

L'ÉTAT CIVIL ET SES VÉRITÉS : VÉRITÉ JURIDIQUE

Walter PINTENS

Professeur à l'Université Catholique de Louvain (B)

Professeur Honoraire à l'Université de la Sarre (D)

I. En guise d'introduction

« Nous connaissons la vérité, non seulement par la raison, mais encore par le cœur; c'est de cette dernière sorte que nous connaissons les premiers principes, et c'est en vain que le raisonnement, qui n'y a point de part, essaye de les combattre... Et il est aussi inutile que la raison demande au cœur des preuves... »

Cet extrait célèbre des *Pensées* de Blaise Pascal démontre déjà que plusieurs vérités existent. Malgré la force probante des actes de l'état civil, ces documents ne garantissent pas toujours la vérité (II), même si parfois l'officier de l'état civil doit rechercher la vérité, comme le démontre bien le cas des mariages simulés (III). En outre, les actes de l'état civil ne reflètent que la vérité du droit de la famille. Et parfois ce droit de la famille cache la vérité, par exemple quand il préfère la vérité socio-affective à la vérité biologique ou quand il nie le droit à la connaissance de ses origines (IV).

II. Les actes de l'état civil et la vérité

Si l'acte de l'état civil est conforme aux conditions de forme exigées par la loi, l'acte fait foi de l'état d'une personne, bien que dans les différents systèmes juridiques les énonciations de l'acte n'aient pas toujours la même force probante. En général, comme p.ex. en Allemagne, toutes les énonciations de l'acte sont supposées véridiques et font foi jusqu'à simple preuve contraire.¹ Toutefois, certains systèmes comme les droits belge, espagnol et français sont plus stricts et distinguent les énonciations se rapportant aux faits constatés par l'officier de l'état civil dans l'exercice de ses attributions, comme la date ou la comparution des parties, et les énonciations des faits qui sont l'œuvre exclusive des parties, comme le contenu de leurs déclarations. Les premières font foi jusqu'à inscription de faux, les dernières jusqu'à preuve contraire.²

Il existe dans plusieurs systèmes juridiques une forte tendance à accorder une force probante équivalente aux actes étrangers mais parfois avec certaines réserves. Ainsi le droit français dispose que tout acte de l'état civil des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenues, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité (art. 47 C.civ.).³ D'après la doctrine dominante l'appréciation de la force probante contient deux phases. Primo, le document étranger doit être qualifié comme acte de l'état civil, défini par la Cour de cassation de France comme «un écrit dans lequel l'autorité publique étrangère constate d'une manière authentique un événement dont dépend l'état de plusieurs personnes».⁴ Les conditions d'authentification se vérifient selon la *lex loci registrationis*. Secundo, une fois que le document a été qualifié comme un acte de l'état civil, la force probante est appréciée selon le droit du for.

L'appréciation de la force probante des actes de l'état civil des Etats membres des Communautés européennes a été très réduite par l'arrêt *Dafeki* de la Cour de Justice.⁵ Mme Dafeki, née en Grèce et de nationalité hellénique, travaillait en Allemagne depuis 1966. Ses documents d'état civil mentionnaient comme date de naissance le 3 décembre 1933. En 1986 cette date a été rectifiée par le tribunal grec compétent au 20 février 1929. En 1988 Mme Dafeki demande à la caisse de retraite de bénéficier de la retraite anticipée prévue pour les femmes ayant atteint l'âge de soixante ans sur la base du nouvel extrait de l'acte de naissance et du jugement rectificatif. La caisse de retraite rejette cette demande en se fondant sur la date de naissance non rectifiée. En droit allemand l'article 66 du *Personenstandsgesetz* de l'époque dispose que les documents relatifs à l'état des personnes ont, en matière de preuve, la même valeur que les registres de l'état civil. Selon l'article 60, paragraphe 1, de cette loi, ces registres, s'ils sont régulièrement tenus, font en principe office de preuve des mariages, des naissances et des indications fournies à cet égard. Vu la jurisprudence du *Bundessozialgericht* et la doctrine, l'article 66 du *Personenstandsgesetz* s'applique uniquement aux documents allemands, mais non aux documents étrangers, y compris ceux concernant les rectifications ultérieures. Il en résulte que, lorsque des certificats ont été établis dans un autre Etat membre,

¹ Allemagne: § 54 Personenstandsgesetz (loi sur l'état civil) du 19 février 2007. Voy. aussi Zeyringer, Int.Enc.Comp.L., V° Registration of Civil Status, 2-402 ff.

² Belgique: art. 1317 en 1319 C.civ.; Espagne: art. 7 Loi du 8 juin 1957 sur l'état civil; France: art. 1317 et 1319 C.civ. Voy. Chevalier, JurisClasseur Civil, V° Actes de l'état civil, n° 27-28.

³ Voy. Bidaud-Garon, La force probante des actes de l'état civil étrangers après la loi du 26 novembre 2006, RCDIP 2006, 49 ff.

⁴ Cass. 14 juin 1983, RCDIP 1984, 316, note Ancel.

⁵ CEJ 2 décembre 1997 (Dafeki/Landesversicherungsanstalt Württemberg), Rec. 1997, I-6774, RCDIP 1998, 329, note Droz.

ils ne bénéficient pas de la présomption d'exactitude, de sorte que le tribunal saisi procède à l'examen des documents qui lui sont soumis selon la règle de la libre appréciation des preuves. Dans le cadre de cet examen, ce tribunal doit tenir compte d'une règle jurisprudentielle qui établit une présomption selon laquelle, en cas de conflit entre plusieurs documents successifs, c'est en général, s'il n'existe pas d'autres preuves suffisantes, celui qui est chronologiquement le plus proche de l'événement qui prévaut et donc, en l'occurrence, le premier extrait de l'acte de naissance. Cette pratique résulte du fait qu'en général les règles étrangères sur la tenue des registres de l'état civil et plus spécifiquement sur l'authentification et la rectification ne sont pas toujours identiques aux règles allemandes.

Par une question préjudicielle adressée à la Cour de Justice le *Sozialgericht* d'Hambourg demande si l'article 48⁶ du Traité CE exige que, dans les procédures visant à déterminer les droits aux prestations sociales d'un travailleur migrant ressortissant communautaire, les institutions nationales compétentes en matière de sécurité sociale et les juridictions nationales d'un Etat membre soient tenues de respecter les certificats et actes analogues relatifs à l'état des personnes qui émanent des autorités compétentes des autres États membres (§ 8).

La Cour rappelle que, aux termes de l'article 48, paragraphe 2 du Traité, la libre circulation des travailleurs implique l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité entre les travailleurs des États membres en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail (§ 9). La situation de Mme Dafeki, ressortissante d'un État membre, qui a exercé une activité professionnelle salariée dans un autre État membre dans lequel elle demande, au titre de cette activité, l'attribution d'une pension de retraite, entre dans le champ d'application de cette disposition (§ 10). La Cour observe que, pour pouvoir invoquer le droit à une prestation de sécurité sociale qui découle de l'exercice de la libre circulation des travailleurs garantie par le traité, ces derniers doivent nécessairement justifier de certaines données figurant sur les registres de l'état civil (§ 11). Il résulte des dispositions allemandes, telles qu'elles ont été exposées par la juridiction de renvoi, que la force probante accordée par ces dernières aux certificats d'état civil émanant des autorités compétentes d'un autre État membre est inférieure à celle qui est accordée aux certificats établis par les autorités allemandes (§ 12). Ainsi, il y a lieu de relever que, bien qu'elle s'applique indépendamment de la nationalité du travailleur, cette réglementation joue, en pratique, au détriment des travailleurs ressortissants d'autres États membres (§ 13).

La Cour tient compte, d'une part, des différences considérables qui existent entre les ordres juridiques nationaux quant aux conditions et aux procédures permettant d'obtenir une décision rectifiant la date de naissance et, d'autre part, du fait que les États membres n'ont, à l'heure actuelle, ni harmonisé la matière ni mis en place un système de reconnaissance mutuelle de ces décisions (§ 16). Elle souligne que les autorités administratives et judiciaires d'un État membre ne sont pas tenues, en vertu du droit communautaire, de respecter l'équivalence entre les rectifications ultérieures des certificats de l'état civil effectuées par les autorités compétentes de leur propre État et celles émanant des autorités compétentes d'un autre État membre (§ 18). Mais néanmoins, elle précise qu'

« il convient de relever que l'exercice des droits découlant de la libre circulation des travailleurs n'est pas possible sans la présentation de documents relatifs à l'état des personnes, qui sont généralement délivrés par l'État d'origine du travailleur. Il s'ensuit que les autorités administratives et judiciaires d'un État membre sont tenues de respecter les certificats et actes analogues relatifs à l'état des personnes qui émanent des autorités compétentes des autres États membres, à moins que leur exactitude ne soit sérieusement ébranlée par des indices concrets se rapportant au cas individuel en cause » (§ 19).

Dans ces conditions, la Cour rejette

« une règle nationale qui établit la présomption générale et abstraite selon laquelle, en cas de conflit entre plusieurs documents successifs, celui qui est chronologiquement le plus proche de l'événement à prouver prévaut s'il n'existe pas d'autres preuves suffisantes ne saurait justifier le refus de prendre en compte une rectification opérée par la juridiction d'un autre État membre » (§ 20),

ce qui mène à la réponse que

« dans les procédures visant à déterminer les droits aux prestations sociales d'un travailleur migrant ressortissant communautaire, les institutions nationales compétentes en matière de sécurité sociale et les juridictions nationales d'un État membre sont tenues de respecter les certificats et actes analogues relatifs à l'état des personnes qui émanent des autorités compétentes des autres États membres, à moins que leur exactitude ne soit sérieusement ébranlée par des indices concrets se rapportant au cas individuel en cause » (§ 21).

La Cour reconnaît que dans l'état actuel du droit communautaire les règles sur l'état civil n'entrent pas dans les compétences communautaires. Mais comme la Cour l'a souligné dans l'arrêt *Konstantinidis* sur la translittération d'un nom,⁷ elle confirme que la législation en matière d'état civil relève de la compétence exclusive des États membres mais que cette législation doit être compatible avec le droit communautaire. Bien que la Cour estime que les États membres ne sont pas obligés de traiter les rectifications des actes de

⁶ Actuellement art. 39.

⁷ CEJ 30 mars 1993 (*Konstantinidis/Stadt Altensteig*), ECR 1993, I-1991, CMLR 1994, 395, note Lawson, ERPL 1995, 483, note Gaurier/Schockweiler/Loiseau, RTDH 1994, note Flauss, ZEuP 1995, 89, note Pintens.

l'état civil par une autorité étrangère comme les rectifications internes, elle conclue que, vu la libre circulation des travailleurs garantie par l'art. 48, les autorités d'un Etat membre sont obligées de tenir compte des actes de l'état civil émanant d'un autre Etat membre. Des indications générales de fraude ne suffisent pas pour écarter l'acte étranger, même si un Etat membre constate qu'un grand nombre de travailleurs migrants de nationalité hellénique auraient utilisé la procédure de rectification pour obtenir une date de naissance plus favorable. Vu que les travailleurs ne peuvent exercer leurs droits résultant de la libre circulation que sur la base d'un acte de l'état civil de leur Etat d'origine, des indications concrètes liées à l'acte et formulant un sérieux indice de fraude sont nécessaires. Bien que mettant l'accent sur l'autonomie des Etats membres, l'arrêt *Dafeki* laisse un champ de manœuvre tellement restreint qu'il assimile la force probante et donc la vérité d'un acte de l'état civil d'un Etat membre à celle d'un acte interne.

Même une force probante absolue ne garantit pas que les actes de l'état civil reflètent la vérité : ils garantissent la vérité des faits que l'officier de l'état civil a pour mission de constater;⁸ ils ne garantissent pas vraiment la vérité du contenu des déclarations des parties.

III. L'officier de l'état civil et la recherche de la vérité : l'exemple des mariages simulés

Une grande partie des systèmes juridiques révèle une tendance prononcée de conférer à l'officier de l'état civil un rôle proactif afin de garantir la vérité du contenu de ses actes. L'exemple majeur est sans doute celui des mariages simulés. Mais d'autres exemples sont légion.⁹

L'étude récente de la CIEC sur ce sujet donne un aperçu des raisons principales qui peuvent provoquer les mariages simulés.¹⁰ Ces raisons sont liées aux avantages du mariage, particulièrement ceux du droit d'entrée et de séjour et de l'acquisition de la nationalité, bien que le mariage tend à faciliter dans plusieurs Etats membres de la CIEC l'accès à d'autres avantages comme ceux du droit social.

En ce qui concerne le droit d'entrée et de séjour, mentionnons tout d'abord la directive européenne 2003/86/CE du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial. Cette directive vise à harmoniser les conditions nécessaires pour les ressortissants de pays tiers qui résident légalement sur le territoire d'un Etat membre afin de leur permettre de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs.

De manière générale, on constate que le mariage fonctionne en tant qu'élément régulateur dans les lois nationales des Etats membres de la CIEC en matière du droit d'entrée et de séjour. Le mariage avec un ressortissant du pays facilite en premier lieu l'obtention du droit d'entrée et de séjour dans ce pays. Ainsi en France, le conjoint étranger d'un français reçoit de plein droit une carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale ». ¹¹ Ensuite, la majorité des Etats membres utilisent la continuité du mariage comme régulateur pour la délivrance du type de carte de séjour. En Allemagne, par exemple, le mariage avec un ressortissant allemand ne procure qu'une carte de séjour limité dans le temps. Après une vie commune de trois ans seulement, le conjoint étranger recevra une carte de séjour illimité. ¹² Notons toutefois le régime spécifique des Pays-Bas où le mariage ne forme pas en soi un fondement pour l'obtention d'un permis de séjour. Le mariage n'est qu'une des conditions de l'article 3 al. 1 de la loi sur les étrangers.

De manière générale, l'étranger marié à un ressortissant d'un Etat membre de la CIEC reçoit un régime de faveur en matière d'acquisition de la nationalité du pays membre. ¹³ Cela se traduit soit par une diminution des exigences, tel que les délais à respecter comme en droits espagnol, grec et néerlandais, soit par l'application de procédures simplifiées comme en droit luxembourgeois.

A cause de ces avantages le phénomène des mariages simulés s'accroît dans les Etats membres. ¹⁴ Ainsi, en France le nombre de mariages soumis au contrôle du Parquet pour suspicions de fraude a doublé en dix ans. D'autre part, plusieurs pays comme la Belgique, les Pays-Bas et le Royaume-Uni ont connu un déclin des mariages simulés depuis l'instauration de mesures plus strictes non seulement par un contrôle postérieur mais surtout par un contrôle préventif.

1. Les sanctions a posteriori

Trois types de sanctions se laissent distinguer: des sanctions civiles, pénales et administratives.

Concernant les sanctions civiles il y a deux tendances. ¹⁵ La plupart des Etats membres de la CIEC permettent l'annulation d'un mariage simulé par voie judiciaire comme en Allemagne, en Belgique, en France, en Espagne, en Italie et au Portugal. Quelques Etats membres de la CIEC ne connaissent pas la nullité comme

⁸ Comp. Cass. 21 février 1993, S. 1933, I, 361, note Niboyet.

⁹ Voy. Lepinois/Van Gysel, L'état des personnes, les officiers d'état civil et le droit administratif, Actualité du droit de la famille 2009/1, 1 e.s. qui donnent maintes exemples du rôle actif, voire quasiment inquisitorial de l'officier de l'état civil comme p.ex. en la matière de la filiation et du transexualisme.

¹⁰ CIEC, Les mariages simulés, www.ciec1.org

¹¹ CIEC, o.c., p. 7-8.

¹² Aufenthaltsgesetz (loi sur le séjour) § 27-30.

¹³ CIEC, o.c., p. 11e.s.

¹⁴ CIEC, o.c., p. 4-5.

¹⁵ CIEC, o.c., p. 22.

sanction spécifique: la Croatie, la Grèce, la Hongrie, la Pologne et le Royaume-Uni. Dans ces pays le mariage ne peut être annulé que pour un autre motif comme, par exemple, la bigamie.

Une déclaration de mariage délibérément simulée tombe sous l'application des dispositions générales en matière de faux et usage de faux en écriture voire de fausse déclaration.¹⁶ Certains pays disposent de sanctions spécifiques en la matière: la Belgique, la France et la Suisse. Non seulement la personne faisant une déclaration erronée est poursuivie mais aussi toute personne organisant ou aidant un tel mariage.

Les sanctions administratives sont nombreuses.¹⁷ Ainsi dans la majorité des Etats membres de la CIEC, il existe la possibilité de retirer ou de ne plus renouveler l'autorisation de séjour (p.ex. en Allemagne, en Belgique, en France, en Grèce, en Hongrie, en Italie, aux Pays-Bas, en Pologne et en Suisse). De plus, existe en Belgique la possibilité de la déchéance de la nationalité conformément à l'article 23 du Code de la Nationalité. Quelques pays seulement, comme la Croatie, l'Espagne, le Royaume-Uni et la Turquie, ne connaissent pas de sanctions administratives.

2. Les mesures de contrôle préventif

Suite à l'accroissement des mariages simulés, la plupart des Etats membres de la CIEC (à l'exception du Luxembourg, de la Turquie, de la Pologne et du Portugal) étaient d'avis que le contrôle postérieur ne suffisait pas et se sont munis de mesures de contrôle préventif.

Vu la multiplicité des mesures prises, deux types de contrôle préventif dépendant du champ de manœuvre et des obligations de l'officier de l'état civil peuvent être distingués.¹⁸

Ainsi, dans un premier type, l'état civil ne fait office que de récolteur, d'analyseur et de rapporteur d'information. Cela est par exemple le cas en France. Toute personne voulant se marier doit préalablement fournir à l'état civil un dossier contenant des pièces précises (art. 70 et 71 C.civ.) ainsi que procéder à une audition préalable. En cas de doute au sujet de la volonté matrimoniale, l'officier de l'état civil a l'obligation de communiquer l'affaire au procureur de la République. Seul le procureur pourra décider du sort de l'affaire (procéder, surseoir ou s'opposer au mariage) tout en motivant sa décision. Les futurs époux peuvent contester la décision devant le président du tribunal de grande instance.

Dans un deuxième type, l'officier de l'état civil détient une plus grande marge de manœuvre. En plus de son rôle décrit dans le premier type, il a un large pouvoir de contrôle et d'appréciation. Ainsi, en Allemagne, l'officier de l'état civil doit activement rechercher l'intention des parties en les convoquant, en les invitant à produire certaines pièces ou à faire certaines déclarations sous serment.¹⁹ Sur la base de ces données, l'officier de l'état civil pourra lui-même trancher l'affaire tout en motivant sa décision. En cas de doute, il peut demander une décision judiciaire.²⁰

Voyons pour finir le cas intéressant du Royaume-Uni. Chaque étranger n'ayant pas la nationalité d'un Etat de l'Espace Economique Européen doit se munir soit d'un visa pour mariage ou d'un visa de fiancé(e) auprès d'un consulat ou du Haut Commissariat britannique soit d'un *certificat of approval* auprès du *Home Office* afin de pouvoir faire une déclaration de mariage. A titre dissuasif, le prix du visa et du certificat est passé de 135 à 295 livres. Seul le mariage selon les rites de l'Eglise d'Angleterre ou de l'Eglise du Pays de Galles ne tomberait pas sous cette législation de visa ou de certificat, bien que certains évêchés appliquent le système. La politique en matière de certificat a été attaquée devant la *Court of Appeal* étant contraire aux articles 12 et 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. La *Court of Appeal* reconnaît dans son arrêt du 23 mai 2007 que l'Etat a le droit de promulguer certaines restrictions à l'encontre de l'article 12 pour autant que le critère de proportionnalité soit respecté. Dans le cas présent cela ne fût point le cas car la politique en matière de certificat ne se base que sur le statut de l'intéressé au regard de la législation sur l'immigration et non sur la qualité du mariage.²¹ La *House of Lords*, dans son arrêt du 30 juillet 2008, a confirmé la position de la *Court of Appeal* en estimant que la politique de certificats était illégale. Les *Lords* ont d'ailleurs critiqué les droits élevés des certificats.²²

3. Et le principe de la liberté du mariage?

Le législateur use ou, plutôt, abuse du droit de la famille et plus particulièrement de la fonction de l'officier de l'état civil pour régler des problèmes de la police des étrangers par des normes sur les relations simulées.²³ La lutte contre la fraude est compréhensible et absolument nécessaire mais en instaurant un contrôle préventif elle comporte un grand danger.²⁴ Elle touche au principe de la liberté du mariage, principe de la plus haute valeur consacré comme une liberté fondamentale par les conventions des droits de l'homme.²⁵ Les

¹⁶ CIEC, o.c., p. 24 e.s.

¹⁷ CIEC, o.c., p. 26 e.s.

¹⁸ CIEC, o.c., p. 16 e.s.

¹⁹ § 13 Personenstandsgesetz.

²⁰ § 49 2^e al. Personenstandsgesetz.

²¹ *Secretary of State for the Home Department v Baia & Ors* [2007] 4 All ER 199.

²² *Baia & Ors, R (on the Application of) v Secretary of State for the Home Department* [2008] 3 WLR 549.

²³ Comp. Windel, Status und Realbeziehung, in Lipp/Röthel/Windel, Familienrechtlicher Status und Solidarität, Tübingen, 2006, p. 14.

²⁴ Bénabent, Droit civil. La famille, 11^e éd., Paris, 2003, p. 78.

²⁵ P.ex. art 12 CEDH; art. 9 Charte des droits fondamentaux de L'Union européenne.

constitutions européennes garantissent cette liberté par le droit au respect de la vie privée et familiale.²⁶ Pour cette raison, à l'exception des Pays-Bas, la régularité du séjour de la personne n'est pas prise en compte. Ainsi le Conseil constitutionnel français a déclaré dans sa décision du 13 août 1993 qu'afin de préserver le principe fondamental de la liberté du mariage, l'irrégularité de séjour ne constitue pas en soi un indice suffisant d'absence de volonté matrimoniale.²⁷ Mais néanmoins le contrôle préventif vise surtout les mariages mixtes et risque de les englober dans une suspicion générale.²⁸ Pour ces raisons, il est préférable d'instaurer un contrôle exclusivement *a posteriori* et d'accepter que l'acte de mariage ne contienne pas toujours la vérité. Dissocier mariage et avantages pourra promouvoir la vérité!

IV. Vérité juridique, vérité du sang et vérité du cœur

L'acte de l'état civil ne peut pas correspondre à la vérité quand le droit admet de ne pas faire mention de l'identité des personnes concernées, comme dans le cas de l'accouchement anonyme qui est possible en droit français, italien et luxembourgeois, mais qui a été déclaré inconstitutionnel par la Cour suprême de l'Espagne.²⁹ La pratique empêche non seulement l'établissement de la filiation maternelle mais également celui de la filiation paternelle. Dans l'affaire *Odièvre* la Cour européenne des droits de l'Homme devait examiner l'anonymat non sous l'angle de l'établissement de la filiation maternelle mais bien du droit à la connaissance de ses origines.³⁰ En niant ce droit avec une faible majorité la Cour dénie l'accès à la preuve nécessaire à l'établissement de la filiation. La Cour fait obstacle à la vérité des actes de l'état civil et va à l'encontre de ses arrêts *Gaskin*³¹ et *Mikulic*³² qui avaient posé les premiers jalons d'un droit à la connaissance de ses origines.³³ Ce droit a été reconnu dans plusieurs arrêts ultérieurs, comme dans l'affaire *Jaggi* où la Cour a condamné le refus d'une autorisation d'un examen DNA sur le corps inhumé du père présumé comme violation de l'article 8 CEDH.³⁴ La Cour a souligné que

« le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître son ascendant, fait partie intégrante de la notion de vie privée » (§ 37).

La vérité juridique de l'acte de naissance est hypothéquée quand le droit de la famille accepte des reconnaissances mensongères parce que dans la grande majorité des cas elles sont louables. Le droit le tient avec Graham Greene: « La vérité est un symbole que poursuivent les mathématiciens et les philosophes. Dans les rapports humains, la bonté et les mensonges valent mieux que mille vérités ». ³⁵ Dans des cas exceptionnels où la reconnaissance mensongère est abusée pour des raisons de nationalité, de permis de résidence ou d'allocations sociales, le ministère public dispose généralement d'un droit d'action comme en France ou aux Pays-Bas.³⁶ Un cas célèbre qui est entré dans l'histoire du droit de la famille allemand sous le nom 'der Rächter' (le vengeur), est celui d'un allemand vivant au Paraguay qui y avait reconnu quelques centaines d'enfants pour leur attribuer des allocations sociales avec le seul but de nuire à l'Etat allemand.³⁷ La loi du 3 mars 2008 en est la conséquence directe: elle prévoit la contestation de pareille reconnaissance par une autorité compétente et rend même possible un refus préventif par l'officier de l'état civil.³⁸

Un autre exemple se rattache aux nouvelles techniques de procréation médicale assistée facilitant les dons de gamètes, d'ovules ou d'embryons.³⁹ L'acte de naissance fait apparaître le nom de la femme porteuse même si l'embryon a été formé de l'œuf d'une autre femme. Si la loi garantit l'anonymat du donneur de sperme, aucune trace de la paternité biologique ne subsiste.

Ces exemples démontrent déjà que le droit de la famille cherche un équilibre entre la vérité biologique et la vérité socio-affective.⁴⁰ Dans les systèmes qui mettent l'accent sur cette dernière, la vérité juridique ne correspond pas à la vérité biologique. Le problème divise traditionnellement d'un côté les familles de droit germanique et nordique ainsi que le *common law* et de l'autre côté la famille de droit romain.⁴¹ Assez souvent la thèse est soutenue que les premières donnent la préférence à la vérité biologique ou à la vérité du sang tandis que la dernière favorise la vérité socio-affective ou la vérité du cœur. Sans aucun doute, cette thèse

²⁶ P.ex. art. 22 Const. Belge.

²⁷ Cons. Const. 13 août 1993, Déc. 93-325 DC, J.O. 18 août 1993, p. 11722

²⁸ Bénabent, o.c., p. 78.

²⁹ Tribunal Supremo 21 janvier 1999, RJ 1999, 6944.

³⁰ CEDH 13 février 2003 (*Odièvre c. la France*), JCP 2003, II, 10049, note Gouttenoire-Cornut et Sudre. Voy. Benda, Die "anonyme Geburt", JZ 2003, 533 e.s.; Bonnet, L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme, RTDH 2004, 405 e.s.; Malaurie, La Cour européenne des droits de l'homme et le 'droit' de connaître ses origines. L'affaire Odièvre, JCP 2003, I, 10049; Michaux, L'accouchement sous X au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention xde l'ONU relative aux droits de l'enfant, RTDF 2005, 321 e.s.

³¹ CEDH 7 juillet 1989 (*Gaskin c. Royaume Unie*), RTDH 1990, 353, note Lambert.

³² CEDH 7 février 2002 (*Mikulic c. Croatie*), JCP 2002, I, 141.

³³ Michaux, RTDF 2005, 326 e.s.

³⁴ CEDH 13 juillet 2006 (*Jaggi c. Suisse*), FamRZ 2006, 1355.

³⁵ Greene, Le fond du problème.

³⁶ Art. 356 C.civ.; art. 205 C.civ. néerl.

³⁷ Voy. Henrich, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung der Anfechtung der Vaterschaft, FamRZ 2006, 978; Windel, o.c., p. 19.

³⁸ § 1600 1^o al n^o 5; § 44 1^o al. Personenstandsgesetz.

³⁹ Voy. Rigaux, Le droit de connaître ses origines, in Krenç/Puéchavy (éd.), Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, 2008, p. 110.

⁴⁰ Voy. Schwenzer, Tensions Between, Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage, in EFL Series, n^o 15, Anvers, 2007.

⁴¹ Voy. Frank, Die unterschiedliche Bedeutung der Blutsverwandschaft im deutschen und französischen Familienrecht, FamRZ 1992, 1365.

reflète la situation d'une perspective historique, mais à la lumière de l'évolution récente, on ne peut que constater que, malgré des différences encore existantes, les familles de droit se rapprochent. Les traités internationaux comme la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant et la Convention européenne des droits de l'homme et avant tout la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ont facilité l'établissement de la filiation et ont mené les législateurs nationaux à favoriser la vérité biologique.⁴²

Mais plusieurs droits de la famille romaine attachent encore une grande importance à la vérité du cœur en mettant l'accent sur la possession d'état qui renforce la force probante de l'acte de l'état civil. En France par exemple, les travaux préparatoires de la loi du 16 janvier 2009 rappellent que le rapport de présentation de l'ordonnance du 4 juillet 2005 souligne, d'une part, qu'« un équilibre a été recherché entre les composantes biologique et affective qui fondent le lien de la filiation. Il convient en effet de tenir compte de la complexité de ce lien qui ne saurait être réduit à sa seule composante génétique », d'autre part, que « la modification du régime des actions, rendue nécessaire par le développement des moyens de preuve, appelle une plus grande rigueur dans les délais, afin de mettre l'enfant à l'abri de revendications tardives affectant la stabilité de son état ».⁴³ Ainsi le droit français prescrit que nul, à l'exception du ministère public, ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement (art. 333, 2^e al. C.civ.). Le droit d'action du ministère public sera exceptionnel et ne vise que les cas de fraude à la loi ou s'exerce lorsque des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblable le lien de filiation légalement établi, couvrant ainsi, par exemple, les cas de supposition ou de substitution de l'enfant.⁴⁴ La preuve en est recevable et se fait par tous moyens. Le droit belge attache encore une plus grande importance à la possession d'état en ne prescrivant aucune durée. Il exclut toute action en cas de conformité du titre et de la possession d'état, même dans le cas de supposition ou de substitution d'enfant.⁴⁵ Dans tous ces cas la possession d'état ne doit pas se baser sur la vérité parce qu'elle a justement pour but de protéger une situation qui ne correspond pas à la vérité, donnant ainsi la priorité à la filiation socio-affective sur la filiation biologique.⁴⁶ Un exemple extrême est celui de la femme belge qui accouche en France sous X, revient avec l'enfant en Belgique où l'enfant est reconnu par une autre femme. Dès que la reconnaissance est corroborée par la possession d'état toute contestation est exclue (art. 330 1^e al C.civ.).⁴⁷ Ainsi le droit belge offre un moyen de régularisation de la maternité de substitution. La vérité est définitivement écartée.

Dans les systèmes qui attachent tant d'importance à la possession d'état, de nouvelles possibilités s'ouvrent si les mentions concernant la filiation ne sont pas corroborées par cette possession d'état.⁴⁸ Ainsi les droits français et belge permettent dans ce cas d'écarter la présomption *Pater est quem nuptiae demonstrant* et acceptent que le père biologique reconnaisse l'enfant sans contestation préalable de la paternité du père légal.⁴⁹

Même les systèmes germaniques et nordiques qui reposent fondamentalement sur la vérité biologique ont traditionnellement interdit la contestation de la paternité du père légal par le père biologique et n'ont accepté une reconnaissance de sa part que dans des cas spécifiques comme la naissance de l'enfant après introduction d'une action en divorce (p.ex. § 1599 2^e al. BGB). Récemment et conformément à la jurisprudence strasbourgeoise quelques systèmes ont introduit une règle spécifique permettant la contestation par le père biologique comme c'était le cas pour le droit allemand en 2004 suite à un arrêt de la Cour constitutionnelle (§ 1600 1^{er} al n° 2 BGB).⁵⁰ Mais même ce droit allemand qui met tant l'accent sur la vérité biologique connaît une exception importante qui est proche de la possession d'état. La contestation de la paternité par le père biologique n'est possible que s'il n'existe pas de relation socio-familiale entre l'enfant et le père légal (§ 1600 2^e al. BGB).

En droit anglais qui attache une importance presque absolue à la vérité biologique, la règle du *Pater est* n'est qu'une présomption qui peut être réfutée à tout moment par le père biologique.⁵¹

V. Conclusion

La fonction traditionnelle de l'état civil d'une personne est de déterminer d'une manière irrévocable ou au moins stabilisante les relations entre les personnes concernées.⁵² La première aspiration de l'état civil reste la vérité absolue. L'exemple des mariages simulés nous montre comment le droit tente de concilier la force

⁴² P.ex. CEDH 27 octobre 1994 (*Kroon c. Pays-Bas*), série A, n° 297-C; 24.11.2005 (*Shofman c. Russie*), FamRZ 2006, 181, note Henrich. Voy. Granet, L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des droits de l'homme, RTD eur. 1997, 657 e.s.

⁴³ Rapport de Richemont, Sénat 2007-08, n° 145, p. 32. Voy. aussi Fulchiron, Egalité, vérité, stabilité dans le nouveau droit français de la filiation, Droit et Patrimoine 2006/3, 44 e.s.

⁴⁴ Rapport de Richemont, p. 40.

⁴⁵ Meulders-Klein, Réflexions sur les destinées de la possession d'état d'enfant, in Meulders-Klein, La personne, la famille et le droit, Bruxelles, 1999, p. 195; Senaev, Compendium van het Personen- en Familierecht, 11^e éd., Louvain, 2008, p. 241.

⁴⁶ Verschelden, Afstamming, Malines, 2004, p. 122.

⁴⁷ Pintens, Die Abstammung im belgischen Recht, in Spickhoff et al. (éd.), Streit um die Abstammung. Ein europäischer Vergleich, Bielefeld, 2007, S. 126.

⁴⁸ Voy. Frank, L'établissement et les conséquences de la filiation maternelle et paternelle en droit européen, RIDC 1999, 33 e.s.

⁴⁹ Resp. art. 316 C.civ. fr. et art. 319 C.civ. belge.

⁵⁰ BVerfG 9 avril 2003, FamRZ 2003, 816, note Huber. Voy. Schwab, Familienrecht, 16^e éd. Munich, 2008, p. 246. Pour d'autres exemples: Henrich, Streit um die Abstammung – Europäische Perspektiven, in Spickhoff et al., o.c., p. 404 e.s.

⁵¹ Frank, RIDC 1999, 35 e.s.; Lowe/Douglas, Bromley's Family Law, 10^e éd., Oxford, 2007, p. 321 e.s.

⁵² Comp. Windel, o.c., p. 11.

probante des actes de l'état civil et la lutte contre la fraude et illustre comment ce droit essaye de favoriser ainsi cette vérité absolue.⁵³

L'état civil ne reflète pas sa propre vérité mais celle du droit de la famille. L'évolution des droits européens de la filiation est manifeste. La filiation s'assoit sur la vérité biologique comme conséquence logique de l'évolution des mœurs, de la perte de fonction du mariage, de l'égalité de tous les enfants et du progrès scientifique facilitant la preuve de la filiation. Ce développement contribue à la vérité des actes de l'état civil. Mais parfois le droit de la filiation recherche plutôt la stabilité des relations familiales que la vérité absolue. Quand cette vérité absolue n'est pas vécue, elle est subordonnée à la réalité socio-affective. La vérité juridique correspond alors à la vérité du cœur, à l'affection et à la solidarité vécue dans la famille.

⁵³ Bidaud-Garon, RCDIP 2006, 55.