

Olivier Guillod, Quand la politique migratoire restrictive éclipse l'intérêt de l'enfant ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A\_590/2016, Newsletter DroitMatrimonial.ch décembre 2017

## Quand la politique migratoire restrictive éclipse l'intérêt de l'enfant ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral du 12 octobre 2017, 5A\_590/2017

Olivier Guillod

### I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt du 12 octobre 2017 destiné à la publication, le Tribunal fédéral se prononce sur une vieille controverse doctrinale relative à la qualité des communes de domicile et d'origine de l'auteur d'une reconnaissance à attaquer en justice la reconnaissance de l'enfant. Après avoir passé en revue différentes méthodes d'interprétation, notamment littérale, historique et systématique, les juges fédéraux privilégient une interprétation stricte du texte légal qui va à l'encontre de ce que la doctrine majoritaire propose.

### II. Résumé de l'arrêt

#### A. Faits

Un ressortissant suisse né en 1952 épouse en 2004 au Kosovo une ressortissante kosovare née en 1981. L'épouse vient en Suisse, où elle avait déjà passé quelque temps comme requérante d'asile, et obtient une autorisation de séjour puis, en 2009 (le 17 août), une autorisation d'établissement. La même année (le 15 octobre), le mari intente une action en divorce au Kosovo, qui aboutit le 2 février 2010. En septembre 2010, la femme accouche d'un petit garçon que l'ex-mari reconnaît le 20 octobre 2010 à Winterthur et qui devient de ce fait citoyen suisse.

Le 8 août 2011, l'autorité compétente du canton de Zurich retire le permis C à l'ex-épouse kosovare en arguant qu'il s'agissait d'un mariage fictif. Sur recours de la femme, le Tribunal fédéral (arrêt 2C\_303/2013 du 13 mars 2014) admet qu'il s'agit d'un mariage fictif, mais laisse le permis C à l'ex-épouse car elle a la garde de son fils qui a la nationalité suisse, du moins tant et aussi longtemps que la reconnaissance n'a pas été attaquée avec succès en justice.

Le 22 août 2012, le couple fait savoir qu'il veut se remarier et demande d'ouvrir la procédure préparatoire au mariage, ce que l'officier d'état civil de Winterthur refuse, décision qui sera confirmée jusqu'au Tribunal fédéral (arrêt 5A\_30/2014 du 15 avril 2014).

Le 7 octobre 2013, les communes de Zurich, Winterthur et Flums-Dorf agissent en contestation de la reconnaissance du 20 octobre 2010. Le Tribunal de première instance ordonne au défendeur de se soumettre à un test ADN, sous la menace des sanctions de l'article 292 CPS. Le défendeur recourt contre cette ordonnance de preuve jusqu'au Tribunal fédéral, qui le déboute (arrêt 5A\_745/2014 du 16 mars 2015). Il refuse cependant de se soumettre au test et écope d'une amende de Fr. 200.- par ordonnance pénale du 27 juillet 2015. Le Tribunal de première instance refuse d'ordonner une mesure de contrainte pour le test ADN. Sur le fond, il nie la qualité pour agir des communes et rejette leur action en précisant que l'intérêt de l'enfant à maintenir le lien de filiation établi par la reconnaissance est prépondérant par rapport à l'intérêt public à annuler ce lien.

Les communes recourent. Le 16 juin 2016, le Tribunal cantonal admet la qualité pour agir des communes, mais exclut un test ADN sous contrainte et rejette l'action parce que la preuve de la non-paternité du défendeur n'a pas été rapportée. Les communes recourent alors au Tribunal fédéral, qui rend son jugement en séance publique le 12 octobre 2017.

## B. Droit

Le Tribunal fédéral se demande d'abord si l'intérêt de l'enfant à maintenir le lien de filiation avec l'homme qui l'a reconnu est susceptible de restreindre la qualité pour agir des communes d'origine et de domicile de l'auteur de la reconnaissance prévue à l'article 260a al. 1 CC. Répondre à cette question oblige à interpréter l'article 260a CC, en appliquant les méthodes usuelles d'interprétation : littérale, historique, logique, systématique et téléologique.

Le Tribunal fédéral déclare qu'il ressort du texte et des travaux préparatoires que la qualité pour agir a été donnée aux communes de domicile et d'origine de l'auteur de la reconnaissance indépendamment de l'intérêt de l'enfant. Malgré des opinions doctrinales en sens contraire, il s'en tient à la lettre de la disposition légale et juge que l'intérêt de l'enfant à ce que le rapport de filiation avec l'auteur de la reconnaissance soit maintenu ne restreint pas la qualité de la commune d'origine ou de domicile de l'auteur de la reconnaissance d'agir en contestation de cette reconnaissance. La qualité pour agir en contestation de la reconnaissance est définie largement par l'article 260a al. 1 CC (« *tout intéressé, en particulier ... par la commune d'origine ou la commune de domicile de l'auteur de la reconnaissance* »), pour permettre de lutter contre des reconnaissances d'enfant abusives, rendues possibles par la facilité d'effectuer une reconnaissance et la quasi-absence de contrôle par l'officier d'état civil. Une reconnaissance abusive peut viser à accorder un droit de séjour ou de cité et les avantages qui en découlent, notamment des prestations d'assistance. Le législateur de l'époque comme le législateur contemporain reconnaissent l'intérêt public à combattre les abus dans le domaine migratoire, en adoptant diverses dispositions légales, notamment les articles 97a, 105 ch. 4 et 109 ch. 3 CC). Les communes peuvent dès lors se prévaloir d'un intérêt public digne de protection pour agir en contestation d'une reconnaissance apparemment abusive. En l'occurrence, le couple avait conclu un premier mariage fictif, avait divorcé puis voulait conclure un second mariage fictif,

ce qui accréditait l'hypothèse d'une reconnaissance de complaisance destinée à assurer un droit de séjour en Suisse à l'enfant et à sa mère étrangère.

Les juges fédéraux estiment que le prétendu risque que la collectivité attaque sans retenue des reconnaissances d'enfant est écarté par l'exigence que la collectivité possède un intérêt digne de protection et jugé prépondérant. Le Code civil n'exige certes pas que la parenté génétique l'emporte forcément sur la parenté sociale, mais une pesée d'intérêts doit avoir lieu quand l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père génétique de l'enfant. Or, la société dans son ensemble a intérêt à ce que l'utilisation abusive de prestations étatiques soit combattue. Sauf exception, cet intérêt public prévaut sur l'intérêt privé à maintenir le lien de filiation.

Le Tribunal fédéral examine ensuite si la preuve de la non-paternité est rapportée. Il rappelle que la collectivité demanderesse doit prouver que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père de l'enfant (art. 260b al. 1 CC). Les parties et les tiers doivent se prêter aux examens nécessaires à l'établissement de la filiation et y collaborer, dans la mesure où leur santé n'est pas mise en danger (art. 296 al. 2 CPC, qui renforce l'art. 160 al. 1 CPC). L'expertise ADN est le moyen de preuve le plus sûr de prouver la non-paternité, mais elle n'exclut pas le recours à d'autres moyens de preuve. Dans une procédure portant sur l'existence d'un lien de filiation, le juge applique la maxime inquisitoire (illimitée) et la maxime d'office (art. 296 al. 1 et 3 CPC), afin d'établir la vérité matérielle dans l'intérêt public. Les dispositions concernant le droit des parties et des tiers de ne pas collaborer (art. 163 à 167 CPC) ne sont pas applicables (art. 296 al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, CPC). Ainsi, lorsqu'une partie ou un tiers refuse sans motif une expertise ADN, le juge ne peut pas en conclure qu'il est le père de l'enfant. Ce refus constitue toutefois un indice à prendre en compte dans l'appréciation générale des preuves. Le Tribunal fédéral passe en revue les autres indices existant dans le cas d'espèce et conclut que l'appréciation des preuves faite par le tribunal cantonal n'est pas arbitraire (« *Dass der Beschwerdegegner 1 seine Mitwirkung an der DNA-Begutachtung verweigert hat, musste neben den weiteren Indizien unter Willkür Gesichtspunkten nicht zwingend schliessen lassen, er sei nicht der Vater des Beschwerdegegners 2* »).

Le point suivant abordé par les juges fédéraux est l'épineuse question du test ADN sous la contrainte, que les instances cantonales avaient refusé d'ordonner. Le Tribunal fédéral constate d'abord que l'auteur de la reconnaissance a clairement refusé de se soumettre au test, sans invoquer de motif lié à sa santé, et a de ce fait été condamné à une amende. La seule question à résoudre est donc celle de l'admissibilité d'un test ADN sous la contrainte, une question que le Tribunal fédéral avait tranchée par l'affirmative dans un arrêt non publié (5A\_492/2016 du 5 août 2016, consid. 3). Il confirme sa position, en se référant notamment au Message du Conseil fédéral relatif au Code de procédure civile, qui déclarait que le test ADN pouvait être réalisé sous la contrainte, pour autant que cela n'impliquât aucun risque pour la santé de la personne concernée. L'article 296 al. 2 CPC excluant le droit de refuser de collaborer, l'intéressé doit simplement être informé des mesures d'exécution possible, à savoir la menace des sanctions de l'article 292 CP, l'amende d'ordre ou l'exécution sous la contrainte (art. 343 al. 1 lit a-d CPC).

L'exécution forcée du test, réalisé par frottis de la muqueuse jugale, est admissible selon le Tribunal fédéral au regard du droit constitutionnel quand l'atteinte à l'intégrité corporelle est légère (« *geringfügig* »), quand l'intérêt à découvrir la vérité biologique de la filiation l'emporte dans le cas d'espèce sur l'intérêt privé de l'intéressé à maintenir le secret et

quand la menace d'utiliser la force publique est proportionnée, c'est-à-dire quand l'intéressé a déjà été menacé ou s'est vu appliquer d'autres moyens d'exécution plus légers. *In casu*, le Tribunal fédéral considère que ces conditions sont réalisées et renvoie donc la cause à l'instance inférieure pour qu'elle ordonne le test sous la contrainte.

Les juges fédéraux prennent toutefois la peine d'indiquer à l'instance inférieure comment elle devra effectuer la pesée d'intérêts si le test ADN devait révéler que l'auteur de la reconnaissance n'était pas le père de l'enfant. Ils soulignent que l'intérêt de l'enfant au maintien du lien de filiation existant est constitutionnellement protégé uniquement quand il existe une relation vivante entre l'enfant et son père juridique. Quand le père et son enfant ne vivent pas dans un ménage commun, les circonstances concrètes doivent démontrer l'existence de liens personnels étroits et d'une relation intense et durable. En l'occurrence, l'enfant ne vit pas avec son père ; sa mère et son père n'ont jamais vécu ensemble ; le père n'exerçait pas un droit de visite de manière régulière, mais voyait de temps à autre l'enfant ; le père ne dormait pas au domicile de l'enfant ni ne lui faisait la cuisine ; il ne pouvait pas donner d'indications sur ce que l'enfant aimait faire ou manger ; il ne savait pas que l'enfant avait été traité d'urgence pour des maux de ventre et de jambe ; le père connaissait vaguement certains progrès de son fils, par exemple en natation ou à vélo, mais son attachement à l'enfant était plutôt relâché (« *eher lose* ») ; la contribution d'entretien qu'il payait était négligeable (100.- par mois). Le Tribunal fédéral en conclut qu'il n'existe pas un lien vivant entre l'enfant et son père qui s'opposerait à la destruction du lien de filiation.

### III. Analyse

1. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral tranche plusieurs questions controversées en droit de la filiation, à l'occasion d'une affaire de mariage fictif impliquant au surplus, apparemment du moins, une reconnaissance de complaisance. Trois points méritent d'être mis en exergue ici : la qualité pour agir en contestation de la reconnaissance par les communes d'origine et de domicile de l'auteur de la reconnaissance ; la pesée des intérêts en présence ; l'ordre d'effectuer un test ADN sous la contrainte.

2. La jurisprudence ne s'était guère prononcée jusqu'ici sur la qualité pour agir en contestation de la reconnaissance par les communes d'origine et de domicile de l'auteur de la reconnaissance. La doctrine était, de son côté, plutôt hostile à l'exercice par les communes de leur droit d'agir en contestation de la reconnaissance, estimant notamment que leur intérêt économique à ne pas payer des prestations d'aide sociale ne devait pas l'emporter sur l'intérêt de l'enfant à conserver un rapport juridique de filiation. Le texte clair de l'article 260a al. 1 CC ne permet cependant pas de retirer la qualité pour agir à ces communes. Sous l'angle de l'intérêt digne de protection pour agir, le Tribunal fédéral a beau jeu de tirer d'un certain nombre de décisions récentes du Parlement fédéral (notamment l'introduction des articles 97a, 105 ch. 4 et 109 al. 3 CC en 2008) l'existence d'un intérêt public à combattre les abus dans le domaine migratoire, intérêt que les communes défendent aussi quand elles agissent en contestation d'une reconnaissance apparemment abusive. Finalement, le Tribunal fédéral n'a pas tort de juger que ce n'est pas au stade de la qualité pour agir, mais à celui de la pesée d'intérêts, que doivent se décider de telles causes. Le prétendu risque, parfois évoqué en doctrine, que la collectivité attaque sans retenue des reconnaissances d'enfant doit donc être écarté non pas en déniait la qualité pour agir aux communes, mais en effectuant une soigneuse pesée des intérêts en présence qui tienne

dument compte du bien de l'enfant, en tant que principe supérieur du droit de la filiation et de la Convention relative aux droits de l'enfant.

3. La pesée des intérêts en présence est réalisée par le Tribunal fédéral à la fin de son arrêt, après qu'il a décidé de renvoyer la cause à l'instance inférieure, dans le but manifeste de lier la juridiction inférieure. Le Tribunal fédéral part du postulat que l'enfant n'a pas un intérêt abstrait au maintien du rapport de filiation, mais uniquement un intérêt dans des circonstances concrètes au maintien du rapport de filiation lorsqu'il existe une relation vivante père-enfant. Il tire ensuite du dossier un certain nombre de faits démontrant le caractère pour le moins relâché du rapport père-enfant, ce qui lui permet de conclure qu'il n'y a pas de lien vivant entre l'enfant et son père qui justifierait un rejet de l'action en contestation de la reconnaissance. L'appréciation de l'intérêt de l'enfant est donc faite par le Tribunal fédéral dans la seule perspective de la relation père-enfant. Il refuse d'y intégrer les répercussions du lien de filiation sur la situation juridique globale de l'enfant. Concrètement, ce dernier aura en effet vécu plusieurs années en Suisse (il a plus de sept ans au moment du jugement du Tribunal fédéral), dont il aura appris l'une des langues, la culture et le mode de vie. Il aura été intégré au système scolaire suisse et bénéficiera d'un certain nombre d'avantages qu'un pays aussi riche que la Suisse peut accorder à ses ressortissants. Tout cela lui sera enlevé si l'action en contestation de la reconnaissance aboutit (ce qui paraît assez clair à la lecture de l'arrêt), parce que d'autres personnes que lui ont certes eu un comportement discutable, mais dont il ne devrait pas faire les frais.

4. Le Tribunal fédéral clarifie utilement les conditions auxquelles, sous l'empire du Code de procédure civile, un test ADN peut être désormais ordonné sous la contrainte. Depuis que le test est usuellement réalisé par un frottis de la muqueuse jugale, l'argument de l'atteinte à l'intégrité corporelle ou à la santé ne semble plus acceptable. L'atteinte à la personnalité (à la sphère privée davantage qu'à l'intégrité corporelle) de l'homme forcé de subir le test est vraiment minime. De l'autre côté, l'intérêt à connaître la vérité en matière d'établissement de la filiation est en général notable. De plus, un intérêt à maintenir le secret sur la paternité génétique est difficilement justifiable au regard du droit de l'enfant de connaître ses origines, reconnu par la Constitution, le Code civil et la loi sur la procréation médicalement assistée. Le Tribunal fédéral rappelle en outre que l'ordre d'effectuer un test ADN sous la contrainte doit être proportionné. Il précise que cela suppose que l'homme concerné ait déjà été menacé ou se soit vu appliquer d'autres moyens d'exécution plus légers que la contrainte directe, en particulier les sanctions prévues à l'article 292 CP ou une amende d'ordre. Ces conditions s'appliqueront bien sûr aussi dans les autres procédures tendant à la destruction ou à l'établissement d'un lien de filiation.