

EXPERTISES MEDICO-LEGALES ET PROCÈS EN FILIATION (*)

par

Guy FLATTEI

Professeur à la Faculté de Droit de Lausanne

Les transformations de notre société contemporaine provoquent une évolution sensible et continue dans nos systèmes juridiques. Elles ne suscitent pas toujours des mesures aussi radicales que la création de nouvelles institutions, même sous la forme atténuée de rétablissement d'une institution ancienne comme la propriété par étage, avec une structure d'ailleurs entièrement changée, mais en influençant telle ou telle partie d'une institution existante, elles entraînent des modifications profondes, de nature à dépasser le secteur touché et à se répercuter sur l'ensemble de l'institution. C'est ainsi qu'une institution aussi ancienne que la filiation — elle est aussi vieille que l'espèce humaine — connaît aujourd'hui des changements capitaux dans son établissement en raison de découvertes scientifiques récentes, et du reste encore inachevées. Pourtant il était légitime de penser que c'était bien là le type d'une institution à peu près intangible sur le point de son établissement.

La connaissance que nous avons tous, non seulement les juristes pour qui les procès en filiation constituent une partie appréciable de l'activité des tribunaux, mais encore les profanes directement et intimement intéressés, ne paraissait pas laisser place à des dé-

(*) Conférence donnée à la Faculté de Droit d'Istanbul le 3 Mai 1965.

couvertes bouleversantes. Et pourtant l'extraordinaire essor des sciences de la vie a remis en question un certain nombre de points acquis. La biologie a franchi l'enceinte du prétoire. Prudemment d'abord, avec assurance ensuite, les tribunaux, puis le législateur parfois, ont admis les conclusions de nouvelles méthodes scientifiques.

Le rapport immédiat entre deux personnes, dont l'une descend directement de l'autre — c'est la définition même de la filiation — donne lieu pour son établissement à l'observation de règles précises. Lorsqu'une contestation s'élève, les tribunaux sont appelés à trancher des questions délicates, dont dépendent le sort des personnes et le sort des familles. Les procès les plus nombreux en la matière concernant plutôt la filiation paternelle que la filiation maternelle; il s'agit en général d'actions en recherche de paternité, parfois d'actions en désaveu.

La filiation d'une personne repose sur des faits matériels. A cet égard, et quel que soit le système juridique envisagé, l'établissement de la filiation dépend toujours de la réunion de trois faits : l'accouchement d'abord, l'identité d'une personne avec l'enfant dont la femme a accouché, la conception de la mère. La preuve des deux premiers faits permet de prouver la filiation maternelle. Elle est assez facile à rapporter. L'accouchement a généralement eu des témoins : médecins, gardes, infirmières, parents, voisins. L'accouchement peut être clandestin, il est vrai, surtout quand il s'agit d'une filiation naturelle. Et la preuve peut en être difficile à rapporter. Mais dans la grande majorité des cas, la preuve de la naissance est facile à administrer. Pour la faciliter plus encore, la loi a organisé un système de preuve préconstituée par l'établissement des registres d'état civil, spécialement les registres des naissances où seront portés les accouchements au fur et à mesure qu'ils se produiront. Le deuxième fait peut soulever quelques difficultés dans son administration : l'identité d'une personne avec l'enfant dont une femme est accouchée. Même si l'on fait abstraction de l'hypothèse romanesque de la substitution ou de l'échange de nouveau-nés dans une clinique, bien qu'il puisse se produire — et nous en avons eu des échos — il n'en demeure pas moins difficile pour un adulte de prouver cette identité quand elle est contestée, s'il n'a pas de témoins pour l'établir.

(Généralement, la contestation ne porte pas sur l'identité. La manière dont l'enfant a été élevé écarte les doutes sur son identité. Les éléments qui constituent la vieille possession d'état romaine sauvegardent, même dans les législations qui ignorent la possession d'état, la preuve de l'identité. L'enfant qui a toujours porté le nom des personnes qui se donnent pour ses parents, qui a été traité comme tel par la famille de ses soi-disant parents et par le public en général n'aura pas de peine à prouver son identité.

Néanmoins, l'incertitude peut régner sur l'identité. Et c'est elle qui a conduit la Cour de cassation française à dénier à l'acte de naissance force de preuve de la filiation à l'égard de la mère naturelle, par crainte qu'un intrigant habile, porteur de l'acte de naissance d'un enfant naturel, ne prétende être précisément cet enfant. Des témoignages ne sont plus suffisants, le Code civil français exige préalablement à l'admission des témoignages (qui peuvent être "inspirés") l'administration d'un commencement de preuve résultant de présomptions, d'indices ou d'un commencement de preuve par écrit. ...

Lorsque l'on a établi le fait de la naissance et l'identité de la personne avec l'enfant dont la femme est accouché, la preuve de la filiation maternelle est acquise.

Mais la preuve de la filiation paternelle pose un problème ardu. Elle dépend en effet de la conception de l'enfant : il faut établir que tel homme est l'auteur de la grossesse de la mère. La conception est un secret d'alcôve ou comme disait le vieil auteur Loysel : "un acte plein de mystère, même pour ceux qui y prennent part". A la mère elle-même, disait un rapporteur du projet de Code civil français, la nature ne fait que des demi-confidences. Il n'existe pas de preuve directe de la conception.

Dès lors, pour celui qui veut tirer des conséquences juridiques de la conception, le jeu des règles de droit commun de la preuve présente un obstacle à peu près infranchissable, puisqu'il faudrait prouver un fait pratiquement soustrait à toute preuve. Le législateur est intervenu pour décharger du fardeau de la preuve celui qui aurait dû la fournir. L'estimant digne d'intérêt et de protection, il a déplacé la charge de la preuve en instituant une présomption. Partant de l'observation médicale que la conception se place dans

une période de temps qui s'est écoulée entre le 180^e et le 300^e jours avant la naissance, la loi présume que l'homme qui a eu des rapports avec la mère à cette époque est le père de son enfant.

Remarquons que la présomption est plus ou moins forte selon les circonstances et les systèmes juridiques. Selon les circonstances d'abord. Si la mère est mariée à l'époque de la conception, la présomption est très forte. Dans l'immense majorité des cas (la loi est faite pour la généralité, non pour les cas particuliers), le vieil adage de l'Antiquité : "*Pater is est quem nuptiae demonstrant*" (le père est celui que désigne le mariage) correspond à la réalité. Si la mère n'était pas mariée à l'époque de la conception, la présomption est moins forte, car l'obligation de fidélité n'existant pas, il se peut que la mère ait eu des rapports avec plusieurs hommes. C'est pourquoi, les systèmes juridiques, ensuite, font un départ entre les cas où la recherche de la paternité sera admise ou non.

Dès lors, si la mère était mariée à l'époque de la conception, son mari est réputé le père de l'enfant : en se mariant, un homme avoue par avance la paternité des enfants qu'aura sa femme. Cette déclaration repose sur la confiance qu'il met dans son épouse. Si la mère n'était pas mariée, il faut obtenir l'aveu spontané ou contraint du prétendu père pour établir son rôle dans la conception.

Or s'il est un domaine où la vérité se dissimule parfois avec ténacité, c'est bien celui de la filiation. Les intérêts en jeu, matériels et moraux, sont tels que les personnes en cause font parfois tous leurs efforts pour cacher la vérité. Le mystère qui entoure la conception s'y prête d'ailleurs, et l'homme n'ayant jamais une preuve absolue de sa paternité.

Cette preuve de la conception est donc essentiellement *psychologique*. La paternité va reposer sur une déclaration expresse, intentionnelle, ou sur un aveu implicite que l'on dégage du comportement du père. La loi et le juge, en cas de contestation, se fondent sur la croyance, sinon la conviction, du père ou de la mère de leur qualité d'auteur de l'enfant. La loi consacre moins la réalité que cette croyance, cette attitude morale. En général, la croyance correspond à la réalité des choses. Celui qui se croit le père est d'ordinaire le père.

Si l'on nous permet une comparaison, nous tirerons un parallèle avec l'exemple de la possession et de la propriété. La preuve de la propriété est si difficile que la loi protège la possession pour elle-même, qui n'est pourtant que l'apparence de la propriété, mais qui, presque toujours, coïncide avec elle. Ainsi en protégeant la possession, la loi protège la propriété. Cela n'exclut pas que l'on puisse prouver le défaut de coïncidence et que l'on tente alors de rétablir la vérité. Eh bien, il en est un peu de même en matière de filiation : la loi se fonde sur la croyance, ou la certitude, des intéressés en première ligne (même s'ils n'ont pas de certitude, ils sont quand même mieux renseignés que les juges) et dans les cas litigieux, l'examen de la situation de fait sera entrepris de manière rigoureuse.

Un exemple nous permettra d'illustrer cette constatation. Supposons le cas d'une femme mariée qui a mis au monde un enfant, dont le mari n'est pas le père. L'apparence, coïncidant avec la présomption légale, c'est que le mari est le père de l'enfant. Pour rétablir la vérité, il faut faire tomber la présomption par la preuve — combien difficile — que le mari n'est pas l'auteur de la grossesse de sa femme. Si nous recherchons dans divers codes les moyens à la disposition du mari, nous constaterons qu'ils sont rares et difficiles à mettre en oeuvre. Les plus sûrs sont le fait que mari et femme ont été absolument séparés pendant la période légale de conception, soit en raison de l'éloignement, soit en raison de l'internement de l'un d'eux. Mais il faut pourtant faire cette réserve, que ces deux moyens ont perdu de leur sûreté à notre époque : l'éloignement n'est plus un obstacle absolu à la réunion des époux, alors qu'on peut faire le tour de la terre en quelques heures, et la séparation même n'est pas non plus une preuve certaine depuis qu'est pratiquée l'insémination artificielle. Un autre moyen est l'impossibilité physique du mari d'être le père. Mais la preuve n'en est pas aisée, sauf accident, et il répugne aux juges de se saisir de cette cause.

De nouveau, nous voyons apparaître la faveur de la loi pour les preuves de nature psychologique. Si l'attitude de la mère ou le comportement des époux peut fournir une indication, loi et tribunaux s'empressent de s'en emparer. Quand la mère a dissimulé sa grossesse ou la naissance de l'enfant à son mari, elle

fait l'aveu implicite qu'elle ne considère pas son mari comme le père. Si les époux sont moralement éloignés l'un de l'autre, les juges y verront une impossibilité morale pour le mari d'être le père de l'enfant de sa femme.

Et l'on comprend parfaitement que lorsque les intéressés eux-mêmes ne connaissent pas l'identité de l'auteur de la grossesse, l'établissement de la filiation à l'égard du père tourne court. C'est ainsi qu'en matière de recherche de paternité, le défendeur — le prétendu père — met en échec la demande dirigée contre lui en rapportant la preuve de l'inconduite de la mère à l'époque de la conception ou simplement la preuve qu'elle a entretenu des rapports avec un autre homme.

Il est vrai que sur ce point, la jurisprudence suisse en tout cas a admis l'exclusion de la paternité de l'un des deux hommes en examinant le degré de développement de l'enfant à sa naissance pour déterminer avec une précision relative la durée réelle de la grossesse et en tirer la conclusion que, d'après la date de la cohabitation, tel homme ne peut être l'auteur de la grossesse. C'était l'introduction dans un procès en filiation d'une méthode scientifique, de caractère médical. C'était aussi la prise en considération du corps humain même, alors que par pudeur le législateur civil s'efforce de l'ignorer.

Certes, depuis longtemps, les juristes rêvaient d'un moyen de preuve qui aurait permis de se passer des déclarations des intéressés. On en trouve une lointaine origine dans le Code Napoléon qui, déjà, tenait compte des "indices", parmi lesquels rentrent les ressemblances corporelles et les phénomènes d'hérédité physique. Mais les lois de l'hérédité étaient mal connues, et si l'on pouvait tenir compte d'une ressemblance physique, cela tenait plus à une pratique de bon sens qu'à une véritable connaissance scientifique.

Or deux méthodes scientifiques viennent de s'imposer pour éclairer les tribunaux dans cette difficile question : l'examen comparé des sangs de l'enfant, de sa mère et du prétendu père d'une part, l'expertise anthropomorphique ou biologico-héréditaire d'autre part. La première méthode est déjà bien répandue dans plusieurs pays. Et elle a connu de grands progrès : ses moyens s'accroissent toujours. La seconde est moins connue, et des Etats importants l'ignorent encore. Elle a été admise en Autriche en 1926, semble-

t-il, en Allemagne en 1928. Et le Tribunal fédéral suisse l'a admise à son tour en 1961 par un arrêt qui a fait date. Selon l'opinion courante, la méthode d'examen des sangs ne permet que d'exclure la paternité du défendeur : elle fait une preuve négative; la méthode anthropobiologique, elle, permettrait de faire la preuve positive de la paternité. Mais les développements incessants des sciences biologiques conduisent à un étalement des possibilités. Certains médecins entrevoient le moment où l'on arrivera peut-être par l'utilisation des différentes expertises sanguines à une telle élimination des possibilités de paternité que celle qui demeurera possible sera presque certainement la seule, et il va de soi que la méthode anthropobiologique, quand elle fournit la preuve directe de la paternité, entraîne du même coup la preuve de la non-paternité.

Cet avènement des méthodes de preuve scientifiques remplaçant les preuves de nature psychologique soulève une série de questions immédiates et lointaines, dont nous n'avons probablement pas encore fait le tour. Non seulement leur emploi pose des problèmes d'aménagement technique, mais encore à long terme, il est de nature à transformer nos conceptions de la filiation, voire de la famille. Nous ne saurions évidemment pas épuiser un sujet en pleine évolution, et pour partie au début de son évolution. Mais nous pouvons tenter de faire le point en exposant en quoi consistent ces méthodes médico-légales et quels problèmes d'ordre juridique elles soulèvent (I), puis en cherchant à en dégager les conséquences (II).

I

LES METHODES ET LEUR MISE EN OEUVRE

Nous allons examiner en quoi consistent les méthodes scientifiques qui prennent la relève des preuves traditionnelles, en nous efforçant d'échapper au pédantisme qui caractérise notre époque. Il est évident que nous ne pourrions pas faire un exposé fondamental qui relèverait de l'enseignement de la médecine, mais nous allons tenter de donner une description aussi exacte que possible des procédés employés.

La première méthode consiste à prélever le sang des trois intéressés : l'enfant, la mère et le prétendu père. Puis une analyse chimique de ces sangs, dont deux sont certainement issus l'un de l'autre : le sang de la mère et le sang de l'enfant permet de dire si le sang du défendeur est compatible avec ceux du groupe mère-enfant ou s'il est exclu que la combinaison du sang de la mère avec celui du prétendu père ait pu être à l'origine de celui de l'enfant. En effet, les savants ont établi que connaissant le groupement des sangs de la mère et de l'enfant, on sait que certains types de sang sont absolument exclus. En revanche, les types du père et de la mère ont pu donner naissance au sang de l'enfant. Autrement dit, l'expertise permet seulement de conclure que la paternité du défendeur est exclue ou qu'elle est possible.

A l'origine de cette méthode, les médecins ne connaissaient qu'un genre d'analyse permettant de tirer des conclusions d'après l'observation de certaines propriétés des sangs. Puis d'autres analyses, portant sur d'autres propriétés sont apparues. Elles ne se recouvrent pas, mais se complètent les unes les autres. Par exemple, une analyse peut laisser subsister la possibilité de la paternité du défendeur, mais une seconde analyse portant sur d'autres caractéristiques peut l'exclure. Et maintenant des analyses d'un autre genre ont été découvertes. De la sorte, la possibilité de paternité qui a franchi plusieurs barrages se renforce au fur et à mesure des examens et s'achemine vers une preuve positive par le résultat des éliminations successives. C'est ainsi que le Tribunal fédéral suisse a admis peu à peu plusieurs méthodes et il n'est pas dit qu'il n'en accepte pas d'autres dans l'avenir : on peut en compter plus d'une demi-douzaine aujourd'hui.

Et aussitôt surgit la question : qui décide de la méthode à appliquer, de sa valeur, de ses conclusions? Nous n'avons pas comme en matière de période de la conception, une disposition légale pour nous guider. Le juge est compétent dans le *cadre d'une expertise*. En effet, le législateur n'est pas intervenu pour légitimer certaines méthodes et non d'autres. Ce serait d'ailleurs prématuré, car depuis quelques années de nouvelles méthodes sont mises au point.

Dès lors, il appartient au juge de décider lui-même quelles sont les méthodes de confiance et celles qui demeurent au stade

de l'expérimentation, voire de la recherche. Il est bien évident que l'on ne peut laisser chaque tribunal maître de sa décision. Et ce sont les tribunaux supérieurs, voire le tribunal suprême qui feront le tri nécessaire. Seulement, si nous réduisons ainsi les risques de dispersion, il n'en demeure pas moins que l'on pose au juge suprême une question à laquelle il n'est pas préparé pour répondre. En fait, il devra s'en remettre à l'opinion d'autrui. C'est la confiance que lui inspireront les médecins et les biologistes qui entraînera son adhésion ou sa décision de rejet de la méthode. Sans doute connaît-on la prudence des juges. Ils ne se fieront pas à n'importe quelle affirmation. Mais quand on connaît les incertitudes de la recherche scientifique, les oppositions d'opinions parmi les spécialistes, on peut regretter que le juge ne puisse se faire une opinion par lui-même. Et l'on ne peut pourtant lui imposer d'attendre l'unanimité des hommes compétents pour commencer à utiliser une nouvelle méthode, qui peut être excellente, ou exiger de lui qu'il entreprenne des études médicales, biologiques et chimiques. Quoi qu'on fasse, le juge n'acquiert sa conviction qu'à travers un tiers, si qualifié soit-il : il ne peut juger par lui-même, par connaissance directe : il lui faut un interprète.

Ce premier acte de confiance que doit faire le juge dans le choix, la pertinence et l'efficacité de la méthode, il doit le renouveler dans la réalisation de l'expertise. Sans doute choisira-t-il son expert à bon escient, comme dans les autres expertises. Mais à la différence de ce qui se produit pour beaucoup d'expertises où un homme cultivé et intelligent peut suivre non seulement le déroulement des opérations décrites, mais encore en apprécier personnellement les résultats, le juge ne le pourra pas pour les expertises de sang. Il devra donner son adhésion — ou la refuser — aux conclusions de l'expert, sans pouvoir contrôler personnellement ce qui a été fait. Et pourtant, la manière dont l'examen est conduit a une influence capitale sur les conclusions à en tirer. Que l'on y songe : même si le juge a choisi un expert compétent en la matière — par définition tous les experts sont compétents et éminents, mais dans ces matières la science va si vite qu'il faut souvent s'adresser à des spécialistes qui sont au courant des dernières découvertes — il n'est pas certain que toutes les opérations soient conduites rigoureusement et impeccablement. Non seulement, les échantillons de sang

doivent avoir été prélevés convenablement et identifiés, mais ils doivent être ensuite manipulés correctement et avec rigueur dans le laboratoire d'analyse. Le transport des échantillons les expose à des dangers ou à des altérations, surtout s'il est long, et par temps de chaleur. L'analyse ne doit pas tarder. Les sangs doivent être examinés avec les mêmes sérums, des sérums de qualité. Les instruments utilisés doivent répondre à des conditions précises. Le laboratoire doit être propre et aseptisé. Bref, nous pouvons mesurer tous les risques d'erreur qui menacent une expertise de ce genre.

Une bonne précaution consiste à faire en réalité deux contrôles simultanés, par deux laboratoires qui ignorent qu'ils font l'analyse sur des échantillons semblables. Des réponses concordantes, si elles n'excluent pas le risque d'une erreur commise chaque côté, minimisent considérablement les probabilités d'erreur. Et en cas de discordance, il est évident qu'une erreur s'est produite et qu'il faut recommencer.

Enfin, quelle est la compétence technique du juge pour apprécier les résultats de l'expertise? Comment décidera-t-il éventuellement de l'utilité d'une contre-expertise? Sur ce point, le Tribunal fédéral suisse a précisé que le juge doit s'en tenir à l'appréciation d'ensemble que l'expert a donnée, qu'il ne peut tirer une conviction contraire au rapport d'expertise ou aux travaux scientifiques en donnant à certains développements plus d'importance qu'à d'autres.

Ainsi donc, à ces trois degrés : choix de la méthode d'analyse des sangs, réalisation de l'expertise, conclusion de l'analyse, le juge doit s'en remettre pratiquement à l'expert. Quelque sérieux que soit le moyen employé, le rôle personnel du juge s'estompe au profit du spécialiste, disons simplement du technicien.

La seconde méthode est l'expertise anthropobiologique. De nouveau, nous rencontrons ici plusieurs systèmes. Mais ils ont tous pour base les lois de l'hérédité. Ils consistent à rechercher chez l'enfant, la mère et le prétendu père les ressemblances ou dissemblances morphologiques. Un grand nombre de facteurs - le chiffre en est variable selon les méthodes et selon les experts - en sont pris en considération : tête, front, oreilles, cheveux, couleur des yeux, nez, bouche, ongles, empreintes digitales. Dans telle méthode, 230

facteurs sont retenus, mais dans des méthodes plus récentes on peut se contenter d'une bonne centaine d'indices. Prenons l'une d'elles à titre d'exemple pour comprendre la situation du juge : c'est la méthode anthropobiométrique mise au point par Friedrich Keiter, de Hambourg, et complétée par le professeur Baumann, de Genève. Elle est fondée sur la répartition biomathématique des individus d'une collectivité en différentes classes. Elle fait appel aux lois de l'anthropologie, de l'hérédité, et surtout de la biomathématique.

Le choix des mathématiques a pour but de fournir au juge une conclusion chiffrée, plus convaincante qu'une appréciation littéraire.

Le départ de la méthode est toujours le fait connu des rapports entre la mère et l'enfant. L'expert a pour mission de rechercher les concordances et les discordances entre le prétendu père et l'enfant d'une part, entre le prétendu père et la mère d'autre part. Puis, il faut préciser les positions respectives des trois membres du groupe examiné. La comparaison des caractères morphologiques conduit aux conclusions. Celles-ci sont fondées sur l'étude de 620 cas de paternité et de non-paternité connus. L'expert prend les mesures anthropobiométriques pour calculer les indices. Il note les caractéristiques : degré d'inclinaison du front, degré de courbure des ailes du nez, longueur comparée des 2^e et 4^e doigts par exemple. Tous ces indices et caractéristiques sont alors confrontés aux moyennes anthropobiométriques établies d'après les cas connus. Une note marque l'écart avec la moyenne. La note est exprimée en "sigma" (il s'agit de la racine carrée de la moyenne arithmétique des écarts individuels, eux-même élevés au carré). Aux indices et caractéristiques dans la moyenne est attribuée la note 0. Pour ceux qui s'en écartent de plus d'un demi-sigma, on utilise les notes +1 ou -1. A ceux qui s'en écartent de plus d'un sigma et demi, on donne la note +2 ou -2. L'expérience montre qu'il est inutile d'aller au delà de la note 2 : les probabilités de paternité ou de non-paternité n'augmentant pratiquement pas. Pour chaque indice, on établit d'après la note la position respective des trois membres du groupe. Il existe 91 positions possibles dans le tableau. Pour chacune d'elles, la probabilité de paternité ou de non-paternité est exprimée par un logarithme établi à l'avance.

Quand le sujet a été entièrement mesuré, qu'il a reçu toutes ses notes, il en résulte une sorte de portrait-robot, ou plus exactement un portrait chiffré. Les spécialistes prétendent qu'un peintre-sculpteur au courant de la méthode pourrait alors en faire une image très ressemblante.

Il y a ainsi trois "portraits chiffrés" : celui de l'enfant, celui de la mère et celui du prétendu père. Il faut alors se livrer à une confrontation.

Pour procéder à ces observations et mensurations, l'expert doit être médecin : il faut apprécier les facteurs qui ont pu déformer la constitution normale des trois intéressés : obésité, constitutionnelle ou non, goître, opération de la cloison nasale, fractures plus ou moins bien réduites, séquelles de pleurésie ou de poliomyélite, etc. Pour être décisive, l'expertise doit être faite sur des personnes dont la constitution est dessinée suffisamment. L'expérience montre que pour l'enfant, il faut attendre qu'il ait atteint l'âge de trois ans.

En combinant les indices, les chances de paternité ou de non-paternité se multiplient ou se divisent. Pour simplifier les calculs, on utilise le calcul logarithmique. Et pour désigner le résultat mathématique de l'expertise, on parle de "logarithme de paternité". Pourquoi cette formule mathématique pour exprimer le résultat de l'expertise? Selon les promoteurs cette forme d'expression est convaincante, alors que les termes "peu probable, douteux, impossible, certain" sans rapport direct avec les mesures anthropométriques n'entraîneraient pas la conviction du juge.

Les théories mathématiques utilisées exigent des connaissances étendues. Fions-nous au contrôle qu'ont fait les statisticiens. Les calculs ont été établis sur l'observation de 90.000 caractères individuels. Et ainsi on a pu tracer des courbes de partage de paternité et de non-paternité.

Cette méthode repose sur la constitution de l'individu, non sur son type racial ou son appartenance à une classe ethnologique. On pourrait — et il est probable qu'on pourra — utiliser aussi les indices du type racial ou héréditaire. Mais il semble qu'actuellement les connaissances des lois héréditaires soient insuffisantes. La méthode anthropométrique employée fait intervenir la présence et le degré d'une caractéristique, sans tenir compte de son mode de transmission héréditaire.

Dans une certaine mesure, cette méthode est empirique puisqu'il s'agit d'observer des ressemblances et de les chiffrer. Elle présente pourtant une grande sûreté. L'expérience a montré — jusqu'ici — qu'un homme qui a au moins le logarithme final de 4,8 à 63.100 chances contre 1 d'être le père. Le risque d'erreur est alors de moins de 2 pour 100.000.

L'erreur, quoique improbable, est possible : elle tiendrait à une coïncidence. Certaines observations complémentaires pourraient peut-être permettre de l'éliminer.

La méthode peut encore laisser planer des incertitudes. D'abord l'enfant qui a pris beaucoup de caractéristiques de la mère en aura reçu moins du père. Il est possible que la conclusion soit indécise. Ensuite, une certaine incertitude peut résulter du fait que l'on hésite entre deux hommes de constitution très proche, deux frères par exemple, voire deux jumeaux. S'il s'agit de vrais jumeaux, la méthode n'aboutira pas à départager les deux frères; elle ne permettrait de les départager qu'à l'égard d'étrangers. Dans l'état actuel des connaissances, les spécialistes estiment parvenir à diagnostiquer avec certitude 54% des pères, 84% des non-pères. Bien entendu, il est possible de combiner cette méthode avec l'analyse des sangs et augmenter encore la proportion des certitudes quant aux non-pères.

Pour terminer l'exposé de cette méthode, disons encore que les statistiques ont montré qu'un père ne peut avoir un logarithme final de plus de 2,5 dans le sens de la non-paternité, qu'un non-père ne peut avoir un logarithme supérieur à 4,8 dans le sens de la paternité. Sur une échelle, les logarithmes supérieurs à 2,5 dans le sens de la non-paternité sont des impossibilités de paternité, dans le sens de la paternité les logarithmes supérieurs à 4,8 sont des paternités certaines. Dans les cas intermédiaires, on peut introduire une subdivision des paternités possibles et des paternités improbables.

Voilà donc une des méthodes anthropobiologiques. Il est évident que, de nouveau, le juge va être obligé de faire confiance : à ceux qui préconisent telle ou telle méthode, à ceux qui l'appliquent, aux résultats obtenus. Dans ce cas choisi intentionnellement, car il fait appel au delà de l'observation simple des ressemblances ou

dissemblances à l'usage des mathématiques et à l'emploi des statistiques, le juge peut-il apprécier les calculs? Devra-t-il faire une licence de mathématiques, Si ce propos fait sourire, si l'usage des mathématiques en médecine vous semble déplacé, je vous dirai que l'an dernier un mathématicien, un ingénieur, a été nommé professeur à la Faculté de Médecine de Paris pour apprendre aux futurs médecins à user des statistiques dans leur art. Les juristes vont-ils rester en arrière ou devront-ils être pris en croupe des techniciens?

C'est la question qu'il faut poser, car dans l'état actuel des choses, le juge doit faire un acte de foi dans les méthodes nouvelles qu'on nous propose. Avec tout le prestige qui entoure les sciences et ses récentes découvertes, les méthodes d'analyse des sangs et l'anthropobiométrie affirment des certitudes — positives ou négatives — qui paraissent — et sont sans doute — plus sûres que les preuves traditionnelles et psychologiques. Celles-ci paraissent infirmes, banales, souvent inefficaces. Celles-là se disent certaines, précises, efficaces. L'affrontement n'est pas égal. Même en admettant que les qualités attachées aux méthodes scientifiques sont réelles, encore faut-il examiner si elles sont compatibles avec l'ordre traditionnel des rapports attachés à la filiation.

La mise en oeuvre des méthodes scientifiques d'exclusion ou d'établissement de la paternité s'inscrit dans le cadre de l'expertise. Ce sont donc en principe les règles de celle-ci qui vont régir l'administration de la preuve.

L'une des parties peut donc requérir l'expertise des sangs ou l'expertise anthropomorphique. Du moment que les conclusions à en tirer sont pertinentes (il faut bien entendu que les juges admettent la pertinence de la méthode), la requête est admissible. Et le juge est libre de sa décision. Il peut donc y répondre favorablement et ordonner l'expertise. C'est la solution qui a été consacrée par la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse.

Mais aussitôt surgit une difficulté capitale. Dans l'administration des preuves, c'est à celui qui la requiert de la fournir. Or dans notre cas de filiation, l'administration de la preuve requiert le concours de l'adversaire — le père défendeur dans l'action en paternité, la mère défenderesse dans l'action en désaveu — ou d'un

tiers — l'homme ou les hommes qui ont eu des rapports avec la mère durant la période légale de conception quand le prétendu père actionné en recherche de paternité soulève l'*exceptio plurium* — Le défendeur, le tiers sont-ils tenus de se prêter à l'expertise?

Si un texte légal l'établit, la réponse ne fait pas de doute : l'injonction légale de se soumettre à une expertise doit être obéie. En dehors d'une disposition légale, il paraît très difficile de contraindre l'adversaire, à plus forte raison le tiers de se soumettre à l'expertise. Sans doute, dira-t-on, que quiconque en est requis doit venir déposer en justice à titre de témoin et qu'il ne peut s'y soustraire, sauf cas tout à fait exceptionnels et d'ailleurs prévus par la loi elle-même, mais dans l'espèce il ne s'agit pas seulement d'une déposition orale mais d'une prise de sang, donc d'une atteinte à l'intégrité corporelle, si minime soit-elle, ou d'une inspection corporelle. En outre, l'obligation de déposer qui s'impose aux tiers ne concerne pas l'adversaire lui-même.

On sait les discussions auxquelles avait déjà donné lieu le prélèvement du sang des conducteurs d'automobiles, en cas d'accident. Encore s'agissait-il là de procédure pénale. Dans le domaine de la procédure civile, la question est encore plus délicate.

En droit suisse, la Constitution fédérale par certains principes tirés de son article 4 protège la liberté personnelle. De même, de nombreuses constitutions cantonales protègent la liberté individuelle. Et l'intégrité corporelle fait partie de la liberté individuelle (comme la liberté de se déplacer). Les dispositions relatives aux témoins ne permettent pas de leur imposer une expertise de ce genre. Ce ne serait que dans la mesure où une loi cantonale autoriserait l'expertise du sang et l'ordonnerait que les intéressés pourraient y être contraints. Sans doute, comme vous le savez, le Code civil suisse permet au juge de combler les lacunes de la loi et de faire oeuvre de législateur, mais le Tribunal fédéral s'y est refusé en la matière, laissant au législateur le soin de prendre l'initiative.

Quand à la méthode anthropomorphique, le Tribunal fédéral a déclaré qu'il n'était pas arbitraire d'y contraindre une partie. Le cas d'un tiers n'a pas encore été soulevé, l'admission de cette méthode étant d'ailleurs toute récente.

Et l'hypothèse du refus de laisser procéder à la prise de sang entraîne aussitôt une autre question. Peut-on tirer une conclusion

favorable au demandeur en cas de refus de participer à l'expertise? Autrement dit, le fardeau de la preuve est-il déplacé en raison de l'inexécution de l'expertise? Le Tribunal fédéral ne l'a pas admis. C'est au demandeur qu'il appartient d'administrer la preuve, aussi bien pour prouver la paternité que pour désavouer l'enfant. Dans le premier cas, le juge doit acquérir une conviction confinant à la certitude, dans le second, une conviction totale. Or l'abstention de l'adversaire ne fournit pas la justification de cette conviction.

Il est évident que nous nous trouvons actuellement dans une période de transition. L'attitude des tribunaux est prudente. Les progrès scientifiques sont continus, nous ignorons jusqu'où ils iront, le législateur qui devrait prendre parti attend qu'ils soient arrivés déjà à un certain degré de maturité pour intervenir et il juge inutile de faire une loi qui risque d'être rapidement dépassée et, peut-être de paraître injuste dans quelque temps.

L'aménagement des expertises anthropobiologiques pose encore une question de procédure, en matière de désaveu de paternité. On sait que le délai pour agir est toujours assez bref. Il est inférieur au délai qu'il faut laisser s'écouler pour examiner l'enfant avec profit : trois ans. Là encore, les juges ne peuvent faire grand-chose : une modification légale serait nécessaire. Mais cela entraînerait évidemment une modification de nos conceptions sur l'action en désaveu.

Enfin, une dernière précision doit être faite. Les méthodes scientifiques peuvent être employées soit en matière de filiation naturelle, soit en matière de filiation légitime. Dans le premier cas, elles tendent à rejeter la demande en paternité — c'est le défendeur qui les requiert — ou à prouver dans le cas où le défendeur n'a pas été seul bénéficiaire des faveurs de la mère que le tiers n'est pour rien dans la conception, ou enfin à prouver positivement la paternité. Dans ces dernières hypothèses, c'est la demanderesse qui les requiert à son tour. Il n'existe guère de motifs moraux qui s'opposent à la décision du juge d'ordonner la preuve. Mais dans le second cas — celui de la filiation légitime —, le juge sera beaucoup plus réservé pour ordonner l'expertise, car l'honneur de la mère est en jeu. Si rien ne permet de soupçonner qu'elle a contrevenu à son obligation de fidélité, il semble bien difficile d'ordonner une expertise. Il faut que s'élèvent au moins des doutes sur la con-

duite de la mère durant la période légale de conception ou que des indices sérieux fassent douter de la paternité du mari : par exemple l'enfant a des caractéristiques corporelles qu'il n'a pas pu acquérir du mari de sa mère.

Nous touchons ainsi une question cruciale en matière de recherche de la vérité dans les procès en filiation : doit-on faire cette recherche coûte que coûte au risque de détruire la paix et l'ordre des familles? Ou bien doit-on admettre ici aussi que toute vérité n'est pas bonne à dire? Doit-on restreindre l'usage des méthodes scientifiques à la filiation naturelle et la prohiber ou en tout cas le soumettre à des restrictions très rigoureuses dans le domaine de la filiation légitime? C'est ce que nous allons examiner maintenant en recherchant les conséquences de ces méthodes dans le système juridique existant.

II

CONSEQUENCES GENERALES

Si l'utilisation des méthodes scientifiques atténue le rôle du juge qui ne peut plus acquérir par expérience directe, personnelle et contrôlée sa conviction intime, elle est aussi de nature à transformer nos habitudes en matière de filiation naturelle et légitime.

En effet, si les tribunaux se sont déjà sentis obligés à distinguer les conditions d'emploi de ces méthodes dans le domaine de la filiation selon qu'elle est légitime ou naturelle, c'est qu'il est toujours dangereux — du moins dans l'opinion traditionnelle générale — de mettre en question l'organisation et la composition de la famille légitime. La répugnance des codes à admettre le désaveu de paternité, les multiples restrictions qui y sont mises ne s'expliquent pas seulement par la difficulté d'apporter la preuve négative que le mari n'est pas le père de l'enfant de sa femme, mais surtout par le désir de ne pas troubler l'ordre familial. Le fait que l'action ne peut être intentée que dans un délai extrêmement bref est convaincant.

Sans doute, pourrait-on, sinon interdire l'usage des expertises scientifiques dans le domaine de la filiation légitime, du moins les soumettre à des conditions extrêmement rigoureuses et restrictives. Mais les limites ne risquent-elles pas d'être franchies assez rapide-

favorable au demandeur en cas de refus de participer à l'expertise? Autrement dit, le fardeau de la preuve est-il déplacé en raison de l'inexécution de l'expertise? Le Tribunal fédéral ne l'a pas admis. C'est au demandeur qu'il appartient d'administrer la preuve, aussi bien pour prouver la paternité que pour désavouer l'enfant. Dans le premier cas, le juge doit acquérir une conviction confinant à la certitude, dans le second, une conviction totale. Or l'abstention de l'adversaire ne fournit pas la justification de cette conviction.

Il est évident que nous nous trouvons actuellement dans une période de transition. L'attitude des tribunaux est prudente. Les progrès scientifiques sont continus, nous ignorons jusqu'où ils iront, le législateur qui devrait prendre parti attend qu'ils soient arrivés déjà à un certain degré de maturité pour intervenir et il juge inutile de faire une loi qui risque d'être rapidement dépassée et, peut-être de paraître injuste dans quelque temps.

L'aménagement des expertises anthropobiologiques pose encore une question de procédure, en matière de désaveu de paternité. On sait que le délai pour agir est toujours assez bref. Il est inférieur au délai qu'il faut laisser s'écouler pour examiner l'enfant avec profit : trois ans. Là encore, les juges ne peuvent faire grand-chose : une modification légale serait nécessaire. Mais cela entraînerait évidemment une modification de nos conceptions sur l'action en désaveu.

Enfin, une dernière précision doit être faite. Les méthodes scientifiques peuvent être employées soit en matière de filiation naturelle, soit en matière de filiation légitime. Dans le premier cas, elles tendent à rejeter la demande en paternité — c'est le défendeur qui les requiert — ou à prouver dans le cas où le défendeur n'a pas été seul bénéficiaire des faveurs de la mère que le tiers n'est pour rien dans la conception, ou enfin à prouver positivement la paternité. Dans ces dernières hypothèses, c'est la demanderesse qui les requiert à son tour. Il n'existe guère de motifs moraux qui s'opposent à la décision du juge d'ordonner la preuve. Mais dans le second cas — celui de la filiation légitime —, le juge sera beaucoup plus réservé pour ordonner l'expertise, car l'honneur de la mère est en jeu. Si rien ne permet de soupçonner qu'elle a contrevenu à son obligation de fidélité, il semble bien difficile d'ordonner une expertise. Il faut que s'élèvent au moins des doutes sur la con-

duite de la mère durant la période légale de conception ou que des indices sérieux fassent douter de la paternité du mari : par exemple l'enfant a des caractéristiques corporelles qu'il n'a pas pu acquérir du mari de sa mère.

Nous touchons ainsi une question cruciale en matière de recherche de la vérité dans les procès en filiation : doit-on faire cette recherche coûte que coûte au risque de détruire la paix et l'ordre des familles? Ou bien doit-on admettre ici aussi que toute vérité n'est pas bonne à dire? Doit-on restreindre l'usage des méthodes scientifiques à la filiation naturelle et la prohiber ou en tout cas le soumettre à des restrictions très rigoureuses dans le domaine de la filiation légitime? C'est ce que nous allons examiner maintenant en recherchant les conséquences de ces méthodes dans le système juridique existant.

II

CONSEQUENCES GENERALES

Si l'utilisation des méthodes scientifiques atténue le rôle du juge qui ne peut plus acquérir par expérience directe, personnelle et contrôlée sa conviction intime, elle est aussi de nature à transformer nos habitudes en matière de filiation naturelle et légitime.

En effet, si les tribunaux se sont déjà sentis obligés à distinguer les conditions d'emploi de ces méthodes dans le domaine de la filiation selon qu'elle est légitime ou naturelle, c'est qu'il est toujours dangereux — du moins dans l'opinion traditionnelle générale — de mettre en question l'organisation et la composition de la famille légitime. La répugnance des codes à admettre le désaveu de paternité, les multiples restrictions qui y sont mises ne s'expliquent pas seulement par la difficulté d'apporter la preuve négative que le mari n'est pas le père de l'enfant de sa femme, mais surtout par le désir de ne pas troubler l'ordre familial. Le fait que l'action ne peut être intentée que dans un délai extrêmement bref est convaincant.

Sans doute, pourrait-on, sinon interdire l'usage des expertises scientifiques dans le domaine de la filiation légitime, du moins les soumettre à des conditions extrêmement rigoureuses et restrictives. Mais les limites ne risquent-elles pas d'être franchies assez rapide-

ment? Et cela, sans que le législateur puisse s'y opposer? Si en effet les méthodes scientifiques sont toujours plus largement employées dans l'établissement de la filiation naturelle — et il est plus que probable que c'est le sens de l'évolution — comment l'interdire en fait à l'homme qui marié, et peut-être rongé de jalousie, croit que l'enfant de sa femme n'est pas le sien? Ne trouvera-t-il jamais un médecin ou simplement un chimiste ou un de leurs auxiliaires pour procéder à l'analyse des sangs? Bien sûr, nous savons que les médecins se refusent à procéder hors procès à des examens de ce genre. Mais il peut y avoir des exceptions. Et plutôt que de laisser s'opérer les expertises dans des conditions douteuses par un expert peut-être peu qualifié, le législateur peut être amené à organiser d'une manière sérieuse et systématique l'expertise des sangs ou l'expertise anthropobiologiste.

Il y a plus. Dans notre société contemporaine, où nous sommes tous, les uns et les autres, mis en pièces détachées sur des fiches, nous pourrions peut-être trouver des renseignements suffisants qui nous conduiront à des conclusions qu'il aurait mieux valu ignorer. Pour des raisons d'hygiène, de prévention des accidents, des prises de sang sont effectuées parfois sur les enfants à l'école et le résultat en est porté sur leur livret scolaire ou médical. Il en est de même au service militaire, en prévision de transfusions sanguines et urgentes à effectuer dans l'avenir. Et le résultat est consigné sur le livret militaire. Dans certains Etats, on recommande de faire porter les indications sanguines sur des cartes pour permettre en cas d'accident de la route de procéder aussi à des transfusions sanguines, tout en écartant certains dangers. Alors, il n'est pas difficile d'imaginer que ces indications permettent un jour à un homme un tant soit peu averti de tirer des conclusions sur sa non-paternité en confrontant la fiche de l'enfant, celle de sa femme et la sienne propre. Qu'est-ce que les limites légales à l'emploi des expertises scientifiques dans la famille légitime pourront empêcher?

Pendant un certain temps, ce sera un combat de retardement. Mais il est peu probable que la loi puisse indéfiniment empêcher l'emploi libre, sinon inconditionnel, de l'expertise médico-légale dans la famille.

Les mœurs s'étant accoutumées au fait, il est même bien possible que dans un deuxième temps, à la déclaration de naissance

d'un enfant légitime, l'officier d'état civil doit réclamer une déclaration médicale certifiant qu'après examen légal, il s'avère que le mari est bien le père de l'enfant.

Sur le plan de la filiation naturelle même, il faut aussi s'attendre à une extension de ce genre, pour les reconnaissances cette fois. Les reconnaissances de complaisance sont connues des tribunaux et des avocats, quand l'auteur de la reconnaissance est en mauvais termes avec la mère au bout d'un temps plus ou moins long après la reconnaissance. Il n'est pas douteux que les expertises médico-légales sont de nature à apporter des preuves convaincantes. N'en arrivera-t-on pas, également, à exiger au moment de la reconnaissance un certificat médical attestant la paternité de son auteur?

Ce n'est pas de la science-fiction que d'imaginer que, dans quelques dizaines d'années, les actes d'état-civil porteront l'attestation médicale de la paternité. Quel est donc le sort de la règle "*pater is est...*"? Il est possible qu'elle ne fasse plus, dans un avenir plus ou moins éloigné que l'objet d'études pour les historiens du droit.

Cette perspective n'est pas la seule. Dans sa recherche scientifique de la réalité, l'homme est un apprenti sorcier. Nous avons toujours envisagé jusqu'ici que les trois intéressés, l'enfant, la mère et le père (ou prétendu tel) étaient à la disposition de l'expert. Mais il se peut que le défendeur ou la mère fasse défaut: décès, départ pour un lointain pays ou simplement: disparition. Les examens supposent la réunion et la comparaison des indications des trois personnes. Ne sera-t-on pas tenté, si la mère est décédée par exemple, de demander à sa soeur de se soumettre à un examen du sang, parce qu'il est possible que les indications que l'on retirera de l'analyse donneront des moyens de comparaison avec le sang de l'enfant et celui de défendeur? Sans doute commencera-t-on par des cas très précis: par exemple, il s'agira de deux soeurs jumelles - de vraies jumelles - puis les progrès continuant, les divers membres de la famille pourront être appelés à se soumettre à une expertise pour que l'on puisse au moins dire si l'enfant se rattache à cette famille, dont il aurait des caractéristiques exclusives.

Ce sont simplement des questions que nous posons. Mais elles sont dans la ligne logique des découvertes que l'on a faites et que

l'on continue de faire. Sans doute, les moeurs ralentiront l'introduction de ces pratiques. Ce n'est pas du jour au lendemain que les présomptions légales tomberont pour faire place à la sécheresse et à la rigueur des analyses médico-légales. Il est pourtant peu probable qu'elles résistent pendant plusieurs générations.

Notre droit fondé sur l'expérience humaine et humaniste se change peu à peu. Ses transformations échappent souvent à notre attention, car elles paraissent accidentelles et secondaires. Mais si nous prenons la peine de réfléchir aux conséquences que l'on en peut tirer, aux applications nouvelles qu'on pourra entreprendre et que, tout à coup, nous retournant en arrière, nous prenions comme point de comparaison l'état du droit il y a vingt-cinq ans, nous comprenons que nous sommes engagés dans une évolution générale dont nous n'apercevons pas encore l'aboutissement - s'il y en a un - mais dont nous pouvons deviner les lignes directrices, tandis que s'évanouissent dans le passé les lois, les moeurs, les manières de penser qui s'étaient forgées dans une autre société que celle que nous connaissons.
