

Tribunal fédéral – 5A_222/2018, destiné à la publication

II^e Cour de droit civil

Arrêt du 22 novembre 2019 (f)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Simon Othenin-Girard, Droit international privé de la filiation : l'intérêt de l'enfant défendeur à l'action en désaveu de paternité au cœur du conflit de lois (art. 68-69 LDIP) Quelques observations au sujet de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_222/2018 du 22 novembre 2019, Newsletter DroitMatrimonial.ch été 2020

Newsletter été 2020

Filiation,
droit international privé

Art. 256c CC ; 68-69 LDIP



FACULTÉ DE DROIT

Droit international privé de la filiation : l'intérêt de l'enfant défendeur à l'action en désaveu de paternité au cœur du conflit de lois (art. 68-69 LDIP)

Quelques observations au sujet de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_222/2018 du 22 novembre 2019

Simon Othenin-Girard*

I. Introduction

Les faits à l'origine de l'affaire tranchée par le Tribunal fédéral mettent en évidence les éléments déclencheurs de la thématique du conflit de lois, soit la disparité du droit applicable en présence d'une affaire comprenant des éléments d'extranéité, situation qui implique une sélection, par le DIP du for, du droit applicable.

La disparité du droit matériel a trait au délai dans lequel l'action en désaveu doit être introduite. Le droit suisse, sévère s'agissant du délai de péremption de l'action du père juridique agissant en désaveu, contraste avec la solution plus large du droit français entrant en ligne de compte à titre alternatif. L'arrêt offre une illustration pédagogique de la règle de conflit de lois, complexe, régissant le contentieux de la filiation : il présente des pistes d'analyse de la question, jusqu'ici non résolue, de l'appréciation de l'intérêt de l'enfant, critère matériel constituant le cœur de l'art. 69 LDIP, en lien avec les limitations posées à l'action en désaveu ouverte par un demandeur qui n'est pas le père biologique de l'enfant.

* Avocat, Docteur en droit, Professeur titulaire à l'Université de Fribourg.

II. Les faits

Les parties en présence se sont mariées en Suisse en 1997 et sont de nationalités différentes, le père présumé (A.) de nationalité suisse, la mère (B.), de nationalité marocaine. De leur union est né, en 1999, un premier enfant (D.).

La famille s'est établie en France en 2009 avant de se séparer en avril 2011. En procédure, les parties divergent quant à la suite de leur relation et spécialement de leur localisation. L'époux allègue ne plus avoir cohabité avec son épouse depuis cette date, alors que cette dernière prétend avoir continué à fréquenter son époux, la famille étant revenue s'installer en Suisse.

Le 26 mars 2012, B. a donné naissance en Suisse à l'enfant C. Son époux A. a été inscrit dans le registre de l'état civil comme étant le père de cet enfant. Les parties ne contestent pas que le père biologique de C. n'est pas A., mais E. ; comme le retient l'arrêt cantonal¹, le père biologique E. a la nationalité libanaise, est domicilié à Genève et a trois enfants domiciliés au Liban ; il est décédé dans l'intervalle. La mère et le père biologique ont publié tous deux des photographies de l'enfant sur les réseaux sociaux. L'arrêt cantonal relève que l'une des publications mentionne l'enfant sous le nom du père biologique E.

Selon la mère, à sa sortie de la maternité le 5 avril 2012, elle aurait résidé en Suisse avec ses enfants (D. et C.). A. admet avoir habité dans la même localité, mais seul. Au mois de juin 2012, la mère a emménagé avec l'enfant dans un appartement loué pour une durée de six ans au nom des époux A. en France. Selon A., la mère de l'enfant aurait vécu dans cet appartement avec le père biologique de l'enfant et celui-ci.

Alors que A. s'est adressé à l'état civil cantonal pour indiquer qu'il n'était pas le père de l'enfant C. et qu'il se déchargeait de toute responsabilité à son égard, la mère et l'enfant ont emménagé en Suisse en automne 2013, alors que A. a résidé dans un hôtel de la commune, avant de déménager en France, en février 2014 avec sa nouvelle compagne.

Au mois de mai 2014, A. dépose une requête en divorce en France. Selon une pièce au dossier (facture de provision de son conseil français), l'ouverture d'une procédure en contestation de paternité était envisagée devant la même juridiction. Le projet d'assignation rédigé mentionnait que B. résidait alors en France. Selon le père présumé, l'action en contestation de paternité n'a finalement pas été ouverte, du fait que la mère de l'enfant avait déménagé en Suisse, dans l'appartement du père biologique. Au cours de l'été 2014, B. a passé plusieurs mois au Maroc avec l'enfant C.

Le 5 novembre 2014, le Juge aux affaires familiales du Tribunal de Grande instance de T. (France) a, par voie d'ordonnance, constaté la non-conciliation et décidé, à titre de mesures provisoires, de maintenir l'autorité parentale commune sur les enfants D. et C., de fixer la résidence de l'enfant D. au domicile de son père et celle de l'enfant C. au domicile de sa mère et de condamner A. à contribuer à l'entretien de C.

¹ Chambre civile de la Cour de justice GE, 23 janvier 2018, C/24152/2015 ACJC/92/2018, accessible : <http://ge.ch/justice/dans-la-jurisprudence>.

Le père présumé a finalement ouvert une procédure de divorce devant les tribunaux genevois (dépôt de la demande le 27 février 2015 sous forme de « dénoncé de l'ordonnance de non conciliation » du 5 novembre 2014).

En novembre 2014, B. a annoncé à l'Office cantonal de la population et des migrations qu'elle habitait à l'adresse de l'appartement de feu E. (en Suisse) avec ses deux enfants, alléguant que son époux avait résilié le bail et liquidé l'appartement conjugal pendant qu'elle séjournait au Maroc.

Le 18 novembre 2015, A. dépose une demande en désaveu de paternité devant le Tribunal de première instance de Genève. B. conclut au rejet de la demande et à ce que le Tribunal constate que A. est le père juridique de l'enfant C. Elle estime que la résidence habituelle de l'enfant C. se trouvait à X. (Suisse) depuis 2014. La curatrice *ad hoc* représentant l'enfant dans la procédure en désaveu de paternité conclut au rejet de la demande en application du droit suisse, dans l'intérêt de l'enfant.

Lors des débats, l'épouse fait valoir que A. a toujours su ne pas être le père biologique de C. mais avoir néanmoins procédé aux démarches pour se faire inscrire en qualité de père et entretenu des relations avec l'enfant, A. indiquant pour sa part avoir eu des doutes depuis le début de la grossesse et avoir eu la confirmation de sa non-paternité « peu de temps après la naissance ».

Le Tribunal de première instance admet la demande en désaveu de paternité, en application du droit français, retenant que la résidence habituelle de l'enfant se trouvait en France au moment de sa naissance. Selon le tribunal, le demandeur a agi dans le délai du Code civil français de cinq ans depuis la naissance et les parties admettent la non-paternité biologique du demandeur sur l'enfant, de sorte qu'il y a lieu d'admettre l'action.

Par ordonnance pénale du 26 avril 2017, B. est reconnue coupable de faux dans les titres pour avoir contrefait la signature de A. en adressant à l'Office cantonal de la population un formulaire d'annonce d'arrivée en Suisse et produit une attestation mentionnant y vivre avec son fils aîné. B. a admis en procédure pénale avoir vécu en France de 2009 à 2014, puis être revenue en Suisse au mois de mai ou juin 2014. Un témoin a confirmé le domicile de B. en France entre 2011 et 2013.

Par arrêt du 23 janvier 2018, la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève a admis l'appel interjeté par B., annulé le jugement et débouté « les parties de toutes autres ou contraires conclusions ». À une date non connue, apparemment après le prononcé cantonal, A. s'est établi au Canada.

Le Tribunal fédéral rejette le recours, confirmant le raisonnement de la Cour cantonale s'agissant du droit applicable (droit suisse) et jugeant que les conditions d'une restitution du délai (art. 256c al. 3 CC) ne sont pas données.

III. Internationalité et compétence internationale

S'agissant de l'internationalité déclenchant le raisonnement conflictualiste (art. 1^{er} al. 1 LDIP), le TF relève qu'en dépit des allégations partiellement contradictoires des parties au sujet du domicile de l'enfant, il n'est plus contesté qu'au jour de sa naissance, l'enfant et au moins l'un des parents vivaient en France, de sorte que l'**internationalité** doit être admise.

L'internationalité était clairement donnée en l'espèce, vu la constellation des faits. On peut relever d'autres éléments pour l'appuyer : ainsi, la mère est de nationalité marocaine, la nationalité étant à prendre en compte en matière personnelle et familiale². Même si le père biologique, de nationalité libanaise, n'est pas partie à l'instance, cet élément d'extranéité pouvait à nos yeux également entrer en ligne de compte au vu des réflexions relatives à la détermination de l'intérêt de l'enfant, notamment quant aux perspectives d'une future action en recherche de paternité de l'enfant. L'arrêt ne précise pas la date de l'établissement du demandeur au Canada, mais elle est postérieure au prononcé cantonal de sorte qu'elle n'avait ainsi pas à être prise en considération ; s'il s'était établi avant le prononcé, elle aurait dû l'être, étant relevé que l'on doit s'en tenir à une notion uniforme de l'internationalité au stade de la compétence et du droit applicable³.

Ni l'arrêt cantonal, ni l'arrêt fédéral ne s'étendent sur la question de la **compétence internationale** des tribunaux suisses, celle-ci étant donnée sur la base de la LDIP, faute de convention internationale applicable, du fait de la résidence habituelle de l'enfant en Suisse au moment de l'introduction de l'instance (art. 66 LDIP ; arrêt fédéral, consid. 3.1 ; l'arrêt cantonal, consid. 4.1, retient le domicile de l'enfant et de la mère au moment de l'introduction de l'instance).

IV. La structure complexe des art. 68 et 69 LDIP

Les art. 68 et 69 LDIP sont d'une configuration complexe : l'art. 68 LDIP pose le principe du critère de rattachement de la résidence habituelle de l'enfant, avec une exception, étroitement circonscrite, en faveur du critère de la nationalité commune. Celui-ci, subsidiaire (art. 68 al. 2 LDIP), ne s'impose qu'en présence de parents ne résidant pas dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, ce qui correspond à une constellation de faits assez rares. Encore faut-il que la nationalité commune soit, en cas de nationalités multiples, la nationalité effective des parties concernées⁴.

L'application exceptionnelle du rattachement à la nationalité commune (art. 68 al. 2 LDIP) n'entraîne pas en ligne de compte, faute de nationalité commune des parties, étant précisé que ce sont celles de l'enfant, de la mère et du père présumé qui entraînent en ligne de compte, mais non celle de E. avec lequel la paternité n'était pas établie. En effet, il y a lieu de prendre en compte la nationalité du père juridique ou présumé selon que l'on se situe dans le cadre de l'action en désaveu ou en paternité, deux lois pouvant être applicables successivement lorsque l'action en désaveu est suivie de l'action en paternité⁵. En l'espèce, l'enfant vivant

² SIMON OTHENIN-GIRARD, in Bohnet/Guillod (édit.), Droit matrimonial, Commentaire pratique, Annexe Droit international privé, (cité : OTHENIN-GIRARD, Droit international privé/Droit matrimonial), la / Introduction, N 1 p. 1794 et les références ; MÜLLER-CHEN, in Müller-Chen/Widmer Lüchinger (édit.), Zürcher Kommentar zum IPRG (ZK-IPRG), 3^e éd, Zurich 2018, art. 1 N 8 ; pour la filiation : KURT SIEHR/ALEXANDER R. MARKUS, ZK-IPRG art. 66 N 26.

³ A nos yeux, l'on doit s'en tenir à une notion uniforme de l'internationalité au stade de la compétence et du droit applicable, OTHENIN-GIRARD, N 2 *ad* art. 2 CPC et les réf., in Chabloy/Dietschy-Martenet/Heinzmann (édit.), Code de procédure civile (CPC), Petit commentaire, à paraître.

⁴ BERNARD DUTOIT, Droit international privé suisse, Commentaire de la Loi fédérale du 18 décembre 1987, 5^e éd, Bâle 2016, art. 68 N 4 ; SIEHR/MARKUS, ZK-IPRG, art. 68 N 33.

⁵ ANDREAS BUCHER, Commentaire romand, Convention de Lugano, Bâle 2011 (ci-après : BUCHER, CR), art. 68 N 8.

avec sa mère, seule devait entrer en jeu la résidence habituelle de l'enfant qui était située en France au moment de la naissance et en Suisse au jour de l'ouverture de l'action en désaveu.

Les **facteurs de rattachement** sont **stables ou mobiles**. Ils sont stables lorsqu'ils se réfèrent à une donnée immuable, comme le lieu de situation d'un immeuble ou le lieu de survenance d'un événement (commission d'un délit, conclusion d'un contrat). Ils sont généralement mobiles si la référence concerne une personne, un objet mobilier ou l'autonomie de la volonté. L'application de critères de rattachement mobiles implique de procéder à une localisation temporelle du critère de rattachement, soit de fixer dans le temps le moment déterminant pour en faire usage⁶. Sont des **critères mobiles**, la nationalité qui peut s'acquérir et se perdre, la résidence habituelle et le domicile, qui ne sont pas fixés pour toujours ; les pérégrinations nombreuses des parties, en dépit de leurs versions divergentes à ce sujet⁷, le mettent bien en évidence.

Lorsque la règle fait appel à un critère mobile, le législateur ou l'auteur de la convention peuvent apporter une précision quant au **moment** auquel se placer pour déterminer l'élément désigné⁸, à défaut de précision, la jurisprudence est amenée à poser les principes par voie d'interprétation⁹.

L'art. 69 LDIP constitue un exemple de **règle expresse** permettant de fixer dans le temps l'application des critères de rattachement de l'art. 68 LDIP. En principe, le moment de la naissance est déterminant pour fixer la résidence habituelle et appliquer le rattachement de l'art. **68 LDIP** ; toutefois, en cas de constatation ou de contestation judiciaire de la filiation, « *on se fondera sur la date de l'action si un intérêt prépondérant de l'enfant l'exige* ». Si cette règle complète la règle de conflit, fixant dans le temps le moment déterminant pour appliquer les rattachements, elle le fait non pas dans une approche purement localisatrice (p. ex. art. 90 al. 1 ; 54 al. 1 lit. b LDIP), mais dans une optique matérielle puisqu'elle prend en compte à ce titre l'intérêt de l'enfant, au terme d'une mise en balance des intérêts. En présence d'éléments d'internationalité pouvant être amenés à se déplacer, le législateur invite l'interprète à tenir compte de l'intérêt de l'enfant et à se placer, pour appliquer les critères de l'art. 68 LDIP, au moment de l'action plutôt qu'à celui de la naissance en principe déterminant. Le critère matériel qu'elle intègre ainsi implique un travail d'interprétation judiciaire important à mener au gré des cas concrets.

Comme le relève le TF, la **date de naissance** de l'enfant s'impose comme moment déterminant lorsque la filiation découle de la loi, en dehors de toute action, en particulier s'agissant de la

⁶ FRANÇOIS KNOEPFLER/PHILIPPE SCHWEIZER/SIMON OTHENIN-GIRARD, Droit international privé suisse, Berne 3^e éd. 2005, N 272.

⁷ L'arrêt cantonal (consid. 5.2) traite de façon détaillée de la question de la résidence habituelle de l'enfant au moment de la naissance, la mère soutenant que le centre de ses intérêts était resté à Genève au moment de la naissance, malgré son installation en France. La Cour n'a pas suivi ce raisonnement et retenu une résidence habituelle de l'enfant en France au moment de sa naissance, notamment au vu des déclarations de la mère et des pièces relatives à sa localisation pour la période précédant et suivant la naissance.

⁸ Art. 90 al. 1 LDIP : dernier domicile du défunt ; 54 al. 1 lit. b LDIP : dernier domicile dans le même Etat ; CLaH 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, art. 3 : loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande.

⁹ Sur le conflit mobile, voir p. ex. ANDREAS FURER/DANIEL GIRSBERGER/KURT SIEHR/AXEL BUHR, Internationales Privatrecht, Allgemeiner Lehren, TDPS XI Bâle 2008, p. 159 ss ; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 214 ss ; BUCHER, CR, art. 13 N 54-56.

présomption de paternité de l'époux de la mère¹⁰. Cette solution ne s'impose en revanche pas nécessairement dans le contentieux de la filiation, lorsqu'un jugement relatif à la filiation est rendu plusieurs années après la naissance, alors que la résidence habituelle de l'enfant concerné ne se trouve plus dans le même État que celui où il est né¹¹. Selon le TF, le rattachement au moment de **l'ouverture de l'action** est subsidiaire à celui de la naissance (consid. 4.1 et les réf.).

Le complément (art. 69 LDIP) donne à la règle de conflit une tonalité **matérielle** (règle à caractère substantiel ou à coloration matérielle ou règle orientée)¹².

Le principe fondamental de **l'intérêt de l'enfant** impliquant que « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* » (art. 3 CDE¹³) est ancré dans la teneur de la loi, en matière de filiation, ce qui ne signifie pas que les autres règles de la LDIP se rapportant à l'enfant en fassent abstraction : bien au contraire, elles doivent toutes être lues à la lumière de ce principe qui rayonne sur le droit international privé de la famille, marquant l'influence des droits fondamentaux sur les règles de conflit de lois et ses mécanismes¹⁴. Par ailleurs, comme en d'autres chapitres, selon l'articulation des règles de conflit, le choix des critères peut avoir, sans le préciser, pour vocation et but de mettre en œuvre un intérêt spécifique, dont l'intérêt de l'enfant (voir p. ex. les rattachements alternatifs des art. 72 et 73 LDIP). Le choix d'intégrer cet aspect dans la configuration de la règle de conflit semble judicieuse ; en droit international privé comparé de la filiation, il est fréquemment fait recours à des règles qui se réfèrent à l'intérêt de l'enfant ou à la solution la plus favorable à l'enfant¹⁵.

Cela étant, la définition concrète de l'intérêt de l'enfant dans une affaire spécifique donnera inévitablement lieu à une appréciation personnelle et conférera une importante marge à l'autorité judiciaire, comme le met en évidence la présente affaire. Si le législateur entend canaliser l'œuvre d'interprétation judiciaire, il peut, théoriquement, envisager d'aller plus loin et adopter une **règle internationale matérielle** (p. ex. en matière de filiation, poser le délai dans lequel, en matière internationale, le demandeur doit agir ou imposer, en matière internationale, la faculté de restitution du délai pour justes motifs) en s'assurant de la conformité au standard des droits fondamentaux, qui, on le sait, est largement évolutif, ce qui

¹⁰ ANDREAS BUCHER/ANDREA BONOMI, Droit international privé, 3^e éd., 2013, n° 723.

¹¹ BUCHER, CR, art. 69 N 1.

¹² Sur cette notion : KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 246 ss ; BUCHER, CR N 9-11 *ad* art- 13-19.

¹³ Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, RS 0.107.

¹⁴ Pour une présentation complète : BUCHER, CR N 2 ss *ad* art. 66-84.

¹⁵ Voir parmi d'autres : Code civil du Québec, art. 3091 : « *L'établissement de la filiation est régi par la loi du domicile ou de la nationalité de l'enfant ou de l'un de ses parents, lors de la naissance de l'enfant, selon celle qui est la plus avantageuse pour celui-ci* » ; Loi de la République tchèque de 2012, art. 54 (1) : « *L'établissement et la contestation de la filiation sont régis par l'ordre juridique de l'État dont la nationalité l'enfant a acquis le jour de sa naissance. Lorsque l'enfant a acquis plus d'une nationalité le jour de sa naissance, on statue conformément à l'ordre juridique tchèque. Lorsque c'est dans l'intérêt de l'enfant s'applique l'ordre juridique de l'État dans lequel la mère avait sa résidence habituelle au moment de la conception. (2) Lorsque l'enfant a sa résidence habituelle en République tchèque et lorsque c'est dans l'intérêt de celui-ci, l'ordre juridique tchèque est appliqué aux fins de l'établissement et de la contestation de la filiation* ».

rend l'exercice délicat *de lege ferenda*. Il pourrait également adopter une **clause d'ordre public spéciale**¹⁶ précisant à quelles conditions le ressort de l'ordre public serait déclenché à l'égard de solutions jugées non conformes. De telles configurations, certes techniquement envisageables, ne nous paraissent pas opportunes. L'introduction d'une **faculté d'option**, en faveur de l'enfant, lui permettant de choisir l'une des lois désignées par plusieurs critères (nationalité, domicile des parents ou de l'enfant) peut être envisagée. La faculté de choix de la loi applicable offerte sous forme de droit d'option est une configuration de la règle de conflit orientée qui a démontré son efficacité en d'autres domaines¹⁷ ; l'autonomie de la volonté (choix du droit applicable) est promise à des extensions, que nous estimons bienvenues, en DIP de la famille¹⁸. Par l'octroi d'un droit d'option, il s'agit d'assurer l'application de la législation potentiellement favorable à une partie à protéger ; cette voie nous semble être une piste législative envisageable, mais elle suppose que l'enfant soit assisté et conseillé de façon efficace, afin que le choix soit effectué de façon judicieuse. Dans une règle orientée, du type de l'art. 69 LDIP, l'office du juge tend à assurer cet objectif, en le chargeant du devoir de sélectionner le droit applicable, concrétisant l'intérêt de l'enfant.

Dans la présente affaire, à supposer qu'ultérieurement l'enfant envisage d'agir en désaveu, puis en recherche de paternité contre son père biologique E. (ou ses descendants¹⁹) et à supposer qu'il agisse en Suisse, le rattachement serait toujours celui de la résidence habituelle de l'enfant, la mère n'étant pas de nationalité libanaise de sorte qu'une nationalité commune au sens de 68 al. 2 LDIP n'entrerait pas en ligne de compte. En revanche, selon le for envisagé, une autre loi, désignée par le DIP du for saisi à l'étranger pourrait s'appliquer²⁰, étant relevé qu'une décision émanant de l'Etat national du père agissant en désaveu se fonderait sur un chef de compétence indirecte admis sous l'angle suisse (art. 70 LDIP).

V. Le renvoi (art. 14 LDIP)

C'est un truisme que de poser que la teneur des **dispositions de la LDIP** en matière de renvoi est largement insatisfaisante, comme le démontrent les nombreuses controverses, souvent non résolues, traitées par la doctrine. Indépendamment de la faveur que l'on porte au renvoi, *de lege ferenda*²¹, lorsque le législateur fait le choix de l'introduire de façon générale ou ponctuelle, il serait bien inspiré d'orienter l'interprète dans les méandres de cette institution subtile, notamment en posant clairement les matières couvertes, en précisant s'il intervient au premier degré, au second degré, en donnant des pistes sur le mode d'interruption de la « partie de tennis internationale » du double-renvoi ; ces questions sont traitées, sous l'angle de la technique législative, de façon très insatisfaisante dans la LDIP, les discussions portant sur l'ensemble de ces thèmes, auxquels s'ajoute la controverse quant à la présence de renvois

¹⁶ P. ex. art. 135 al. 2 et 137 al. 2 LDIP.

¹⁷ Voir p. ex. en matière d'actes illicites les art. 135, 138, 139 LDIP.

¹⁸ Voir p. ex., pour le divorce, le règlement UE 1259/2010 « Rome III » art. 5 -7 ; pour les aliments, le Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires, art. 8, repris par le règlement 4/2009 UE, art. 15.

¹⁹ Pour le droit suisse : PHILIPPE MEIER/MARTIN STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., Bâle 2019, p. 103.

²⁰ Le droit international privé pourrait également désigner le droit suisse, directement ou par renvoi.

²¹ Voir notamment, pour une approche nuancée et favorable au renvoi, la résolution « La prise en compte du droit international privé étranger », de l'Institut de droit international (session de Berlin 1999), accessible sur le site de l'IDI : www.idi-ill.org.

implicites ou déguisés²² dans la loi.... A ce jour, la jurisprudence n'a bien souvent pas donné les clés définitives de résolution de ces thématiques.

L'introduction, insérée à la hâte lors du débat parlementaire²³, de l'art. 14 LDIP est à l'origine de bien des incertitudes et de résultats insatisfaisants²⁴. Cette disposition ne s'harmonise pas avec les dispositions spéciales de la loi en matière d'état des personnes. Comme le relevait le regretté Professeur DUTOIT, à la rigueur de ses termes, cette disposition ne vise que le renvoi au premier degré (*Rückverweisung*), soit le renvoi du droit international privé au droit matériel suisse, mais non le renvoi au second degré (*Weiterverweisung*). La doctrine s'interroge sur le point de savoir s'il s'agit d'un silence qualifié du législateur ou d'une lacune. Ainsi cet auteur considère, au nom de l'harmonie internationale des solutions en matière d'état civil, qu'il convient d'opter pour l'existence d'une lacune, sauf à taxer le législateur d'un « chauvinisme helvétique de mauvais aloi »²⁵. Il y a lieu d'examiner dans chaque cas particulier si le renvoi correspond au *ratio* de la disposition en cause. Ainsi, en matière de reconnaissance d'enfants (art. 72 LDIP), la doctrine préconise à juste titre de ne pas prendre en compte le renvoi au premier degré dès lors qu'il conduirait à réduire les rattachements alternatifs favorables à l'enfant mis en place à l'art. 72 al. 1²⁶. La doctrine est aussi partagée quant à la portée à donner à l'art. 14 al. 2 LDIP en matière de filiation par naissance (art. 68-69 LDIP). Selon DUTOIT²⁷, le renvoi au droit suisse doit être admis tout comme le renvoi au deuxième degré. A l'inverse, d'autres auteurs estiment que l'art. 14 al. 2 doit conduire, en matière de filiation, à l'application du seul renvoi au premier degré²⁸. La jurisprudence, guère fournie, semble s'en tenir au seul renvoi au premier degré²⁹. Conscient de la disharmonie à laquelle peut conduire cette solution lorsque la loi de droit international privé de l'Etat désigné (*lex causae*) désigne la loi d'un autre Etat que la Suisse, certains auteurs retiennent différentes hypothèses dans lesquelles l'objectif d'harmonie de l'art. 68 LDIP est suffisamment entravé pour qu'une autre solution s'impose. En ce cas, un recours à la clause exception devrait être envisagé³⁰.

Comme le relèvent à notre avis à juste titre SIEHR/MARKUS³¹, lorsque la loi nationale commune (art. 68 al. 2) est désignée en se plaçant au moment de l'action, un renvoi au droit de la résidence habituelle coïncidant avec celle que l'enfant avait au moment de sa naissance ne devrait pas être pris en compte dès lors que cela reviendrait à annihiler la désignation prévue par l'art. 69 al. 2 LDIP³².

²² P. ex. IVO SCHWANDER, Einführung in das internationale Privatrecht, N 328 ss.

²³ DUTOIT, art. 14 N 12.

²⁴ Voir p. ex. DUTOIT, *ad* art. 14, SCHWANDER, *op. cit.*, N 333-334.

²⁵ DUTOIT, N 12 *ad* art. 14.

²⁶ HEINI/FURRER, ZK IPRG, art. 14 N 38 ; BUCHER, art. 72 N 4 ; DUTOIT, art. 72 N 3, qui admet toutefois le renvoi au deuxième degré.

²⁷ *op. cit.*, art. 69 N 4 ; art. 14 N 12.

²⁸ BUCHER, CR, N 12 *ad* art. 68, mais avec des nuances est d'avis que le renvoi au deuxième degré ne doit pas être pris en compte sauf dans le cas, plutôt rare, où ce droit étranger désigne le droit suisse ; IDEM, RSDIE 2002 285, 288 ; SIEHR/MARKUS ZK-IPRG, art. 68 N 3.

²⁹ ATF 118 II 468, 473 ; *contra* : II^e Cour civile TC NE, 26.7.2001, RJN 2001 137, RSDIE 2002 285.

³⁰ BUCHER, N 12-14 *ad* art. 68 ; voir également IDEM, RSDIE 2002 290.

³¹ Commentaire, art. 69 N 13.

³² Dans le même sens : DUTOIT, N 4.

La thématique du renvoi en droit de la filiation n'est que l'une des illustrations des difficultés auxquelles l'interprète est confronté en matière de renvoi. Les dispositions en la matière devraient à l'évidence être revues lors d'une future révision générale de la LDIP³³.

A la lecture du présent arrêt, le lecteur restera sur sa faim en ce qui concerne le renvoi, dans la mesure où le Tribunal fédéral n'aborde pas cette question de façon explicite et où le recourant n'a pas remis en cause l'interprétation de la Cour cantonale. Le TF, rapportant le jugement cantonal, précise que le droit français est applicable « *sans double renvoi du droit marocain* » (consid. 2.2), ce qui prête à confusion³⁴, le double renvoi ne devant pas être confondu avec le renvoi au second degré. La Cour cantonale excluait bien le renvoi au second degré³⁵. En l'espèce, après avoir constaté, en dépit des allégations de la mère, que l'enfant avait bien sa résidence habituelle au moment de la naissance en France, la Cour cantonale relevait que le droit international privé désigné (la loi française) se référait à la loi personnelle de la mère au moment de la naissance (art. 311-14 CCFr.), soit à la loi marocaine. La Chambre civile a retenu qu'en l'absence de « *Rückverweisung* », le droit français était désigné au titre de la loi applicable de la résidence habituelle de l'enfant au moment de sa naissance (art. 69 al. 1 LDIP)³⁶.

Faut-il en conclure que le Tribunal fédéral se rallie implicitement à la solution de l'instance cantonale, à savoir la seule prise en compte du **renvoi au premier degré**, ce qui suppose que la loi suisse soit désignée par la règle de conflit du système désigné ? Tel nous semble être le cas, mais la Cour fédérale aurait pu le préciser³⁷.

Le renvoi au second degré n'étant pas pris en compte, le risque de **disharmonie** existe entre la solution appliquée devant le for suisse et celle qui pourrait résulter d'une saisine au Maroc, en France ou au Liban. La Cour relève que le droit français permettrait en l'espèce au père de désavouer l'enfant : en droit français, à défaut de possession d'état conforme au titre, l'action en contestation peut être engagée par toute personne qui y a intérêt, cela dans un délai de dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté (art. 321 et 334 CCFr.). A. avait déposé son action en désaveu de paternité dans le délai requis, indépendamment de l'existence ou non d'une possession d'état. Par ailleurs, l'instance cantonale a retenu qu'au vu de l'absence de contestation du fait que l'intimé n'était pas le père biologique de l'enfant, aucune expertise n'était nécessaire pour renverser la présomption de paternité découlant de l'art. 312 CCFr. et démontrer que l'intimé n'était pas le père de cet enfant. Ainsi, le Tribunal de première

³³ Voir p. ex. IVO SCHWANDER, Sollen das schweizerische IPR-Gesetz von 1987 und insbesondere sein Erstes Kapitel (« gemeinsame Bestimmungen » Art. 1-32 IPRG) revidiert werden ?, in SZIER/RSDIE Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht /Revue suisse de droit international et européen RSDIE 2015, p. 347 ss, spéc. 357 ; IDEM, Gutachten zu Fragen des Internationalen Privat- und des Internationales Zivilprozessrecht im Zusammenhang mit der Modernisierung des Familienrechts, établi pour l'OFJ le 25 octobre 2013, accessible sur le site de l'OFJ : <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/publiservice/publikationen/externe/2013-10-25.html>, p. 45-49.

³⁴ ANDREAS BUCHER, Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille, SRIEL/SZIER/RSDIE (ci-après : BUCHER, SRIEL) 2020 p. 432.

³⁵ Arrêt cantonal, consid. 5.3.

³⁶ Arrêt cantonal, consid. 5.3.

³⁷ Même analyse : BUCHER SRIEL 432 ; dans la jurisprudence, voir déjà implicitement l'ATF 118 II 468, 473 consid. 4c, le DIP italien ne renvoyant pas au droit suisse.

instance avait retenu à bon droit que l'action en désaveu formée par l'intimé aurait été *a priori* admise en application du droit français.

On remarquera à ce propos que l'instance cantonale n'a pas examiné si la prise en compte de la **clause d'exception** devait conduire à l'application d'une autre loi, suivant les pistes doctrinales précitées, en examinant les liens que les parties entretenaient avec les différents États pris en considération. Cela étant, en l'espèce, les liens de la cause avec le Maroc étaient relativement faibles (outre la nationalité de la mère, seul un séjour de plusieurs mois était relevé), comparés aux liens qu'elle entretenait avec la Suisse. Quant au Liban (nationalité de E. et domicile de ses enfants), l'on ne saurait considérer qu'il entretenait avec la cause une relation bien plus étroite (art. 15 LDIP) que la Suisse, la filiation n'étant pas établie.

VI. Le moment déterminant : le critère de l'intérêt de l'enfant

a) En général

Il est classique, en matière de filiation, que les conditions de l'action conduisent à l'impossibilité de contester un lien de filiation juridique, alors même que la filiation biologique serait autre, cela de façon patente et non contestée. L'arrêt offre une illustration de cette situation en droit international privé : dans la présente affaire, le délai de péremption du droit suisse, dont la restitution s'avère impossible faute de justes motifs, conduit au rejet de l'action en désaveu. Malgré les éléments d'internationalité que présente l'affaire, le demandeur échoue dans sa tentative de se prévaloir du droit français, la configuration particulière de la règle de conflit conduisant en l'espèce à l'application du droit suisse, soit au même résultat qui découlerait de l'application du droit à une affaire purement interne.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de traiter à quelques reprises de la teneur subtile de l'art. 69 LDIP³⁸. Selon la jurisprudence, la loi qui **permet l'établissement** de la paternité doit être préférée³⁹. Il faut ainsi admettre un intérêt prépondérant chaque fois que le droit de l'État de la résidence au moment de l'introduction de l'action permet de **clarifier le statut** de l'enfant, alors que celui de l'État de la résidence au moment de la naissance ne le permet plus⁴⁰. Le rattachement alternatif de l'art. 69 LDIP tend non seulement à préserver l'enfant de la perte de son droit d'action et des préjudices qui peuvent en découler, mais aussi à augmenter ses chances d'établir sa filiation. Le Tribunal fédéral relève que la notion « d'intérêt prépondérant » de l'art. 69 al. 2 LDIP n'est pas définie, qu'elle vise exclusivement **l'intérêt concret** de l'enfant et ne doit pas être interprétée restrictivement⁴¹. Le second moment doit être « offert à l'enfant », soit pris en compte même lorsqu'il est défendeur à l'action en désaveu de paternité lorsque le premier moment (date de la naissance) lui est défavorable, afin « **d'augmenter ses chances d'établir ou de clarifier sa filiation** »⁴². Enfin, cette disposition n'a pas pour but d'évincer, au nom de l'ordre public, le droit étranger au profit du droit suisse. Pour en juger, il convient de se référer au sort prévisible de la procédure selon les deux moments déterminants.

³⁸ ATF 118 II 468 ; 129 III 288 ; 26.3.2004, 5C.28/2004, 5C.156/1995 du 18 janvier 1996, consid. 2b, publié *in* SJ 1996 p. 512.

³⁹ ATF 118 II 468, 473.

⁴⁰ ATF *in* SJ 1996 512 ss 514 ; TF 26.3.2004, 5C.28/2004, consid. 4.

⁴¹ Cf. BUCHER, CR, N 1 *ad* 69.

⁴² Arrêt 5C.156/1995 précité, consid. 2c.

S'agissant de l'**ordre public**⁴³, celui-ci n'est guère amené à intervenir au vu de la configuration de la règle de conflit, l'intérêt de l'enfant étant pris en compte au titre de l'art. 69 LDIP. Cela étant, à supposer que le ou les droits désignés par les rattachements des art. 68-69 LDIP s'avèrent, dans leur application concrète, contraires aux principes essentiels de l'ordre juridique, tel pourrait être le cas (art. 17 LDIP). On peut songer au droit qui prohibe l'établissement d'une filiation hors mariage⁴⁴.

b) Intérêt de l'enfant dans le contexte des actions en paternité et en désaveu

Dans le cadre d'une **action de l'enfant** tendant à établir sa filiation, la formule jurisprudentielle précitée permet assez aisément de recourir à la détermination de la loi applicable, en fonction du moment de l'action, pour contrer les législations qui poseraient une limitation l'empêchant d'établir un tel lien, par exemple en raison de délais stricts, de la nécessité d'obtenir une autorisation pour ouvrir action (parents, conseil de famille), voire des difficultés liées à la présence de présomptions strictes. A nouveau, à supposer que la prise en compte des deux moments alternatifs (art. 69 LDIP) conduise à des lois prévoyant de tels empêchements prohibitifs, p. ex. des délais ne permettant pratiquement pas l'ouverture d'une action ou la soumettant à des conditions extrêmement strictes, la réserve d'ordre public pourrait être amenée à intervenir. Si, en se plaçant au moment de l'action, la loi désignée, loi du for ou autre loi, ne connaît pas ces écueils, l'intérêt de l'enfant à établir la filiation ou à clarifier le lien de la filiation sera donné. On songe à l'action en paternité de l'enfant, à l'action en désaveu de paternité introduite par l'enfant dans le but de clarifier sa filiation et de l'établir, après jugement, à l'égard de son père biologique. On relève à cet égard que l'action en contestation de la reconnaissance est quant à elle toujours soumise à la loi suisse (art. 72 al. 3 LDIP⁴⁵).

En revanche, lorsque le **père juridique** est le **demandeur** et qu'il entend agir en **désaveu**, la situation présente la particularité de conduire, en cas de bien-fondé, à la suppression du lien de la filiation. Dans cette situation, il est délicat d'apprécier l'intérêt de l'enfant. A supposer que l'action soit ouverte selon le droit posé au moment de l'action, l'intérêt de l'enfant consiste-t-il à voir clarifié le lien de la filiation, la procédure aboutissant à la rupture du lien de filiation avec celui qui n'est pas son père biologique ou faut-il tenir compte de son intérêt, notamment financier, au maintien du lien avec son père juridique ? Faut-il tenir compte de la perspective, après désaveu, de l'établissement d'un lien de filiation avec son père biologique, à supposer qu'il soit connu et qu'une action soit envisageable, étant relevé que les questions de compétence et de droit applicable sont également pertinentes dans un contexte international. L'appréciation de l'intérêt de l'enfant est délicate, comme le met en évidence la présente affaire, dès lors que son intérêt peut résider dans le maintien d'un lien de filiation juridique qui lui offre un statut et une certaine stabilité, mais repose également sur la possibilité d'établir la filiation avec son père biologique⁴⁶, pour autant qu'il le connaisse ou soit en mesure de le connaître. Dans une cause **internationale**, la localisation à l'étranger des

⁴³ BUCHER, CR, art. 68 N 15 ss ; SIMON OTHENIN-GIRARD, *Ordre public*, p. 523 ss.

⁴⁴ OTHENIN-GIRARD, *Ordre public*, p. 527 ; BUCHER, CR, N 16 *ad* 68 LDIP.

⁴⁵ L'art. 260b CC est toujours applicable : BUCHER, CR, N 20 *ad* 72 ; OTHENIN-GIRARD, *Ordre public*, N 846 ; *contra* : DUTOIT, N 9 *ad* 72, selon lequel l'action en contestation d'une reconnaissance effectuée à l'étranger doit être soumise au droit étranger, l'ordre public pouvant intervenir à l'encontre d'un droit ne reposant pas sur le principe de la vérité biologique.

⁴⁶ BUCHER, CR, N 4 *ad* 69.

parties suppose également que soient envisagées les possibilités de procéder à l’instruction (expertises de la filiation, témoignages), le cas échéant par la voie de l’entraide judiciaire internationale.

Selon le Tribunal fédéral, les **conséquences concrètes** de l’admission d’un désaveu pour l’enfant sont déterminantes pour l’appréciation de son intérêt et dès lors pour fixer le moment pertinent pour la désignation du droit applicable, à supposer qu’il ne soit pas le même si l’on se place au moment de la naissance ou de l’action. Selon le TF, il existerait « *a priori un intérêt de l’enfant à voir appliquée la loi du pays où se trouve son centre de vie au moment de l’introduction de la procédure* »⁴⁷. Faute de constatations particulières relatives à l’intérêt de l’enfant, l’on ne peut sans autre admettre que l’intérêt de l’enfant commande de toujours appliquer le droit qui permettrait d’entrer en matière sur l’action en désaveu : dans l’ATF 129 III 288, il avait estimé que l’on ne pouvait d’emblée considérer que l’application du droit suisse, sur la base de l’art. 69 al. 2 LDIP, devait l’emporter sur l’application du droit de la résidence au moment de la naissance de l’enfant, en l’occurrence le droit argentin, du fait que l’action en désaveu de paternité était prescrite selon cette dernière législation. Il avait alors renvoyé l’affaire à la cour cantonale pour apprécier concrètement l’intérêt prépondérant de l’enfant. Ainsi, selon la Cour, bien que subsidiaire, le rattachement de l’art. 69 al. 2 LDIP ne doit pas être envisagé trop restrictivement, à l’aune de l’intérêt de l’enfant et des circonstances particulières. L’intérêt des parents à l’application de l’un des droits et ses conséquences n’est pas pertinent ; l’autorité saisie a le devoir de procéder à un examen des circonstances concrètes (art. 4 CC) que le Tribunal fédéral ne revoit qu’avec une certaine retenue.

Parmi la doctrine, B. DUTOIT⁴⁸ expose sous forme interrogative que, dans un tel cas, l’intérêt à la clarification de la filiation devrait également l’emporter en se demandant si l’intérêt de l’enfant de voir le lien de filiation éclairci peut exister même s’il s’oppose à l’action « pour des raisons contingentes ». A suivre cet auteur, la clarification du lien de la filiation serait réputée être dans l’intérêt de l’enfant, même si elle aboutit à la destruction d’un lien de filiation qui lui apporte une certaine stabilité dans son lieu de vie ; l’ATF 129 précité serait sous cet angle critiquable, l’intérêt de l’enfant étant donné en faveur de la loi suisse, qui permettait de ne pas déclarer prescrite l’action en désaveu, alors qu’elle l’était sous l’angle du droit argentin.

Quelles que soient les réserves que l’on peut émettre quant au développement d’une filiation sociale potentielle dans les présentes circonstances, il semble indiqué, pour aboutir à une décision conforme à l’intérêt de l’enfant, d’effectuer une appréciation concrète de ces intérêts, en tenant compte notamment de son intérêt au maintien de la paternité juridique, eu égard à ses besoins présents, de même que de la perspective de reconnaissance du jugement suisse à l’étranger⁴⁹, point que le Tribunal fédéral ne met guère en évidence. Il n’est pas certain que la voie préconisée par B. DUTOIT permette d’assurer une appréciation concrète des intérêts de l’enfant notamment au regard de la possibilité d’établir une filiation avec son père biologique à l’issue de la procédure de désaveu. Quant à la solution qui découle de la présente affaire, les « contingences » évoquées par cet auteur nous paraissent devoir être

⁴⁷ Consid. 4.1, se référant à l’arrêt 5C.28/2004 précité.

⁴⁸ DUTOIT, Commentaire, art. 69 N 3.

⁴⁹ En ce sens IVO SCHWANDER, in Schnyder/Vogt/Honsell (édit.), Internationales Privatrecht (IPRG), Basler Kommentar (BSK-IPRG), N 6 ad 69 ; BUCHER, CR, N 4 ad 69 LDIP.

qualifiées d'éléments fondamentaux pour la situation pratique et concrète de l'enfant, tenant à la stabilité de ses conditions de vie.

c) Pesée des intérêts en l'espèce

Le Tribunal fédéral s'en tient à une approche concrète axée sur l'intérêt de l'enfant. L'arrêt complète ainsi l'ATF 129 précité qui laissait le lecteur sur un sentiment inabouti du fait du renvoi à l'instance cantonale. En l'espèce, les arguments retenus par la cour cantonale remportent la conviction de la Cour fédérale qui ne manque toutefois pas de souligner que l'autorité dispose d'une marge d'appréciation.

Le recourant ne s'en prenait pas aux critères pris en considération par la cour cantonale, mais à leur appréciation concrète au regard de l'intérêt de l'enfant. Il s'agissait en premier lieu de l'intérêt de l'enfant à garder son **nom** de famille. Les arguments du recourant tenant au futur divorce de la mère et au fait qu'il n'avait pas toujours été élevé avec son frère aîné avec lequel il avait une grande différence d'âge ne sont guère convaincants au regard de l'intérêt propre de l'enfant à continuer de porter le nom sous lequel il avait été individualisé depuis sa naissance, l'enfant ayant sept ans, à l'école et dans ses interactions sociales. Son intérêt à porter le même nom de famille que son demi-frère maternel était également un élément à prendre en compte.

S'agissant de son intérêt à conserver la **nationalité** suisse qu'il perdrait en cas d'admission du désaveu, ne disposant alors plus que de la nationalité marocaine, les arguments du recourant sont rejetés, l'intérêt de l'enfant étant manifeste. L'issue d'une demande de naturalisation n'était en outre pas garantie⁵⁰. A cela s'ajoutait le fait qu'en cas d'admission, l'enfant ne disposerait alors plus de **titre de séjour** en Suisse, la mère n'ayant ni nationalité suisse ni permis d'établissement en Suisse⁵¹, ce qui l'exposait à devoir quitter son environnement social notamment scolaire, néfaste à la stabilité nécessaire à son développement.

S'agissant du développement potentiel d'un **lien socio-affectif** avec le recourant et à maintenir son centre de vie en Suisse, le recourant faisait valoir que l'enfant pourrait tenter de faire établir un lien de filiation avec son père biologique. Le TF confirme l'approche de la Cour cantonale en relevant que celui-ci étant décédé, le mineur n'aura pas la possibilité de construire un lien d'identification paternelle avec lui et souffrira d'un vide à cet égard. Selon la Cour, le lien socio-affectif avec le recourant ne peut être exclu, en dépit des circonstances qui étaient de nature à faire fortement douter de l'établissement futur d'une telle relation. L'action en désaveu démontrait la volonté du demandeur de rompre tout lien juridique avec l'enfant ; son domicile au Canada et surtout son refus exprès de s'impliquer dans la vie de l'enfant étaient également relevés. Selon la Cour, l'intérêt de l'enfant revient à pouvoir conserver « la **possibilité de construire** un tel lien », de sorte que l'approche de la Cour cantonale était pertinente. La Cour cantonale avait également relevé⁵², s'agissant d'une action en paternité de l'enfant à l'égard du père biologique, qu'il n'était pas certain que sa famille (frères et sœurs et enfants) établie au Liban collaborerait à une procédure et que l'accord liant la Suisse au Liban (Accord du 31.10.2005 concernant la coopération en certaines matières familiales, RS 0.211.230.489) ne mettait à disposition qu'une Commission mixte visant à

⁵⁰ Arrêt cantonal, consid. 5.6.2.

⁵¹ La mère disposait d'un permis B (arrêt cantonal consid.5.6.2).

⁵² Consid. 5.6.2.

œuvrer dans le but de trouver des solutions amiables aux litiges concernant les enfants ; dès lors, l'on ne pouvait admettre que l'enfant pourrait facilement engager et mener à Genève une procédure judiciaire en constatation de paternité à l'encontre des ayants droit libanais du père biologique. Le demandeur qui supportait le fardeau de la preuve sur ce point échouait dans cette démonstration.

S'agissant des **aspects patrimoniaux** (entretien et autres expectatives pécuniaires, notamment successorales), retenus par la Cour cantonale, le TF ne s'y arrête guère, en retenant qu'il s'agissait de l'un des aspects de l'intérêt de l'enfant, s'ajoutant aux autres circonstances.

Enfin, le TF ajoute, en admettant que la Cour de justice n'a pas excédé son pouvoir d'appréciation, que le rattachement à la loi suisse correspond à la loi du pays où se trouve le **centre de vie effectif** de l'enfant depuis 2015 au plus tard, à savoir la Suisse, et qu'il permet l'application d'une loi unique à la contestation et aux effets de la filiation (art. 83 al. 1 LDIP⁵³), étant relevé qu'antérieurement, le recourant avait tergiversé et finalement renoncé à déposer son action en désaveu de paternité en France.

Le TF relève enfin que les intérêts concrets de **l'enfant** concernant sa filiation sont préservés, dès lors qu'en vertu de l'art. 256c al. 2 CC, celui-ci conserve la **possibilité d'introduire lui-même l'action en désaveu de paternité** pendant toute sa minorité et pendant une année après avoir atteint la majorité 256c al. 2 CC⁵⁴. L'enfant n'est pas désavantagé non plus s'agissant du droit à connaître ses origines, origines qu'il connaissait au demeurant.

d) Appréciation

En l'espèce, la Cour avait de bons arguments pour considérer que l'intérêt de l'enfant tendait au maintien de la relation de filiation purement juridique et donc au rejet de l'action en désaveu du père. Il semble acquis, sur la base de cet arrêt, que le point de vue de B. DUTOIT⁵⁵ ne sera pas retenu par le Tribunal fédéral, l'absence du moindre doute en l'espèce sur l'absence de lien biologique entre le demandeur et l'enfant ne faisant pas obstacle au maintien de la filiation et au rejet de l'action en désaveu, sur la base du régime prévu par le droit suisse en matière de délai pour agir.

Sous l'angle de la relation socio-affective, on peut sérieusement s'interroger quant à l'avenir de la relation que l'enfant pourrait établir avec son père juridique. Il est probable que celui-ci, au vu de la réponse apportée à ses objections, ne sera que peu enclin à nouer une relation affective durable avec un enfant dont il sait pertinemment, tout comme celui-ci et l'ensemble des intervenants, qu'il n'est pas le père biologique, mais dont il reste le père juridique avec les conséquences, notamment financières, que cela entraînera pour lui.

Il est permis de s'interroger sur le point de savoir s'il est véritablement dans l'intérêt de l'enfant de maintenir une relation purement juridique alors qu'il est patent qu'elle ne coïncide pas avec sa filiation biologique et que le contexte relationnel semble peu propice à l'établissement ou au développement d'une véritable relation sociale et effective. L'allusion

⁵³ Sur cet aspect en lien avec le moment déterminant de l'art. 69 LDIP, cf. BUCHER, CR N 2 *ad* 69.

⁵⁴ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, Droit civil suisse, 6^e éd., 2019, n° 102 note 224 ; OLIVIER GUILLOD, Commentaire romand CC I, art. 263c N 6.

⁵⁵ *Supra*, p. 13.

aux attentes successorales (consid. 4.3) de l'enfant nous semble guère de nature à apaiser la relation et à permettre d'établir à l'avenir un cadre relationnel serein, c'est le moins que l'on puisse dire ! L'établissement du demandeur au Canada après le prononcé cantonal prive de portée l'argument de la Cour cantonale, alors pertinent, quant à la proximité du demandeur avec l'enfant.

Cela étant, la réflexion de la Cour cantonale et du Tribunal fédéral quant au développement potentiel d'une relation est soutenable, quand bien même l'on estime que le pari pris sur cette option optimiste est risqué. Par ailleurs, les autres éléments concrets mis en évidence par le Tribunal fédéral, portant sur le nom de l'enfant et sa nationalité, nous semblent démontrer que cette approche est raisonnable, ce d'autant que l'enfant, dans l'hypothèse où il estimerait qu'une telle démarche est dans son intérêt, conserve la possibilité d'ouvrir une action en désaveu ; l'action propre de l'enfant en désaveu semble conforter la position du Tribunal fédéral, mais l'argument est d'une portée réduite compte tenu des composantes internationales et de l'absence de certitude, à ce stade, quant à la présence d'un for en Suisse lors de l'ouverture de l'action de l'enfant⁵⁶ et au droit applicable. En cas d'introduction de l'action en Suisse, l'action serait recevable en application du droit suisse (art. 256c al. 2 CC) ou du droit français, l'enfant disposant de 10 ans, le délai étant suspendu pendant sa minorité (art. 321 CCFr.). En cas de modification de la résidence, le droit français s'appliquerait néanmoins (art. 69 al. 1 LDIP). La reconnaissance du jugement, préalable à une éventuelle action en paternité de l'enfant, dépend de l'accueil dans l'Etat considéré et non de la LDIP. Par ailleurs, rien ne permet d'assurer qu'un juge étranger éventuellement saisi suive un raisonnement similaire, une autre règle de conflit de lois pouvant s'appliquer.

On ne peut exclure qu'une évolution se manifeste, dans la jurisprudence de la Cour EDH, en ce qui concerne les droits du demandeur, père juridique, à faire constater judiciairement que la paternité juridique est erronée, pour autant que la Cour admette qu'ils relèvent également des droits tirés de l'art. 8 CEDH. Dans la balance des intérêts, en l'état actuel, l'intérêt de l'enfant au maintien d'une filiation juridique prime manifestement sur ceux du demandeur.

Les parties et leurs mandataires seront bien inspirés de tenir compte, dans le contexte international, des subtilités qu'implique la mise en œuvre des art. 68 et 69 LDIP, afin d'exercer à temps des choix procéduraux lourds de conséquences, qu'il s'agisse du for ou du droit applicable en termes de respect des délais⁵⁷. Du fait de la tardiveté à agir du demandeur, l'enfant peut faire obstacle à un désaveu qui aurait prospéré, en application du droit suisse, si le demandeur avait agi à temps, l'art. 69 LDIP conduisant en ce cas à l'application de droits admettant tous deux l'absence de péremption. Il en aurait été de même s'il avait agi en France, un jugement français reposant sur un chef de compétence indirecte (art. 70 LDIP,

⁵⁶ BUCHER, SRIEL 2020 433 qui relève également qu'il faudra trouver un juge qui partage l'analyse du TF relative à l'art. 69 al. 2 LDIP.

⁵⁷ Pour une action en paternité *post mortem* ouverte en Israël après une naturalisation en Israël, le droit applicable ne prévoyant pas la limitation dans le temps de l'art. 308a CC, voir ATF 130 III 723, ne retenant pas la fraude à la loi ; voir, pour des analyses critiques sur ce point en lien avec la naturalisation : BUCHER, RSDIE 382-383, DUTOIT, Commentaire, art. 70 N 4 ; SIMON OTHENIN-GIRARD, Federal Tribunal, April 6th 2004, ATF 130 III 723 A. X. - Recognition of an Israeli judgment of paternity in Switzerland – Circumvention of the law (fraude à la loi) ? (commentaire d'arrêt), YPIL Yearbook of Private international law volume VII (2005), p. 283-288.

nationalité du père) et pouvant être reconnu ; cela supposerait que la loi désignée par le DIP français, soit la loi marocaine, ne prévoit pas la péremption de l'action⁵⁸.

Le demandeur regrettera probablement d'avoir tergiversé à agir, tout d'abord en France, puis après le dépôt de son action en divorce, le retard pris pour déposer l'action en désaveu ne pouvant être justifié à suffisance de droit, dans le cadre de l'application des principes posés par la jurisprudence en matière de restitution des délais pour justes motifs. Il n'est pas exclu que le demandeur, dorénavant établi au Canada, envisage d'autres démarches pouvant présenter un intérêt pour lui, en fonction de la localisation de ses actifs et de son domicile. On ignore en effet quels éléments patrimoniaux pourraient conduire en l'état à une exécution forcée en Suisse ou dans tel autre Etat dont les règles accueilleraient avec bienveillance le jugement suisse.

VII. Péremption de l'action en application du droit suisse

Dans une motivation subsidiaire, le père soutenait qu'il devait se voir restituer le délai de l'art. 256c al. 1 CC. Il admettait certes avoir eu des doutes sur sa paternité en avril 2012, mais estimait n'être alors pas soumis au délai du droit suisse, les parties vivant en France ; n'ayant pris connaissance qu'en février 2015 du domicile en Suisse de l'enfant et de sa mère, il avait alors eu la possibilité d'ouvrir action dans ce pays, ce qui justifierait une restitution du délai.

Selon le TF, la notion de « **justes motifs** », que le juge apprécie au regard des circonstances de l'espèce (art. 4 CC), doit être **interprétée strictement**. Il incombe au demandeur d'agir avec toute la **célérité** possible dès que la cause du retard a pris fin, en principe, au maximum dans les cinq semaines qui suivent la fin de la cause du retard, sauf circonstances exceptionnelles, telles que la maladie ou une période de vacances.

En l'espèce, le recourant n'avait pas agi dans le délai relatif de péremption de l'art. 256c al. 1 CC, ayant connaissance de la naissance de l'enfant immédiatement et du fait qu'il n'était pas le père au plus tard en juin 2012 vu son intervention auprès de la Direction cantonale de l'Etat civil. Or, le *dies a quo* du délai de péremption ne dépend pas d'autres éléments. Le TF admet toutefois que l'incertitude concernant le lieu de domicile de l'enfant, et donc le droit applicable à l'action en désaveu de paternité, peut constituer un « juste motif » de l'art. 256c al. 3 CC, à la condition qu'une fois le motif disparu, l'action soit effectivement introduite sans retard.

Nous ne pouvons qu'approuver la **sensibilité à la composante internationale** qu'exprime le Tribunal fédéral, en application du droit suisse : il nous semble en effet indiqué de tenir compte dans une large mesure du fait qu'un intéressé confronté à des incertitudes quant au for et/ou au droit applicable ne doit pas subir de perte de son action ou d'autres désagréments du fait des difficultés liées à la mise en œuvre du contentieux de la filiation en présence d'éléments d'extranéité. A nos yeux, cette règle, qui se réfère aux règles du droit et

⁵⁸ Le Code marocain de la famille admet l'expertise judiciaire (art. 151, 158) mais n'évoque pas les délais. L'action n'est ouverte qu'au père (art. 153) ; l'ordre public pourrait s'opposer à cet empêchement à agir de l'enfant et de la mère.

de l'équité (art. 4 CC), doit permettre une appréciation conforme aux buts du DIP lorsque le droit matériel suisse est désigné et que l'affaire est internationale⁵⁹.

En l'occurrence, le retard du recourant à agir était évident, celui-ci ayant attendu plusieurs mois après avoir obtenu la confirmation du domicile en Suisse de son épouse, du fait de la notification de la procédure de divorce, avant d'ouvrir action en désaveu. En substance, s'agissant de l'examen du respect des délais pour agir en désaveu, le Tribunal fédéral scelle le sort du recours dans la ligne d'une jurisprudence constante. Le domicile en France du recourant ne lui permettait pas d'expliquer le retard pris pour le dépôt de son action en désaveu ; comme le relève le TF, les parents s'opposaient déjà en procédure dans un contexte franco-suisse ; en outre, le recourant était né en Suisse, s'y était marié et y avait vécu jusqu'en 2009 ; par ailleurs, le fait qu'un projet de même nature avait déjà été préparé antérieurement par une avocate française, démontrant que le demandeur était conscient de la nécessité d'agir en justice, a pesé défavorablement dans la balance. Le recourant avait laissé s'écouler neuf mois entre le moment où il a levé ses doutes quant au domicile en Suisse de l'enfant et le dépôt de sa demande, mais tentait de faire valoir qu'une fois certain du domicile en Suisse, il devait encore s'informer sur les délais d'ouverture de l'action en désaveu de paternité selon le droit suisse. Au vu de la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière, il appartenait au recourant, assisté d'un mandataire dans la procédure matrimoniale de se renseigner sur cette question.

S'agissant de la compatibilité de cette jurisprudence à la CEDH, qui n'était pas invoquée par le recourant, celui-ci se limitant à affirmer être en situation d'obtenir une restitution de délai, on renverra le lecteur à l'ATF 5A_541/2017, 10 janvier 2018, consid. 4.3⁶⁰.

Cela étant, on peut relever que, dans un cas de retard à agir moins manifeste, le TF aurait pu être amené à examiner si l'intérêt de l'enfant au maintien du lien de la filiation devait également être pris en compte pour examiner les justes motifs de restitution et, son intérêt étant au maintien, à refuser la restitution pour ce motif⁶¹. Selon une appréhension clairement orientée sur l'intérêt de l'enfant, il conviendrait, dans l'analyse des justes motifs de restitution du délai, de prendre en compte des considérations liées au développement de l'enfant et à sa prise en charge économique, faute d'assurance d'établissement d'un lien de la filiation après désaveu, ces éléments pouvant faire pencher la balance pour un refus de restituer le délai, de

⁵⁹ Cf. pour les justes motifs de l'art. 30 aCC et les motifs légitimes de l'art. 30 CC, SIMON OTHENIN-GIRARD, Droit international privé/Droit matrimonial, Annexe Ic, N 61-63, p. 1873-1875.

⁶⁰ Voir Newsletter droit matrimonial février 2018 ; voir également parmi d'autres MEIER/STETTLER, N 94 et note 192. Selon la CourEDH, les règles relatives à la filiation juridique entre un père et son enfant concernent la vie privée des personnes impliquées, dont le respect est garanti par l'art. 8 CEDH. Le fait de prévoir des délais pour contester la paternité n'est pas, en soi, contraire à la CEDH. Toutefois, une application stricte de tels délais peut entraver l'exercice des droits garantis par la CEDH. Pour savoir si la convention est violée dans un cas d'espèce, il faut procéder à une pesée des intérêts en présence, à savoir l'intérêt à la protection de l'enfant, l'intérêt à assurer la clarté et la stabilité des rapports issus du droit de la famille, ainsi que l'intérêt à permettre l'examen de la paternité douteuse (consid. 4.3).

⁶¹ Voir TF, 16.3.2006, 5C.292/2005, cité par GUILLOD, CR-CC I, art. 256c N 9 ; voir également ATF 136 III 593 : « L'intérêt de l'enfant ne doit pas être compris comme une condition supplémentaire qui serait mise à l'admission d'une restitution du délai pour ouvrir l'action du père en contestation de la reconnaissance de paternité. Il intervient comme un élément d'appréciation lorsque les circonstances ne suffisent pas à fonder un juste motif. Si, dans une telle hypothèse, il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant que la question du lien de filiation soit tout de même éclaircie, la restitution doit être refusée ».

façon à éviter la destruction du lien de la filiation⁶². Une telle approche, fondée sur l'équité, est jugée injustifiée, en droit interne, par MEIER/STETTLER, estimant qu'elle prive le père de son droit à faire cesser une paternité juridique erronée, ces auteurs soulignant que ce droit relève également de la protection de la vie privée et familiale du père juridique au sens de l'art. 8 CEDH⁶³ ; la jurisprudence actuelle de la Cour européenne est peu sensible à cet aspect. Il est vrai qu'on peut juger que le maintien d'une telle filiation juridique constitue une forme de sanction de la négligence du demandeur dans la gestion de délais de procédure, alors qu'un tel lien relève également de l'identité personnelle, de la vie privée et familiale du père juridique et qu'elle ne se limite pas aux seuls aspects patrimoniaux. Une telle configuration n'est guère propice au développement envisagé d'un lien socio-affectif entre le père échouant dans son désaveu et l'enfant d'un tiers.

En matière internationale, et pour ces raisons, l'intérêt de l'enfant étant déjà déterminant au travers de la formulation de la règle de conflit, il semble délicat d'en assurer la prise en compte au stade de l'examen de la demande de restitution du père agissant en désaveu.

Le TF n'a pas non plus eu à traiter, faute de grief à ce propos (et de conclusions en ce sens dans la procédure), de la thématique du droit du père à une action *sui generis*⁶⁴.

En conclusion, l'arrêt commenté offre une belle illustration de la règle complexe des art. 68 et 69 LDIP et pose un jalon supplémentaire quant à l'interprétation à donner à la notion matérielle de l'intérêt de l'enfant, en lien avec l'action en désaveu de paternité du père. Seule une pesée concrète de l'intérêt de l'enfant permet d'appliquer la règle de conflit complétée par son annexe posant le moment déterminant pour l'application des critères de rattachement. En ce qui concerne le délai de péremption du droit suisse, l'arrêt confirme une jurisprudence bien consolidée.

⁶² GUILLOD, CR-CC art. 256c N 9 ; OLIVIER GUILLOD/SABRINA BURGAT, Les actions tendant à la destruction du lien de filiation, spécialement l'action en désaveu de paternité, in *BOHNET*, Quelques actions en annulation, 2007, p. 51 ss, spéc. N 112 ss, sensibles pour des considérations d'équité et liées à la situation économique de l'enfant, à la préservation du lien de la filiation dans l'intérêt de l'enfant mineur.

⁶³ MEIER/STETTLER, p. 62 N 198 et la jurisprudence évolutive citée.

⁶⁴ ATF 134 III 241 par analogie, action en « infirmation de sa descendance », qui permettrait, à supposer qu'elle soit admise, et que le demandeur en remplisse les conditions, d'obtenir une expertise ADN (pour une analyse détaillée de ce moyen, voir p. ex. MEIER/STETTLER, N 517 ss, spéc. N 521.