

L'ETABLISSEMENT DE LA PATERNITE EN DROIT ANGLAIS

PAR NIGEL LOWE

PROFESSEUR, DIRECTEUR DU CENTRE D'ETUDES INTERNATIONALES EN DROIT DE LA FAMILLE
DE LA FACULTE DE DROIT DE CARDIFF, UNIVERSITE DU PAYS DE GALLES, ROYAUME-UNI

I INTRODUCTION – De la notion de paternité

Bien que l'objet principal de cet exposé soit l'établissement de la paternité, il convient de préciser tout d'abord, qu'en droit anglais, le père biologique n'est pas toujours considéré comme étant le père légal. Il me faut donc répondre, au début de cet exposé à deux questions préliminaires, à savoir : qui, en droit substantiel, est considéré comme le père légal, et quelle est la définition juridique de la paternité.

A - Qui est le père légal ?

En principe, le père biologique, c'est-à-dire l'homme dont le sperme a fécondé l'ovule¹, est considéré en droit anglais comme le père légal. Il y a néanmoins deux exceptions à ce principe², à savoir :

- quand le sperme d'un donneur a été utilisé dans le cadre d'un « traitement autorisé »³ et que le donneur a consenti à cette utilisation dans les conditions prévues par la Loi de 1990 sur la fécondation et l'embryologie humaine [Human Fertilisation and Embryology Act 1990] dans son article 2 (par exemple, les donneurs dont le sperme a été utilisé pour une procréation médicalement assistée) ; et
- quand le sperme d'un homme a été utilisé après sa mort⁴.

Dans ces cas, un enfant ainsi conçu pourrait être légalement sans père⁵.

Il existe également des hypothèses dans lesquelles un homme est considéré comme le père légal alors qu'il n'est pas le père biologique. Ainsi, selon l'article 28 (2) de la Loi de 1990 sur la fécondation et l'embryologie humaine, le mari est réputé être le père de l'enfant porté par son épouse suite à une implantation d'embryon ou un transfert de gamètes (sperme et ovocytes) ou à une insémination artificielle⁶, à moins qu'il ne soit prouvé qu'il n'avait pas consenti au traitement⁷.

Lorsque l'homme et la femme ne sont pas mariés (ou s'ils le sont, mais qu'une séparation judiciaire⁸ a été prononcée), l'article 28 (3) de la loi de 1990, prévoit que l'homme sera considéré comme le père de tout

¹ Comme cela a été souligné par Bracewell J dans *Re B (Parentage)* [1996], 2 FLR p. 21, la manière dont le sperme a fécondé l'ovule importe peu, c'est-à-dire qu'un rapport sexuel n'est pas un préalable à la paternité.

² Voir la Loi de 1990 sur la fécondation et l'embryologie humaine, art. 28 (6), qui s'applique uniquement aux enfants portés par des femmes suite à l'implantation d'embryons ou transfert de gamètes (sperme et ovocytes), ou par insémination artificielle depuis le 1^{er} août 1991 : art. 49 (3).

³ A savoir, traitement qui nécessite que ceux qui le proposent en aient obtenu l'agrément en vertu de la Loi de 1990 Annexe 2.

⁴ Dans tous les cas, le sperme ne peut être utilisé ou conservé qu'à condition que le donneur y ait consenti par écrit : annexe 3 §1 de la Loi de 1990 sur la fécondation et l'embryologie humaine. cf. *R v Human Fertilisation and Embryology Authority, ex p Blood* [1997] 2 All ER 687, CA, où, exceptionnellement, la requérante a été autorisée à emporter, pour traitement en Belgique, le sperme de son mari décédé, nonobstant l'absence de consentement écrit du mari donné avant sa mort.

⁵ Comme dans les cas où un enfant est né d'une femme qui n'a ni mari ni partenaire pouvant être considéré comme le père légal en vertu de la Loi de 1990, art. 28 (2) et (3), commentés plus loin.

⁶ Dans chaque cas le traitement doit avoir été effectué le 1^{er} août 1991 ou ultérieurement. Dans l'hypothèse d'enfants conçus par insémination artificielle (et uniquement par ce moyen-là) entre le 4 avril 1988 et le 1^{er} août 1991, le mari est également réputé être le père.

⁷ Son consentement est présumé, sauf preuve contraire.

⁸ Une ordonnance qui dispense les époux de l'obligation de cohabitation mais qui ne met pas fin au mariage.

enfant conçu par ces traitements autorisés¹. Dans ces circonstances, la filiation paternelle légale ne dépend pas de la paternité biologique de l'homme mais de son mariage² avec la femme ainsi traitée ou, en l'absence de mariage, de l'autorisation accordée à l'homme et à la femme de bénéficier ensemble de ce traitement³.

On ajoutera qu'en droit anglais, il n'existe que deux moyens qui permettent de modifier, après la naissance, la parenté légale de l'enfant: l'adoption et ce que l'on appelle les "décisions parentales". Dans les deux cas, il faut une procédure judiciaire.

La première procédure est bien connue également dans les systèmes continentaux, étant cependant précisé que le droit anglais connaît seulement l'adoption plénière (où le lien légal entre l'enfant et les deux parents biologiques est complètement et irrévocablement rompu⁴) et non la notion d'adoption simple, à la différence de la France par exemple. Les décisions d'adoption ne peuvent bénéficier qu'à des enfants, c'est-à-dire à des personnes âgées de moins de 18 ans⁵.

Les "décisions parentales" furent quant à elles instaurées par l'article 30 de la Loi de 1990 sur la fertilisation et l'embryologie humaine en vue de créer un moyen d'établir la parenté légale d'un "couple mandant" à l'égard d'un enfant né d'une femme à la suite de l'implantation d'un embryon ou d'un transfert de gamètes, ou d'une insémination artificielle, suite en fait à une convention de maternité de substitution⁶. Ces "décisions parentales" sont soumises à un certain nombre de conditions :

- elles sont réservées aux couples mariés et l'embryon doit avoir été conçu avec les gamètes de l'un au moins des deux époux ;
- la demande doit être introduite dans les six mois suivant la naissance de l'enfant ;
- au moment de la demande, l'enfant doit résider avec les requérants et,
- la mère porteuse (et le cas échéant son mari) doit avoir consenti, sans conditions, à l'engagement de l'instance⁷.

Dans l'une et l'autre de ces procédures, la parenté en général et la paternité en particulier sont établies par la décision de justice qui en fera preuve.

B - Quelle est la définition de la paternité légale ?

En partie héritage d'un passé où un lien légal ne pouvait être établi qu'entre un parent et un enfant légitime, le droit anglais continue à faire une distinction entre les pères : ceux qui ont des enfants nés d'un mariage licite et les autres. Dans le premier cas, les pères (comme toutes les mères) ont automatiquement la

¹ Cf. l'annexe 2 de la Loi de 1990.

² Y compris si le mariage est annulé : article 28 (7) (b) de la loi de 1990.

³ La notion de "traitement commun" n'est pas claire, de sorte qu'en réalité il faut se demander si les parties ont formé ensemble un tel projet, ce qui implique que la femme ait voulu concevoir un enfant et lui donner naissance, cf. *Bracewell J dans Re B (Parentage) 1996, 2 FLR 15*, confirmé par la Cour d'Appel dans *R v Human Fertilisation and Embryology Authority, ex p Blood (1997) 2 All ER 687*, par Lord Woolf MR. Etant donné que le traitement doit être réalisé par une personne agréementée, un traitement pratiqué à l'étranger ne serait pas pris en considération, cf. *U v W (A-G Intervening) [1998] Fam 29*.

⁴ Cf. la Loi de 1976 sur l'adoption, articles 12 et 39.

⁵ Loi de 1976 sur l'adoption, articles 12 et 72 (1). La loi anglaise sur l'adoption est analysée en détail par Lowe et Douglas dans *Bromley's Family Law*.

⁶ Cf. la convention par laquelle une femme accepte de porter un enfant pour une autre et de le lui remettre à la naissance.

⁷ La Cour doit aussi avoir la garantie que, à l'exception des frais habituels, aucune somme d'argent ni aucune rémunération ne sera versée ou reçue. Pour plus de détails, voir Lowe et Douglas, op. cit, p. 267-269.

responsabilité parentale de l'enfant dès la naissance, alors que dans le second cas, ils ne l'ont pas¹ (bien qu'ils puissent l'acquérir par la suite, soit en passant avec la mère un accord de responsabilité parentale, soit par décision d'un tribunal)².

Cela ne veut cependant pas dire que la paternité en soi n'a pas de signification légale. Fondamentalement, tous les pères (et les mères) sont tenus d'assumer l'entretien de leurs enfants³. Les droits de succession découlent automatiquement du lien parent-enfant, que les parents soient mariés ensemble ou non⁴, ainsi que le font les règles régissant les mariages à degré prohibé et l'inceste⁵. Tous les pères ont le droit, sans autorisation de la cour, de former une requête relative à l'éducation de l'enfant, en vertu l'article 8 de la Loi de 1989 sur les enfants⁶. Lorsque la charge de prendre soin de l'enfant a été confiée à une autorité locale, on suppose l'existence de relations habituelles entre l'enfant et chacun de ses parents, qu'il soit mariés ensemble ou non⁷. De même, le mariage n'est pas non plus un élément déterminant pour arrêter des mesures d'éloignement du père ou de l'enfant⁸.

Par ailleurs, à défaut de responsabilité parentale, le consentement du père non marié n'est, entre autres, pas requis pour l'adoption de son enfant⁹. Il ne peut pas désigner une personne chargée de la garde de l'enfant¹⁰ ; son pouvoir de consentir à un traitement pratiqué sur son enfant est limité; il n'a pas de pouvoir indépendant de direction sur la personne de son enfant ; il ne peut pas s'opposer à la délivrance d'un passeport pour son enfant ni à ce que sa mère l'emmène hors du Royaume-Uni; il ne peut pas soulever d'objections à la décision de placement de son enfant prise par l'autorité locale ni s'opposer au mariage de son enfant, et il n'est pas investi du « droit de garde » au sens de la Convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants de 1980.¹¹

¹ Cf. la Loi de 1989 sur les enfants, article 2 (1), (2). Remarque : en cas d'adoption ou de "décision parentale" la responsabilité est dévolue au 'père'.

² Cf. la Loi de 1989 sur les enfants, article 4, commenté par Lowe et Douglas, op cit, p. 377-387.

³ Cf. la Loi de 1992 sur l'administration de la sécurité sociale, articles 78 (6) et 105 (3) ainsi que la Loi de 1991 sur le soutien dû à l'enfant, articles 3 (2) et 54 (1).

⁴ Cf. la Loi de 1975 sur les successions (Mesures en faveur de la famille et des personnes à charge), article 25 (1) ainsi que la Loi de 1987 portant réforme du droit de la famille, article 18.

⁵ Cf. la Loi de 1949 sur le mariage et la Loi de 1956 sur les délits sexuels.

⁶ Cf. la Loi de 1989 sur les enfants, article 10 (interprétée à la lumière de la Loi de 1987 portant réforme du droit de la famille).

⁷ Cf. la Loi de 1989 sur les enfants, article 34.

⁸ Voir Lowe et Douglas, op cit, p. 287, où les auteurs soulignent le fait que les agents de l'immigration ont reçu des instructions les invitant à prendre en considération les dispositions de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, spécialement à la suite de la décision Berrehab v The Netherlands (1988) II EHRR 322.

⁹ Re M (An Infant) (1955) 2 QB 479 and Re C (Adoption : Parties) (1995) 2 FLR 483.

¹⁰ Cf. la loi de 1989 sur les enfants, article 5 (3)-(4).

¹¹ Cf. article 3.

II. L'ÉTABLISSEMENT DE LA PATERNITÉ

Ce qui distingue fondamentalement le droit anglais des ordres juridiques continentaux, c'est qu'il ne prévoit aucun moyen permettant à un homme de faire une reconnaissance volontaire de paternité ayant une force contraignante. Les déclarations de paternité contraignantes ne peuvent être faites que par un tribunal, et même dans ces cas, uniquement dans le cadre de certaines procédures (voir *infra*). La présomption de paternité fondée sur le mariage peut donc toujours (sans conditions de temps ni de circonstances¹) être renversée à l'occasion d'une action judiciaire. Réciproquement, la paternité d'un homme non marié devra en pratique toujours être prouvée (mais voir plus loin).

On ne doit pas en déduire pour autant que dans tous les cas où la paternité correspond à la vérité, il faille l'établir par une procédure judiciaire formelle. Au contraire, la présomption de paternité repose en principe sur le mariage avec la mère (voir *infra*), et même lorsque les parties ne sont pas mariées, une reconnaissance et une acceptation communes de la paternité seront habituellement suffisantes pour que l'homme soit considéré comme le père. Ainsi, par exemple, sauf en cas de contestation², le Service de la protection de l'enfant (Child Support Agency) n'a pas besoin de saisir les tribunaux en vue de prouver la paternité pour prendre une décision obligeant de manière valable et définitive un homme qu'elle considère comme étant le père non marié et défaillant, à verser une pension alimentaire³. En outre, curieusement, la preuve de la paternité n'est pas formellement requise lorsqu'un homme passe avec la mère un accord de responsabilité parentale⁴.

Dans tous les cas, comme relevé dans un document de consultation du Lord Chancelier⁵ « Quand un homme est désigné dans le registre des naissances comme étant le père de l'enfant, une copie intégrale de l'acte vaut comme commencement de preuve de la paternité dans la plupart des cas en matière de successions, de nationalité et de citoyenneté ».

En d'autres termes, les reconnaissances volontaires de paternité sont, en pratique, communément constituées et admises dans le système anglais en dépit du fait qu'elles peuvent être contestées lors de procédures judiciaires.

Il nous reste à voir plus en détail les diverses conditions requises en droit anglais.

A – Présomptions et preuve a priori de la paternité

1° Présomption que le mari de la mère est le père

Comme dans de nombreux systèmes juridiques, le droit anglais présume que l'enfant d'une femme mariée est issu de son mari ; la maxime de droit civil bien connue « pater is est quem nuptiæ demonstrant » s'applique de part et d'autre de la Manche⁶.

¹ Cf. les solutions de certains droits européens (voir plus loin).

² C'est-à-dire en application de l'article 26 de la Loi de 1991 sur le soutien dû à l'enfant. Voir plus loin.

³ Voir plus généralement Lowe et Douglas, *op cit.*, p. 730 s.

⁴ Les accords sont établis en application de la Loi de 1989 sur les enfants, article 4 (1) (b). Il faut que les parties remplissent et signent, devant témoins, un formulaire. La cour ne vérifie pas l'exactitude de la paternité. Voir Lowe et Douglas, *op cit.*, p. 378 s.

⁵ « 1. Les procédures judiciaires pour l'établissement de la paternité. 2. La loi sur la responsabilité parentale des pères non-mariés » (mars 1998), § 26.

⁶ Cette maxime a trouvé application dès le début du 12^{ème} siècle. Voir Glanvil, livre 7, ch.12, Bracton, fol 6, Co Litt 373 et Blackstone's Commentaries I, 457.

Cela signifie que si l'on allègue que le mari n'est pas le père, la charge de la preuve va incomber au demandeur. La présomption s'applique même lorsque l'enfant est né si peu de temps après le mariage qu'il a forcément été conçu avant¹ et, dans l'hypothèse d'un enfant né après un divorce ou d'un enfant posthume, s'il est né au terme d'une gestation de durée normale après le divorce² ou après le décès du mari³. Dans l'affaire Preston-Jones contre Preston-Jones⁴, la Chambre des Lords retient comme fait acquis l'existence d'une période normale de gestation (bien que la durée de cette période soit indiquée de façon variable : entre 270 et 280 jours ou encore neuf mois), mais Lord MacDermott a ajouté qu'il fallait tenir compte aussi du fait que cette période normale ne correspond pas toujours à la réalité. Il semblerait cependant que, plus cette période s'écarte de la période normale, plus il sera facile de renverser la présomption, jusqu'à atteindre un moment où elle n'a plus de raison d'être, bien qu'il soit difficile de dire où la ligne doit être tracée.

Des conflits de présomptions apparaissent lorsque l'enfant doit avoir été conçu pendant un mariage, dissous depuis par le décès du mari ou le divorce, et que la mère s'est remariée avant la naissance. On admet, toutefois, en l'absence de preuve contraire, que le premier mari devrait être le père présumé, étant donné qu'il conviendrait aussi de présumer que la mère n'a pas commis d'adultère⁵.

Il faut relever que pour un enfant né d'une femme non mariée, il n'y a pas de présomption de paternité, même dans le cas d'un couple cohabitant, bien que l'on puisse tirer toutes les conséquences découlant du fait de la cohabitation.

La question de savoir s'il existe une présomption de paternité dans l'hypothèse d'une cohabitation, comme cela existe dans certaines juridictions du Commonwealth⁶, a été examinée puis rejetée par la Commission des Lois⁷ au motif que, contrairement au mariage, qui ne requiert pas de preuve supplémentaire, la cohabitation n'est pas si facile à démontrer.

L'absence de présomption de paternité dans le cas de couples qui cohabitent ne signifie pas cependant que l'homme non marié ne peut jamais être considéré comme étant le père car, ainsi que nous allons le voir maintenant, l'indication d'un homme en tant que père sur l'acte de naissance constitue un commencement de preuve de la paternité, tout comme la paternité constatée à l'occasion de procédures judiciaires antérieures.

2 ° L'enregistrement d'un homme en tant que père dans l'acte de naissance

Selon l'article 2 de la Loi de 1953 relative à l'enregistrement des naissances et des décès, s'ils sont mariés les parents d'un enfant doivent déclarer la naissance dans un délai de 42 jours⁸. Le non respect de cette

¹ Voir Gardner v Gardner (1877) 2 App Cas 723.

² Knowles v Knowles [1962] P 161.

³ Re Heath [1945] Ch 417, p. 421-2, par Cohen J.

⁴ [1951] AC 391.

⁵ Voir Re Overbury [1955] Ch 122, où Harman J s'est prononcé en faveur de la paternité du premier mari en se fondant sur les faits. Mais, si l'enfant a été conçu alors que les époux vivaient séparément en vertu d'une ordonnance judiciaire de séparation légale, ils sont présumés avoir respecté celle-ci et n'ont donc pas entretenu de relations sexuelles : Hetherington v Hetherington [1887] 12 PD 112 et Ettenfield v Ettenfield [1940] P 96, 110. Mais on peut se demander en quoi l'ordonnance de résidence séparée interdirait aux époux d'avoir des relations sexuelles?

⁶ Comme la Tasmanie, la Nouvelle Galles du Sud et l'Ontario, voir Law Com. No 118 Illegitimacy (1982) §10.23, n120.

⁷ Law Com No 118, § 10.54.

⁸ Pour remplir cette obligation on peut se présenter devant l'officier de l'état civil ou lui adresser la déclaration par la poste: article 40. Une femme mariée peut refuser de faire enregistrer son mari en qualité de père, mais cela ne suffit pas en soi pour écarter la présomption de paternité.

obligation constitue une infraction¹. Les mères célibataires sont soumises à la même obligation. Le père non marié n'a pas, en revanche, l'obligation de se faire enregistrer en tant que père et, de façon générale, un tel droit ne lui est d'ailleurs pas reconnu. Le nom du père non marié peut, toutefois, être inscrit sur le registre dans les conditions suivantes²:

- i. sur requête conjointe du père et de la mère, chacun devant alors signer le registre,
- ii. à la requête de la mère sur production d'une déclaration³ commune attestant qu'il est le père,
- iii. à la requête du père sur production d'une déclaration commune attestant qu'il est le père, ou
- iv. sur requête écrite de la mère ou du père produisant la copie d'un accord de responsabilité parentale, d'une ordonnance de responsabilité parentale ou d'une décision judiciaire condamnant l'homme à verser des subsides à l'enfant.⁴

Lorsque la naissance de l'enfant a été enregistrée sans indication du nom du père, l'acte peut être réenregistré en ajoutant le nom du père si l'une des conditions énumérées ci-dessus est remplie⁵.

En résumé, dans l'hypothèse d'une naissance hors mariage, l'identité du père n'apparaît pas sur le registre à moins qu'il se présente au bureau de l'état civil et qu'il signe le registre en même temps que la mère, ou si un seul des parents fait enregistrer la naissance en produisant des documents rendant vraisemblable la paternité⁶. En pratique, pourtant, dans la plupart des hypothèses les renseignements concernant le père figurent dans l'acte. En 1996, par exemple, sur les 232.663 naissances hors mariage enregistrées en Angleterre et au Pays de Galles (soit 35,8% de toutes les naissances enregistrées cette année-là) les renseignements concernant le père sont indiqués pour 181.647 d'entre elles (soit 78 %) ⁷. Bien que, comme nous l'avons dit, l'indication du père dans l'acte constitue habituellement une preuve suffisante de la paternité, il n'en demeure pas moins que l'inscription a pour objet d'enregistrer la naissance et non pas de prouver la paternité.

Il en résulte que l'indication du nom du père dans l'acte de naissance constitue une présomption simple et non une preuve irréfragable de la paternité⁸. En d'autres termes, tout comme les présomptions de paternité fondées sur le mariage, la paternité peut être ultérieurement discutée en justice.

3. Les recherches de paternité au cours de procédures judiciaires

Curieusement, même l'établissement judiciaire de la paternité ne constitue pas nécessairement un empêchement à ce que la filiation ainsi établie soit contestée lors de nouvelles procédures judiciaires. En effet, seules les

¹ Voir l'article 36 de la Loi de 1953. Le maximum est une amende n'excédant pas le niveau 1 de l'échelle standard des peines (actuellement : 200 livres). Bien que la déclaration de fausses informations ne constitue pas une infraction spécifique, la désignation délibérée en qualité de père d'un homme qui ne l'est pas constitue l'infraction de parjure.

² Loi de 1953 sur l'enregistrement des naissances et des décès, article 10, remplacé par la Loi de 1987 portant réforme du droit de la famille article 24 et amendé par la Loi de 1989 sur les enfants, annexe 12, §6.

³ A savoir, une déclaration signée par des témoins et établie sur un formulaire préétabli – Modèle 2 figurant à l'annexe 1 de la Loi de 1987 relative à l'enregistrement des naissances et des décès.

⁴ Mais pas le versement de subsides résultant d'une décision prise par le Service de la protection de l'enfant ni même une déclaration judiciaire de paternité faite en application de l'article 27 de la Loi de 1991 sur le soutien dû à l'enfant. Voir plus loin.

⁵ Loi de 1953 sur l'enregistrement des naissances et des décès, article 10 A, tel que remplacé par la Loi de 1987 portant réforme du droit de la famille, article 25 et amendé par la Loi de 1989 sur les enfants, annexe 12, §6. Le réenregistrement peut aussi être fait par une déclaration de paternité : article 14 (A) ajouté par la Loi de 1987 portant réforme du droit de la famille (art. 26) à la Loi de 1953. Des conditions spéciales sont prévues pour l'enregistrement des "décisions parentales" [faites en application de l'article 30 de la Loi de 1990 sur la fertilisation et l'embryologie humaine] à l'annexe 1 de la Règlementation de 1994 relative aux "décisions parentales" (fertilisation et embryologie humaine) ainsi que pour l'adoption en application de la Loi de 1976 sur l'adoption, annexe 1.

⁶ Voir document de consultation du Lord Chancelier, op cit, § 27.

⁷ Voir document de consultation du Lord Chancelier, op cit, p. 2. Dans 74,4 % des déclarations conjointes, les père et mère cohabitent.

⁸ Brierley v Brierley [1918] P 257. Il serait intéressant de savoir s'il existe une différence entre "commencement de preuve" (prima facie evidence) et "présomption", encore qu'on pourrait soutenir que cette dernière est plus forte et donc plus difficile à renverser (voir infra). Mais notons que, comme cela a été discuté (cf. supra), si un homme non marié inscrit en tant que père doit obtenir automatiquement la responsabilité parentale, l'enregistrement devrait donc en principe entraîner une présomption de paternité.

déclarations de paternité faites en application de l'article 56 de la Loi de 1986 sur le droit de la famille (cf. *infra*) sont en principe définitives pour tout motif¹. Néanmoins, une procédure antérieure peut constituer une fin de non-recevoir [estoppel] à la paternité. Par exemple, si la question de la parenté de l'enfant a été déterminée lors d'une procédure de divorce, la décision lie les époux dans leurs rapports mutuels mais ne peut lier ni l'un des époux vis à vis d'un tiers, ni l'enfant lui-même ou toute autre personne non partie à la procédure². D'un autre côté, en vertu de la Loi de 1968 sur la preuve en matière civile³, quand la paternité d'une personne a été constatée à l'occasion de n'importe quelle procédure pertinente⁴ devant toute juridiction du Royaume-Uni, cela constitue dans toute procédure ultérieure une preuve a priori, mais non définitive, de la paternité.

B- Les procédures légales d'établissement de la paternité

Selon les termes du document de consultation du Lord Chancelier⁵, de multiples raisons peuvent conduire à faire établir la paternité : l'enfant peut, par exemple, en demander l'établissement pour faire compléter son acte de naissance ou pour justifier de sa qualité d'héritier ou encore pour acquérir la nationalité ou la citoyenneté ; le père peut lui avoir besoin de faire établir sa paternité pour obtenir une décision de responsabilité parentale ou une décision sur le fondement de l'article 8 de la Loi de 1989 sur les enfants ; enfin, la mère ou le Service de la protection de l'enfant peuvent en avoir besoin pour obliger le père à participer à l'entretien de l'enfant.

Or, pour établir la parenté il n'existe pas une procédure unique applicable dans toutes ces circonstances. A vrai dire, il existe trois moyens différents pour obtenir en justice l'établissement de la parenté, à savoir :

- l'article 56 de la Loi de 1986 sur le droit de la famille
- l'article 27 de la Loi de 1991 sur le soutien dû à l'enfant et
- toutes les procédures civiles dans lesquelles la cour pourrait être appelée à trancher un litige relatif à la paternité.

1. L'article 56 de la Loi de 1986 sur le droit de la famille

En vertu de l'article 56, l'enfant -et uniquement ce dernier- peut demander que soit constaté dans une déclaration :

- (1) que la personne que le requérant désigne dans sa demande comme étant son père ou sa mère ou que les personnes qu'il prétend être ses parents soient reconnus comme tels,

¹ Cf. les décisions qui transfèrent la parenté en prononçant une adoption ou des "décisions parentales" : elles sont pareillement définitives pour tout motif.

² B v AG [1965] P 278. Mais l'échec du mari à pouvoir apporter la preuve que l'enfant n'est pas issu de la famille dans des procédures gracieuses n'élève pas une fin de non-recevoir, qui si elle était autorisée générerait un contentieux inutile: Rowe v Rowe [1980] Fam 47, CA.

³ Article 12, tel que modifié par la Loi de 1987 portant réforme du droit de la famille, article 29 et SI [Statutory Instrument] 1995/756.

⁴ Cf. la Loi de 1948 sur l'Assistance Nationale (article 42), la Loi de 1986 sur la Sécurité Sociale (article 26), et les procédures prévues par la Loi de 1989 sur les enfants, ainsi que des procédures qui auraient pu être pour les besoins de l'article 12 de la Loi de 1968 sur la preuve en matière civile dans la rédaction en vigueur avant l'adoption de la Loi de 1989 sur les enfants [cf. Loi de 1969 portant réforme du droit de la famille, article 6 ; Loi de 1971 relative à la tutelle des mineurs ; Loi de 1975 sur les enfants, article 34 (1) (a) (b) ou (c) ; Loi de 1980 sur la protection de l'enfant, article 47 ; Loi de 1971 portant réforme du droit de la famille, article 4 ; et procédures relatives à la révocation d'une décision concernant la garde selon la Loi de 1975 sur les enfants, article 35] ainsi que la Loi de 1991 sur le soutien dû à l'enfant, article 27 ; Loi de 1968 sur la preuve en matière civile, article 12 (5), comme modifié par la loi de 1990 sur les Services judiciaires et légaux, article 116, Annexe 16, §2, par la Loi de 1991 sur le soutien dû à l'enfant, article 27 (5) et par SI [Statutory Instrument] 1995/756, article 6.

⁵ Op cit, §6 et §7.

- (2) que le requérant est l'enfant légitime de ses parents et
 (3) que le requérant a été ou n'a pas été légitimé.

Il est à noter que cette loi n'offre une solution qu'à l'enfant, mais pas à un parent désireux d'établir ses liens légaux avec l'enfant. De plus, bien qu'une personne non mariée puisse être déclarée comme étant le parent, il n'est pas possible d'obtenir une déclaration d'illégitimité¹. En outre, le requérant peut seulement demander qu'une déclaration portant sur son propre état et non sur celui d'un tiers (bien qu'en déterminant son propre état, la situation matrimoniale de ses parents prétendus² puisse aussi être remise en cause).

Quand la véracité de l'allégation est retenue par la cour, cette dernière établira la déclaration, "sauf contrariété manifeste à l'ordre public"³. Si la déclaration est faite, elle s'impose à l'égard de la Couronne et de toute autre personne⁴, et l'Officier Général de l'Etat Civil en sera informé⁵. Si la cour écarte la demande, elle ne peut se prononcer sur une autre demande que celle dont elle a été saisie⁶.

2. L'article 27 de la Loi de 1991 sur le soutien dû à l'enfant

En vertu de la Loi de 1991 sur le soutien dû à l'enfant, les parents défailants peuvent avoir à verser une pension. Néanmoins, une telle responsabilité n'est imputable qu'aux parents légaux et l'un des moyens d'échapper consiste à dénier le lien de parenté. Et, à titre d'anecdote, on peut relever que cette législation a conduit à une augmentation du nombre d'hommes mariés déniaient leur paternité.

Selon l'article 26 de la Loi de 1991, si le parent présumé dénie son lien de parenté, une pension pourra être mise à sa charge à moins que le défendeur ait été précédemment déclaré comme étant le parent de manière définitive, c'est-à-dire en vertu d'une adoption, d'une "décision parentale", d'une déclaration prononcée selon l'article 56 de la Loi de 1986 sur le droit de la famille ou d'une déclaration faite selon l'article 27 de la Loi de 1991 (cf. supra), ou quand sa paternité a été déclarée à l'occasion d'une autre procédure en Angleterre ou au Pays de Galles. En-dehors des cas précédents (et on remarquera que la présomption de paternité fondée sur le mariage ou le commencement de preuve de la paternité tirées de l'indication du père lors de l'enregistrement de la naissance sont exclues), la justice peut être saisie, en application de l'article 27 de la Loi de 1991, par le Service de la protection de l'enfant ou par la personne qui s'occupe de l'enfant, aux fins de déclarer si un homme est ou n'est pas le père d'un enfant.

Une déclaration obtenue en vertu de l'article 27 a cependant des effets limités au seul soutien pécuniaire de l'enfant.⁷

3. L'établissement incident de la paternité dans d'autres procédures civiles

¹ Loi de 1986 sur le droit de la famille, article 63.

² Ibid, article 58 (5) (b). Mais non des grands-parents comme précédemment.

³ Article 58 (1). Cette disposition semble donner un fondement légal à la solution retenue dans l'affaire *Puttick v A-G* [1980] Fam 1.

⁴ Article 58 (20).

⁵ Article 56 (5) tel qu'il a été ajouté par la Loi de 1987 portant réforme du droit de la famille.

⁶ Article 58 (3).

⁷ Voir article 27 (5). On a tenté, sans succès, lors de la discussion de la Loi de 1995 sur le soutien dû à l'enfant de modifier l'article 27 en vue de tirer toute conséquence contraignante des déclarations de paternité. Voir infra pour d'autres tentatives en vue d'étendre les effets obligatoires de ces déclarations.

Pour compenser l'absence d'une procédure judiciaire tendant à établir la paternité, tous les tribunaux peuvent cependant l'établir incidemment à l'occasion de toute autre procédure civile quand cette solution paraît pertinente. Mais, comme on l'a déjà vu, bien que les parties au litige soient ainsi liées, la preuve contraire serait recevable dans une action ultérieure.

C- La preuve de la paternité devant les tribunaux

1. Le renversement de la présomption de paternité fondée sur le mariage

*Comme nous l'avons vu, en droit anglais, comme dans beaucoup d'autres systèmes juridiques, le mari est présumé être le père d'un enfant né de son épouse. Selon le droit commun, cette présomption ne pourrait être renversée que par la preuve que le mari ne peut vraisemblablement être le père. Cependant, l'article 26 de la Loi de 1969 portant réforme du droit de la famille dispose que la présomption peut être renversée par appréciation des probabilités¹, ce qui signifie selon Lord Reid dans *S v. S, W v. Official solicitor* (ou *W*)² que même une faible possibilité de preuve doit l'emporter à défaut de preuve contraire, interprétation partagée ensuite par la Chambre des Lords dans l'affaire *Re H (Minors)* (Sexual abuse : Standard of Proof)³; il semblerait que ce soit la position actuelle.*

La présomption peut être renversée en prouvant, conformément à la norme retenue, soit que le mari n'a pas eu de relations avec sa femme pendant la période de conception⁴, soit que l'enfant n'est pas le fruit de ces relations. Cette dernière affirmation implique en principe que la femme a commis un adultère. Il est établi, cependant, que le fait que la femme ait commis un adultère ne suffit pas en soi à renverser⁵ cette présomption dans la mesure où cela démontre seulement que le père pourrait être le mari ou l'amant⁶. Dans ces circonstances, le moyen habituellement utilisé pour renverser cette présomption consiste à recourir à des tests sanguins⁷.

2. Combattre la preuve a priori de la paternité

Comme on l'a vu, l'établissement de la paternité dans des procédures judiciaires antérieures (autres que celles de l'article 27 de la Loi de 1991 sur le soutien dû à l'enfant) et la désignation du père dans l'acte de naissance constituent des preuves a priori de la paternité. Il est clair, néanmoins, qu'une telle preuve peut être combattue et, qu'à l'instar de la présomption fondée sur le mariage, la norme de preuve requise en matière civile est la comparaison des probabilités.

¹ Ceci fait application des recommandations de la Commission des lois : Voir *Law Com n° 16, Blood Tests and the Proof of Paternity in Civil Proceedings* (1968), §15. Il semblerait que dans les procédures pénales la présomption puisse toujours être renversée par des preuves qui établissent le fait au-delà de tout doute raisonnable.

² [1972] AC 24, 41.

³ [1996] AC 563, qui établit qu'il n'y a qu'une norme de preuve civile et entre autres dispositions contredit la solution de l'affaire *Serio v Serio* (1983) 4 FLR 756 dans laquelle il était admis que, eu égard à la paternité, la preuve doit être plus forte que dans une autre action civile. Mais voir *infra* quant à d'éventuelles distinctions pour combattre « une preuve a priori de la paternité ».

⁴ Voir par exemple l'affaire *Aylesford Peerage* [1885] 11 App Cas 1, HL; *Morris v Davies* [1837] 5 Cl & Fin 163, HL. Dans *Smith v May* [1969] 113 Jo 1000 la présomption a été renversée bien que les parties aient reconnu qu'elles partageaient le même lit..

⁵ Sauf si la stérilité du mari peut être démontrée.

⁶ On considérait précédemment qu'il en était ainsi même si le mari utilisait toujours des préservatifs (*Francis v Francis* [1960] P17); mais aujourd'hui la présomption pourrait être combattue par comparaison des probabilités si l'amant n'en utilisait pas. De même, en cas de grossesse au moment du mariage, la présomption de paternité du mari ne pourrait être renversée par la simple preuve que la femme avait eu des relations avec un tiers avant le mariage : *Gardner v Gardner* [1877] 2 App Cas 723, HL.

⁷ En théorie, il demeure possible de combattre la présomption en se fondant sur des critères raciaux ou génétiques. Contrairement à d'autres pays, comme le Danemark, les juridictions anglaises n'ont jamais eu le pouvoir d'ordonner les « tests anthropologiques » lorsque par exemple les tests sanguins ne sont pas concluants. Cependant la Commission des lois (*Law Com n°16 Blood Tests and the Proof of Paternity in Civil Proceedings*, §16) n'a pas recommandé l'introduction de tels tests en Angleterre parce que leur fiabilité médicale est discutée.

Le fait de savoir si les preuves requises pour faire pencher la balance ont toutes la même force, est peut-être discutable. Bien qu'on ait considéré dans l'affaire *Re H (Minors)* (Sexual abuse: Standard of proof) qu'il n'y ait qu'une norme de preuve civile, en l'occurrence la comparaison des probabilités, Lord Nicholls¹ soutient que, pour l'application de cette norme, il convenait de garder à l'esprit que "plus l'allégation est grave, moins la réalité de l'événement est probable, et donc plus forte devrait être la preuve qui conduirait la cour à conclure au bien-fondé de l'allégation par comparaison des probabilités". Sur cette base, on pourrait penser que, étant donné que la plus faible des preuves est l'indication de la paternité dans l'acte de naissance, une preuve moins forte est nécessaire pour la combattre que pour renverser la présomption de paternité fondée sur le mariage ou sur un précédent établissement judiciaire de paternité surtout lorsque la question a été examinée à fond.

3. L'utilisation de tests sanguins

Dans les cas où la paternité est en cause, la preuve la plus forte sera vraisemblablement obtenue par des tests sanguins en général et par des tests ADN en particulier. De tels tests peuvent être utilisés soit pour renverser la présomption ou l'allégation de la paternité soit pour établir les liens de parenté. Jusqu'à ce que les tests ADN deviennent publiquement disponibles², on se fondait sur les tests sanguins. Cependant, l'inconvénient majeur de ces derniers est que, s'ils permettent bien de démontrer qu'un homme ne peut pas être le père, ils ne peuvent, par contre, indiquer la probabilité de la paternité qu'à un degré plus ou moins élevé. En revanche, les tests ADN (appelés parfois aussi empreintes génétiques) peuvent en toute certitude, en comparant -après avoir isolé les bandes ADN de la mère- les bandes ADN des pères présumés et de l'enfant, faire la preuve positive de la paternité.

Dans la mesure où un test ADN peut être fait à partir de sang (ou de tout autre échantillon du corps), il a été possible d'intégrer ce test dans le système déjà prévu pour les tests sanguins devant les tribunaux³. Bien que les tests ADN soient plus onéreux que les tests conventionnels, il fut possible d'y avoir recours, par décision d'un tribunal autorisant le dépassement des frais et honoraires⁴ et la désignation de praticiens habilités à les effectuer. En d'autres termes, les requérants ont effectivement la possibilité de choisir le test qu'ils désirent en fonction du montant qu'ils sont prêts à payer.

(a) Le pouvoir d'inviter à utiliser des tests sanguins

Le pouvoir d'inviter à avoir recours à des tests sanguins est prévu par l'article 20 de la Loi de 1969 sur la réforme du droit de la famille. Il prévoit que, dans toutes les procédures civiles⁵ où la paternité d'une personne doit être déterminée par le tribunal, ce dernier peut, sur requête d'une partie, inviter à ce que l'on ait recours à des tests sanguins en vue de vérifier si ces tests peuvent exclure, ou non, la paternité d'une partie au procès. Dans le langage courant, 'pouvoir d'inviter' est souvent utilisé pour 'pouvoir d'ordonner des tests sanguins', mais, comme le souligne *Ward LJ in Re H (A Minor)* (Blood test: Parental Rights)⁶ :

«l'article 20 n'accorde pas au tribunal le pouvoir d'ordonner des tests sanguins, encore moins celui de contraindre une partie à se soumettre à un test sanguin lorsqu'elle s'y refuse : il permet seulement d'inviter à l'utilisation de tests sanguins afin de s'assurer de la paternité ».

¹ [1996] AC n° 586.

² C'est-à-dire, en Angleterre, au 1^{er} juin 1987, voir *Re J (A Minor)* (Wardship) (1988) 1 FLR 65.

³ C'est la raison pour laquelle il a semblé inutile de mettre en œuvre l'article 23 de la Loi de 1987 portant réforme du droit de la famille qui aurait investi les tribunaux du pouvoir d'ordonner des 'tests scientifiques' sur des échantillons du corps humain, voir par exemple *Re CB (A Minor)* (Blood Tests) [1994] 2 FLR 762 au n° 768. Le gouvernement a toutefois signalé récemment un changement d'opinion, voir plus loin.

⁴ En application des dispositions de 1989 : Blood Test (Preuve de la Paternité) (Amendement) Regulations 1989 (SI 1989/776).

⁵ En l'absence de procédures civiles, il n'y a pas de juridictions compétentes pour prévoir un ordre autonome pour procéder à des tests sanguins en vue de déterminer la paternité : *Balcombe LJ dans l'affaire Re (A Minor)* (Parental Responsibility) [1994] 2 FCR 709 n° 718-719.

⁶ [1996] 4 All ER 28 à 36, CA.

Malgré l'opinion claire énoncée par Ward LJ, il semblerait qu'il faille opérer une distinction entre adultes et enfants, car, selon Hale J in *Re H (A Minor) (Blood tests : constraints)*¹, alors qu'il n'existe aucun moyen pour forcer un adulte à fournir du sang contre sa volonté, il n'existe pas un tel empêchement pour ordonner une prise de sang sur un enfant et l'on peut même aller jusqu'à l'y contraindre physiquement.

Il est important de remarquer que l'article 20 n'interdit pas d'apporter des preuves. Si toutes les parties sont d'accord, il n'est pas nécessaire qu'elles obtiennent le consentement du tribunal avant de faire procéder à un test. La loi donne simplement au tribunal la possibilité de pouvoir inviter à avoir recours à un tel test en cas de désaccord.

L'article 20 est muet sur le point de savoir quand une telle invitation devrait être faite, mais dans *S v. S, W v. Official Solicitor (or W)*², la Chambre des Lords a soutenu qu'il convenait moins d'inviter à avoir recours aux tests lorsque cela allait dans le sens des intérêts de l'enfant mais plutôt de refuser d'inviter dans les cas où cela irait à l'encontre de ses intérêts. Bien plus, la Chambre des Lords a refusé de considérer que le simple fait qu'un test puisse établir définitivement l'illégitimité d'un enfant allait suffisamment à l'encontre de son intérêt pour ne pas consentir une invitation, même si, selon *W. v. Official Solicitor*, par voie de conséquence, cela pouvait entraîner que l'enfant n'ait aucun père connu du tout.

Ce risque pèse bien moins lourd que les besoins de l'ordre public consistant à permettre la production de toute preuve pertinente. Dans leur opinion, il sera toujours dans l'intérêt de l'enfant, et dans celui du public, que la vérité soit connue et l'instruction donnée. Comme cela a été repris par Balcombe LJ dans *Re F (A Minor) (Blood tests: Parental Rights)*³, *S v. S* a établi, entre autres, que :

« L'ordre public ne requiert plus qu'une protection légale particulière soit accordée au statut de la légitimité... L'intérêt de la justice requiert que toutes les preuves disponibles soient préservées et que la vérité soit confirmée chaque fois que cela est possible ... Cependant, l'intérêt de la justice peut parfois entrer en conflit avec l'intérêt de l'enfant. En général, le tribunal devrait autoriser un test sanguin sur un jeune enfant sauf à être convaincu que cela irait à l'encontre des intérêts de l'enfant ; il n'est pas nécessaire d'être convaincu au préalable que le résultat du test sera bénéfique à l'enfant ... Ce n'est pas vraiment protéger l'enfant que d'interdire un test sanguin au motif que, pour de vagues ou obscures raisons conjoncturelles, ce test pourrait tourner à son avantage ou du moins ne lui serait pas préjudiciable».

Malgré un accord général sur ce qu'est un tel test, il y a eu des difficultés d'application. Dans l'affaire *Re F*, la Cour d'Appel a confirmé une décision refusant d'inviter à faire un test sanguin, qui avait été demandé par un homme prétendant être le père (et qui n'avait jamais vu l'enfant), demande à laquelle la mère s'était opposée, dans le cas d'un enfant conçu et élevé pendant un mariage, malgré le fait que la mère a eu, au moment de la conception, des relations sexuelles tant avec le mari et qu'avec le requérant. La Cour a décidé que l'intérêt de l'enfant reposait sur les relations qu'elle entretenait avec la mère et sur la stabilité de l'union familiale, laquelle englobe le mari de la mère. Tout ce qui pourrait perturber cette stabilité serait vraisemblablement préjudiciable à l'enfant et, n'était donc pas souhaitable, sauf à pouvoir, grâce au test, être compensée par d'autres avantages.

En fait, cette décision dans l'affaire *Re F* consiste à dire que, si l'enfant est élevé dans une famille 'intacte' et que le test est refusé par le parent, on peut estimer qu'une invitation irait à l'encontre de l'intérêt de l'enfant. Il faut cependant comparer cette décision à celle de l'affaire *Re H (A Minor) (Blood tests: Parental*

¹ [1998] Fam 66.

² [1972] AC 24.

³ [1993] Fam 313 n°318.

Rights)¹ où une femme mariée est tombée enceinte très peu de temps après avoir commencé à avoir des relations sexuelles avec un autre homme. Elle a, tout au long de l'aventure, continué à avoir des relations sexuelles avec son mari, qui avait subi cinq ans auparavant une vasectomie (bien qu'il n'ait jamais vérifié si l'opération avait réussi). La mère avait, au début, l'intention de quitter son mari pour s'installer avec son amant, mais elle mit fin à la liaison avant la naissance de l'enfant, lequel a été enregistré sous le nom du mari. Comme dans *Re F*, la mère s'est opposée à l'invitation de pratiquer un test demandé par l'amant qui voulait obtenir un droit de visite. Elle a soutenu que le fait de renouer des contacts déstabiliserait son propre mariage, qui venait juste d'être sauvé, et que cela serait préjudiciable à l'enfant. La Cour d'Appel a rejeté ses arguments en déclarant que le refus de la mère, même si c'est un élément à prendre en compte, n'était pas le facteur déterminant devant conduire le tribunal à inviter à avoir recours à un tel test.

Selon *Ward LJ*, un élément bien plus important est le droit pour tout enfant de connaître la vérité sur ses origines, à moins que son bien-être ne justifie le secret. Ainsi qu'il l'a fait remarquer, ce droit de savoir est prévu à l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant. Parmi tous les éléments à prendre en considération, le juge de la Chambre des Lords a estimé que l'avantage procuré à l'enfant dans le souci de ne pas perturber sa sécurité doit être apprécié par rapport à l'inconvénient que représente pour lui le fait de ne pas savoir qui il est. Ainsi, le risque de perturber la vie de l'enfant, dû tant à l'issue du procès sur la paternité qu'au respect de l'article 8, bien qu'étant un facteur influençant son bien-être, n'était pas déterminant pour le test sanguin en question.

Bien que *Ward LJ*, lui-même, **reconnut qu'on ne pouvait distinguer les deux affaires**, il est difficile de concilier les affaires *Re F* et *Re H*, même si cette dernière semble davantage en accord avec l'approche de la Chambre des Lords dans *S v S*. Reste à voir si l'argument tiré de la déstabilisation de la vie familiale triomphera à l'avenir, même si l'on peut observer que sur ce point aucune des deux affaires n'a été particulièrement forte dans la mesure où l'action a été introduite par les prétendus pères dans les semaines suivant la naissance de l'enfant. Il pourrait en être différemment dans l'hypothèse d'une action introduite plusieurs années après la naissance de l'enfant.²

(b) La nécessité de consentir

Comme cela a été indiqué précédemment, on ne peut pas obliger des adultes (ni des mineurs de 16 ou 17 ans) à suivre l'invitation de la Cour. Cela ressort clairement de l'article 21 qui dispose expressément que, exception faite d'une personne souffrant de troubles mentaux, on ne peut effectuer un prélèvement sanguin sur une personne de plus de 16 ans sans son consentement. L'article 21, alinéa 3, dispose également qu'on peut effectuer un tel prélèvement sur une personne de moins de 16 ans "si son représentant légal y consent". Bien qu'à première vue, on pourrait en conclure que le tribunal n'est pas en mesure d'ordonner un test sur un enfant lorsque les parents s'y opposent, *Hale J* dans l'affaire *Re R (A Minor) (Blood Tests: Constraint)*³ a réussi à contourner cet obstacle en ayant recours à une décision plaçant l'enfant sous la garde d'un agent judiciaire officiel [Official Solicitor], à un moment et lieu précis, dans le but de pratiquer un test sanguin, alléguant que cet agent pouvait donner son consentement en lieu et place de l'enfant.

Bien que l'article 21 rende le refus possible, l'article 23, alinéa 1, permet à la Cour de tirer toutes les conséquences découlant de l'absence de consentement de la personne ou de prendre les mesures permettant de

¹ [1996] 4 All ER 28.

² Cf. *B v B et E (B Intervening)* [1969] 3 All ER 1106.

³ [1998] Fam 66.

donner suite à l'invitation. Et, dans l'affaire *Re A (A Minor) (Paternity: Refusal of Blood Test)*¹, Waite LJ est même allé jusqu'à dire, qu'étant donné les progrès scientifiques,

« ...si une mère entame une action à l'encontre d'un des pères présumés², et que ce dernier choisit, comme c'est son droit, de ne pas se soumettre au test, il faudrait en déduire presque inévitablement qu'il est le père de l'enfant. Il lui faudrait sans doute avancer des arguments clairs et concluants pour justifier son refus, arguments dont le maintien serait juste, équitable et raisonnable».

Cela a conduit Ward LJ, dans l'affaire *Re G (Parentage: Blood Sample)*³, à affirmer :

« ... la procédure judiciaire consiste à apporter la vérité à la cour. On tirera toutes les conséquences au détriment de celui qui entrave la manifestation de la vérité. »

III. PROPOSITIONS DE REFORMES

Certains aspects du droit anglais sur la paternité sont en cours de révision et ont donné lieu à la publication par les services ministériels du Lord Chancelier d'un document de consultation.⁴ Les discussions particulièrement intéressantes ont trait⁵ notamment au point de savoir :

- (a) si le pouvoir légal de prescrire des tests scientifiques, prévu à l'article 23 de la Loi de 1987 portant réforme du droit de la famille, doit être mis en œuvre, et
- (b) s'il est possible et approprié de créer une procédure unique pour l'établissement de la paternité.

A. La mise en œuvre des mesures pour prescrire des tests scientifiques

Comme cela est souligné dans le document de consultation⁶, l'application de l'article 23 de la Loi de 1987 permettant la réalisation de tests à partir d'échantillons du corps autres que le sang, tels que les cheveux ou la salive, aurait l'avantage (a) de donner à ceux qui ne peuvent pas se soumettre à des tests sanguins pour des raisons médicales ou religieuses la possibilité d'en bénéficier et (b) d'aligner les pouvoirs du tribunal sur le modèle des tests ADN volontaires réalisés pour le Service de la protection de l'enfant.

On peut également ajouter que cela présenterait en outre un autre avantage, à savoir la possibilité d'effectuer des prélèvements sur des personnes décédées.

¹ [1994] 2 FLR 463, n° 463, CA. Pour un exemple précédent d'un mari se refusant légitimement à des tests sanguins, voir *B v B et E (B intervening)* [1969] 3 All ER 1106, CA.

² Au moment de la conception, la mère entretenait des relations sexuelles avec trois hommes différents.

³ [1977] 1 FLR 360, n° 366, CA.

⁴ « 1. Procédures judiciaires en vue de déterminer la paternité. 2. Loi relative à la Responsabilité Parentale pour les pères non mariés » (Mars 1998).

⁵ Les discussions ont aussi porté sur la question de savoir si la présomption de paternité fondée sur le mariage devait reposer sur une base législative comme en Ecosse, voir la Loi de 1986 [Law Reform (Parental Child) (Scotland) Act 1986], qui comprend aussi une présomption de paternité dans l'hypothèse d'un homme non marié enregistré en tant que père. Un des avantages serait de permettre l'introduction d'un amendement à la Loi de 1991 sur le soutien dû à l'enfant, art. 26 (2), visant à autoriser qu'une décision concernant une pension puisse être prise par le Service de la protection de l'enfant, comme c'est le cas en Ecosse. Dans la mesure où une telle disposition n'empêcherait pas une procédure ultérieure, la proposition semble raisonnable. On doit cependant souligner que, comme cela est prévu dans les documents de consultation (*ibid* §59), lorsqu'un homme non marié est indiqué comme le père dans l'acte de naissance, il doit obtenir automatiquement la responsabilité parentale, ce qui signifierait que l'enregistrement créerait une vraie présomption de paternité et non pas simplement un commencement de preuve.

⁶ *Ibid* §36.

Le **document de consultation** explique que, sous réserve des opinions des personnes consultées, l'intention est de mettre en œuvre l'article 23. Comme il est difficile d'imaginer quels arguments pourraient être invoqués à l'encontre de cette mise en œuvre, il est probable que l'entrée en vigueur de l'article 23 n'est plus qu'une question de temps.

B. L'instauration d'une procédure unique pour établir la paternité

Le document de consultation met en lumière un certain nombre d'anomalies du cadre législatif actuel, au nombre desquelles notamment le fait que les déclarations de paternité faites en application de l'article 27 de la Loi de 1991 sur le soutien dû à l'enfant ne sont pas recevables dans d'autres procédures judiciaires, ni même acceptables comme preuve de la paternité pour les besoins de l'enregistrement ou du réenregistrement d'une naissance hors mariage. Le document relève aussi que seul un enfant à la faculté de demander à obtenir une déclaration en vertu de l'article 56 de la Loi de 1986 sur le droit de la famille, et que, même dans ce cas, il n'est pas possible d'obtenir une déclaration indiquant qu'une personne déterminée n'est pas le parent de cet enfant. Il soulève la question de savoir si les deux dispositions ne devraient pas être étendues pour prendre en compte les lacunes précitées et les combler. S'agissant de la première, considérer une déclaration faite en vertu de l'article 27 de la Loi de 1991 comme une preuve suffisante pour l'enregistrement semble être un argument de poids, et la raison pour laquelle de telles déclarations ne sont pas efficaces dans d'autres procédures n'est pas évidente. S'agissant de la seconde, amender l'article 56 de la Loi de 1986 afin de rendre possible la délivrance de déclarations indiquant qu'une personne ne peut pas être le parent semble aussi être un argument fort. Il semble également curieux qu'il n'existe aucun mécanisme permettant à un adulte de demander qu'une déclaration générale de parenté soit faite.

Le document de consultation soulève ensuite les questions plus intéressantes, à savoir si une procédure unique peut être introduite en vue d'obtenir une déclaration de parenté qui serait valable en toutes circonstances et, si tel était le cas, devrait-on alors prendre en compte le point de vue de la mère si elle ne veut pas que la paternité de l'enfant soit établie, par exemple quand l'enfant a été conçu suite à un viol ou quand le père putatif a dans le passé exercé des violences sur la mère ou sur d'autres enfants.

En principe, il semblerait juste qu'un adulte ait la possibilité d'obtenir une déclaration de parenté ou une déclaration de non-parenté à l'égard d'un enfant. Tout au moins de telles déclarations devraient-elles constituer une présomption simple de parenté dans tous les cas. Toutefois, si on retient qu'elles sont dotées de la même force probante que les déclarations faites en vertu de l'article 56, on peut discuter s'il convient (a) de limiter ce pouvoir aux cours supérieures et (b) de prévoir des garanties supplémentaires.

À l'heure actuelle, les demandes formées en vertu de l'article 56 de la Loi de 1986 doivent être notifiées à l'Avocat Général, néanmoins, ainsi que cela est relevé dans le document de consultation, on doit s'interroger, au vu de la grande fiabilité des tests ADN, sur la nécessité de son intervention automatique. Dans le document est soulevée la question de savoir s'il convient de faire une distinction entre les procédures 'article 56' fondées sur des tests ADN et celles qui ne le sont pas. Alors qu'il ne peut sans doute pas faire de mal de donner à la cour toute latitude pour transmettre les documents à l'Avocat Général, on peut aussi se demander si, étant donné l'existence des tests ADN, des déclarations contraignantes devraient être rendues sans avoir recours à de tels tests.

Une proposition consiste à ce qu'on ne puisse en principe délivrer une déclaration formée en vertu de l'article 56, ou de toute demande faite par un adulte, à moins que la cour n'ait été convaincue qu'un test ADN était impossible ou non réalisable (par exemple, si la personne est décédée ou a disparu) ou qu'une partie a refusé, de manière irraisonnable, de donner suite à l'invitation.

S'agissant de la suggestion consistant à savoir si l'opposition de la mère exprimée dans les cas de viol ou de violences exercées par le prétendu père doit être considérée comme un facteur déterminant dans la décision de rendre une déclaration ou non, on a forcément des appréhensions, ne serait-ce que parce que cela empêcherait seulement la cour d'établir la vérité. D'un autre côté, il faut reconnaître (a) qu'une mère a parfaitement le droit de refuser de nommer le père dans certains cas, quand le Service de la protection de l'enfant souhaite prendre une décision visant à obtenir le versement de subsides¹ et (b) que le tribunal peut, comme nous l'avons vu, refuser d'inviter à avoir recours à des tests sanguins dans l'hypothèse où il en résulterait un préjudice pour l'enfant. Alors qu'on peut admettre la possibilité de conférer expressément au tribunal le pouvoir de refuser l'invitation à effectuer un test quand la cour est convaincue que cela serait dommageable pour l'enfant, toute autre est la question de savoir s'il serait raisonnable de fonder ce refus sur un éventuel préjudice occasionné au seul parent.

IV. RESUME ET CONCLUSIONS

Comme nous l'avons vu, la paternité n'est pas toujours suffisante pour établir un lien de filiation légal, mais quand c'est le cas (dans la grande majorité), le droit anglais ne connaît aucun moyen permettant de donner une force contraignante à une reconnaissance faite en dehors d'un tribunal. Donc, tout comme d'autres systèmes juridiques, le droit anglais présume qu'un enfant né d'une femme mariée est issu de son mari et que, dans les cas d'un enfant né de parents non mariés, l'indication du nom du père dans l'acte de naissance constitue une preuve a priori de la paternité, ces présomptions et suppositions pouvant toujours être renversées lors de procédures judiciaires ultérieurement. En d'autres termes, le droit anglais, contrairement à d'autres systèmes juridiques, n'impose pas une limite temporelle² à l'établissement d'une paternité, et cela même quand la mère et son mari vivent heureux ensemble.³ De ce fait, il n'existe donc pas d'empêchement comme celui relevé par la Cour Européenne des Droits de l'Homme à propos de la loi néerlandaise, dans l'affaire *Kroon v. Pays-Bas*⁴, où le père biologique ne peut obtenir l'établissement de la paternité (il s'agissait d'un enfant né d'une relation stable entre un homme et une femme mais à un moment où la femme était mariée avec un autre homme) si le mari n'a pas dénié sa paternité.

Comme nous l'avons vu également, plusieurs procédures judiciaires permettent d'établir la paternité, mais il n'y en a qu'une seule qui permette d'obtenir que l'établissement de la paternité soit contraignant dans tous les cas: celui obtenu à l'issue de la procédure faite en vertu de l'article 56 de la Loi de 1986 sur le droit de la famille, laquelle n'est ouverte qu'à l'enfant. Il est clair que la loi anglaise a, à cet égard, besoin de simplification et de rationalisation, mais -comme on l'a vu aussi- c'est précisément l'objet du document de consultation préparé par les services ministériels du Lord Chancelier.

Quelle que soit la procédure civile considérée, quand la paternité est en cause, les tribunaux anglais peuvent avoir recours à des tests sanguins. On ne peut contraindre un adulte à se soumettre à ces tests mais on peut les imposer à un enfant. Cependant, si un adulte refuse de s'y soumettre sans raison, on peut tirer de son refus des

¹ En vertu de l'article 6 (2) de la Loi de 1991 sur le soutien dû à l'enfant, les bénéficiaires —qui ont à autoriser l'action- peuvent être dispensés de nommer le père s'il y a des motifs sérieux de croire que cela pourrait entraîner pour le requérant ou l'enfant une souffrance ou une détresse injustifiée.

² Il n'y a pas, par exemple, d'équivalent à la règle française qui prévoit qu'à la fin de « la possession d'état », les parties intéressées doivent contester la filiation paternelle de l'enfant dans un délai de 30 ans : Hauser/Huet-Weiller, *Traité de Droit Civil - La Famille* (2nd ed. 1993), n. 14 p. 422, cité par Frank dans « L'établissement et les conséquences de la filiation maternelle et paternelle » lors du 37^{ème} Colloque de Droit Européen sur les problèmes juridiques relatifs à la parenté. (Septembre 1998, Malte).

³ Voir par exemple *Re H (A Minor) (Blood Tests : Parental Rights)* [1996] 4 All ER 28, commenté ci-dessus.

⁴ (1994) 19 EHRR 263.

conclusions négatives pour lui. On peut encore noter que, pour se prononcer quant à une telle requête, le tribunal n'est pas lié par l'impératif supérieur du bien-être de l'enfant, mais qu'il doit au contraire refuser de délivrer une telle invitation chaque fois que cela serait préjudiciable à l'enfant¹. Cela signifie que les invitations à se soumettre à des tests sanguins sont la règle, le tribunal considérant qu'il est préférable pour un enfant de connaître la vérité, même si cela aboutit à mettre en évidence qu'il est illégitime ou de père inconnu.

A l'heure actuelle, bien que les tests ADN puissent être effectués à partir d'échantillons sanguins, la loi permettant d'avoir recours à des "tests scientifiques" sur des échantillons du corps humain en application de l'article 23 de la Loi de 1987 portant réforme du droit de la famille n'est pas encore en application, mais le Gouvernement paraît décidé à la faire entrer en vigueur. Il semble difficile de plaider contre cette mise en application. Toutefois, dans l'hypothèse où de tels tests seraient introduits, une question qui pourrait se poser est celle de savoir si, du moins dans certains cas, ils ne devraient pas être rendus obligatoires. Par exemple, si l'on dispose déjà d'un cheveu ou d'une dent, faudrait-il obtenir une autorisation pour pouvoir les analyser ? En fait, toute la discussion sur l'obligation de tels tests soulève la question, formulée par un éminent commentateur², de savoir si « le droit de l'enfant à connaître ses origines prime sur le droit à l'intégrité du corps humain de la personne soumise à ces tests ».

Pour les juristes continentaux, le droit anglais peut paraître étrange: absence de possibilité d'établissement de la paternité suite à une reconnaissance volontaire et empressement à permettre, sans conditions, des contestations de la paternité lors de procédures judiciaires ultérieures. Bien sûr, notre système n'est pas sans inconvénients, mais son plus grand mérite est sa flexibilité, ce qui est sans conteste en conformité avec l'esprit tant de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, notamment eu égard au respect de la vie familiale prévu à l'article 8, que de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, disposant que l'enfant a le droit de savoir qui sont ses parents.

¹ Voir *S v S, W v Official Solicitor (or W)* [1972] AC 24, commenté ci-dessus.

² Rainer Frank, *op cit*, n°87.