

Le droit : nature ou artifice ?

R. Libchaber, « Jus-artificialisme », Homme de foi, homme de droit, Mélanges en l'honneur d'Alain Sériaux, Mare et Martin, 2023, p. 729 ; L. Gaurier, Les juges civils et pénaux confrontés à la reconnaissance mensongère de paternité, JCP 2023. 1307

Frédéric Rouvière
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Laboratoire de théorie du droit

Si le droit est création, il est artifice au sens propre, à savoir une construction ou une invention. Mais cette création se doit-elle d'imiter la nature ? Selon Rémy Libchaber, c'est la réponse négative qui s'impose dans la modernité. Il propose de nommer cette idée le jus-artificialisme, « cette volonté de s'opposer au donné naturel », par exemple dans le prolongement de la fertilité au-delà de la ménopause par des techniques adaptées (R. Libchaber, n° 6). Dans une contribution à la fois lucide mais teintée d'accents parfois sombres, il procède à un inventaire de toutes les questions éthiques qui se doivent d'échapper à toute référence naturelle : la procréation (n° 10), la distinction des sexes (n° 15), l'homme augmenté et greffé (n° 11 et n° 14), le choix de sa mort et la prolongation de la vie (n° 14), le commerce du vivant (n° 15).

Il nous ainsi paru particulièrement intéressant de mettre en parallèle les réflexions philosophiques de Rémy Libchaber avec une question de technique juridique qui leur donne un troublant écho. Doit-on traiter comme un faux au sens pénal la déclaration volontairement erronée de paternité ?

La Cour de cassation a répondu par la négative en affirmant de façon *a priori* surprenante que « les articles 316 et suivants du code civil qui régissent [la reconnaissance de paternité naturelle] ne subordonnent pas sa validité à la condition de sa conformité à la réalité biologique de la filiation ainsi établie » (Crim. 27 sept. 2023, n° 21-83.673, § 27, D. 2023. 1695 ; *ibid.* 2102, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, J.-P. Laborde et S. Mirabail ; *ibid.* 2024. 700, obs. P. Hilt ; AJ fam. 2023. 636, obs. J. Houssier ; AJ pénal 2023. 544, note V. Tellier-Cayrol). Pourtant, l'avis demandé à la chambre civile avait insisté sur le fait que la reconnaissance repose « sur la présomption que celui qui déclare qu'un enfant est le sien est, biologiquement, le père ou la mère de celui-ci » (Civ. 1^{re}, avis, 5 avr. 2023, n° 22-70.018, § 4, D. 2024. 441, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 700, obs. P. Hilt ; AJ fam. 2023. 346, obs. M. Saulier ; RTD civ. 2023. 605, obs. A.-M. Leroyer).

Certes, le contexte de l'espèce était très particulier puisqu'il s'agissait d'un couple d'hommes polynésiens auxquels l'adoption locale (« confiage d'enfant » polynésien *fa'a'amu*) avait été refusée. Leur procédé était donc un contournement avéré et donc une fraude à l'adoption (Papeete, 28 juin 2022, n° 21/00370).

Il reste que le texte pénal parle « d'altération frauduleuse de la vérité » (C. pén., art. 441-1) et que cette vérité ne semble pouvoir se comprendre qu'à l'égard de faits. Cela impliquait alors forcément de poser la question du lien entre filiation et sang.

Dans la double nature de déclaration unilatérale ou de titre probatoire (L. Gaurier, p. 1975), c'est la volonté qui l'a emporté, comme en témoigne le choix de la chambre criminelle qui ne retient que l'aspect volontaire de la reconnaissance (L. Gaurier, p. 1976).

Dans cette voie, il est impossible d'altérer la vérité, la reconnaissance ne repose que sur la volonté : celle-ci est toujours égale à elle-même. Aussi, l'intérêt protégé par le faux n'est que l'atteinte à la preuve en ce qu'elle porte par ailleurs atteinte à la confiance publique (L. Gaurier, p. 1976). Les juges ont évacué la question probatoire du raisonnement.

On pourrait réfuter cette position en faisant remarquer qu'il y a plusieurs façons d'analyser l'intention. Le prévenu savait, avait conscience, qu'il procédait à un mensonge, il avait donc bien l'intention d'altérer la vérité. Certes, on peut rétorquer que l'élément matériel n'est pas constitué puisque la vérité n'est pas le critère de la reconnaissance, mais alors que dire de la tentative (C. pén., art. 441-9) ? Elle semblait bien exister : l'intention de mentir était caractérisée. D'ailleurs, il y a normalement une indifférence aux mobiles en la matière (V. Malabat, Faux, Rép. pén. Dalloz, 2004, n° 60).

Il existait donc bien des moyens juridiques pour que le tribunal entre en voie de condamnation. Il a préféré la clémence. Pourquoi ?

On doit concéder que l'explication la plus simple se trouve dans le jus-artificialisme exposé par Rémy Libchaber. Sa thèse se trouve ici confirmée : la volonté prime la nature et ce, même si la reconnaissance d'enfant comporte une présomption de lien biologique. Toute « volonté d'arracher l'individu et la société à leurs ancrages naturels » (R. Libchaber, n° 5) semble devoir primer.

Au plan éthique, cela pose forcément question. Que dire en effet d'une vérité qui ne repose pas sur les faits ? Mérite-t-elle même encore ce nom ? N'est-ce pas l'objet même de la science moderne que d'être fondée sur des faits ?

Au plan juridique, la question éthique se prolonge. Certes, on répondra que l'hypothèse était ici spécifique puisque le droit civil avait une influence particulière sur le droit pénal. Il est d'ailleurs étrange que l'argument de l'autonomie du droit pénal n'ait pas été invoqué.

Ceci confirme qu'une nouvelle fois, les vues de Rémy Libchaber semblent pertinentes. Certaines valeurs deviennent régulatrices et orientent secrètement la façon de comprendre et interpréter les textes juridiques. Celle que nous voyons à l'œuvre ici est bien celle du jus-artificialisme. C'est la volonté de l'être humain qui s'impose en priorité du moment qu'elle permet de s'émanciper de la nature comprise comme réalité. Telle est bien la façon dont la reconnaissance d'enfant semble avoir été comprise : établir un lien juridique plutôt que reconnaître un fait. Comme l'adoption, elle est alors essentiellement volontaire.

On ne sera que troublé par le fait que le droit de la filiation choisit souvent l'option contraire. Il existe un droit de connaître ses origines, de contester ou d'établir sa filiation en recourant à l'expertise biologique, toujours « de droit » en la matière (Cass., ass. plén., 23 nov. 2007, n° 06-10.039, AJ fam. 2008. 36, obs. F. Chénédé). Or, dans cette hypothèse, c'est bien l'autorité (on n'ose plus dire la vérité) des faits qui est reconnue.

On répondra que c'est une caractéristique de la double face de la filiation à la fois vérité biologique et sociologique. Mais il est tout de même très significatif qu'entre ces deux faces, c'est celle de la volonté qui l'ait emporté. La pièce a été lancée mais l'un de ses côtés était lesté si bien qu'on pouvait prévoir de quel côté elle allait tomber.

À ce titre, que devient la méditation sur l'être des choses en tant qu'argument juridique ? Ce que les anciens appelaient l'essence ou la substance et que les modernes ont nommé « ontologie » paraît s'effacer et disparaître. En effet, l'idée de nature a pour fonction de fixer à l'homme une limite « qui ne dépend ni de sa volonté ni des arrangements sociaux » (R. Libchaber, n° 6) et de conjurer ainsi la crainte de l'arbitraire.

Ce problème est à mettre en perspective avec celui de la fiction qui est, par excellence, un artifice. La nature a servi à lui imposer des limites dans l'Ancien droit afin, par exemple, que la technique de l'adoption ne vise pas à inverser l'ordre de l'âge et des générations (Y. Thomas, *Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales*, Droits 1995, n° 21, p. 17).

On ne saurait mieux illustrer le propos de Rémy Libchaber : la nature étant liée à la tradition et l'autorité qui en découle, « dans les débats éthiques, la supériorité du progressisme est devenue une affirmation auto-suffisante » (n° 12). Cette idée de limite naturelle et objective, issue de la tradition, mérite aujourd'hui pour cette seule raison la récusation. La filiation tend clairement à devenir élective et la liberté personnelle à être exacerbée. Où l'on voit que le modèle de l'adoption tend à l'emporter sur celui du sang (v., cette chron., RTD civ. 2019. 703).