateur refuse de donner son consentement, la personne sous curatelle peut recourir contre cette décision auprès de l'autorité de protection (art 419 CC) ; en revanche, si ce sont les parents d'un mineur qui refusent, aucun recours n'est possible, seule l'ouverture d'une action en paternité permet d'établir la filiation paternelle⁶⁷.

La reconnaissance est un droit strictement personnel non susceptible de représentation et non transmissible pour cause de mort⁶⁸. Ainsi, si le déclarant est incapable de discernement ou que le père présumé est décédé, la reconnaissance est impossible, seule une action en paternité peut permettre d'établir un lien de filiation⁶⁹. N'ayant pas la qualité pour agir dans une action en paternité (art. 261 al. 1 CC), le père biologique qui souhaite reconnaître son enfant, mais qui en est empêché en raison de son incapacité de discernement, doit alors attendre qu'une action en paternité soit ouverte à son encontre.

⁶² Cf. *supra*, chap. II, let. B.

⁶³ CR CC I-GUILLOD, CC 260 N 8 ; GUILLOD, p. 209 N 531 ; MEIER/STETTLER, p. 65 N 106.

⁶⁴ MEIER/STETTLER, p. 65 N 106.

⁶⁵ BaK-SCHWENZER/COTTIER, CC 260 N 8.

⁶⁶ CR CC I-GUILLOD, CC 260 N 8.

⁶⁷ CR CC I-GUILLOD, CC 260 N 9 ; MEIER/STETTLER, pp. 66-67 N 107 et n. 250.

⁶⁸ BaK-SCHWENZER/COTTIER, CC 260 N 1 ; CR CC I-GUILLOD, CC 260 N 1 ; GUILLOD, p. 209 N 531 ; HEGNAUER, p. 39 N 7.12 ; MEIER/STETTLER, p. 66 N 107 ; SUTTER-SOMM/KOBEL, p. 162 N 752.

⁶⁹ CR CC I-GUILLOD, CC 260 N 10 ; GUILLOD, p. 209 N 531 ; HEGNAUER, p. 39 N 7.12 ; MEIER/STETTLER, pp. 66-67 N 107.

Dans une telle situation, SCHWENZER/COTTIER considèrent que la qualité pour agir en constatation de paternité doit être accordée au père⁷⁰. En l'état actuel du droit, cette possibilité n'a aucun fondement dans la loi. Cette position se trouve toutefois renforcée par l'ACEDH *Kruskovic c. Croatie* du 21 juin 2011, dans lequel la CourEDH a conclu à une violation de l'art. 8 CEDH en raison de l'impossibilité pour un père, privé de sa capacité de discernement, à pouvoir reconnaître son enfant, et qui doit attendre l'ouverture d'une action en paternité à son encontre⁷¹.

En accord avec SCHWENZER/COTTIER, nous pensons que dans une telle situation, deux intérêts en jeu recommandent d'accorder la qualité pour agir, dans une action en paternité, au père incapable de discernement. L'intérêt du père à établir la vérité biologique sans avoir à attendre la position de défendeur dans une action, alors qu'il désire reconnaître son enfant, et l'intérêt de l'enfant à connaître son identité personnelle.

2.1.4 L'homme supposé être le père naturel

La reconnaissance appartient au père biologique ou à celui qui croit l'être (art. 260 al. 1 CC)⁷². Cependant, aucune obligation de vérification n'incombe à l'officier de l'état civil⁷³. Un homme qui sait ne pas être le père peut donc reconnaître un enfant⁷⁴. Seuls des éléments objectifs concrets excluant avec certitude la paternité du déclarant permettent à l'officier d'état civil de refuser l'enregistrement d'une reconnaissance⁷⁵. De tels éléments objectifs existent si une reconnaissance antérieure par le même auteur est contestée avec succès ou encore lorsqu'un jugement entré en force constate que le déclarant n'est pas le père⁷⁶.

Pour une partie de la doctrine, la reconnaissance de complaisance ne constitue pas un acte illicite et reste valable tant qu'elle n'est pas contestée (art. 260a ss CC)⁷⁷. En revanche, pour STETTLER, celui qui reconnaît un enfant alors qu'il sait ne pas être le père détourne l'institution de sa finalité légale et contrevient à l'institution de l'adoption. En effet, il considère qu'en ne faisant pas expressément mention de la paternité génétique dans le cadre

⁷⁰ BaK-SCHWENZER/COTTIER, CC 261 N 9.

⁷¹ ACEDH *Kruskovic c. Croatie* du 21 juin 2011, § 34 ss. HARRY [*et al.*], p. 565 ; MEIER, p. 273.

⁷² HEGNAUER, p. 37 N 7.05 ; MEIER/STETTLER, p. 67 N 108 ; MONTAVON, p. 377 ; STETTLER, p. 35.

⁷³ CR CC I-GUILLOD, CC 260 N 11 ; MEIER/STETTLER, p. 67 N 108.

⁷⁴ CR CC I-GUILLOD, CC 260 N 11 ; GEISER, p. 47 ; GUILLOD, p. 209 N 533 ; GUILLOD/BURGAT, p. 11 N 25.

⁷⁵ BaK-SCHWENZER/COTTIER, CC 260 N 7 ; CR CC I-GUILLOD, CC 260 N 11 ; GUILLOD, p. 210 N 533 ; MEIER/STETTLER, p. 67 N 108. D'un avis contraire, BK-HEGNAUER, CC 260 N 62.

⁷⁶ ATF 122 III 99/JdT 1997 I 664. DE LUZE [*et al.*], p. 407 N 3.1 ; GUILLOD, pp. 209-210 N 533 ; HEGNAUER, pp. 37-38 N 7.05 ; MEIER/STETTLER, p. 67 N 108 ; SUTTER-SOMM/KOBEL, p. 162 N 754.

⁷⁷ BaK-SCHWENZER/COTTIER, CC 260 N 7 ; MANDOFIA BERNEY, *Filiation*, p. 88.

de la reconnaissance, le droit de l'adoption est vidé de sa substance puisqu'il suffit à celui qui veut adopter de faire une déclaration de reconnaissance, au lieu de se soumettre à la procédure d'adoption qui peut être longue et pour laquelle il faut présenter certaines garanties⁷⁸.

Selon nous, la reconnaissance de complaisance ne pose pas de problème puisqu'en l'état actuel du droit, tout intéressé peut contester une reconnaissance (art. 260a al. 1 CC), y compris le père biologique de l'enfant. Au contraire, si le père biologique se désintéresse de l'enfant, il est dans l'intérêt de ce dernier d'avoir un père juridique et socio-affectif qui s'occupe réellement de lui.

2.1.5 L'absence de délai

La reconnaissance de l'enfant peut avoir lieu en tout temps, avant sa naissance et même après sa mort⁷⁹. La reconnaissance anténatale (art. 11 al. 2 OEC) ne déploie toutefois ses effets que si l'enfant naît vivant et que la mère ne contracte pas mariage entre le moment de la reconnaissance et la naissance ; si c'est le cas, la présomption de paternité du mari l'emporte sur la reconnaissance (art. 255 al. 1 CC)⁸⁰.

2.2 La forme

2.2.1 La déclaration à l'état civil

En vertu de l'art. 11 al. 5 OEC, chaque officier d'état civil est compétent pour enregistrer les déclarations de reconnaissance ; celles-ci doivent être signées par le déclarant et l'officier d'état civil (art. 18 al. 1 OEC). Ce dernier n'a pas à vérifier que le déclarant est bien le père génétique de l'enfant, son pouvoir d'examen se limite donc aux conditions légales de la reconnaissance, soit l'existence d'un lien de filiation maternelle, l'absence de filiation paternelle et la capacité de discernement du déclarant⁸¹. Une fois la reconnaissance enregistrée, elle est communiquée à la mère et à l'enfant ou, le cas échéant, à ses descendants (art. 11 al. 7 OEC).

⁷⁸ STETTLER, p. 36.

⁷⁹ BaK-SCHWENZER/COTTIER, CC 260 N 4 ; BK-HEGNAUER, CC 260 N 84 ; CR CC I-GUILLOD, CC 260 N 6 ; GEISER, p. 47 ; MEIER/STETTLER, p. 64 N 103.

⁸⁰ BaK-SCHWENZER/COTTIER, CC 260 N 4 ; CR CC I-GUILLOD, CC 260 N 6 ; MEIER/STETTLER, p. 64 N 103 ; STUBER, p. 53.

⁸¹ Cf. *supra*, chap. III, let. A, ch. 2.1.4.

2.2.2 *Le testament*

La reconnaissance peut revêtir la forme du testament (art. 498 à 508 CC), c'est-à-dire une disposition de dernière volonté unilatérale, librement révocable en tout temps⁸². Une telle reconnaissance ne déploie ses effets qu'à la mort du déclarant et pour autant qu'un autre lien de paternité ne se forme pas entre temps⁸³. En principe, la reconnaissance par pacte successoral est interdite en raison de son caractère bilatéral car il n'est pas possible de le révoquer unilatéralement ; toutefois, une partie de la doctrine admet la présence d'une reconnaissance dans une disposition pour cause de mort unilatérale incluse dans un pacte successoral⁸⁴.

2.2.3 *La déclaration devant le juge de l'action en paternité*

La reconnaissance peut avoir lieu devant le juge saisi d'une action en paternité (art. 260 al. 3 CC). La reconnaissance est un droit strictement personnel, seul le père présumé peut donc reconnaître l'enfant devant le juge⁸⁵. Si le défendeur est mineur et capable de discernement, le consentement du représentant légal est nécessaire pour la reconnaissance⁸⁶. Si le père présumé est décédé et que par conséquent ce sont ses proches ou l'autorité de son dernier domicile qui doivent défendre à sa place (art. 261 al. 2 CC), la reconnaissance devant le juge est impossible⁸⁷.

3. L'action en paternité

3.1 Les conditions

3.1.1 *La qualité pour agir*

En vertu de l'art. 261 al. 1 CC, la qualité pour agir dans une action en paternité appartient à la mère et à l'enfant. Ces deux actions sont indépendantes l'une de l'autre et peuvent donc être introduites simultanément⁸⁸. Si la mère et l'enfant agissent au même for, le juge peut joindre

⁸² CR CC I-GUILLOD, CC 260 N 16 ; MEIER/STETTLER, p. 70 N 112.

⁸³ CR CC I-GUILLOD, CC 260 N 16.

⁸⁴ CR CC I-GUILLOD, CC 260 N 16 ; MEIER/STETTLER, p. 70 N 112. *Contra* : BaK-SCHWENZER/COTTIER, CC 260 N 16 ; HEGNAUER, pp. 38-39 N 7.10.

⁸⁵ *Cf. supra*, chap. III, let. A, ch. 2.1.3. CR CC I-GUILLOD, CC 260 N 19 ; MEIER/STETTLER, pp. 70-71 N 113.

⁸⁶ *Cf. supra*, chap. III, let. A, ch. 2.1.3. CR CC I-GUILLOD, CC 260 N 22.

⁸⁷ *Cf. infra*, chap. III, let. A, ch. 3.1.2. CR CC I-GUILLOD, CC 260 N 19 ; MEIER/STETTLER, pp. 70-71 N 113.

⁸⁸ CR CC I-GUILLOD, CC 261 N 10 ; GUILLOD, p. 213 N 545.

les deux causes en raison de leur connexité matérielle (art. 125 let. c CPC) ; en revanche, s'ils agissent à des fors différents, le premier juge saisi est compétent (art. 127 CPC)⁸⁹.

Le droit d'ouvrir une action en paternité est un droit strictement personnel sujet à représentation⁹⁰. La mère capable de discernement peut donc agir en son propre nom, sans avoir besoin d'un représentant légal et ce, même si elle est mineure ou sous curatelle de portée générale ; en revanche, si la mère est incapable de discernement, son représentant légal agit en son nom⁹¹.

De même l'enfant capable de discernement peut exercer seul son droit, sans avoir besoin du consentement de son représentant légal⁹². S'il est incapable de discernement, ce qui est notamment le cas à sa naissance, l'enfant ne peut pas être représenté par sa mère en raison du conflit d'intérêts potentiel⁹³. Dans ce cas l'autorité de protection peut nommer un curateur chargé d'établir la filiation paternelle si la mère ne peut ou ne veut pas agir (art. 308 al. 2 CC)⁹⁴. Le curateur doit faire tout ce qui est en son pouvoir pour établir la paternité ; tout moyen de pression à l'encontre de la mère pour obtenir des informations est toutefois prohibé⁹⁵. Il ne peut notamment pas l'obliger à révéler le nom du père biologique⁹⁶.

En cas de décès de la mère, la doctrine est unanime, l'action s'éteint et ne passe pas aux héritiers⁹⁷. En revanche, le sort de l'action de l'enfant en cas de décès divise la doctrine. Pour HEGNAUER, les descendants de l'enfant doivent pouvoir agir en appliquant par analogie les art. 259 al. 2 ch. 2 et 260a al. 1 CC⁹⁸. Pour d'autres auteurs l'action s'éteint à défaut d'un intérêt suffisamment important des descendants ; ils ne peuvent notamment pas invoquer le droit de connaître leur ascendance car ce droit ne s'étend qu'aux ascendants du premier degré et non aux grands-parents⁹⁹. PAPAUX VAN DELDEN estime, quant à elle, que le transfert du droit d'action permet, conformément aux préoccupations du législateur, d'établir la vérité

⁸⁹ GUILLOD, p. 213 N 545 ; HEGNAUER, p. 48 N 9.08 ; MEIER/STETTLER, p. 91 N 167.

⁹⁰ GUILLOD, p. 214 N 547.

⁹¹ BaK-SCHWENZER/COTTIER, CC 261 N 7 ; BK-HEGNAUER, CC 261 N 43 ; GUILLOD, p. 214 N 547. Plus nuancés: MEIER/STETTLER, p. 90 N 164.

⁹² CR CC I-GUILLOD, CC 261 N 7 ; MEIER/STETTLER, p. 87 N 156.

⁹³ BK-HEGNAUER, CC 261 N 49 ; CR CC I-GUILLOD, CC 261 N 7 ; MEIER/STETTLER, p. 86 N 155.

⁹⁴ CR CC I-GUILLOD, CC 261 N 7 ; MEIER/STETTLER, pp. 86-87 N 155.

⁹⁵ CR CC I-GUILLOD, CC 261 N 8 ; GUILLOD, p. 214 N 548 ; MEIER/STETTLER, pp. 87-88 N 157/158.

⁹⁶ CR CC I-GUILLOD, CC 261 N 8 ; GUILLOD, p. 214 N 548 ; MONTAVON, p. 381.

⁹⁷ BaK-SCHWENZER/COTTIER, CC 261 N 7 ; CR CC I-GUILLOD, CC 261 N 6 ; MEIER/STETTLER, p. 90 N 163.

⁹⁸ BK-HEGNAUER, CC 261 N 52 ; HEGNAUER, p. 48 N 9.06.

⁹⁹ BaK-SCHWENZER/COTTIER, CC 261 N 6 ; CR CC I-GUILLOD, CC 261 N 9 ; MEIER/STETTLER, p.83 N 147.

biologique ; de plus, les descendants peuvent faire valoir un droit propre de l'enfant à l'établissement de sa filiation paternelle¹⁰⁰.

Nous pensons que l'action doit s'éteindre à la mort de l'enfant. En effet, la mère conserve son droit d'action pour établir la vérité biologique, et cela malgré la mort de l'enfant. De plus, mis à part l'intérêt essentiellement pécuniaire, nous ne voyons pas d'intérêt prépondérant pour transférer le droit d'action aux descendants.

3.1.2 *La qualité pour défendre*

Aux termes de l'art. 261 al. 2 CC, la qualité pour défendre appartient au père putatif. En cas de décès, cet article propose une cascade de défendeurs potentiels, en premier lieu les descendants, en second lieu, les parents, et en troisième lieu, les frères et sœurs. A défaut de parents encore vivants, l'autorité compétente, du dernier domicile du père putatif, a la qualité pour défendre. L'épouse du père putatif décédé peut également intervenir pour défendre ses intérêts (art. 261 al. 3 CC).

Le droit de défendre dans une action en paternité est un droit strictement personnel sujet à représentation¹⁰¹. Si le père présumé est capable de discernement, il peut conduire seul le procès, même s'il est mineur¹⁰². En revanche, s'il est incapable de discernement, son représentant légal agit en son nom¹⁰³.

Selon le Message du Conseil fédéral, le père putatif, mais aussi, en cas de décès, les autres défendeurs, peuvent acquiescer à l'action en paternité afin de mettre fin au procès¹⁰⁴. Cependant, la doctrine n'est pas d'accord car l'action en paternité est une action d'état qui n'est pas à la libre disposition des parties¹⁰⁵.

Même si l'acquiescement n'est pas possible, le père putatif a toujours la possibilité de reconnaître l'enfant devant le juge, ce qui n'est pas le cas des autres défendeurs¹⁰⁶. Pour ces

¹⁰⁰ PAPAUX VAN DELDEN, L'enfant, p. 110.

¹⁰¹ CR CC I-GUILLOD, CC 261 N 12.

¹⁰² CR CC I-GUILLOD, CC 261 N 12 ; HEGNAUER, p. 50 N 9.12.

¹⁰³ BaK-SCHWENZER/COTTIER, CC 261 N 10 ; BK-HEGNAUER, CC 261 N 66 ; CR CC I-GUILLOD, CC 261 N 12 ; HEGNAUER, p. 50 N 9.12.

¹⁰⁴ MCF, Filiation, p. 44.

¹⁰⁵ CR CC I-GUILLOD, CC 260 N 19 ; MEIER/STETTLER, pp. 84-85 N 150.

¹⁰⁶ Cf. *supra*, chap. III, let. A, ch. 2.2.3.

derniers, le simple fait de ne pas infirmer la présomption de l'art. 262 CC suffit à faciliter l'établissement de la filiation paternelle¹⁰⁷.

3.1.3 *Le délai*

Alors que la mère de l'enfant peut agir au plus tard une année après la naissance de l'enfant (art. 263 al. 1 ch. 1 CC), ce dernier peut agir jusqu'à l'âge de 19 ans (art. 263 al. 1 ch. 2 CC). Toutefois, si un rapport de filiation paternelle préexistant empêche l'introduction d'une action en paternité, l'action peut être ouverte au plus tard un an après la dissolution de ce lien de filiation (art. 263 al. 2 CC). De plus, de justes motifs permettent à la mère ou à l'enfant de demander une restitution du délai (art. 263 al. 3 CC). De tels justes motifs existent notamment si l'identité du père biologique est caché à l'enfant ou encore si l'enfant ne peut prouver l'identité de son père que par analyse ADN et que l'ordonnance d'une telle analyse doit être obtenue à travers une longue et complexe procédure¹⁰⁸.

3.2 Les moyens de preuve

3.2.1 *La cohabitation*

Le demandeur doit prouver qu'il y a eu cohabitation, c'est-à-dire un rapport sexuel susceptible d'entraîner une fécondation entre la mère et le défendeur, lors de la période légalement déterminante¹⁰⁹. Celle-ci dure 121 jours, du début du 300^{ème} jour à la fin du 180^{ème} jour précédant la naissance accomplie de l'enfant ; si le demandeur apporte la preuve d'une cohabitation avec la mère pendant cette période légale, il y a présomption de paternité du défendeur (art. 262 al. 1 CC)¹¹⁰.

Aux termes de la jurisprudence du Tribunal fédéral, « l'art. 262 al. 1 CC – qui instaure une présomption légale - modifie partiellement le fardeau de la preuve de l'art. 8 CC en ce sens que le demandeur à l'action en paternité doit prouver le fait-prémisse (la cohabitation), le fardeau de la preuve du rapport juridique présumé (la paternité) étant reporté sur le défendeur, qui doit alors tenter la preuve du contraire (la non-paternité) »¹¹¹. Ainsi, la preuve de la

¹⁰⁷ Cf. *supra*, chap. III, let. A, ch. 3.1.1. MEIER/STETTLER, p. 85 N 151.

¹⁰⁸ Tribunal cantonal neuchâtelois du 16 mars 2011, *in* RJN 2011, p. 105 ; Arrêt du Tribunal fédéral 5A_518/2011 du 22 novembre 2012, consid. 4.4.

¹⁰⁹ CR CC I-GUILLOD, CC 262 N 3 ; MEIER/STETTLER, pp. 92-93 N 171/172.

¹¹⁰ CR CC I-GUILLOD, CC 262 N 4 ; GUILLOD, p. 215 N 551 ; MEIER/STETTLER, p. 93 N 173.

¹¹¹ Arrêt du Tribunal fédéral 5C.93/2003 du 29 octobre 2003, consid. 3.1. DE LUZE [*et al.*], pp. 413-414 N 1.1.

cohabitation par le demandeur suffit ; à ce stade, peu importe qu'un tiers ait cohabité avec la mère pendant cette période ou le degré de maturité de l'enfant à la naissance¹¹². Il appartient au défendeur d'infirmer la présomption, soit en démontrant que sa paternité est exclue avec certitude ou avec une probabilité confinant à la certitude, soit en démontrant que sa paternité est moins vraisemblable que celle d'un tiers (art. 262 al. 3 CC)¹¹³. Dans le premier cas, la vraisemblance confinant à la certitude est nécessaire, de simples doutes ne suffisant pas pour renverser la présomption ; le défendeur doit prouver, par exemple, qu'il est stérile, son absence lors de la conception ou encore qu'il n'est pas le père biologique grâce à un test ADN¹¹⁴. Dans le deuxième cas, le défendeur doit non seulement établir la cohabitation d'un tiers avec la mère lors de la conception mais aussi la plus grande vraisemblance de la conception par ce tiers¹¹⁵. Cependant, prétendre que la mère a cohabité avec plusieurs hommes lors de la conception de l'enfant ne suffit pas à rendre la paternité du défendeur moins vraisemblable que celle d'un tiers, il faut établir la moindre vraisemblance au moyen de l'expertise ADN¹¹⁶. Ainsi, le juge ne doit pas poser des exigences trop élevées pour admettre la probabilité d'une cohabitation plurale afin que le défendeur puisse apporter la preuve scientifique que sa paternité est moins vraisemblable que celle d'un tiers¹¹⁷.

En dehors de la période légale déterminante, le demandeur doit prouver que la conception de l'enfant a eu lieu avant le 300^{ème} jour ou après le 180^{ème} jour avant la naissance et que la mère a cohabité avec le défendeur lors de la conception (art. 262 al. 3 CC)¹¹⁸. Pour déterminer le moment exact de la conception, seules l'expertise gynécologique et l'expertise sur la durée de la grossesse entrent en ligne de compte¹¹⁹.

3.2.2 *La preuve directe de la paternité*

Lorsque le demandeur ne réussit pas à démontrer la cohabitation de la mère avec le défendeur et ainsi à faire naître la présomption de paternité, il peut tenter d'apporter la preuve directe de la paternité fondée sur l'expertise scientifique (art. 152 al. 1 CPC)¹²⁰. Cette possibilité n'est

¹¹² CR CC I-GUILLOD, CC 262 N 4 ; MEIER/STETTLER, p. 93 N 173.

¹¹³ Arrêt du Tribunal fédéral 5C.93/2003 du 29 octobre 2003, consid. 3.3.

¹¹⁴ CR CC I-GUILLOD, CC 262 N 7 ; HEGNAUER, p. 53 N 9.27.

¹¹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 5P.125/2003 du 29 octobre 2003, consid. 8. CR CC I-GUILLOD, CC 262 N 8 ; HEGNAUER, p. 53 N 9.28-9.30.

¹¹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 5P.125/2003 du 29 octobre 2003, consid. 8. CR CC I-GUILLOD, CC 262 N 8.

¹¹⁷ MEIER/STETTLER, p. 95 N 178.

¹¹⁸ CR CC I-GUILLOD, CC 262 N 5 ; GUILLOD, p. 216 N 552 ; MEIER/STETTLER, p. 93 N 174.

¹¹⁹ Cf. *Infra*, chap. III, let. A, ch. 3.3.1. GUILLOD, p. 216 N 552 ; MEIER/STETTLER, pp. 93-94 N 174.

¹²⁰ CR CC I-GUILLOD, CC 262 N 9 ; MEIER/STETTLER, p. 96 N 182.

toutefois ouverte que si le demandeur rend plausible la cohabitation ou la paternité afin d'éviter la désignation fantaisiste d'un père¹²¹.

Pour une partie de la doctrine, l'expertise scientifique doit également être possible lorsque le défendeur démontre que sa paternité est moins vraisemblable que celle d'un tiers mais non exclue¹²². Certains auteurs pensent que le test ADN doit alors être accepté de manière libérale par le juge puisque le désagrément causé au défendeur est bien moindre qu'une action en justice et que de toute façon le demandeur peut être freiné par l'avance des frais de l'expertise requise¹²³. Pour MEIER/STETTLER, le test peut être demandé même dans les cas où la paternité est moins vraisemblable que celle d'un tiers, mais un examen de plausibilité préalable doit avoir lieu, notamment pour éviter l'administration de preuves inutiles¹²⁴. En revanche, pour HEGNAUER, la preuve directe de paternité ne peut pas être admise si le défendeur apporte la preuve que sa paternité est exclue ou moins vraisemblable que celle d'un tiers¹²⁵.

3.3 Les expertises scientifiques

3.3.1 *Les expertises scientifiques dans le cadre judiciaire*

Plusieurs expertises entrent en ligne de compte pour pouvoir confirmer ou infirmer la présomption de paternité lorsque le défendeur a cohabité avec la mère. Premièrement, l'expertise gynécologique qui vise à démontrer l'absence de corrélation entre une cohabitation déterminée et la conception de l'enfant¹²⁶. Deuxièmement, l'expertise sur la durée de la grossesse ou la maturité de l'enfant qui détermine le moment de la conception sur la base de la relation entre le degré de maturité de l'enfant à la naissance et la durée de la grossesse¹²⁷. Troisièmement, l'empreinte génétique ou analyse ADN qui établit ou exclut la paternité d'une personne en comparant le profil ADN de l'enfant avec celui de sa mère et de son père présumé, profil établi à partir d'un prélèvement de sang ou de salive¹²⁸.

Aux termes de l'art. 296 al. 2 CPC, les parties et les tiers doivent collaborer et se prêter aux examens nécessaires pour établir la filiation dans la mesure où leur santé n'est pas mise en

¹²¹ CR CC I-GUILLOD, CC 262 N 9 ; GUILLOD, p. 216 N 554 ; MEIER/STETTLER, p. 96 N 182.

¹²² BaK-SCHWENZER/COTTIER, CC 262 N 7 ; CR CC I-GUILLOD, CC 262 N 9 ; MEIER/STETTLER, p. 96 N 183.

¹²³ BaK-SCHWENZER/COTTIER, CC 262 N 7 ; CR CC I-GUILLOD, CC 262 N 9.

¹²⁴ MEIER/STETTLER, pp. 96-97 n. 379.

¹²⁵ BK-HEGNAUER, CC 262 N 107 ; HEGNAUER, p. 54 N 9.31.

¹²⁶ MEIER/STETTLER, p. 107 N 212.

¹²⁷ GUILLOD, pp. 217-218 N 555 ; HEGNAUER, p. 88 N 15.05 ; MEIER/STETTLER, p. 107 N 212.

¹²⁸ LA HARPE/GEHRIG, p. 781 ; MANAI, Parentalité, p. 183 n. 71.

danger. Les « parties » visées sont l'enfant, la mère et le père présumé¹²⁹. Par « tiers », la loi entend un autre père putatif non partie à la procédure ou les membres de la proche parenté dont le patrimoine génétique peut également être analysé¹³⁰. Ainsi, les parents, les frères et sœurs ou encore les grands-parents d'un père putatif décédé par exemple, peuvent devoir, le cas échéant, accepter une analyse ADN pour combler les lacunes et ainsi infirmer ou confirmer la paternité de la personne décédée¹³¹.

Les prélèvements nécessaires à l'expertise ADN, tels que la prise de sang ou de salive, portent toutefois atteinte à l'intégrité corporelle ainsi qu'à l'autonomie individuelle garanties par le droit à la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.) et par les droits de la personnalité (art. 28 CC)¹³². Pour être admissible une telle atteinte doit donc respecter les conditions de l'art. 36 Cst., c'est-à-dire qu'elle doit être fondée sur une base légale (al. 1) et être justifiée par un intérêt public (al. 2), respecter le principe de proportionnalité (al. 3) et ne pas porter atteinte au noyau dur du droit (al. 4)¹³³.

Or, l'art. 296 al. 2 CPC constitue une base légale suffisante pour obliger les parties à se soumettre aux expertises ADN ; l'atteinte est justifiée par un intérêt public à ce que le procès relatif à la paternité puisse être mené à bien et cela grâce à tous les moyens de preuves ; de plus, l'atteinte à l'intégrité corporelle est légère et donc proportionnée au but visé, soit établir un lien de filiation entre un enfant et son père ; enfin le noyau dur du droit à la liberté personnelle n'est pas menacé¹³⁴. L'atteinte est donc admissible.

Seul un motif lié à la santé peut être invoqué pour refuser un prélèvement (art. 296 al. 2 CPC), à l'exclusion de tout autre. Des motifs religieux, la protection de la sphère privée ou de l'honneur ne sont donc pas des motifs invocables pour refuser l'expertise¹³⁵. De plus, le risque d'atteinte à la santé doit être en lien direct avec la réalisation de l'examen ; des perturbations psychologiques liées aux résultats ne constituent pas un motif de refus valable¹³⁶.

¹²⁹ GUILLOD, p. 218 N 558.

¹³⁰ GUILLOD, p. 218 N 558 ; MEIER/STETTLER, p. 108 N 215.

¹³¹ GUILLOD, p. 218 N 558.

¹³² ATF 128 II 259, consid. 3.2/JdT 2003 I 411 ; Arrêt du Tribunal fédéral 5P.466/2001 du 20 février 2002, consid. 5b ; ATF 112 Ia 248, consid. 3/JdT 1988 I 41. STAUFFER, p. 189.

¹³³ GUILLOD/BURGAT, p. 42 N 127 ; STAUFFER, p. 188.

¹³⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 5P.466/2001 du 20 février 2002, consid. 5c ; ATF 112 Ia 248, consid. 3/JdT 1988 I 41. GUILLOD/BURGAT, p. 42 N 128 ; STAUFFER, pp. 188-190.

¹³⁵ ATF 112 Ia 248/JdT 1988 I 41. MEIER, pp. 279-280 ; MEIER/STETTLER, p. 109 N 217.

¹³⁶ MEIER, p. 280.

L'art. 164 CPC, applicable aux parties, permet au juge de tenir compte dans l'appréciation des preuves d'un refus injustifié. Le seul refus ne permet pas au juge d'en déduire un lien de filiation ; en revanche, le refus peut être interprété comme un indice de paternité qui, combiné avec d'autres, emporte la conviction du juge¹³⁷. L'art. 167 al. 1 CPC est, quant à lui, applicable au refus des tiers. Cette disposition permet au juge de leur infliger une amende d'ordre allant jusqu'à 1000 francs (let. a), de les menacer des sanctions prévues à l'art. 292 CP (let. b) ou encore d'ordonner la mise en œuvre de la force publique (let. c).

L'usage de la contrainte à l'encontre des tiers est aujourd'hui prévu expressément à l'art. 167 al. 1 let. c CPC. Bien qu'aucune base légale formelle de ce genre n'existe pour les parties, la doctrine admet également la possibilité de recourir à la contrainte à l'encontre des parties¹³⁸.

Non seulement en raison de la légèreté de l'atteinte dus aux prélèvements ADN, mais également en raison de l'intérêt de l'enfant à établir sa filiation paternelle, nous partageons cet avis. L'art. 167 al. 1 let. c CPC, applicable aux tiers, doit également être applicable aux parties dans le cadre de la mise en œuvre de l'art. 296 al. 2 CPC.

3.3.2 *Les expertises scientifiques hors du cadre judiciaire*

La demande d'expertises privées, soit en dehors du cadre judiciaire, ne cesse d'augmenter, que ce soit dans le but d'assouvir une curiosité qui ne peut pas l'être dans une action judiciaire ou pour évaluer les chances de succès avant d'en ouvrir une¹³⁹. Cet essor a notamment eu lieu grâce à la diffusion de tests ADN sur internet ou de la vente en pharmacie, ce qui est désormais interdit par la LAGH¹⁴⁰. En effet, aujourd'hui, pour être licites, ce sont les laboratoires reconnus par le Département fédéral de justice et police qui doivent s'occuper de ces demandes (art. 8 al. 4 LAGH). De plus, seul le laboratoire qui va effectuer l'analyse ou un médecin mandaté par celui-ci peut prélever l'échantillon permettant d'établir le profil ADN (art. 32 al. 2 LAGH).

Bien que les expertises privées présentent des avantages indéniables, tels que la rapidité, la fiabilité et le moindre coût, des problèmes se posent en ce qui concerne les consentements nécessaires ainsi que l'impact que la connaissance de la vérité biologique peut entraîner¹⁴¹.

¹³⁷ CR CC I-GUILLOD, CC 254 N 19.

¹³⁸ MEIER, p. 280 ; MEIER/STETTLER, p. 110 N 219.

¹³⁹ MANDOFIA BERNEY, Expertise, p. 132.

¹⁴⁰ MEIER/STETTLER, p. 277 n. 1019 ; STAUFFER, p. 170.

¹⁴¹ MEIER/STETTLER, p. 277 N 424 ; STAUFFER, p. 170.

L'art. 34 LAGH concernant l'établissement de la filiation hors procédure règle partiellement ces problèmes.

Aux termes de l'art. 34 al. 1 LAGH, les consentements écrits de toutes les personnes dont proviennent les échantillons utilisés pour l'analyse sont nécessaires (art. 3 let. n LAGH). Les personnes concernées sont, le plus souvent, le père actuel et/ou le père potentiel et l'enfant¹⁴².

Hors procédure judiciaire, ce consentement est primordial car seul celui-ci permet de rendre une atteinte à l'intégrité corporelle (art. 10 al. 2 Cst.) et aux droits de la personnalité (art. 28 CC) licite ; il doit non seulement porter sur l'atteinte elle-même mais aussi sur l'analyse effectuée ultérieurement¹⁴³.

Le droit de consentir à une expertise ADN est strictement personnel (art. 19c al. 1 CC)¹⁴⁴. L'enfant capable de discernement peut donc décider seul, sans avoir besoin du consentement de son représentant légal¹⁴⁵. En revanche, lorsque l'enfant est incapable de discernement, son représentant légal doit donner son consentement¹⁴⁶. Le pouvoir de représentation appartient au détenteur de l'autorité parentale (art. 304 al. 1 CC). En cas d'autorité parentale conjointe des parents, le consentement des père et mère est nécessaire¹⁴⁷. Le pouvoir de consentir pour l'enfant n'est toutefois possible que s'il n'existe pas de conflits d'intérêts ; un conflit même abstrait suffit pour écarter le pouvoir de représentation¹⁴⁸. Or, il existe un conflit d'intérêts éventuels dans chaque cas où le parent qui donne son consentement a les moyens procéduraux d'ouvrir une action pour détruire le lien de filiation paternelle¹⁴⁹. Tel est le cas lorsque c'est le lien de filiation avec le père titulaire de l'autorité parentale qui est examiné puisque ce dernier peut ouvrir une action en désaveu (art. 256 al. 1 CC)¹⁵⁰. Dans ce type de cas, l'art. 34 al. 1 *in fine* LAGH prévoit que le pouvoir de représentation disparaît. Afin d'éviter la représentation exclusive de la mère, la doctrine préconise de nommer un curateur à l'enfant qui peut alors consentir ou non à la place du père co-titulaire de l'autorité parentale (art. 306 al. 2 CC)¹⁵¹. Toutefois, un conflit d'intérêts potentiel pouvant également exister avec la mère, une partie de

¹⁴² MANDOFIA BERNEY, Expertise, p. 137 ; SPRUMONT [*et al.*], p. 1284.

¹⁴³ MANDOFIA BERNEY, Expertise, p. 135 ; SPRUMONT [*et al.*], pp. 1283-1284.

¹⁴⁴ MANAI, Parentalité, p. 185 ; MEIER/STETTLER, p. 282 N 431 ; SPRUMONT [*et al.*], p. 1284.

¹⁴⁵ MANAI, Parentalité, pp. 185-186 ; MANDOFIA BERNEY, Expertise, p. 138 ; MEIER/STETTLER, p. 282 N 431 ; SPRUMONT [*et al.*], p. 1284.

¹⁴⁶ MANAI, Parentalité, p. 186 ; MANDOFIA BERNEY, Expertise, p. 139 ; MEIER/STETTLER, p. 283 N 432 ; SPRUMONT [*et al.*], p. 1284.

¹⁴⁷ MANAI, Parentalité, p. 186 ; SPRUMONT [*et al.*], p. 1284.

¹⁴⁸ MANDOFIA BERNEY, Expertise, p. 140 ; MEIER/STETTLER, p. 284 N 433.

¹⁴⁹ MEIER/STETTLER, p. 284 N 433.

¹⁵⁰ MEIER/STETTLER, p. 284 N 434.

¹⁵¹ MANDOFIA BERNEY, Expertise, p. 146 ; MEIER/STETTLER, p. 285 N 435 ; SPRUMONT [*et al.*], p. 1285.

la doctrine propose même de nommer d'office un curateur dans tous les cas où l'enfant est incapable de discernement¹⁵². MANDOFIA BERNEY suggère également la création d'une nouvelle structure sans lien avec le pouvoir judiciaire à qui il faut s'adresser lorsqu'une expertise privée en paternité est envisagée ; elle doit tenir compte de tous les enjeux et de tous les intérêts en présence et donner ou non son aval pour chaque expertise¹⁵³. À notre avis, la nomination d'office d'un curateur par l'autorité de protection dans tous les cas où l'enfant est incapable de discernement est la bonne solution.

Le consentement pour procéder à l'analyse doit être libre et éclairé¹⁵⁴. Ainsi, pour tenir compte de l'éventuel impact que peut avoir le résultat de l'expertise, le laboratoire doit avant toute analyse informer la personne concernée des dispositions du Code civil concernant l'établissement de la filiation et la rendre attentive aux possibles répercussions psychiques et sociales du résultat (art. 34 al. 2 LAGH).

B. LES PERSPECTIVES D'AVENIR

1. Le mariage

Dans les années septante, lors de la révision du droit de la filiation, le législateur a fait le choix de construire la filiation paternelle autour du mariage avec la mère, laissant une large présomption de paternité du mari¹⁵⁵. Cette conception de la paternité fondée sur le mariage se concrétise notamment sur la base de deux éléments. Premièrement, la présomption naît même si des indices concrets indiquent que le mari de la mère n'est pas le père biologique de l'enfant, privilégiant ainsi le lien juridique et, le cas échéant, socio-affectif au détriment du lien biologique. Deuxièmement, un cercle restreint de personnes sont autorisées à contester cette présomption. Toutefois, cette vision de la paternité est aujourd'hui remise en cause par la hausse des naissances hors mariage et la hausse du nombre de divorces. En effet, en 1970 la proportion des naissances hors mariage s'élève seulement à 3,8% alors qu'en 2013 la proportion dépasse la barre des 20% et s'élève à 21,1%¹⁵⁶. En ce qui concerne les divorces, l'indicateur conjoncturel de divortialité s'élève à 12% en 1970 contre 42% en 2013¹⁵⁷. Or, la

¹⁵² MANAI, Parentalité, p. 186 ; MANDOFIA BERNEY, Expertise, p. 146 ; MEIER/STETTLER, pp. 287-288 N 438.

¹⁵³ MANDOFIA BERNEY, Expertise, p. 153.

¹⁵⁴ MANDOFIA BERNEY, Expertise, p. 136 ; SPRUMONT [*et al.*], pp. 1285-1286 ; STAUFFER, p. 190.

¹⁵⁵ GUILLOD/BURGAT, p. 5 N 5.

¹⁵⁶ Consultable sur le site internet www.bfs.admin.ch » > Encyclopédie statistique > Thèmes > Population > Evolution des données démographiques 1950-2013.

¹⁵⁷ *Ibid.*

naissance hors mariage et la naissance après le divorce constituent deux cas dans lesquels la présomption de paternité du mari ne s'applique pas.

Cette obstination à vouloir privilégier le lien juridique peut aussi être contraire à l'intérêt de l'enfant dans l'hypothèse où cette réalité juridique ne correspond pas, d'une part à la réalité biologique et, d'autre part, ne se double pas d'une relation socio-affective entre le père légal et l'enfant alors que le père biologique porte de l'intérêt à cet enfant. C'est pourquoi nous proposons au législateur d'ajouter un ch. 3 à l'art. 256 al. 1 CC ainsi libellé : « *le père biologique, si l'intérêt de l'enfant le recommande* ». Cette solution permet d'élargir la qualité pour agir en désaveu au père biologique afin qu'il puisse, par la suite, reconnaître l'enfant, mais uniquement si cela est dans l'intérêt de ce dernier. Le juge qui se trouve devant une telle action doit alors déterminer par expertise ADN s'il s'agit bien du père biologique et faire une pesée entre l'intérêt de l'enfant à la sauvegarde du lien juridique existant et l'intérêt du père biologique à voire reconnaître sa paternité.

En ce qui concerne la naissance pendant le mariage, à l'heure actuelle, le mari de la mère est présumé être le père de l'enfant même en cas de séparation de corps (art. 117/118 CC) ou de suspension de la vie commune (art. 175 CC). Toutefois, SCHWENZER/COTTIER plaident pour un rétrécissement de la présomption de paternité du mari lorsque la naissance de l'enfant a lieu lors d'une longue séparation précédant un divorce¹⁵⁸. En effet, il est peu probable dans un tel cas que le mari de la mère soit le père biologique de l'enfant¹⁵⁹. Or, c'est un argument de ce type qui a provoqué la suppression de la présomption de paternité du mari lorsque l'enfant naît dans les 300 jours qui suivent un divorce ou une annulation de mariage. Nous pouvons donc envisager à l'avenir un éventuel rétrécissement supplémentaire de la présomption de paternité du mari. Le législateur peut par exemple ajouter un alinéa 4 à l'art. 255 CC selon lequel : « *la présomption de paternité ne s'applique pas à l'égard de l'enfant né dans les 300 jours qui suivent le jugement prononçant la séparation de corps* ».

À l'inverse, l'art. 109 al. 3 CC, qui supprime la présomption de paternité du mari avec effet rétroactif lorsque le mariage est annulé car conclu pour éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers, doit à notre avis être supprimé afin que la présomption de paternité du mari s'applique même dans cette situation. Toutefois, en 2008, le Conseil national rejette l'initiative parlementaire Menétrey-Savary 06.465 visant la suppression de l'art. 109 al. 3 CC

¹⁵⁸ BaK-SCHWENZER/COTTIER, CC 255 N 10.

¹⁵⁹ CR CC I-GUILLOD, CC 255 N 2.

en raison de son incompatibilité avec la CDE¹⁶⁰. Nous ne pouvons donc qu'espérer que cet article reste lettre morte.

2. La reconnaissance

En dehors du mariage, la filiation paternelle peut s'établir par reconnaissance. Toutefois, deux conditions actuelles posent problème et font obstacle à la reconnaissance paternelle.

Tout d'abord, l'art. 260 al. 1 CC prévoit expressément que la reconnaissance suppose l'existence d'un lien de filiation maternelle. Or, selon nous, il doit dorénavant être possible d'établir un lien de filiation paternelle même si la filiation maternelle n'est pas établie. Nous proposons donc de modifier l'art. 260 al. 1 CC comme suit : « *lorsque la paternité n'est pas déjà établie, le père peut reconnaître l'enfant* ».

Ensuite, plusieurs problèmes concernent la condition de capacité de discernement du déclarant. Premièrement, la loi ne fixe pas d'âge minimum en dessous duquel la reconnaissance est impossible. Nous proposons donc au législateur d'introduire une limite inférieure à 15 ans en dessous de laquelle la reconnaissance n'est pas possible. Toutefois, la capacité de discernement est relative, elle doit s'examiner au cas par cas, un enfant de 15 ans qui est incapable d'agir raisonnablement et de comprendre la portée de ses actes ne doit pas non plus pouvoir reconnaître un enfant. Nous proposons donc de compléter notre première modification de l'art. 260 al. 1 CC de la manière suivante : « *lorsque la paternité n'est pas déjà établie, le père âgé de 15 ans révolus peut reconnaître l'enfant s'il est reconnu capable de discernement* ». Deuxièmement, un père privé de sa capacité de discernement ne peut pas, d'une part reconnaître un enfant et, d'autre part, ouvrir une action en paternité. Ainsi, il doit attendre que la mère ou l'enfant ouvre une action en paternité à son encontre bien qu'il souhaite depuis le début reconnaître l'enfant. Dans ce genre de situation nous pensons que la qualité pour agir dans une action en paternité doit être ouverte au père incapable de discernement. Nous proposons au législateur de modifier l'art. 261 al. 1 CC comme suit : « *le père incapable de discernement, la mère ou l'enfant peuvent ouvrir une action devant le juge pour établir la filiation paternelle* ».

¹⁶⁰ FISCHER, p. 12.

3. L'action en paternité

Aujourd'hui, en pratique, les expertises ADN tendent à remplacer le système de présomptions mis en place par l'art. 262 CC. En effet, ces expertises permettent d'exclure la paternité ou de l'établir avec une probabilité de 99,99%¹⁶¹. De plus, son coût de plus en plus modeste oscille entre 1000.- à 1500.- CHF¹⁶². SUTTER-SOMM/KOBEL considèrent même que le système de présomptions de l'art. 262 CC est obsolète¹⁶³. A l'instar de plusieurs auteurs, nous pensons que ce système de présomptions garde une utilité lorsqu'il n'est pas possible de recourir à une expertise ADN, par exemple en cas de décès et d'incinération du père présumé¹⁶⁴. Toutefois, nous pensons que la possibilité pour le demandeur d'apporter la preuve directe de la paternité fondée sur l'expertise ADN ne doit pas être subsidiaire au système de présomptions de l'art. 262 CC mis en place par le législateur. Le demandeur doit avoir le choix entre apporter la preuve de la cohabitation ou la preuve directe de la paternité à ses frais. Nous proposons donc la modification législative de l'art. 262 CC. La note marginale devient : « *II. Moyen* ». De plus, il faut ajouter un al. 4 selon lequel « *le demandeur peut apporter la preuve directe de la paternité* ».

Actuellement, il n'existe pas de base légale formelle pour contraindre les parties au procès à se soumettre à l'expertise ADN (art. 164 CPC *a contrario*) alors qu'une telle base légale existe pour contraindre les tiers (art. 167 al. 1 let. c CPC). Nous pensons qu'il faut ajouter un al. 1 devant la partie déjà existante de l'art. 164 CPC et ajouter un deuxième alinéa ainsi libellé : « *lorsqu'une partie refuse de manière injustifiée de collaborer dans le cadre de la mise en œuvre de l'art. 296 al. 2 CPC, le tribunal peut ordonner la mise en œuvre de la force publique* ».

Dans le cadre d'une demande d'expertise ADN privée, l'art. 34 LAGH ne règle que partiellement le problème lié au consentement de l'enfant incapable de discernement. En effet, en raison du conflit d'intérêts potentiel qu'il peut y avoir entre un père titulaire de l'autorité parentale et son enfant, l'art. 34 al. 1 LAGH prévoit que le pouvoir de représentation du père disparaît lorsque le laboratoire examine leur lien de filiation. En revanche, cet article ne règle pas l'hypothèse où il existe également un conflit d'intérêts entre la mère et l'enfant. Pour remédier à cette situation, nous estimons, à l'instar de plusieurs

¹⁶¹ LA HARPE/GEHRIG, p. 782.

¹⁶² MONTAVON, p. 381.

¹⁶³ SUTTER-SOMM/KOBEL, p. 164 N 767.

¹⁶⁴ GUILLOD/BURGAT, p. 37 N 116 ; MEIER/STETTLER, p. 92 N 170.

auteurs, que l'autorité de protection doit nommer un curateur d'office à l'enfant incapable de discernement¹⁶⁵. Ainsi, lorsqu'une personne demande une expertise ADN privée à un laboratoire agréé (art. 8 al. 4 LAGH) et que ce dernier a un doute sur la capacité de l'enfant à consentir valablement à cette expertise, le laboratoire doit aviser l'autorité de protection de l'enfant afin que celle-ci nomme d'office un curateur à l'enfant. L'actuel art. 34 al. 1 LAGH selon lequel « un enfant incapable de discernement dont le lien de filiation avec une personne donnée doit être examiné ne peut être représenté par cette personne » doit, à notre avis, être supprimé et remplacé comme suit : « *lorsque le laboratoire qui établit le profil ADN a un doute sur la capacité de discernement de l'enfant, il doit en aviser l'autorité de protection de l'enfant afin que celle-ci puisse nommer d'office un curateur à l'enfant* ».

IV. LA FILIATION PATERNELLE EN CAS DE PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

A. L'ÉTAT ACTUEL

1. La filiation paternelle en cas de PMA homologue

1.1 La paternité du partenaire

La procréation médicalement assistée homologue consiste à utiliser le sperme du partenaire de la femme lors de l'insémination, de la fécondation *in vitro* ou du transfert de gamètes¹⁶⁶. Elle est possible quel que soit le statut du couple, marié ou non¹⁶⁷. La filiation paternelle s'établit alors selon les règles ordinaires sur l'établissement de la filiation (art. 252 à 263 CC)¹⁶⁸.

Si le couple est marié, le mari de la mère est présumé être le père de l'enfant (art. 255 al. 1 CC). De même, si l'enfant naît dans les 300 jours qui suivent le décès du mari ou après les 300 jours mais qu'il est prouvé que la conception a eu lieu avant le décès, le mari de la mère reste le père présumé (art. 255 al. 2 CC).

La situation se complique si la mère se remarie avant la fin du délai de 300 jours. En effet, dans ce genre de cas, lorsque l'enfant est conçu de manière naturelle, le second mari est présumé être le père (art. 257 al. 1 CC). Il reste à savoir si la présomption de paternité du second mari s'applique également lorsque l'enfant est conçu par procréation médicalement

¹⁶⁵ MANAI, Parentalité, p. 186 ; MANDOFIA BERNEY, Expertise, p. 146 ; MEIER/STETTLER, pp. 287-288 N 438.

¹⁶⁶ FOUNTOLAKIS, p. 261 ; MCF, LPMA, p. 200.

¹⁶⁷ MANAI, Assisted reproduction, p. 259.

¹⁶⁸ MANAI, Parentalité, p. 176.

assistée avec le sperme du premier mari décédé¹⁶⁹. Le message du Conseil fédéral ne dit rien à ce sujet. FOUNTOULAKIS et MANAI estiment que même si la filiation juridique ne correspond pas à la vérité génétique, il est dans l'intérêt de l'enfant d'avoir un père vivant qui puisse s'occuper de lui et s'investir dans son éducation¹⁷⁰. Nous partageons cet avis. Selon nous, dans ce genre de situation, il ne doit pas y avoir de différence entre une procréation naturelle et une procréation artificielle, même si dans ce dernier cas il est certain que le second mari n'est pas le père biologique. En effet, cette situation peut aussi se présenter en cas de procréation naturelle et malgré cela le législateur privilégie le lien socio-affectif entre le père légal et l'enfant plutôt que le seul lien biologique car il est dans l'intérêt de l'enfant d'avoir un père vivant. De plus, dans l'hypothèse où cette situation ne convient pas au mari ou à l'enfant l'action en désaveu reste ouverte.

Si le couple n'est pas marié, la filiation paternelle s'établit par reconnaissance (art. 260 CC) ou, le cas échéant, si le père change d'avis et qu'il ne veut pas reconnaître l'enfant, par une action en paternité (art. 261 CC).

1.2 L'importance du consentement du partenaire

Selon l'art. 7 al. 1 LPMA, le consentement écrit du couple est nécessaire pour l'application d'une méthode de procréation médicalement assistée. Ce consentement, à la conservation et à l'utilisation des gamètes, peut être retiré par écrit en tout temps (art. 15 al. 3 LPMA).

Cette possibilité de retirer son consentement à tout moment a notamment posé problème dans l'ACEDH Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007¹⁷¹. La requérante se plaint que le droit interne, qui autorise son ex-compagnon à retirer son consentement à l'implantation d'embryons déjà conçus, est contraire à l'art. 8 CEDH¹⁷². Selon la CourEDH, ce dernier article englobe bien le droit de devenir ou de ne pas devenir parent¹⁷³. Deux intérêts contradictoires et inconciliables sont donc en jeu, le droit de devenir parent au sens génétique du terme et le droit de ne pas se voir contraint de devenir père¹⁷⁴. Toutefois, la CourEDH considère que la loi anglaise qui accorde le droit de retirer son consentement en tout temps

¹⁶⁹ FOUNTOULAKIS, p. 262.

¹⁷⁰ FOUNTOULAKIS, p. 262 ; MANAI, Parentalité, p. 177.

¹⁷¹ ACEDH de Grande Chambre Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, Recueil 2007-I.

¹⁷² ACEDH de Grande Chambre Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, Recueil 2007-I, § 57. HARRY [et al.], p. 548.

¹⁷³ ACEDH de Grande Chambre Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, Recueil 2007-I, § 72. HARRY [et al.], p. 548.

¹⁷⁴ ACEDH de Grande Chambre Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, Recueil 2007-I, § 73.

avant l'implantation n'est pas contraire à l'art. 8 CEDH, non seulement parce qu'il n'existe pas de consensus au niveau européen en ce qui concerne la réglementation des traitements par fécondation *in vitro*, ni sur le moment à partir duquel le consentement devient irrévocable, laissant ainsi une grande marge d'appréciation aux Etats, mais également parce que le droit de retirer le consentement a été porté à la connaissance des parties sans ambiguïté¹⁷⁵.

A l'instar de la Cour EDH, nous estimons que le droit de devenir mère au sens génétique du terme ne doit pas avoir davantage de poids que le droit de l'homme à ne pas devenir père¹⁷⁶. Le consentement du partenaire de la femme est primordial. Il doit être donné tout au long de la procédure et doit pouvoir être retiré jusqu'au moment de l'implantation. En effet, à notre avis, imposer une paternité non voulue à un père est contraire au bien et à l'intérêt de l'enfant.

En rapport avec le consentement, il faut se poser la question de l'utilisation du sperme du partenaire après sa mort. Cette pratique est formellement interdite par l'art. 3 al. 4 LPMA. Toutefois, pour SANDOZ, cette interdiction doit être relativisée dans l'hypothèse où le partenaire donne son consentement par écrit à l'utilisation de son sperme après sa mort¹⁷⁷. Pour notre part, nous estimons que la continuation de la procédure *post mortem* est contraire à l'intérêt de l'enfant. En effet, admettre la possibilité d'utiliser le sperme du partenaire après sa mort revient à accepter délibérément de faire naître un enfant sans père, ce qui n'est pas acceptable. L'intérêt à continuer un projet parental ne doit pas l'emporter sur l'intérêt de l'enfant à avoir un père. À notre avis, il ne doit donc pas y avoir de modification législative à ce sujet.

2. La filiation paternelle en cas de PMA hétérologue

2.1 La paternité du mari

La procréation médicalement assistée hétérologue consiste à utiliser le sperme d'un donneur lors de l'insémination, de la fécondation *in vitro* ou du transfert de gamètes¹⁷⁸. En raison du hiatus qui existe entre la paternité génétique et la paternité voulue, le don de sperme est

¹⁷⁵ ACEDH de Grande Chambre Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, Recueil 2007-I, § 92.

¹⁷⁶ ACEDH de Grande Chambre Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, Recueil 2007-I, § 90. HARRY [*et al.*], p. 548.

¹⁷⁷ SANDOZ, PMA, p. 99.

¹⁷⁸ MCF, LPMA, p. 200.

réservé aux couples mariés (art. 3 al. 3 LPMA)¹⁷⁹. Ainsi, le mari de la mère est le père de l'enfant (art. 255 CC).

A la différence de ce qui se passe lors d'une procréation naturelle, la présomption de paternité du mari est ici irréfragable¹⁸⁰. En effet, le père qui consent à la conception par un tiers ne peut pas agir en désaveu (art. 253 al. 3 CC). L'art. 7 al. 1 LPMA qui exige le consentement écrit du couple pour avoir accès à la PMA facilite la preuve de l'accord du mari à la conception par ce tiers¹⁸¹. Si, toutefois, le mari ne consent pas au don de sperme, la situation est, selon SANDOZ, analogue à celle d'un adultère, l'action en désaveu doit dès lors être possible¹⁸². Afin de renforcer encore un peu plus la paternité du mari, l'art. 23 al. 1 LPMA interdit également à l'enfant de contester le lien de filiation à l'égard du mari de sa mère.

Il existe toutefois une faille dans le système mis en place par le législateur. En effet, la présomption de paternité du mari ne s'applique pas pour les enfants nés dans les 300 jours qui suivent la dissolution du lien conjugal pour cause de divorce ou d'annulation¹⁸³. Ainsi, si le couple divorce pendant la grossesse, l'enfant se retrouve non seulement sans filiation paternelle mais aussi sans possibilité d'en établir une¹⁸⁴. En effet, d'une part, l'action en paternité n'est pas envisageable contre le donneur, sauf dans l'hypothèse où il a sciemment fait don de son sperme à une personne non titulaire d'une autorisation de pratiquer la PMA (art. 23 al. 2 LPMA), ce qui limite fortement les cas dans lesquels l'action en paternité peut être ouverte. La reconnaissance de l'enfant par le donneur peut alors théoriquement être envisagée pour établir un lien de filiation¹⁸⁵. Toutefois, une telle hypothèse suppose que le donneur connaisse l'identité de l'enfant. Or, le donneur de sperme n'a aucun droit à connaître sa descendance¹⁸⁶. Le seul moyen pour lui de connaître l'identité de l'enfant est que ce dernier exerce son droit à la connaissance de ses origines et contacte le donneur¹⁸⁷. D'autre part, l'action en paternité contre l'ex-mari n'est pas possible puisqu'il n'est pas le père génétique de l'enfant. Seule la reconnaissance de complaisance permet alors de créer un lien de filiation

¹⁷⁹ FOUNTOULAKIS, p. 264 ; MANAI, Parentalité, p. 178.

¹⁸⁰ FOUNTOULAKIS, p. 264.

¹⁸¹ FOUNTOULAKIS, p. 264 ; GUILLOD, p. 245 N 620.

¹⁸² SANDOZ, PMA, p. 97.

¹⁸³ Cf. *supra*, chap. III, let. A, ch. 1.2.

¹⁸⁴ CR CC I-GUILLOD, CC 255 N 3.

¹⁸⁵ FOUNTOULAKIS, p. 265 ; GUILLOD, pp. 245-246 N 622 ; MEIER/STETTLER, p. 130 N 253.

¹⁸⁶ FOUNTOULAKIS, p. 265 ; GUILLOD, pp. 245-246 N 622 ; MONTAVON, p. 383.

¹⁸⁷ Cf. *infra*, chap. IV, let. A, ch. 2.2. FOUNTOULAKIS, p. 265.

paternelle entre l'ex-mari et l'enfant¹⁸⁸. Toutefois, cette situation est précaire puisque tout intéressé peut contester une telle reconnaissance (art. 260a al. 1 CC).

Pour remédier à cette situation problématique, GUILLOD propose deux solutions distinctes. Premièrement, faire durer la procédure de divorce au-delà de la naissance pour que le mari de la mère au moment de la naissance soit le père (art. 255 CC)¹⁸⁹. Deuxièmement, donner au consentement écrit du mari (art. 7 al. 1 LPMA), la même portée qu'une reconnaissance prénatale¹⁹⁰. Selon nous, la première solution n'est pas satisfaisante car elle prolonge la procédure de divorce de manière inacceptable. La deuxième solution, en revanche, donne matière à réfléchir. En effet, donner au consentement écrit du mari la portée d'une reconnaissance prénatale peut être une bonne solution, encore faut-il voir de quelle manière cela peut être mis en œuvre. Or, GUILLOD ne nous donne pas plus d'explications. Ainsi, nous pensons que c'est au juge lors d'une procédure de divorce de demander l'inscription d'office du consentement du mari en tant que reconnaissance prénatale dans les registres de l'état civil lorsque le couple qui divorce a eu recours à une PMA hétérologue.

Une autre solution possible est celle de MANDOFIA BERNEY qui propose déjà en 1993 d'ajouter un alinéa à l'art. 260b CC, réglant le moyen de contester une reconnaissance, selon lequel « la preuve de la non-paternité de l'auteur de la reconnaissance ne peut être amenée lorsque celui-ci a consenti à la conception par le fait d'un tiers »¹⁹¹. Ainsi, dans l'hypothèse où un couple divorce pendant une grossesse alors qu'ils ont eu recours à une PMA hétérologue, l'ex-mari de la mère peut reconnaître l'enfant sans avoir à craindre qu'un tiers conteste cette reconnaissance bien qu'elle soit de complaisance. Cette solution a le mérite d'être simple et facile à mettre en œuvre.

2.2 Le droit de connaître ses origines

Le droit pour l'enfant issu d'un don de sperme d'avoir accès aux données relatives à son père génétique est prévu aux articles 119 al. 2 let. g Cst. et 27 LPMA.

Trois conditions doivent être remplies pour que l'art. 27 LPMA s'applique¹⁹². Premièrement, seul l'enfant conçu par un don de sperme peut bénéficier de ce droit, à l'exclusion de la mère

¹⁸⁸ CR CC I-GUILLOD, CC 255 N 3.

¹⁸⁹ CR CC I-GUILLOD, CC 255 n. 6.

¹⁹⁰ Cf. *supra*, chap. III, let. A, ch. 2.1.5. CR CC I-GUILLOD, CC 255 N 3.

¹⁹¹ MANDOFIA BERNEY, Filiation, p. 190.

¹⁹² PREMAMAND, p. 24.

et du père juridique¹⁹³. Deuxièmement, l'enfant doit avoir 18 ans révolus pour pouvoir obtenir les données relatives au donneur de sperme (art. 27 al. 1 LPMA) ; si l'enfant a moins de 18 ans, il doit faire valoir un intérêt légitime pour avoir accès à ces données (art. 27 al. 2 LPMA)¹⁹⁴. Troisièmement, selon l'art. 21 al. 1 OPMA, l'enfant doit en faire la demande écrite à l'Office fédéral de l'état civil¹⁹⁵.

Si ces conditions sont remplies, l'enfant âgé de 18 ans révolus a un droit inconditionnel d'accéder à certaines données (art. 27 al. 1 LPMA qui renvoie à l'art. 24 al. 2 let. a et d LPMA), soit celles concernant l'identité du donneur, telles que le nom et prénom, date et lieu de naissance, lieu d'origine et nationalité, profession et formation (art. 24 al. 2 let. a LPMA) et celles sur son aspect physique (art. 24 al. 2 let. d LPMA). En revanche, les données concernant la date du don de sperme et les résultats d'examens médicaux (art. 24 al. 2 let. b et c LPMA) ne sont transmises que si l'enfant fait valoir un intérêt légitime. Si l'enfant est mineur, celui-ci a un droit conditionnel d'accéder à toutes ces données uniquement s'il fait valoir un intérêt légitime (art. 27 al. 2 LPMA qui renvoie à l'art. 24 al. 2 LPMA)¹⁹⁶.

L'office fédéral de l'état civil informe le donneur de sperme de la requête de l'enfant (art. 27 al. 3 LPMA et 22 al. 3 OPMA). Il lui impartit alors un délai pour dire s'il accepte d'avoir des contacts avec l'enfant (art. 22 al. 3 OPMA). Le donneur de sperme peut refuser d'avoir des contacts avec l'enfant mais il ne peut en aucun cas s'opposer à la divulgation des données le concernant¹⁹⁷. L'office fédéral de l'état civil avise l'enfant de l'éventuel refus de contact du donneur et l'informe des droits de la personnalité du donneur et du droit du donneur et de sa famille au respect de leur vie privée (art. 27 al. 3 LPMA)¹⁹⁸. Si l'enfant maintient sa demande, l'autorité lui communique les données relatives à son père biologique (art. 27 al. 3 LPMA). En effet, la divulgation de ces données vise à favoriser l'épanouissement personnel de l'enfant mais ne lui accorde en aucun cas un droit à établir un contact avec son père biologique¹⁹⁹.

¹⁹³ MANAI, Assisted reproduction, p. 265 ; MCF, LPMA p. 268 ; PREMAND, p. 24.

¹⁹⁴ BORD, p. 57 ; MANAI, Assisted reproduction, p. 266 ; PREMAND, p. 25.

¹⁹⁵ MANAI, Assisted reproduction, p. 266 ; PREMAND, p. 25.

¹⁹⁶ MANAI, Assisted reproduction, p. 267 ; PREMAND, pp. 25-26.

¹⁹⁷ MANAI, Assisted reproduction, p. 267.

¹⁹⁸ MANAI, Assisted reproduction, p. 267 ; PREMAND, p. 30.

¹⁹⁹ MEIER/STETTLER, p. 262 N 403 ; MONTAVON, p. 383.

B. LES PERSPECTIVES D'AVENIR

En cas de procréation médicalement homologue, c'est-à-dire avec le sperme du partenaire de la femme, un problème peut se poser si celui qui donne son sperme décède et que la mère se remarie avant la naissance de l'enfant. Pour éviter toute ambiguïté au sujet de l'application ou non de l'art. 257 CC concernant la présomption de paternité du second mari de la mère, nous pensons qu'il faut ajouter un troisième alinéa à l'art. 257 CC comme suit : « *cette présomption s'applique également lorsque le couple a recours à une méthode de procréation médicalement assistée homologue* ».

La procréation médicalement assistée hétérologue, c'est-à-dire avec un donneur de sperme, pose problème en cas de divorce avant la naissance de l'enfant. Plusieurs solutions s'offrent au législateur. Premièrement, la proposition de GUILLOD qui peut être concrétisée en ajoutant un quatrième alinéa à l'art. 7 LPMA selon lequel « *le consentement écrit du mari de la mère à l'application d'une méthode de procréation médicalement assistée hétérologue a la même portée qu'une reconnaissance prénatale en cas de divorce ou d'annulation du mariage avant la naissance de l'enfant* »²⁰⁰. Deuxièmement, la proposition de MANDOFIA BERNEY qui peut être retranscrite telle quelle dans la loi en ajoutant un troisième alinéa à l'art 260b CC : « *la preuve de la non-paternité de l'auteur de la reconnaissance ne peut être amenée lorsque celui-ci a consenti à la conception par le fait d'un tiers* »²⁰¹. Troisièmement, nous proposons au législateur de réintroduire la présomption de paternité du mari lorsque l'enfant naît dans les 300 jours qui suivent l'entrée en force du jugement de divorce ou de l'annulation du mariage, mais uniquement pour les cas où le couple a recours à une méthode de procréation médicalement assistée hétérologue avant le divorce ou l'annulation. Pour concrétiser cette proposition un quatrième alinéa peut être ajouté à l'art. 255 CC comme suit : « *la présomption de paternité s'applique si l'enfant naît dans les 300 jours qui suivent un divorce ou une annulation et que le couple a eu recours à un don de sperme* ». Ces solutions permettent d'éviter à un enfant conçu grâce à un don de sperme de se trouver sans père légal à sa naissance. Une modification législative est donc nécessaire dans un avenir proche.

À l'heure actuelle, la division des Etats du monde en ce qui concerne la procréation médicalement assistée favorise l'émergence d'un nouveau problème pour l'établissement de la filiation, le tourisme procréatif. En effet, aujourd'hui, les personnes qui désirent avoir un

²⁰⁰ CR CC I-GUILLOD, CC 255 N 3.

²⁰¹ MANDOFIA BERNEY, Filiation, p. 190.

enfant n'hésitent pas à transgresser les règles de leur ordre juridique et à traverser les frontières pour assouvir leur désir d'enfant. Cette situation est notamment possible en raison de la différence qui existe entre les différents pays du monde tantôt permissifs et tantôt restrictifs. En Suisse, par exemple, l'assistance à la procréation est réservée aux couples à l'égard desquels un lien de filiation peut être établi (art. 3 al. 2 let. a LPMA). Le législateur suisse part du principe que le bien de l'enfant, qui subordonne la procréation médicalement assistée (art. 3 al. 1 LPMA), recommande nécessairement d'avoir un père et une mère²⁰². Ainsi, l'application d'une méthode de procréation médicalement assistée pour une personne seule ou pour un couple homosexuel est interdite²⁰³. L'exclusion de la procréation médicalement assistée pour les couples homosexuels est par ailleurs confirmée par l'art. 28 LPart qui exclut formellement le recours à une telle procédure pour les personnes liées par un partenariat enregistré²⁰⁴. Cette situation peut pousser une femme seule ou un couple homosexuel féminin à partir à l'étranger où la législation concernant la procréation médicalement assistée est plus permissive. Or, dans l'hypothèse où cette situation se réalise il faut savoir comment établir la filiation paternelle mais la législation suisse est sur ce point insatisfaisante.

En effet, prenons l'exemple d'une femme seule qui recourt à un don de sperme à l'étranger et qui retourne par la suite en Suisse pour donner naissance à son enfant. En raison de la présence d'un élément d'extranéité, ce sont les art. 68 et 69 LDIP qui vont régir l'établissement de la filiation paternelle et selon l'art. 68 al. 1 LDIP, c'est le droit de la résidence habituelle de l'enfant, soit la Suisse, qui régit l'établissement de la filiation. Or, l'art. 23 al. 2 *in fine* LPMA prévoit qu'une action en paternité contre le donneur de sperme est admise si ce dernier a sciemment fait don de son sperme à une personne qui n'est pas titulaire d'une autorisation de pratiquer la procréation médicalement assistée. Cependant, en toute bonne foi, il n'est pas possible de reprocher à un donneur étranger, qui a fait don de son sperme en toute légalité dans son pays, le fait d'avoir violé la règle suisse selon laquelle le don n'est pas possible envers une femme seule²⁰⁵. Dans ce type de situation, c'est l'enfant qui subit les conséquences du comportement de sa mère puisqu'il lui est impossible d'établir un rapport de filiation paternelle, ce qui est inacceptable. La situation est quasi similaire si c'est un couple homosexuel féminin qui recourt à un don de sperme à l'étranger puisque la filiation

²⁰² FOUNTOULAKIS, p. 260 ; MCF, LPMA, p. 243.

²⁰³ FOUNTOULAKIS, p. 260 ; MANAI, p. 174 ; MCF, LPMA, pp. 243-244.

²⁰⁴ FOUNTOULAKIS, p. 260.

²⁰⁵ SANDOZ, PMA, p. 94.

maternelle va être établie à l'égard de la mère qui donne naissance à l'enfant (art. 252 al. 1 CC). Mais il n'y a également aucun moyen d'établir la filiation paternelle. De plus, dans les deux cas, l'action en recherche des origines est difficile à mettre en œuvre. De même, si un couple homosexuel masculin part à l'étranger pour recourir à une mère porteuse et qu'il revient en Suisse, seul le père biologique est reconnu comme père à l'exclusion du partenaire enregistré de ce dernier qui ne peut pas être inscrit dans le registre d'état civil suisse alors même que cette double paternité est reconnue à l'étranger²⁰⁶.

Ces exemples démontrent qu'il est aujourd'hui nécessaire que le législateur suisse trouve des solutions pour lutter contre le développement du tourisme procréatif. En effet, il est nécessaire de prévoir un cadre juridique de reconnaissance de ces filiations. Or, actuellement il n'existe aucune règle de droit international privé concernant la procréation médicalement assistée. Nous pensons que le législateur doit les créer au plus vite. Pour FULCHIRON, seule une coopération internationale, sur le modèle de la Convention de la Haye en matière d'adoption internationale, permet de trouver un équilibre entre le respect des principes défendus par les Etats et la protection des personnes mais tout particulièrement l'enfant²⁰⁷.

Cette proposition d'harmonisation des législations européennes, voire mondiales, donne matière à réflexion, mais elle ne nous semble irréalisable dans l'immédiat. En effet, les divergences entre les différents Etats sont trop profondes. Par ailleurs, la Suisse est pour l'instant trop conservatrice et a des idées bien arrêtées. Toutefois, une ouverture progressive des méthodes de procréation médicalement assistée nous semble réalisable dans un avenir plus ou moins proche.

V. CONCLUSION

La paternité consacrée en droit suisse est une notion juridique qui peut ou non coïncider avec la vérité biologique et la vérité psycho-sociale. Ainsi, il existe « trois pères », le père juridique, le père biologique et le père socio-affectif. Dans le meilleur des cas les trois correspondent, le père juridique est également le géniteur et il entretient avec son enfant une relation étroite. Mais il existe des situations dans lesquelles le père juridique n'est pas le père biologique. Deux hypothèses différentes peuvent alors se produire. Première hypothèse, le père biologique se désintéresse complètement de l'enfant alors que le père juridique entretient

²⁰⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_748/2014 du 21 mai 2015.

²⁰⁷ FULCHIRON, p. 563.

une relation socio-affective avec l'enfant. Dans ce cas, il est dans l'intérêt de l'enfant d'avoir un père qui s'occupe de lui et ce malgré la vérité biologique. Deuxième hypothèse, le père biologique porte de l'intérêt à l'enfant et entend créer une relation socio-affective avec lui alors que le père juridique se désintéresse de l'enfant. Cette situation n'est pas acceptable. Or, à l'heure actuelle le législateur suisse donne la primauté au lien juridique par rapport au lien biologique. Ainsi, le père biologique ne peut pas contester le lien juridique existant, dans l'optique par la suite, d'établir sa propre paternité. Si cette pratique n'est actuellement pas contraire à l'art. 8 CEDH, cette situation est amenée à changer dans un proche avenir puisque la doctrine de plus en plus importante préconise un élargissement de l'art. 256 CC.

Ensuite, en ce qui concerne les trois modes d'établissement de la filiation paternelle que sont le mariage, la reconnaissance et l'action en maternité, notre système actuel est loin d'être parfait. Des changements importants sont à prévoir pour que les droits du père et de l'enfant soient mieux respectés. Ainsi, il est dans l'intérêt du père qui veut reconnaître son enfant mais qui est privé de son discernement de pouvoir ouvrir lui-même une action en paternité sans devoir attendre que la mère ou l'enfant se décide à ouvrir une action contre lui. Pour l'enfant, il est dans son intérêt que l'art. 109 al. 3 CC qui fait cesser la présomption de paternité du mari de manière rétroactive reste lettre morte. De plus, son intérêt recommande qu'un curateur lui soit nommé d'office lorsqu'il est incapable de discernement et qu'une personne demande une expertise ADN en dehors du cadre judiciaire. Ces exemples démontrent que des changements législatifs sont nécessaires en ce qui concerne les modes d'établissement de la paternité mis en place par le législateur suisse.

Enfin, l'établissement de la filiation paternelle est peu influencé par les nouvelles techniques de procréation médicalement assistée. En effet, en cas de PMA homologue ce sont les règles ordinaires sur l'établissement de filiation paternelle qui s'appliquent. De plus, le législateur a fait le choix de réserver la PMA hétérologue aux couples mariés afin que le père qui a consenti à la conception par un tiers soit le père et ne puisse pas agir en désaveu. Toutefois, de petites imperfections non prévues par le législateur suisse nécessitent quelques changements législatifs. Par ailleurs, dans ce domaine, le plus gros problème auquel la Suisse se trouve confrontée est l'émergence du tourisme procréatif. A l'avenir, la Suisse va devoir faire des choix cornéliens en matière de procréation médicalement assistée.

BIBLIOGRAPHIE

BIDERBOST Yvo, Findelkinder : Gedanken zum Thema aus juristischer Sicht : hier und dort angereichert durch die drei letztjährigen Fälle, insbesondere desjenigen im Zürcher Universitätsspital, *in* RDT 1999, p. 49-74.

BORD Mélanie, Existe-t-il un droit général d'accéder aux données relatives à ses origines ?, *in* Le droit à la connaissance de ses origines, Genève Zurich Bâle (Schulthess) 2006, p. 39-66.

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3469.

[Cité : MCF, LEtr]

IDEM, Message du 26 juin 1996 relatif à l'initiative populaire «Pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD)» et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), FF 1996 III 197.

[Cité : MCF, LPMA]

IDEM, Message du 5 juin 1974 concernant la modification du Code civil suisse (filiation), FF 1974 II 1.

[Cité : MCF, Filiation]

DE LUZE Estelle [*et al.*], Droit de la famille code annoté, Mariage et divorce - Filiation - Mesures de protection de l'adulte Art. 90 à 456 CC - LPart - 274 à 327a CPC, Lausanne (Ed. Bis et Ter Snc) 2013.

FISCHER Cora, Suppression du lien de filiation en cas de mariage de complaisance, *in* Bulletin défense des enfants international, 2009, p. 12.

FOUNTOULAKIS Christiana, L'impact de la procréation médicalement assistée sur l'établissement et la destruction du lien de filiation, *in* FamPra.ch 2011, p. 247-269.

FULCHIRON Hugues, La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ?, *in* Journal du droit international 2014, p. 563-588.

GEISER Thomas, Kind und Recht – von der sozialen zur genetischen Vaterschaft ?, *in* FamPra.ch 2009, p. 41-59.

GROSSEN Jacques-Michel, Père de droit et père de fait : Sur trois arrêts concernant la filiation paternelle de l'enfant adultérin non désavoué, *in* Famille et droit : mélanges offerts par la faculté de droit de l'Université de Fribourg à Bernard Schnyder à l'occasion de son 65^{ème} anniversaire, Fribourg (Editions universitaires) 1995, p. 315-323.

GUILLOD Olivier, Droit des familles, 3^{ème} éd., Neuchâtel (Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel) 2014.

[Cité : GUILLOD]

IDEM, Art. 252, in Code Civil I : art. 1-359 CC : commentaire, Genève Bâle Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2010.

[Cité : CR CC I-GUILLOD, CC 252]

IDEM, Art. 254, in Code Civil I : art. 1-359 CC : commentaire, Genève Bâle Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2010.

[Cité : CR CC I-GUILLOD, CC 254]

IDEM, Art. 255, in Code Civil I : art. 1-359 CC : commentaire, Genève Bâle Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2010.

[Cité : CR CC I-GUILLOD, CC 255]

IDEM, Art. 256, in Code Civil I : art. 1-359 CC : commentaire, Genève Bâle Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2010.

[Cité : CR CC I-GUILLOD, CC 256]

IDEM, Art. 260, in Code Civil I : art. 1-359 CC : commentaire, Genève Bâle Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2010.

[Cité : CR CC I-GUILLOD, CC 260]

IDEM, Art. 261, in Code Civil I : art. 1-359 CC : commentaire, Genève Bâle Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2010.

[Cité : CR CC I-GUILLOD, CC 261]

IDEM, Art. 262, in Code Civil I : art. 1-359 CC : commentaire, Genève Bâle Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2010.

[Cité : CR CC I-GUILLOD, CC 262]

GUILLOD Olivier / BURGAT Sabrina, Les actions tendant à la destruction du lien de filiation, spécialement l'action en désaveu de paternité, in *Quelques actions en annulation*, Neuchâtel 2007, p. 1-49.

HARRIS David John [et al.], *Law of the European Convention on Human Rights*, 3^{ème} éd., Oxford (Oxford University Press) 2014.

HEGNAUER Cyril, *Droit suisse de la filiation et de la famille (art. 328-359 CCS)*. 4^{ème} éd., adaptation française et mise à jour par MEIER Philippe, Berne (Stämpfli) 1998.

[Cité : HEGNAUER]

HEGNAUER Cyril, Art. 255, *in* Berner Kommentar, Die Entstehung des Kindesverhältnisses : Art. 252-269c ZGB, 4^{ème} éd., Berne (Stämpfli) 1984.

[Cité : BK- HEGNAUER, CC 255]

IDEM, Art. 260, *in* Berner Kommentar, Die Entstehung des Kindesverhältnisses : Art. 252-269c ZGB, 4^{ème} éd., Berne (Stämpfli) 1984.

[Cité : BK- HEGNAUER, CC 260]

IDEM, Art. 261, *in* Berner Kommentar, Die Entstehung des Kindesverhältnisses : Art. 252-269c ZGB, 4^{ème} éd., Berne (Stämpfli) 1984.

[Cité : BK- HEGNAUER, CC 261]

IDEM, Art. 262, *in* Berner Kommentar, Die Entstehung des Kindesverhältnisses : Art. 252-269c ZGB, 4^{ème} éd., Berne (Stämpfli) 1984.

[Cité : BK- HEGNAUER, CC 262]

LA HARPE Romano / GEHRIG Christian, Recherche en paternité : aspects médico-techniques, *in* Droit de la santé et médecine légale, Genève (Médecine & Hygiène) 2014, p. 779-782.

MANAI Dominique, Le droit suisse à l'aune de l'individualisation de la parentalité, *in* Les incidences de la biomédecine sur la parenté : approche internationale, Bruxelles (Bruylant) 2014, p. 173-188.

[Cité : MANAI, Parentalité]

IDEM, Assisted reproduction under swiss law : the truth about the conception and the identity of the gamete donor, *in* Who is my genetic parent ? : donor anonymity and assisted reproduction : a cross-cultural perspective, Bruxelles (Bruylant) 2011, p. 259-271.

[Cité : MANAI, Assisted reproduction]

MANDOFIA BERNEY Marina, L'expertise en paternité sur demande privée, *in* RDT 1998, p. 129-153.

[Cité : MANDOFIA BERNEY, Expertise]

IDEM, Vérités de la filiation et procréation assistée, Genève Bâle Munich (Helbing & Lichtenhahn) 1993.

[Cité : MANDOFIA BERNEY, Filiation]

MARGUERAT Sylvie [et al.], La loi sur les étrangers et la loi sur l'asile révisée à la lumière de la Convention relative aux droits de l'enfant, Exposé analytique de la conformité des nouvelles lois fédérales avec la Convention internationale des droits de l'homme, *in* Terre des hommes 2006 (www.tdh.ch) (14.04.2015).

MEIER Philippe, L'enfant en droit suisse : quelques apports de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, *in* FamPra.ch 2012, p. 255-310.

MEIER Philippe / STETTLER Martin, Droit de la filiation, 5^{ème} éd., Genève Zurich Bâle (Schulthess) 2014.

MONTAVON Pascal, Abrégé de droit civil : Art. 1^{er} à 640 CC/LPart : titre préliminaire du CC, personnes physiques, associations, fondations, fondations de prévoyance professionnelle, mariage, divorce, régimes matrimoniaux, filiation, tutelle, successions, partenariat enregistré : nouveau droit de protection de l'adulte, 3^{ème} éd., Genève (Schulthess) 2013.

PAPAUX VAN DELDEN Marie-Laure, Au nom des droits de la personnalité de l'enfant : facettes choisies, *in* Facettes du droit de la personnalité, Journée de droit civil 2013 en l'honneur de la Professeure Dominique Manai, Genève Zurich Bâle (Schulthess) 2014, p. 97-140.

[Cité : PAPAUX VAN DELDEN, L'enfant]

IDEM, Familles et Convention européenne des droits de l'homme : incidences en droit de la filiation, *in* Le droit civil dans le contexte international, Journée de droit civil 2011, Genève Zurich Bâle (Schulthess) 2012, p. 1-55.

[Cité : PAPAUX VAN DELDEN, Filiation]

IDEM, Mariages fictifs, *in* Jusletter du 22 octobre 2007 (www.jusletter.ch) (14.04.2015).

[Cité : PAPAUX VAN DELDEN, Mariages fictifs]

PIOTET Paul, Filiations paternelles d'un enfant conçu et né dans les 300 jours suivant la dissolution du mariage et d'un enfant conçu pendant le mariage, mais né plus de 300 jours après sa dissolution, *in* REC 1991, p. 90-94.

PREMAND Viviane, Le droit de l'enfant à l'accès aux données relatives à ses parents biologiques dans les cas d'adoption et de don de sperme, *in* Le droit à la connaissance de ses origines, Genève Zurich Bâle (Schulthess) 2006, p. 1-38.

SANDOZ Suzette, Pas de police des étrangers dans les salles de mariage, *in* Le Temps, 16 juin 2006.

[Cité : SANDOZ, Le Temps]

IDEM, Quelques problèmes de filiation en relation avec la procréation médicalement assistée, *in* RDT 2001, p. 90-101.

[Cité : SANDOZ, PMA]

SENAEVE Patrick, Le lien de filiation et les droits de l'homme, in Les problèmes juridiques concernant le lien de filiation, Actes du XXVII^e colloque de droit européen, Fondation pour les études internationales, Malte, sept. 1997, Strasbourg, éd. Conseil de l'Europe 1999, p. 11-37.

SCHWENZER Ingeborg / COTTIER Michelle, Art. 255, in Basler Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5^{ème} éd., Genève Bâle Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2014.

[Cité : BaK-SCHWENZER/COTTIER, CC 255]

IDEM, Art. 256, in Basler Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5^{ème} éd., Genève Bâle Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2014.

[Cité : BaK-SCHWENZER/COTTIER, CC 256]

IDEM, Art. 260, in Basler Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5^{ème} éd., Genève Bâle Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2014.

[Cité : BaK-SCHWENZER/COTTIER, CC 260]

IDEM, Art. 261, in Basler Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5^{ème} éd., Genève Bâle Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2014.

[Cité : BaK-SCHWENZER/COTTIER, CC 261]

IDEM, Art. 262, in Basler Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5^{ème} éd., Genève Bâle Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2014.

[Cité : BaK-SCHWENZER/COTTIER, CC 262]

SPRUMONT Dominique [*et al.*], Conditions de licéité des tests de paternité par analyse ADN en dehors du cadre judiciaire, in PJA 2003, p. 1280-1290.

STAUFFER Vincent, Les secrets et la détermination des liens biologiques entre individus par des tests génétiques, in Les secrets et le droit, Genève Zurich Bâle (Schulthess) 2004, p. 167-197.

STETTLER Martin, Le droit suisse de la filiation, Traité de droit privé suisse, vol. III, tome II/1, Fribourg 1987.

STUBER Werner, Reconnaissance conditionnelle, in REC 1979, p. 53-55.

SUTTER-SOMM Thomas / KOBEL Felix, Familienrecht, Zurich (Schulthess) 2009.

DÉCLARATION AD PLAGIAT

« J'atteste que dans ce texte toute affirmation qui n'est pas le fruit de ma réflexion personnelle est attribuée à sa source et que tout passage recopié d'une autre source est en outre placé entre guillemets. »

Lolita Kugler