

DU RECEL DE LA NAISSANCE

*(A propos de l'Arrêt du 13 octobre 1966 de la Cour de Paris
et du Jugement du 3 novembre 1969 du Tribunal de 1^{re} Instance
de Tananarive)*

par

René RARIJAONA

*Chargé de Cours à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques
de l'Université de Madagascar.*



La Cour de Paris, saisie d'une question de désaveu par preuve de non-paternité, rencontre une fois de plus les difficultés nées de la rédaction assez défectueuse de l'art. 313, al. 1^{er} du Code Civil. La notion de recel de naissance qui est au cœur des problèmes l'oblige d'une part, à prendre une position plus nette sur le point de savoir si le recel de naissance implique ou non la preuve d'une intention frauduleuse. Une telle recherche l'amène inmanquablement à apprécier l'attitude de la femme. D'autre part, la Cour repose la question encore débattue relative à la preuve distincte de l'adultère de la femme pour admettre l'action en désaveu.

Les époux Pages, en instance de divorce, sont légalement séparés depuis l'ordonnance de non-conciliation du 12 mai 1961. Un enfant est né le 12 mars 1962, soit plus de 300 jours après qu'ils aient eu une résidence séparée. Toutefois, malgré cette séparation légale, il résulte des déclarations d'un témoin qu'il y eut « réunion de fait » entre les époux et ce, au cours de la période légale de conception comprise entre le seize mai et le treize septembre 1961.

Sur l'acte de naissance de l'enfant, le domicile conjugal fut fausement indiqué comme le domicile commun des époux. De plus, le sieur Pages n'aurait été tenu au courant de la naissance de l'enfant que trois ou quatre mois après l'événement.

Le mari avait alors introduit une action en désaveu de paternité. Mais comme il n'avait signifié à sa femme l'acte extra-judiciaire de désaveu qu'un mois et quelques jours après la venue au monde de l'enfant, son action, en la forme, n'était recevable que sur le fondement de l'art. 316, al. 2 et 3.

S'étant vu, en outre, opposer la fin de non-recevoir tirée du « rapprochement de fait », seule lui est ouverte la voie normale prévue par l'art. 313, al. 1^{er}. (Sur la réunion de fait entre les époux, art. 313, al. 3. Voy. Paris, 21 juin 1963. D. 1964. 434, note GHESTIN).

Les motifs de cet arrêt avant-dire droit méritent de retenir l'attention en raison des questions agitées. L'arrêt annonce une nouvelle contribution à la jurisprudence qui s'est élaborée autour de l'art. 313 du Code Civil.

Aux excellentes remarques de M. le Président BOULBES (les deux cas où l'enfant peut être désavoué par simple dénégation, J.C.P. 1968.I.2144 ; obs. sous Paris 1^{er} Ch. Suppl. 13 octobre 1966 et note J.C.P. 1968.II.15382), on ajoutera de brèves observations pour marquer l'importance de l'arrêt de la Cour de Paris. La solution qu'il préconise et les problèmes qu'il soulève seraient de nature à éclairer les juridictions de Madagascar appelées à appliquer, soit l'article 313, al. 1^{er} du Code Civil français, soit les articles 9 et 10 de la Loi malgache n° 63-022 du 20 novembre 1963 (Recueil des Lois Civiles, T. I, Tananarive, 1964, p. 164). C'est d'autant plus utile qu'en droit traditionnel malgache, le désaveu de paternité n'existe qu'« à l'état diffus, inorganisé ». (Recueil des Lois Civiles, p. 65). Faute de réglementation, sa mise en œuvre devant les Tribunaux a été impossible (Arrêt Cour d'Appel de Madagascar, n° 107 du 31 juillet 1941, Recueil d'Arrêts Thébault, p. 87). La seule issue pour le père prétendu a été d'user de son droit de rejet contre l'enfant. Le droit malgache moderne du désaveu s'est inspiré assez largement du droit positif français.

Dans l'affaire soumise au Tribunal de 1^{er} Instance de Tananarive, les faits sont simples : le sieur X... introduit une action en désaveu contre l'enfant F... né à Paris le 15 novembre 1966, et déclaré à l'état civil du 15^e Arrondissement comme étant né de lui et de dame Y... son épouse ; l'enfant est venu au monde 130 jours après l'ordonnance autorisant la résidence séparée. X... soutient avoir ignoré la grossesse et la naissance ; celle-ci n'a été portée à sa connaissance que par une lettre émanant de l'avocat de dame Y... et datée du 16 octobre 1967. Le Tribunal de Tananarive qui a à faire application des dispositions du Code Civil français dont relèvent les parties exige que soient rapportées d'une part, la preuve de la séparation de fait des époux et,

d'autre part, celle des infidélités de la femme « tant avant le mariage que par la suite... ». A l'exception de la « réunion de fait », les données des problèmes soumises à la juridiction malgache rappellent celles posées à la Cour de Paris. Elles invitent aux mêmes réflexions théoriques et pratiques. Nombreuses sont d'ailleurs, depuis peu, les actions de désaveu de paternité portées devant le Tribunal de Tananarive (jugement n° 566 du 13 mars 1969 — enfant conçu au cours de la séparation des époux ; jugement n° 641 du 24 mars 1969 — constat d'adultère et recel de naissance ; jugement n° 721 du 2 avril 1969 ; jugement n° 783 du 14 avril 1969 — désaveu pour cause d'éloignement ; Procédure en cours n° 2166/69, 1^{er} ch. séparation de fait, recel de naissance — expertise sérologique).

On comprend dès lors l'intérêt suscité par l'arrêt de la Cour de Paris sur lequel portera en grande partie nos observations. Sur le plan juridique, l'intérêt de cette décision réside dans le fait qu'elle semble vouloir faire montre d'indulgence en ce qui concerne la preuve de l'intention frauduleuse en cas de recel de la naissance au sens de l'article 313, al. 1^{er} du Code Civil lorsque, comme en l'espèce, l'enfant a été conçu postérieurement au jour où l'obligation de cohabiter a pris fin. Elle se distingue par une sévérité en exigeant la preuve distincte et indépendante de l'adultère de la femme, une fois le recel établi. Sur ce second point, la doctrine et la jurisprudence vont donc continuer à rester divisées.

C'est pourquoi il convient d'examiner d'une part, la preuve de l'intention frauduleuse en cas de désaveu par preuve de non-paternité (I), d'autre part, le débat qui s'instaure autour de l'exigence d'une preuve distincte de l'adultère (II).

I. — LE RECEL DE NAISSANCE ET LA PREUVE DE L'INTENTION FRAUDULEUSE

On sait que lorsqu'il s'agit de décider s'il y a ou non recel de naissance, la tâche du juge est d'interpréter le comportement de la femme. Il va donc prendre en considération un ensemble de données qui s'ordonnent autour du silence de la femme (A) et de l'état d'ignorance du mari (B) pour essayer d'en déduire l'intention frauduleuse.

A — LE SILENCE DE LA FEMME

Trois aspects de la question peuvent être envisagés : l'objet du silence, la durée du silence et les circonstances qui entourent le silence.

1) *L'objet du silence.*

L'interprétation littérale de l'article 313, al. 1^{er} conduit tout naturellement à n'exiger que la preuve du recel de naissance de l'enfant. Le mari s'exposerait, dans une telle conception, à perdre son droit d'agir si la femme réussissait à lui dissimuler sa grossesse et se contentait, au dernier moment, d'annoncer la mise au monde de l'enfant. Aussi, la jurisprudence, approuvée par la doctrine, a-t-elle admis, de longue date, l'assimilation du recel de grossesse au recel de naissance. (Req. 7 janvier 1850, D.1850.1.5, rapport Mesnard, S.1850.1.113, note Devilleneuve). AUBRY et RAU, T. IX, § 545 et note 54. — Rev. trim. de droit civil, 1953, p. 517, obs. de M. Lagarde). L'attitude de la femme qui cache sa grossesse au mari est aussi étrange que celle qui consiste à dissimuler la naissance. Il pourrait d'ailleurs en être de même lorsque la femme tait le fait matériel d'accouchement (Paris, 19 janvier 1941, J.C.P. 1941.1683, note Desbois).

2) *La durée du silence.*

Dans notre première espèce, la dame Pages aurait annoncé la naissance trois ou quatre mois après l'événement. Cette sorte de devoir d'information entre époux se conçoit aisément lorsqu'ils sont encore tenus par un lien de mariage. (CARBONNIER, Droit Civil, T. II, éd. 1969, n° 70, p. 217). Ce devoir devrait être maintenu durant l'instance en divorce pour éviter que l'enfant ne fasse l'objet d'une action en désaveu injustifiée. Le devoir d'informer sera-t-il plus lâche en cas de rupture du lien matrimonial ? La durée du silence n'est pas toujours révélatrice de la volonté de dissimuler. Un silence persistant peut provenir

de l'intention délibérée de cacher l'événement comme il peut résulter d'un empêchement, d'une négligence, d'une insouciance. En dernière analyse, la durée du silence, pour être déterminante, sera laissée à l'appréciation souveraine du juge, compte tenu des circonstances qui ont entouré la dissimulation.

3) *Les circonstances qui entourent le silence.*

Dans certains cas, le recel consiste dans la dissimulation de la naissance qui se concrétise par l'inscription de l'enfant sous un faux nom ou sous le nom de la mère à l'état-civil.

Il faut observer qu'au regard de la preuve de cette volonté de dissimuler la naissance ou la grossesse, le mari doit démontrer que sa femme lui a intentionnellement et par fraude caché l'événement. On conçoit que cette preuve soit rigoureuse tant que subsiste le devoir de cohabitation. En effet, dans cette hypothèse, la présomption de paternité joue encore avec force. Il n'en est plus ainsi, dans l'hypothèse inverse, lorsque les époux ne sont plus tenus d'un tel devoir et que celui-ci a pris fin, comme dans les deux espèces, par une décision de justice. La position de la Cour de Paris, de ce chef, mérite approbation.

Mais des difficultés peuvent surgir, lorsqu'il y a lieu de découvrir chez la femme la volonté de dissimuler à son mari la naissance de l'enfant. Or, la preuve du recel est une condition de recevabilité, quant au fond, de l'action en désaveu par preuve de non-paternité et la Cour de Cassation exerce un contrôle sur la définition même du recel (Civ. 30 octobre 1961, Bull. Civ. 1961.I, n° 493, p. 388 ; D. 1961 J.702, note G. Holleaux, Rev. trim. Droit Civil, 1962.295, Obs. de M. Desbois). Le mari devra faire état d'actes positifs qui donneront une coloration de suspicion au silence.

Quels sont dès lors les éléments susceptibles d'être retenus ?

Ce qui paraît sûr, c'est que le silence de la femme à lui seul ne suffit point à caractériser le recel de la naissance. La Cour de Cassation avait déclaré dans un arrêt du 19 octobre 1959 (C.P. 1959.2.295) que le silence de l'épouse ne saurait constituer le recel de la naissance ou de la grossesse que s'il procède de « la volonté consciente et délibérée de soustraire ces faits à la connaissance du mari ». (Civ. 1, 29 février 1960, Bull. Civ. 1960.I, n° 132 ; Civ. 1, 14 novembre 1960, Bull. Civ. 1960.I. 491).

Dans ce dernier arrêt, la Chambre Civile rappelle l'exigence de « la preuve d'une volonté consciente et délibérée de fraude chez la

femme ». Conformément à cette jurisprudence, la Cour de Paris prend soin de ne pas se contenter de relever le seul fait du silence de la femme. Elle s'est efforcée en outre de découvrir la volonté de la femme de dissimuler la naissance à son mari. C'est sur ce plan alors que l'appréciation et l'interprétation de l'attitude de la femme se sont révélées malaisées. La Cour de Paris a estimé que le « fait pour celle-ci d'avoir mentionné faussement sur l'acte de naissance le domicile conjugal comme domicile commun des parents de l'enfant alors que, depuis dix mois, ils vivaient légalement séparés, est, en l'espèce, suffisant, ainsi que l'ont dit les premiers juges, pour convaincre la Cour de l'intention délibérée pour dame Pages de cacher, tout au moins le plus longtemps possible, à son mari, la venue au monde de l'enfant ».

En effet, la mère a déclaré l'enfant à l'état-civil sous le nom du mari. Ce n'est d'ailleurs pas la première fois que la Cour de Paris a eu à admettre que la preuve du recel de la naissance pouvait résulter de la fausse indication sur l'acte de naissance du domicile des parents (Paris, 1^o ch. Supp. 22 novembre 1963, inédit). La fausse indication du domicile conjugal serait peut-être inspirée par la conviction d'adultérinité. Elle révélerait probablement, de la part de la femme, l'intention frauduleuse. Aussi, la Cour a-t-elle estimé que cette attitude de la mère est d'autant plus suspecte que l'obligation de cohabiter est suspendue.

L'arrêt de la Cour de Paris se situe donc dans la ligne de la jurisprudence contemporaine dont la rigueur est loin de s'atténuer. Il revient au mari de rapporter la preuve d'une volonté de dissimulation de la part de la mère. (Civ. 1, 25 octobre 1961, Bull. Civ. 1961.I.381 ; 30 octobre 1961, précité ; Riom, 4 avril 1962, D. 1962.577, note Colombet ; 2 février 1966, Bull. Civ. 1966.I n^o 82, p. 62). Il semble que ce soit bien le triomphe de la conception subjective. Le problème est posé dans le jugement du 3 novembre 1969 du Tribunal de Tananarive.

Ainsi le silence circonstancié de la femme, révélateur de l'intention frauduleuse a pu laisser le mari dans un état d'ignorance. C'est ce dernier aspect qu'il convient maintenant d'examiner.

B — L'ÉTAT D'IGNORANCE DU MARI

L'état d'ignorance du mari est-il indifférent ? Ce qui importe est-il qu'on lui ait caché la grossesse ou la naissance ?

Il semble, croyons-nous, qu'il faille tenir compte de l'état d'ignorance provoqué par la femme, exclusif de toute situation d'ignorance voulue par le mari.

1) *L'état d'ignorance provoqué par la femme.*

En présence du comportement de la femme, que dire de la situation d'ignorance dans laquelle elle a laissé le mari ? Le seul fait de l'ignorance du mari permet-il de conclure qu'une dissimulation a été commise par la femme ? A cette question, la Cour de Cassation, dans un arrêt du 18 janvier 1965, a répondu par la négative (Civ. 1, 18 janvier 1965, Bull. Civ. I, n° 46). Elle a décidé qu'il ne suffit pas que la naissance n'ait pas été portée à la connaissance du mari qu'un temps plus ou moins long après l'événement pour que ce retard puisse, par voie de présomption, être imputé à la femme. La durée de l'ignorance importe peu. Il suffit qu'elle ait existé. On serait tenté d'établir une relation de cause à effet entre le silence de la femme et l'état d'ignorance du mari. Cet état doit avoir été voulu. (Civ. 1, 17 février 1958, Bull. Civ. 1958.I.77). Cette ignorance peut porter sur la grossesse ou sur le fait matériel de la naissance. Encore faut-il qu'elle soit significative.

La femme peut, dans certaines hypothèses, avoir des motifs légitimes qui l'incitent à souhaiter cet état d'ignorance du mari ; craintes d'accès de colère de la part de son époux, peur de tentatives d'avortement (Lille, 18 mars 1947, J.C.P. 1947.II.3757 ; D. 1947.507, note J. Carbonnier; Douai, 16 février 1948, D. 1948.380, note J.C.; S. 1948.2.46).

Il est intéressant de noter que, dans l'arrêt rapporté, la dame Pages s'est évertuée à soutenir qu'elle a usé de tous les moyens de nature à ne pas laisser son mari dans l'ignorance de la venue au monde de l'enfant (lettres, message téléphoné). Mais sa démonstration, remplie de contradictions, n'a pas emporté la conviction de la Cour.

Il convient d'ajouter qu'il n'est d'ailleurs pas nécessaire que la femme ait réussi à tromper la perspicacité de son mari. Il suffit qu'elle s'y soit efforcée (Civ. 5 août 1891, D. 1892.I.567). Il semble bien que le recel soit considéré non pas comme une fraude qu'il s'agirait de sanctionner mais beaucoup plus comme une sorte d'aveu qu'il conviendrait d'interpréter. (CARBONNIER, Droit Civil, T. II, éd. 1969, n° 70, p. 217). Il peut toutefois se faire que l'état d'ignorance soit voulu par le mari.

2) *L'état d'ignorance voulu par le mari.*

Il s'agit d'une hypothèse extrême. Un mari pourrait vouloir délibérément ignorer tous les événements concernant son épouse. Il lui est possible, pendant un moment, de paralyser toute tentative d'information émanant de sa femme en refusant de prendre connaissance des lettres missives par exemple. Dans ce cas, son ignorance est inopérante. De toute façon, sur le plan de la preuve, le demandeur en désaveu n'a

pas à prouver qu'il a ignoré la naissance. Il doit se borner à établir que la femme la lui a cachée (Aubry et Rau, T. IX, § 545, note 55). Il appartient aux tribunaux d'appuyer leurs décisions sur des indices susceptibles d'expliquer la psychologie de la femme et plus précisément, son intention frauduleuse.

Il y a lieu d'observer que la cessation de l'état d'ignorance du mari a son importance du point de vue de la recevabilité, en la forme, de l'action en désaveu. Celle-ci doit être intentée dans un délai de deux mois qui court du jour de la découverte de la fraude. (Art. 316, al. 3 ; Voy. Civ. 1, 19 mars 1958, D. 1958.336). Il appartient aux défendeurs qui invoquent l'irrecevabilité de l'action de prouver la date à laquelle l'état d'ignorance du mari a pris fin. L'acquisition d'une connaissance certaine de la naissance et non de simples soupçons, est requise. (Aubry et Rau, IX, § 545-bis, note 18 ; Cass. Req. 12 février 1884.1.228 ; Civ. 1, 31 janvier 1967, J.C.P. 1968.II.15381). Le juge du fond détermine souverainement la date d'acquisition de cette connaissance. (Cass. Civ. 1908, D. 1908.I.301 ; S. 1909.I.234 ; Civ. 1, 20 mars 1963, J.C.P. 1963.II.298 ; Civ. 1, 21 avril 1964, Bull. Civ. I, n° 204, p. 158 ; Paris 11 juin 1964, D. 1964.527, concl. Nepveu).

Une fois le recel de la naissance établi et l'action déclarée recevable en la forme dans les termes de l'art. 316, al. 3, du Code Civil, il reste au mari à faire la preuve de sa non-paternité. Son action aboutira alors selon que l'on exige ou non de sa part la preuve distincte de l'adultère.

II. — LE RECEL DE NAISSANCE ET LA PREUVE DISTINCTE DE L'ADULTERE DE LA FEMME

C'est sur cette exigence de preuve distincte et indépendante de l'adultère que l'accord n'est pas fait en doctrine comme en jurisprudence. Certes, la preuve de l'adultère à elle seule n'est pas suffisante pour justifier le désaveu (A), mais cette preuve, rendue nécessaire, devra-t-elle être administrée de façon distincte ? (B).

A — LA PREUVE DE L'ADULTÈRE DE LA FEMME NE SUFFIT PAS A JUSTIFIER LE DÉSAVEU

La situation n'est pas la même suivant que les époux sont encore tenus ou non par le devoir de cohabitation.

1° Dans l'hypothèse où il s'agit de désavouer un enfant conçu par une femme mariée qui reste encore tenue de l'obligation née du devoir de cohabitation, la présomption de paternité joue avec force. L'on conçoit que la preuve de l'adultère ne puisse point exclure la paternité du mari. En effet, quand bien même y aurait-il adultère de la femme, il peut très bien se faire que cet adultère ait été commis pendant la période de conception de l'enfant et que celui-ci soit issu des œuvres du mari. (CARBONNIER, *op. cit.*, T. II, éd. 1969, n° 67, p. 210). Malgré la démonstration de l'adultère, les relations conjugales se sont poursuivies entre les époux. L'hésitation est inévitable pour ce qui est de la détermination de la paternité de l'enfant. (PLANIOL et RIPERT, T. II, par A. ROUAST, n° 805, pp. 672-673). Dans le jugement du 3 novembre 1969, le Tribunal de Tananarive exige que le sieur X... rapporte des faits précis sur les infidélités de la dame Y...

Ne devrait-il pas alors en être différemment lorsque le devoir de cohabitation est suspendu ?

2° Lorsque le devoir de cohabitation est suspendu, le problème se pose d'une façon embarrassante pour le mari. En effet, étant recevable à faire la preuve de sa non-paternité, il tente de le faire en soutenant d'une part, que le recel de la naissance est une présomption suffisante de l'adultère de sa femme, et, d'autre part, que l'analyse comparative des sangs de la mère, de l'enfant et du sien exclut qu'il puisse être biologiquement le père de l'enfant.

Il est vrai que sur ce second point, dans l'espèce soumise à la Cour de Paris, les appelantes ont conclu subsidiairement à l'infirmité de la décision des premiers juges entérinant l'expertise sérologique. Elles contestent la force probante de ce rapport en observant que l'expertise n'a pas eu un caractère contradictoire puisque les parties s'étaient rendues séparément aux convocations qui leur ont été adressées par les experts commis. A cet égard, avant dire droit, la Cour a ordonné un nouvel examen comparatif des groupes sanguins pour lequel des prélèvements devront être effectués respectivement sur les trois personnes intéressées, l'une en présence des autres. (Sur le caractère contradictoire de l'expertise, Cass. 11 février 1902, S. 1902.1.144 ; Civ. 14 mai 1938, S. 1938.I.269 ; Civ. 2, 24 avril 1964, D. 1964.601 et Rev. Trim. Droit Civil, 1964.802, n° 2, obs. Raynaud).

La preuve scientifique de non-paternité tirée de la comparaison des groupes sanguins, jointe à celle de l'adultère, restent dans la catégorie des faits propres à justifier de la non-paternité. Pourtant, dans l'affaire Pages, la difficulté ne paraît pas résolue de façon aussi simple car il y eut un « rapprochement de fait » entre les époux durant la

période légale de conception. En dernier lieu, seul le recel de naissance combiné avec le résultat négatif d'une analyse sérologique va être décisif. D'où l'insuffisance de la preuve de l'adultère pour justifier le désaveu.

Faut-il alors apporter la preuve distincte, indépendante de l'adultère, comme le rappelle la Cour de Paris ? Est-ce nécessaire ?

B — LA PREUVE DISTINCTE DE L'ADULTÈRE EST-ELLE NÉCESSAIRE ?

La question la plus importante concerne l'exigence, outre le recel, de cette preuve « distincte indépendante » de l'adultère de la femme. La difficulté réside dans la rédaction de l'art. 313, al. 1^{er} qui a créé une hésitation pour le succès du désaveu. En la matière, la doctrine dominante ainsi que la jurisprudence de la Cour de Cassation ont posé en règle générale que la preuve distincte de l'adultère de la femme n'est pas nécessaire. Il semble qu'il y ait toutefois une résistance de la part des Cours d'Appel. Le Tribunal de Tananarive attend du mari la preuve distincte des infidélités de la femme.

1° Pour la doctrine dominante, la preuve distincte de l'adultère n'est pas indispensable. Cette réponse est importante. On observe en effet, généralement, que, dans la pratique, le mari ne peut pas faire la preuve qu'il n'est pas le père de l'enfant sans prouver le fait même de l'adultère de la femme. Mais la preuve de l'adultère ne doit pas tenir lieu de preuve de non-paternité. Elle ne saurait avoir pour effet que de faciliter la preuve de non-paternité lorsqu'elle s'accompagne d'autres faits (PLANIOL et RIPERT, 2^e éd., T. II, par ROUAST, n° 805, p. 673). Il est vrai qu'une doctrine assez nuancée a estimé cette preuve nécessaire puisque le recel n'entraîne pas par lui-même la preuve de l'adultère comme le fait l'impossibilité physique de cohabitation. Mais les partisans de cette doctrine ont toutefois reconnu que l'adultère peut résulter de simples présomptions (AUBRY et RAU, Cours de Droit Civil français, T. IX, § 545, notes 53, 54).

En réalité, il semble que la question ait été mal posée. Se demander si l'adultère doit faire l'objet d'une preuve distincte n'aurait de sens que si l'on voulait faire de cette preuve une condition de recevabilité de la preuve de non-paternité (J. CHEVALLIER, Cours de Droit Civil, 1^{re} Année. Les Cours de droit, 1965-1966, p. 322 et s.).

Or, rien dans le texte ne justifie l'exigence d'une telle preuve préalable de l'adultère. La seule condition de recevabilité de la preuve de non-paternité, c'est le recel de la naissance. C'est ce recel qui doit être établi préalablement à l'offre de preuve de non-paternité.

Le mari ne pourra désavouer l'enfant « même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée ». L'interprétation du texte qui paraît la plus exacte conduirait à penser que l'adultère ne suffit pas pour permettre le désaveu. (H.L. et J. MAZEAUD, par M. de Juglart, *Leçon de Droit Civil*, 2^e vol., éd. 1967, n° 887, T. I, p. 250 ; MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit Civil*, T. I, 2^e vol., éd. 1967, n° 164 ; p. 188). Mais le doute naît dès que l'on cherche à savoir si, grammaticalement, la locution conjonctive « à moins que » marque la condition ou la restriction (V. CARBONNIER, *Droit Civil*, T. II, n° 70, p. 216).

2° A l'égard de ce problème de preuve distincte de l'adultère dans le cas de recel de la naissance, la Cour de Cassation française a pris une position assez nette. Dès le début du XIX^e siècle, par un arrêt du 8 juillet 1812 (S. 1812.I.377), elle a tranché par la négative. Cette solution s'explique. En effet, imposer au mari la preuve distincte de l'adultère de sa femme, ce serait l'obliger à faire obtenir au préalable la condamnation de sa femme pour cause d'adultère par la juridiction pénale. Une telle solution n'est pas sans présenter des inconvénients pour lui. On sait en effet que l'exercice de l'action en désaveu est enfermé dans de brefs délais. Ces délais préfix sont insusceptibles de suspension (Voir l'étude de M.P. LAGARDE, *Remarques sur le délai de l'action en désaveu de paternité*, *Mélanges VOIRIN*, 1967, p. 492-518). De ce fait, l'exigence d'une preuve distincte de l'adultère pourrait être pour le mari une source de retard préjudiciable. Ce serait également multiplier les obstacles au désaveu.

En tous les cas, la jurisprudence de la Cour de Cassation est bien fixée. Dans un arrêt du 15 mars 1955, (J.C.P. 1955, II, 8718, note P.E.), la Cour Suprême a encore rappelé avec force que « lorsque la naissance de l'enfant a été cachée, il n'est pas nécessaire que l'adultère de la femme soit *spécialement et directement* prouvé. La preuve que le mari n'était pas le père emporte nécessairement celle de l'adultère ».

3° Face à cette doctrine dominante et à cette jurisprudence de la Cour de Cassation française nettement fixée, on ne peut manquer de relever une résistance de la part de certaines Cours d'Appel qui persistent à exiger, dans les motifs de leurs décisions, la preuve distincte de l'adultère. (Angers, 18 janvier 1922, G.P. 1922, I.331, Paris, 10 janvier 1941, J.C.P. 1941, 1683, note Desbois ; Douai, 16 février 1948, D. 1948, 380).

C'est encore dans ce sens que s'est orientée la Cour de Paris dans le présent arrêt. La conception subjective, sans chercher à triompher, semble s'imposer.



Le recel de la naissance a certainement créé des doutes sur la paternité. Mais la Cour n'a pas tiré toutes les conséquences de cette situation. Elle n'a pas cru devoir interpréter le recel comme un aveu implicite d'adultère et ce, d'autant plus qu'il y a eu « réunion de fait » entre les époux. La preuve d'une réunion de fait ne constitue nullement un obstacle à l'action en désaveu fondé sur le recel (Civ. 1, 10 novembre 1959, Bull. Civ. 1, n° 472). Toutefois, dans notre espèce, cette réunion de fait survenue pendant la période légale de conception est de nature à augmenter le risque d'erreur sur la paternité de l'enfant.

Aussi, la Cour a-t-elle voulu, selon toute probabilité, être persuadée de l'adultère de la femme. Elle s'est souciée de trouver un élément sérieux de conviction. C'est certainement ce qui l'a déterminé à exiger la preuve distincte mais non préalable de l'adultère. On s'explique dès lors pourquoi elle a rejeté l'argumentation du mari qui consiste à soutenir que le recel est une présomption suffisante de l'adultère de sa femme. C'est dans ce sens que semble s'orienter le jugement du 3 novembre 1969 du Tribunal de Tananarive.

Ainsi, l'arrêt de la Cour de Paris de 1966, au même titre que celui de 1941, ajoute à la lettre de l'article 313, al. 1^{er} du Code Civil (Paris 10 janvier 1941, J.C.P. 1941, 1683, note Desbois). Outre, estime la Cour, que recel et adultère doivent faire l'objet de deux preuves distinctes, indépendantes et successives, la preuve de l'adultère n'est pas suffisante pour exclure la paternité du mari, même au cours d'une séparation légale quand il y eu, comme en l'espèce, réunion de fait pendant la période légale de la conception.

Au fond, il semble bien que dans la pratique, l'adultère soit toujours au cœur des problèmes. Les tribunaux ne peuvent s'en défaire aussi facilement. L'adultère, démontré indépendamment du recel et lui servant d'appui, inspire la certitude (Req. 29 juin 1892 précité). Il semble être un élément irremplaçable de conviction (CARBONNIER, Droit Civil, T. II, éd. 1969, n° 70, p. 217). Le maintien de l'enfant dans son cadre familial naturel ou son entrée dans sa famille biologique en dépend.

A N N E X E

I. — ARRET DE LA COUR D'APPEL DE PARIS
du 13 octobre 1966 (1^{re} Ch. Section Supplémentaire)

Statuant sur l'appel interjeté par dame Pages et par dame Gorce, d'un jugement rendu le quatre janvier mil neuf cent soixante cinq par le Tribunal de Grande Instance de la Seine, lequel a admis le désaveu, par Pages, d'un enfant mis au monde le douze mars mil neuf cent soixante deux par dame Pages : ensemble sur les conclusions dites d'appel incident, signifiées par Pages ;

Considérant que ce dernier demande, en définitive, la confirmation, car la multiplicité des demandes de « dire et juger » qu'il exprime dans ses conclusions d'appel, concernent des moyens produits à l'appui de sa demande à laquelle il a été fait droit par le Tribunal ; qu'il n'y a donc pas lieu de prononcer sur un appel incident inexistant ;

Considérant que dame Pages et dame Gorce ès qualité de tutrice ad hoc de l'enfant, concluent principalement à l'infirmité et subsidiairement à une nouvelle expertise sérologique ;

Considérant que l'acte extra-judiciaire de désaveu est daté des vingt-deux, vingt-cinq avril mil neuf cent soixante deux ; qu'il est postérieur à l'expiration du délai normal d'un mois suivant la date de la naissance de l'enfant impartie par l'article trois cent seize du Code Civil ; que par suite, l'action en désaveu n'est recevable en la forme que dans les cas d'absence ou de recel visés au deuxième et au troisième alinéas dudit article ; que, d'autre part, les conjoints, en instance de divorce, sont légalement séparés depuis l'ordonnance de non-conciliation du douze mai mil neuf cent soixante et un, antérieure de plus de trois cents jours à la date de naissance de l'enfant ; qu'il s'agit donc, en principe, du désaveu par simple dénégation de l'article trois cent treize, alinéa deux du Code Civil, lequel admet toutefois une fin de non-recevoir prise de la réunion de fait des conjoints légalement séparés ;

Considérant qu'en de telles circonstances, dame Pages et dame Gorce ont opposé à la fois l'irrecevabilité en la forme de la demande et la fin de non-recevoir prise de la réunion de fait au cours de la période de conception ; que Pages, lequel dénie la réunion de fait, soutient que la naissance lui a été recelée ; que sa demande serait donc recevable tant en la forme que sur le fond conformément à

l'alinéa premier de l'article trois cent treize du Code Civil ; qu'il fait alors la preuve de sa non-paternité, selon lui, en produisant un rapport d'expertise sérologique, laquelle avait été ordonnée par le Tribunal à la demande même des parties défenderesses, dans un jugement avant dire droit daté du premier juillet mil neuf cent soixante trois ;

Considérant que, sans toutefois soulever d'incident tendant au sursis à statuer ni justifier de la saisine de la Cour, les appelantes déclarent qu'elles ont interjeté appel dudit jugement ;

Considérant que, dans l'intérêt d'une bonne justice, il sera statué sur ledit appel par le même arrêt qui mettra fin à la présente instance, si toutefois l'appel est effectivement soutenu ; mais que d'ores et déjà, sans prononcer en la forme, il est loisible à la Cour de constater que le jugement avant dire droit du premier juillet mil neuf cent soixante trois, outre l'expertise sérologique, a ordonné enquêtes tant sur la réunion de fait à la requête des défenderesses que sur le recel à la requête de demandeur ; qu'il a donc été intégralement exécuté, toutes les parties ayant pris part à toutes les mesures d'instruction ;

Sur la fin de non-recevoir : Considérant que c'est avec juste raison que les Premiers Juges ont estimé qu'il y avait eu « rapprochement de fait » des conjoints légalement séparés, au cours de la période légale de conception comprise entre le seize mai et le treize septembre mil neuf cent soixante et un ;

Considérant que le premier témoin situe entre les mois de mai et de juin, les visites que Pages a faites à sa femme à plusieurs reprises vers vingt-deux heures, l'emmenant faire de longues promenades nocturnes en voiture, dans des circonstances qui rendent ainsi vraisemblable l'entretien de relations sexuelles ; que, sans doute, ce témoin est-il la première nièce de dame Pages et a-t-il non seulement varié comme il sera dit sur la date et les circonstances auxquelles la naissance de l'enfant a été portée à la connaissance du mari, mais encore, sur ce point, fait à l'enquête une déposition matériellement inexacte puisqu'elle a dit que c'était trois ou quatre mois après la naissance que dame Pages en avait informé son mari au téléphone, alors que ce dernier avait signifié à sa femme l'acte de désaveu un mois et quelques jours après la venue au monde de l'enfant ;

Que l'on pourrait être ainsi amené à douter de la précision des souvenirs du témoin et à récuser l'intégralité du témoignage si le second témoin ne l'avait pas catégoriquement confirmé sur l'objet présentement discuté, en affirmant, qu'habitant dans l'immeuble où logeait dame Pages, il avait eu à plusieurs reprises l'occasion de ren-

contrer Pages, au printemps de la même année (mil neuf cent soixante et un), le soir vers vingt heures trente, qu'il l'avait même rencontré un matin vers sept heures trente, sa voiture étant au parking ;

Considérant que la conviction qui résulte pour la Cour de ces témoignages positifs, ne peut être détruite par la déposition purement négative de la gérante de l'hôtel où Pages a logé de janvier mil neuf cent soixante et un à janvier mil neuf cent soixante trois, affirmant de façon bien trop générale et d'ailleurs sans vraisemblance, que celui-ci n'avait pas découché une seule fois dans ces deux ans (hormis la période de vacances du mois de juillet et ses déplacements à partir de décembre mil neuf cent soixante et un) et qu'il rentrait régulièrement vers vingt et une heures ; qu'il faut d'ailleurs observer que le neuvième mois de la grossesse est compris entre le seize juin et le quinze juillet ;

Qu'ainsi, la fin de non-recevoir étant justifiée, Pages ne peut se fonder sur l'article trois cent treize, alinéa deux, pour désavouer l'enfant par simple dénégation ; que lui reste ouverte toutefois la voie du désaveu normal prévue par le premier alinéa dudit article ;

Sur le recel : Considérant que, pour établir le recel au sens de l'article trois cent treize, alinéa premier du Code Civil, le mari doit démontrer que sa femme lui a intentionnellement et par fraude caché sa grossesse ou la naissance de l'enfant ; qu'il est néanmoins certain que, lorsque l'enfant a été conçu postérieurement au jour où l'obligation de cohabiter a pris fin par une décision de justice, la preuve de l'intention frauduleuse est moins rigoureuse que dans l'hypothèse contraire en raison même de la présomption qui résulte de la séparation légale qui rend plus fragile la règle pater is est... ;

Qu'à cet égard, le fait que sur l'acte de naissance ait été faussement mentionné le domicile conjugal comme domicile commun des parents de l'enfant alors que depuis dix mois, ils vivaient légalement séparés, est, en l'espèce, suffisant, ainsi que l'ont les premiers juges, pour convaincre la Cour de l'intention délibérée, pour dame Pages, de cacher (tout au moins le plus longtemps possible) à son mari, la venue au monde de l'enfant ;

Que la production d'un avis de réception, en date du quinze mars mil neuf cent soixante deux, d'une lettre recommandée dont seule l'enveloppe est versée aux débats, n'est pas de nature à ébranler cette conviction ; que sans doute à l'affirmation par Pages que ladite lettre contenait seulement une quittance de l'E.D.F., dame Pages répond en produisant en dernière heure une attestation de sa nièce qui, sur ses instructions, aurait elle-même écrit, cacheté et posté la lettre du

quatorze mars mil neuf cent soixante deux, informant Pages de la naissance de l'enfant ; mais que cette attestation tardive est radicalement contredite par la déposition de ladite nièce à l'enquête, selon laquelle, comme il a été dit, dame Pages n'aurait, par téléphone, appris la naissance à son mari que trois ou quatre mois après l'événement ;

Sur la non-paternité : Considérant que le recel de la naissance étant ainsi établi, il en résulte, d'une part, en la forme que l'action est recevable dans les termes de l'article trois cent treize alinéa trois du Code Civil, d'autre part, au fond, que Pages est recevable à faire la preuve de sa non-paternité ; qu'il tente d'abord de le faire en soutenant que le recel est une présomption suffisante de l'adultère de sa femme ;

Mais considérant, outre que recel et *adultère doivent faire l'objet de deux preuves distinctes, indépendantes et successives*, que la preuve de l'adultère n'est pas suffisante pour exclure la paternité du mari, même au cours d'une séparation légale quand il y a eu, comme en l'espèce, réunion de fait pendant la période légale de la conception ;

Considérant, d'autre part, que l'expertise sérologique sur laquelle se fonde Pages exclut qu'il puisse être biologiquement le père de l'enfant ; que les premiers juges ont entériné ledit rapport et admis, en conséquence, l'action en désaveu ;

Considérant, néanmoins, que les appelantes concluent sur ce point subsidiairement et en dernière analyse à l'infirmité du jugement en contestant la force probante dudit rapport qu'elles disent entaché d'irrégularités, notamment parce que l'expertise n'aurait pas eu le caractère contradictoire, les parties s'étant rendues séparément aux convocations qui leur ont été adressées par les experts commis ;

Considérant qu'ainsi que Pages le fait observer, la mission confiée à l'expert de procéder sur les sangs prélevés à des tests, des analyses et des réactions d'ordre purement scientifique et à en comparer biologiquement les éléments ne faisait pas apparaître indispensable, ni même assurément concevable, la présence simultanée des parties au déroulement de ces opérations ;

Mais considérant que le grief porte, non sur le déroulement des opérations effectuées sur les sangs prélevés (opérations dont la rigueur scientifique est au-dessus de toute critique), mais sur les prélèvements eux-mêmes ; que le caractère contradictoire de l'expertise s'attache alors à l'identité des parties qui font l'objet des prélèvements ; qu'ainsi, chaque partie est en droit de prétendre que tout prélèvement

doit être fait en présence de la partie adverse, car chaque partie a un intérêt, qui est primordial en l'occurrence, à s'assurer elle-même de l'identité de la personne sur laquelle le prélèvement de sang est effectué ; qu'en la circonstance, la contestation des appelantes est d'autant plus justifiée qu'à la cinquième page du rapport une erreur a été commise quant au nom d'une des parties soumises à l'expertise ; qu'il y a donc lieu de procéder à une nouvelle expertise, demandée subsidiairement par dame Pages et d'ailleurs acceptée par Pages ;

PAR CES MOTIFS : Dit n'y avoir pas lieu de statuer sur l'appel incident ainsi mal qualifié ; reçoit dame Pages et dame Gorce en leur appel ; et, sans qu'il y ait lieu de statuer sur les différentes demandes de « dire et juger » auxquelles les motifs qui précèdent ont suffisamment répondu ; confirme le jugement déféré en ce qu'il a admis la fin de non-recevoir prise de la réunion de fait des conjoints au cours de la période conception, également en ce qu'il a admis le recel de naissance ; pour le surplus, avant dire droit au fond, commet aux frais avancés de Pages, le Professeur DEROBERT, douze Place du Panthéon à Paris, avec pour mission, serment préalablement prêté, de procéder à l'examen comparatif des groupes sanguins de Louis Pages, né à Paris le vingt-deux décembre mil neuf cent vingt sept, de dame Pages née Marie Antoinette Dufraiche à Besne (Loire-Inférieure) le premier mars mil neuf cent trente, et de l'enfant Thierry Louis, né à Créteil le douze mars mil neuf cent soixante deux, les prélèvements devant être effectués, ces trois personnes étant en présence l'une des autres, et de dire si de leur comparaison, il résulte que Pages ne peut être le père de l'enfant ; dit que le rapport d'expertise sera déposé au Greffe de la Cour de Céans dans les deux mois du jour où l'expert aura été saisi de sa mission ; dit qu'en cas d'empêchement ou de refus de l'expert commis, il sera remplacé par ordonnance rendue sur simple requête ;

DEPENS RESERVES.

**II. — JUGEMENT CIVIL AVANT DIRE DROIT N° 1878
DU 3 NOVEMBRE 1969 DU TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE
DE TANANARIVE**

ENTRE

Sieur X...

DEMANDEUR

ET

1) Dame Y...

DEFENDERESSE

2) Dame Z...

PARTIE INTERVENANTE.

LE TRIBUNAL,

Vu le jugement avant dire droit n° 1456 du Tribunal de céans en date du 14 juillet 1969, ordonnant la jonction des procédures 5/68 en désaveu et 927/68 en demande de pension alimentaire et ordonnant la mise en cause de dame Z... en qualité de représentant ad hoc du mineur F... ;

Attendu que par exploit du 30 juillet 1969, dame Z a été attraité à la présente procédure pour :

« Voir dire que Mme Z, ès qualité, devra intervenir dans l'instance « dont s'agit ci-dessus pour y surveiller ses droits et intérêts et y produire toutes justifications et y prendra telles conclusions qu'elle « avisera ;

« Voir dire que le jugement à intervenir sera commun avec « elle » ;

Attendu que cet exploit a été enrôlé sous le n° 1678/69 ; qu'il échoit d'en ordonner la jonction avec les procédures susvisées ;

Vu les conclusions en date du 3 septembre 1969 par lesquelles le sieur X fait plaider ;

« Déclarer recevable en la forme et bien fondé au fond le désaveu « formé par le sieur X ;

« Ordonner que l'enfant F né le 15 novembre 1966 à Paris XV°
« ne pourra porter le nom du requérant qui n'est pas son père ;

« Dire et juger que l'Officier de l'état-civil du XV^e Arrondisse-
« ment de Paris (Seine) sera tenu d'insérer le présent jugement sur
« les registres, et de le mentionner en marge de l'acte de naissance
« dudit enfant ;

« Débouter la dame Y de ses demandes, fins et conclusions, tant
« comme irrecevables que comme mal fondées ;

« La condamner aux dépens des instances engagées dont distrac-
« tion au profit de Maître Lebel, Avocat aux offres de droit » ;

Vu les conclusions en date du 18 septembre de dame Y sollicitant
le bénéfice de ses précédentes écritures ;

Les faits :

Attendu qu'il résulte d'une expédition du jugement de divorce
rendu le 26 octobre 1966 par le Tribunal civil de céans, aux torts ré-
ciproques, que dame Y avait déposé sa requête le 30 juin 1966 ; que
l'ordonnance de non-conciliation autorisant la résidence séparée était
intervenue le 5 juillet 1966 ;

Attendu que l'enfant F, contre lequel est introduite l'action en
désaveu, est né à Paris - 78, rue de la Convention, le 15 novembre 1966
et a été déclaré à l'état-civil du 15^e Arrondissement (Acte n° 357.563)
comme étant né de X et de Y, son épouse ; qu'il est donc né 130 jours
après l'ordonnance autorisant la résidence séparée ;

Sur la recevabilité en la forme :

Attendu que l'action en désaveu a été introduite par requête du
26 décembre 1967 ; que le demandeur soutient avoir ignoré la grossesse
et la naissance ; que celle-ci n'a été portée à sa connaissance que par
une lettre de Maître Pain, datée du 16 octobre 1967, lui transmettant
une lettre du 11 octobre de Maître J. Bernard, avocat à la Cour à
Paris ;

Attendu que ni dame Y, ni dame Z ne contestent la recevabilité
en la forme de la requête (conclusions du 18 septembre 1969) : « rece-
vabilité en la forme de sa requête en désaveu de paternité, recevabilité
qui n'est d'ailleurs pas contestée par les concluantes » ;

Au fond :

Attendu que pour justifier son action en désaveu, le sieur X n'in-
voque en dehors du recel de grossesse et de naissance, non contestée

implicitement par les défenderesses lorsqu'elles reconnaissent ensemble en la forme l'action en désaveu, que deux faits rapportés dans sa requête du 2 janvier 1968, l'impossibilité physique de concevoir l'enfant du fait de la vie séparée, un an avant l'ordonnance de non-conciliation et les nombreuses infidélités de son épouse ;

Attendu qu'en vertu des dispositions du Code Civil français dont les parties relèvent, pour être reçu dans son action en désaveu, le requérant doit non seulement établir le recel de grossesse ou de naissance, mais encore justifier qu'il n'est pas le père de l'enfant (Encyclopédie Dalloz — Filiation légitime n° 179) ; qu'il échoit d'examiner en conséquence les deux faits avancés par le requérant ;

Sur la séparation :

Attendu que dans sa requête, le sieur X soutient « qu'il ne peut pas être le père de cet enfant, ayant quitté le domicile conjugal un an avant le procès-verbal de non-conciliation et de domicile séparé comme l'affirme son ex-épouse elle-même dans sa requête en divorce en date du 30 juin 1966 ; qu'il était donc dans l'impossibilité physique de le concevoir » ;

Mais attendu que l'examen du jugement de divorce, seule pièce déposée au dossier établissant seulement que chacun des époux avait abandonné le domicile conjugal avant le dépôt de la requête, mais sans apporter aucune précision sur la date de cet abandon ; qu'il échoit en conséquence de renvoyer le requérant à apporter la preuve de cette affirmation ;

Sur les infidélités :

Attendu que, toujours dans sa seule requête, le requérant soutient que « sa femme n'a cessé de le tromper tant avant le mariage (sic) que par la suite... comme celle-ci l'a reconnu tant verbalement que par écrit... » ;

Mais attendu qu'en l'état du dossier, cette affirmation du demandeur apparaît comme purement gratuite, étant dénué du moindre commencement de preuve, qu'il échoit toutefois d'autoriser le requérant à en faire la preuve ;

PAR CES MOTIFS

Statuant publiquement, contradictoirement, en matière civile, et en premier ressort ;

Ordonne la jonction des procédures 1678/69 mise en cause de dame Z et Y, et 927/68 désaveu et demande de pension ;

Et par avant dire droit vidé en présence des représentants des parties ;

Autorise le sieur X à rapporter la preuve de l'inconduite de son ex-épouse et de l'abandon par lui du domicile conjugal ;

Et en l'absence du Président titulaire, dit que la date de cette mesure sera fixée par simple ordonnance sur requête ;

Réserve les frais et dépens.

