

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Divorce et filiation

Mathieu, Géraldine; Fierens, Jacques

Published in:

Divorce - Commentaire pratique

Publication date:

2016

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mathieu, G & Fierens, J 2016, Divorce et filiation: quelles implications ? dans *Divorce - Commentaire pratique*. Kluwer, Waterloo, pp. 27 - 182.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Entendue au sens large, la filiation recouvre trois dimensions : la dimension juridique, qui fait référence à la filiation instituée par le droit et qui renvoie à un ensemble de droits et d'obligations dans le chef du parent et de l'enfant (registre de la parenté) ; la dimension biologique, qui fait référence à l'origine corporelle de l'enfant et qui englobe son héritage génétique (registre des origines) ; enfin, la dimension socioaffective qui fait référence à la filiation vécue, à l'investissement affectif et qui renvoie à l'exercice *de facto* des attributs de l'autorité parentale, à l'exercice quotidien des fonctions d'éducation et de soins (registre de la parentalité).

Si les parents génétiques peuvent évidemment se trouver engagés tout à la fois dans le processus de transmission et d'identification (axe de la parenté) et dans la fonction d'éducation (axe de la parentalité), tel ne sera pas toujours le cas. Les règles de la parenté relèvent de choix sociétaux fondamentaux qui, loin de se fonder sur la seule connaissance de la vérité génétique, trouvent leurs sources dans les racines culturelles et l'état des mentalités à l'égard des valeurs jugées essentielles à une époque donnée dans une société déterminée.

Le présent chapitre est consacré exclusivement à la filiation dans sa dimension juridique. Il étudie ainsi l'établissement, la contestation et les effets de la filiation instituée par le droit. Il ne traite pas de l'action alimentaire non déclarative de filiation ni de la filiation adoptive.

Section 1^{re}

L'établissement et la contestation de la filiation

Nous détaillons ci-après les règles relatives à l'établissement et à la contestation de la filiation selon que cet établissement résulte de l'effet de la loi, d'un acte de reconnaissance ou d'un jugement.

§ 1^{re}. *La filiation établie par l'effet de la loi*

1. La filiation maternelle

1.1. L'établissement de la maternité par l'inscription du nom de la mère dans l'acte de naissance

1.1. Aux termes de l'article 312, § 1^{er}, du Code civil, « *l'enfant a pour mère la personne qui est désignée comme telle dans l'acte de naissance* ».

La filiation maternelle est ainsi établie de plein droit par la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance, que celle-ci soit mariée ou non¹. Dès lors que l'accouchement a lieu en Belgique, l'article 56 du Code civil requiert qu'une déclaration de naissance soit opérée, tandis que l'acte de naissance dressé ensuite de cette déclaration doit, conformément à l'article 57, 2°, du Code civil, mentionner obligatoirement le nom de la mère.

Il résulte de ces dispositions que, sauf cas exceptionnel (accouchement clandestin et abandon de l'enfant à la naissance), tout enfant né en Belgique² voit sa filiation maternelle automatiquement établie par la mention, dans l'acte de naissance, de l'identité de la femme qui lui a donné naissance.

Les autres modes d'établissement de la filiation maternelle³ ne trouveront dès lors que très rarement à s'appliquer.

¹ On se souviendra qu'avant 1987, la femme non mariée devait reconnaître son enfant si elle souhaitait établir à son égard un lien de filiation. Depuis 1987, les modes d'établissement de la filiation maternelle sont identiques, que la mère soit mariée ou non.

² Rien n'interdit à une femme belge d'accoucher sous X en France. Dans ce cas, l'acte de naissance de l'enfant ne mentionnera pas le nom de la mère. L'enfant pourra ensuite être reconnu, faire l'objet d'une action en recherche de maternité ou être adopté. La loi belge n'exclut en effet pas l'existence d'actes de naissance ne mentionnant pas le nom de la mère et leur reconnaît des effets (art. 313, § 1^{er} et 314, § 1^{er}, C. civ. ; Cass., 29 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 121).

³ À savoir la reconnaissance par la mère et l'établissement de la maternité par jugement.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

1.2. La contestation de la maternité établie par l'inscription du nom de la mère dans l'acte de naissance

1.2. Si l'acte de naissance constitue le titre par excellence de la filiation maternelle et jouit d'une force probante quasi absolue¹, il n'empêche que la maternité ainsi établie par la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance pourra, le cas échéant, être contestée.

Le critère de la mention du nom de la mère n'est en effet pas absolument fiable. L'officier de l'état civil n'assiste pas aux accouchements. En Belgique, les naissances ayant lieu quasiment toujours en milieu hospitalier, il se base sur l'attestation visée à l'article 56, § 4, du Code civil². Même s'il s'agit de cas d'école, on peut ainsi imaginer une erreur, une substitution d'enfants ou encore l'utilisation de faux noms.

L'article 312, § 2, du Code civil définit les conditions de l'action en contestation de la maternité établie par la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance.

1.2.1. Titulaires

1.3. Depuis la loi du 1^{er} juillet 2006, l'action en contestation de la maternité établie par l'effet de la loi s'aligne sur les autres actions en contestation de la filiation.

L'action est devenue une action « fermée » que seuls pourront intenter le père, l'enfant, la femme à l'égard de laquelle la filiation est établie et la personne qui revendique la maternité³.

En vertu de l'article 331quinquies du Code civil, les héritiers peuvent poursuivre l'action déjà intentée, pour autant que leur auteur ne s'en soit pas expressément désisté.

1.2.2. Parties à la cause

1.4. Doivent être parties à la cause : l'enfant ou ses descendants, la femme dont la maternité est contestée ainsi que le père si la filiation paternelle est établie ou la coparente si la comaternité est établie⁴.

Si l'un de ceux qui doivent être cités est décédé, l'action est intentée uniquement contre les autres⁵.

¹ N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance – Filiation, Autorité parentale, Hébergement (Nouvelles lois, nouvelles jurisprudences)*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 48.

² « L'officier de l'état civil s'assure de la naissance par une attestation d'un médecin ou d'une accoucheuse ».

³ À l'exception de la donneuse d'ovule ou d'embryon, conformément aux articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes.

⁴ Art. 332bis C. civ.

⁵ Art. 332quater, al. 1^{er}, C. civ.

Lorsque toutes les personnes devant être mises à la cause sont précédées, l'action est introduite par requête unilatérale¹.

1.5. Par exception à l'article 811 du Code judiciaire, le tribunal peut ordonner, même d'office, que soient appelés à la cause tous les intéressés auxquels il estime que la décision doit être rendue commune².

1.2.3. Modes d'introduction de l'action

1.6. La procédure doit être introduite par citation donnée à comparaître devant une chambre de la famille du tribunal de première instance.

1.7. Le tribunal territorialement compétent sera celui au sein duquel il existe déjà un dossier familial impliquant les parties ou l'une d'elles ou, à défaut, celui du domicile du défendeur ou du lieu de la dernière résidence conjugale³.

1.8. Rappelons toutefois que la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire a fait du choix d'un mode inapproprié d'introduction de l'action en justice une cause de nullité relative. Concrètement, une requête introductive d'instance utilisée en lieu et place d'une citation ne sera déclarée nulle que si une partie en fait la demande *in limine litis* et démontre avoir subi un grief, preuve qui sera dans la plupart des cas difficile à apporter⁴.

1.9. Rien ne paraît interdire enfin que l'action soit introduite par la voie d'une requête conjointe au sens de l'article 706 du Code judiciaire.

1.10. Lorsque toutes les personnes devant être mises à la cause sont précédées, l'action est introduite par requête unilatérale⁵, conformément aux articles 1025 et suivants du Code judiciaire. L'article 332^{quater}, alinéa 2, exclut toutefois l'application de l'article 1029, alinéa 2, du Code judiciaire (caractère exécutoire par provision de l'ordonnance unilatérale, qui ne se conçoit pas en matière de filiation) et de l'article 1032 du même Code (possibilité de rétractation de l'ordonnance en cas de changement de circonstances, ce qui suppose une autorité de chose jugée atténuée qui ne se conçoit pas davantage en matière d'état des personnes).

1.2.4. Délais

1.11. L'action doit être intentée, conformément à l'article 312, § 2, du Code civil, dans l'année de la découverte du caractère mensonger de la filiation et ce, quel que soit le titulaire de l'action.

¹ Art. 332^{quater}, al. 2, C. civ.

² Art. 331^{decies} C. civ.

³ Art. 629^{bis}, §§ 1^{er} et 5, C. jud.

⁴ Art. 700, 860, 861 et 864 C. jud.

⁵ Art. 332^{quater}, al. 2, C. civ.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

Ce délai est calqué sur celui de l'action en contestation de la paternité du mari¹ et de l'action en contestation de reconnaissance², sauf en ce qui concerne l'enfant. Ce dernier est en effet tenu d'agir dans le délai d'un an à dater de la découverte de ce que la femme dont le nom figure dans son acte de naissance n'est pas sa mère, alors qu'il peut agir en contestation de la paternité du mari ou de la comaternité de l'épouse ainsi que de la reconnaissance (de maternité, de paternité ou de comaternité) pendant dix ans, entre ses douze et ses vingt-deux ans, outre le délai supplémentaire d'un an qui lui est octroyé en cas de déclenchement différé³. Il s'agit là manifestement d'une erreur de concordance commise par le législateur. Cette erreur a notamment pour conséquence que l'enfant pourrait être admis à agir avant ses douze ans, par voie de représentation⁴, ce qui n'est pas le cas pour les autres actions en contestation.

1.2.5. Conditions de recevabilité**1.2.5.1. L'enfant qui n'est pas né viable**

1.12. Comme pour toute action relative à la filiation, l'action en contestation de la maternité est irrecevable si l'enfant n'est pas né viable⁵.

1.2.5.2. La possession d'état

1.13. Conformément à l'article 312, § 2, du Code civil, la possession d'état conforme au titre constitue une fin de non-recevoir à l'action en contestation de la maternité⁶.

¹ Art. 318, § 2, C. civ.

² Art. 330, § 1^{er}, al. 4, C. civ.

³ Voir toutefois, à propos du délai de l'enfant pour agir en contestation de la présomption de paternité du mari, les arrêts de la Cour constitutionnelle n° 96/2011 du 31 mai 2011 et n° 18/2016 du 3 février 2016, *infra*, n° 1.50.

⁴ Dans ce sens : N. MASSAGER « Trois ans d'application de la nouvelle loi en matière de filiation », in D. PIRE (dir.), *Droit des familles*, coll. CUP, vol. 92, Liège, Anthémis, 2010, p. 97.

⁵ Art. 331bis C. civ.

⁶ Sur la notion de possession d'état et son rôle de fin de non-recevoir en droit de la filiation, voir not. : N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 599 ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance – Filiation, Autorité parentale, Hébergement (Nouvelles lois, nouvelles jurisprudences)*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 30 à 33 et pp. 155 à 170 ; IDEM, « La filiation », in *Précis de droit de la famille*, A.-Ch. VAN GYSEL (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 391 à 394. Sur son rôle de fin de non-recevoir après les arrêts de la Cour constitutionnelle, voir plus particulièrement : N. MASSAGER, « La filiation », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 297 à 303 ; G. VERSCHULDEN, « De hervorming van het afstammingsrecht door het Grondwettelijk Hof », in P. SENAEEVE, Fr. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (éd.), *Ouders en kinderen*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 37 à 44 et 55 à 62.

VIIIter:1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

1.14. Aux termes d'un arrêt n° 20/2011 prononcé le 3 février 2011, la Cour constitutionnelle a toutefois sonné le glas de la fin de non-recevoir absolue tirée de la possession d'état en matière de contestation de la présomption de paternité du mari¹.

1.15. Avant d'écarter la fin de non-recevoir tirée de la possession d'état dans le cadre d'une action en contestation de la maternité établie par l'effet de la loi, s'agissant d'une action fondée sur l'article 312 et non sur l'article 318 du Code civil, la juridiction de fond devant laquelle le problème se posera sera tenue d'interroger à nouveau la Cour constitutionnelle qui confirmera, on peut le supposer, sa jurisprudence constante depuis l'arrêt n° 20/2011².

1.2.6. Conditions de fond

1.16. La partie demanderesse doit rapporter la preuve, par toutes voies de droit³, de ce que la femme désignée dans l'acte de naissance n'a pas accouché de l'enfant. Il y va d'un critère factuel.

Il ne servirait donc à rien, par exemple, de démontrer que la femme qui a accouché était une mère porteuse⁴. Dans un jugement du 6 mai 2009, le Tribunal de la jeunesse de Bruxelles rappelle à cet égard que « *l'action en contestation de maternité n'est ouverte par l'article 312, § 2, du Code civil qu'en cas du caractère mensonger de la filiation maternelle désignée dans l'acte de naissance ; qu'en l'espèce, la désignation de Madame M. comme mère légale de l'enfant, dans l'acte de naissance, résulte de la circonstance exacte qu'elle a accouché de l'enfant, ce qui ne permet pas l'intentement de l'action en contestation de maternité* »⁵.

¹ C.C., 3 février 2011, n° 20/2011, B.10.

² Depuis son arrêt n° 20/2011 du 3 février 2011, la Cour constitutionnelle a confirmé sa jurisprudence par un arrêt n° 122/2011 du 7 juillet 2011 à propos de l'ancien article 323 du Code civil, par un arrêt du 7 mars 2013 n° 29/2013, suivi d'un arrêt du 9 juillet 2013 n° 96/2013, à propos de l'article 330, § 1^{er}, du Code civil, dans l'hypothèse d'une action en contestation de la reconnaissance paternelle intentée par l'homme qui revendique la paternité, par un arrêt du 9 juillet 2013 n° 105/2013 à propos de l'article 318, § 1^{er}, du Code civil, dans l'hypothèse d'une action en contestation de la présomption de paternité du mari de la mère intentée par l'homme qui revendique la paternité, par deux arrêts n° 147/2013 du 7 novembre 2013 et n° 18/2016 du 3 février 2016, à propos de l'article 318, § 1^{er}, du Code civil, dans l'hypothèse d'une action en contestation de la présomption de paternité du mari de la mère intentée par l'enfant et par trois arrêts n° 127/2014 du 19 septembre 2014, 139/2014 du 25 septembre 2014 et 35/2015 du 12 mars 2015, à propos de l'article 330, § 1^{er}, dans l'hypothèse d'une action en contestation de la reconnaissance paternelle introduite par l'homme qui a reconnu l'enfant et qui, au moment de la reconnaissance, ignorait qu'il n'était pas le père biologique.

³ La preuve est libre dans toutes les actions relatives à la filiation (art. 312, § 2, 314, al. 4, 318, § 3, 324, al. 2 et 330, § 2, C. civ.).

⁴ M.-N. DERESE et G. WILLEMS, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 353 ; N. GALLUS et S. PFEIFF, « Gestation pour autrui et procréation médicalement assistée », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 349.

⁵ Trib. jeun. Bruxelles, 6 mai 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 172, note J. SOSSON.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

1.17. Contrairement aux conditions de fondement de l'action en contestation de la présomption de paternité du mari, de la présomption de comaternité de l'épouse de la mère et de l'action en contestation de la reconnaissance, la personne qui revendique la maternité de l'enfant et qui conteste la maternité de la femme désignée dans l'acte de naissance ne doit pas prouver sa propre maternité pour voir son action accueillie. Il s'agit manifestement d'un « oubli » malheureux du législateur. Dans ces conditions, l'aboutissement de l'action entraînera un « vide de maternité » jusqu'à ce qu'une autre maternité soit établie, par reconnaissance ou par décision judiciaire.

1.2.7. Publicité – Exécution

1.18. Conformément à l'article 333 du Code civil, le jugement devra être signifié aux différentes parties en cause et l'exploit de signification devra être communiqué par l'huissier instrumentant au ministère public.

1.19. Après l'expiration du délai d'appel ou de pourvoi en cassation, ou après le prononcé d'un arrêt de rejet du pourvoi, le ministère public est chargé de transmettre le dispositif du jugement ou de l'arrêt, accompagné d'un certificat de non-recours, à l'officier de l'état civil du lieu où l'acte de naissance de l'enfant a été dressé ou transcrit.

1.20. Si l'acte de naissance n'a pas été dressé ou transcrit en Belgique, le dispositif est transmis à l'officier de l'état civil de la résidence de l'enfant en Belgique ou, si celui-ci n'a pas de résidence en Belgique, à celui du premier district de Bruxelles.

1.21. L'officier de l'état civil transcrit ensuite, dans le mois de cette communication, le dispositif du jugement ou de l'arrêt dans les registres et mention en est faite en marge des actes concernant l'état civil de l'enfant ou de ses descendants.

1.22. Les décisions rendues en matière de filiation ont un effet déclaratif et non constitutif d'état.

Elles possèdent une autorité de chose jugée particulière, dérogatoire au droit commun, puisqu'elles sont opposables même aux personnes qui n'y ont point été parties. Celles-ci devront former tierce opposition si elles veulent voir la décision réformée¹.

¹ Art. 331*decies*, al. 1^{er}, C. civ. Il faudra pour cela qu'elles démontrent, d'une part, un intérêt à agir, d'autre part, que la décision dont recours est de nature à porter préjudice à leurs droits (N. MASSAGER, « La filiation », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 342).

2. La filiation paternelle

2.1. La présomption de paternité du mari de la mère

1.23. L'établissement légal de la paternité vise le mari de la mère¹. Celui-ci est présumé, en vertu de l'article 315 du Code civil, être le père de l'enfant né de son épouse pendant le mariage ou dans les 300 jours qui suivent sa dissolution ou son annulation.

Il s'agit de la mise en œuvre de l'adage *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, « Le père est celui que les noces désignent ». Cette règle trouve son fondement dans les devoirs de cohabitation et de fidélité entre époux.

La présomption, dont nous verrons qu'elle peut constituer dans certains cas une présomption forte et dans d'autres une présomption faible, est cependant toujours réfragable.

2.1.1. Principes

2.1.1.1. Enfant né pendant le mariage

1.24. En vertu de l'article 315 du Code civil, l'enfant né dans le mariage a pour père le mari de la mère.

Le critère est celui de la naissance et non de la conception. Un enfant conçu avant le mariage mais qui naît dans le mariage aura donc pour père celui que sa mère a épousé.

2.1.1.2. Enfant né dans les 300 jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage

1.25. Toujours en vertu de l'article 315 du Code civil, l'enfant qui naît moins de 300 jours après la dissolution du mariage par décès² ou divorce³ ou après son annulation⁴ aura pour père le mari de la mère.

¹ La présomption de paternité n'a pas été rendue applicable aux époux de même sexe (art. 143, al. 2, C. civ.). Voir toutefois *infra*, la présomption de comaternité visée aux articles 325-2 et suivants du Code civil.

² La dissolution du mariage s'opère dans ce cas à la date du décès.

³ La dissolution du mariage a lieu à la date où le jugement prononçant le divorce est coulé en force de chose jugée, soit un mois après sa signification par exploit d'huissier.

⁴ La dissolution s'opère dans ce cas au jour où le jugement d'annulation est coulé en force de chose jugée, avec effet rétroactif à la date du mariage. Toutefois, par exception à ce principe, les effets du mariage nul sont maintenus à l'égard des enfants.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

Cette règle est à rapprocher de la période légale de conception visée à l'article 326 du Code civil qui dispose que « *[l]'enfant est présumé, sauf preuve contraire¹, avoir été conçu dans la période qui s'étend du 300^e au 180^e jour avant la naissance et au moment qui lui est le plus favorable, compte tenu de l'objet de sa demande ou du moyen de défense proposé par lui* ».

En d'autres termes, le législateur a présumé que l'enfant qui naît moins de 300 jours après la dissolution du mariage par divorce ou par décès du mari, ou après l'annulation du mariage, est issu de la relation entre la mère et celui qui était encore, au moment de la conception de l'enfant, son mari.

1.26. On précisera que l'annulation éventuelle du mariage est sans effet sur la présomption de paternité du mari. La « putativité » est en effet la règle en faveur des enfants².

2.1.1.3. Cas particulier du remariage de la mère

1.27. L'article 317 du Code civil précise que si « *l'enfant est né dans les 300 jours après la dissolution ou l'annulation du mariage de sa mère mais après le remariage de celle-ci, il a pour père le nouveau mari* ».

Si cette paternité est contestée avec succès, le précédent mari est tenu pour le père à moins que sa paternité ne soit également contestée ou que la paternité d'un tiers ne vienne à être établie³.

2.1.1.4. Cas particulier du mari déclaré absent

1.28. En vertu de l'article 316 du Code civil, la présomption de paternité ne s'applique pas lorsqu'il ressort d'une décision constatant la présomption d'absence que l'enfant est né plus de 300 jours après la disparition du mari.

Il paraît effectivement logique, vu que le mari était « absent » au moment de la conception, de ne pas présumer sa paternité.

2.1.1.5. Cas particulier de la mère bigame

1.29. S'il s'avère que la mère est engagée en même temps dans les liens de deux mariages, un conflit de filiation est susceptible de naître entre les deux maris.

¹ Cette présomption n'est donc pas irréfragable : il sera toujours possible de prouver que l'enfant a pu être conçu plus de 300 jours ou moins de 180 jours avant la naissance.

² Art. 202 C. civ. Voir à ce propos Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 357.

³ Art. 317, al. 2, C. civ.

VIIIter:1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

Ce conflit ne pourra pas être tranché par l'officier de l'état civil lui-même, qui devra donc inviter les parties à saisir le tribunal compétent ou, le cas échéant, soumettre la difficulté au procureur du Roi afin que celui-ci saisisse le tribunal. Celui-ci devra statuer en se référant à l'article 331septies du Code civil qui invite le juge à privilégier la filiation la plus vraisemblable, celle-ci pouvant être établie par toutes voies de droit¹.

2.1.2. Désactivation de la présomption

1.30. Une des innovations majeures de la loi du 1^{er} juillet 2006 est d'avoir restreint le champ d'application de la présomption de paternité du mari dans un certain nombre d'hypothèses énoncées à l'article 316bis du Code civil. Elles visent toutes la « désactivation » de la présomption lorsque l'enfant naît plus de 300 jours après la séparation constatée des époux.

Le choix posé par le législateur est ici clairement de trouver un point d'équilibre entre, d'une part, la présomption de paternité du mari qui demeure la règle, d'autre part, la réalité de nombreux couples mariés qui vivent séparés.

L'article 316bis du Code civil prévoit ainsi que la présomption de paternité du mari de la mère ne s'appliquera pas, alors même que l'enfant naît durant le mariage ou dans les 300 jours qui suivent sa dissolution ou son annulation, et sauf déclaration conjointe des époux au moment de la déclaration de naissance, dans trois hypothèses qui renvoient toutes à des situations où les époux vivaient séparément au moment de la conception de l'enfant.

On précisera que pour pouvoir bénéficier du mécanisme de la désactivation tel qu'instauré par le législateur en 2006, le mari ou ex-mari de la mère doit soit être de nationalité belge, soit d'une nationalité dont la législation reconnaît une voie légale aboutissant à un résultat comparable à celui de l'article 316bis du Code civil belge².

2.1.2.1. Les trois cas de désactivation possible de la présomption

2.1.2.1.1. Enfant conçu durant une période de divorce (art. 316bis, 1^o, C. civ.)

1.31. La présomption de paternité n'est pas applicable si l'enfant est né plus de 300 jours après que les résidences des époux ont été judiciairement fixées de manière séparée, soit par un accord des époux devant le juge du divorce à l'audience d'introduction (art. 1256 C. jud.), soit par l'ordonnance de référé rendue dans le cadre des mesures provisoires durant une instance en divorce pour désunion

¹ N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 74.

² Voir, à titre d'exemple, l'article 313 du Code civil français.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

irréversible (art. 1280 C. jud.), soit après le dépôt de la requête en divorce par consentement mutuel (art. 1288bis C. jud.).

2.1.2.1.2. Enfant conçu durant une séparation de fait organisée par le juge compétent (art. 316bis, 3°, C. civ.)

1.32. La présomption de paternité n'est pas non plus applicable, selon l'article 316bis du Code civil, si l'enfant est né plus de 300 jours après une décision fondée sur l'article 223 du Code civil autorisant les époux à résider séparément et moins de 180 jours après que cette mesure a pris fin ou après la réunion de fait des époux.

2.1.2.1.3. Enfant conçu alors que les époux sont administrativement inscrits à des adresses différentes (art. 316bis, 2°, C. civ.)

1.33. Enfin, la présomption ne jouera pas non plus lorsque l'enfant est né plus de 300 jours après la date d'inscription des époux à des adresses différentes, selon le registre de la population, le registre des étrangers ou le registre d'attente, pour autant qu'ils n'aient pas été réinscrits à la même adresse par la suite.

2.1.2.2. Le mécanisme de désactivation

2.1.2.2.1. Le principe

1.34. Concrètement, il appartiendra à l'officier de l'état civil, au moment de la déclaration de naissance, de vérifier s'il y a lieu ou pas de désactiver la présomption de paternité du mari.

Il ne pourra le constater personnellement qu'en ce qui concerne l'inscription des époux à des adresses distinctes. Il devra donc vérifier systématiquement, au moment de la déclaration de la naissance d'un enfant né d'une femme mariée ou dans les 300 jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage, si la mère et son (ex-)mari sont bien domiciliés à la même adresse. Si les époux ou ex-époux sont inscrits à des adresses différentes depuis plus de 300 jours, l'officier de l'état civil doit informer le déclarant de ce que la présomption de paternité est désactivée mais qu'il est néanmoins possible d'appliquer la présomption si telle est la volonté des parents ; dans ce cas, il les invitera à comparaître ensemble pour faire une déclaration conjointe en ce sens.

1.35. Dans les autres hypothèses, dès lors que l'officier de l'état civil n'a pas d'accès direct à l'information, ce sera à la mère ou au mari, s'ils souhaitent que la présomption ne s'applique pas, d'établir, au moment de la déclaration de naissance

et au moyen des documents idoines, que l'on se trouve dans le champ d'application de l'article 316bis du Code civil¹.

2.1.2.2.2. *L'exception*

1.36. Dans ces trois hypothèses où l'enfant naît plus de 300 jours après la séparation constatée des époux, il sera néanmoins toujours possible pour le couple d'empêcher la désactivation de la présomption de paternité du mari au moyen d'une déclaration conjointe actée au moment de l'enregistrement de la naissance, qui va permettre que la présomption de paternité du mari sorte ses effets.

1.37. Selon les termes de la circulaire du 7 mai 2007 relative à la loi du 1^{er} juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci, il doit être possible à l'époux qui est dans l'impossibilité de se présenter devant l'officier de l'état civil pour faire pareille déclaration (on pense notamment à la mère physiquement incapable de se déplacer après l'accouchement ou au père résidant à l'étranger) de faire recueillir celle-ci dans un acte établi par un notaire ou à l'étranger par les autorités diplomatiques et consulaires dans leur fonction d'officier de l'état civil.

1.38. Par ailleurs, toujours selon la circulaire, la déclaration peut se faire avant la naissance devant l'officier de l'état civil du lieu présumé de la naissance de telle manière que ce dernier disposera directement de l'information au moment de la rédaction de l'acte de naissance.

1.39. Si les époux ne font pas cette déclaration par suite de négligence ou de mauvaise information ou, au contraire, ont fait celle-ci de façon légère², il sera toujours possible par la suite pour le mari de reconnaître son enfant ou, à l'inverse, de contester sa paternité de manière simplifiée³.

2.1.2.2.3. *Quid en cas d'« erreur » ou d'omission ?*

1.40. Si la présomption de paternité n'a pas été désactivée alors qu'elle aurait dû l'être, il appartiendra, le cas échéant, au mari ou à la mère de contester la paternité du mari sur le fondement de l'article 318, § 3, alinéa 2, 1^o, du Code civil⁴. Il suffira dans ce cas au demandeur de prouver que l'on se trouve dans l'une

¹ Voir la circulaire du 7 mai 2007 relative à la loi du 1^{er} juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci, *M.B.*, 30 mai 2007.

² Par exemple, à la suite d'une réconciliation passagère alors que le mari n'est pas le père biologique de l'enfant.

³ Voir *infra*, n^o 1.59.

⁴ Certains auteurs estiment toutefois que dans pareil cas de figure, l'officier de l'état civil ayant commis une erreur en ne désactivant pas la présomption alors qu'elle aurait dû l'être, il conviendrait plutôt d'introduire une action en rectification d'une erreur contenue dans l'acte de naissance fondée sur les

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

des trois hypothèses visées à l'article 316*bis* pour que l'action soit, sauf preuve contraire¹, déclarée fondée.

1.41. L'homme qui revendique la paternité pourra également agir en contestation de la paternité du mari mais il devra, conformément au § 5 de l'article 318 du Code civil, rapporter la preuve de sa paternité et répondre en outre aux exigences légales pour que son action soit déclarée fondée².

1.42. À l'inverse, si la présomption a été désactivée et que, soit elle l'a été par erreur, les conditions de l'article 316*bis* n'étant pas réunies, soit les conditions de l'article 316*bis* étaient réunies mais le mari est bien le géniteur de l'enfant, il appartiendra alors au mari de reconnaître l'enfant conformément à l'article 319 du Code civil³. Sa paternité pourrait également être établie au terme d'une action en recherche de paternité conformément à l'article 322 du Code civil⁴.

2.2. La contestation de la présomption de paternité du mari de la mère

2.2.1. Titulaires

1.43. L'action en contestation de la présomption de paternité du mari de la mère peut être intentée par la mère, l'enfant, le mari, le précédent mari si la paternité est établie en vertu de l'article 317 du Code civil, mais aussi par l'homme qui revendique la paternité de l'enfant⁵ et la femme qui revendique la comaternité de l'enfant. Elle peut aussi être poursuivie par les ascendants et descendants du mari décédé.

2.2.2. Parties à la cause

1.44. Doivent être parties à la cause : l'enfant ou ses descendants, sa mère si la filiation maternelle est établie ainsi que le mari dont la paternité est contestée⁶.

articles 1383 et suivants du Code judiciaire. Voir dans ce sens : P. SENAËVE, « De wettelijke moederlijke afstamming – De vader afstamming binnen het huwelijk », in *Het nieuwe afstammingsrecht*, Studienamiddag, Louvain, K.U. Leuven, Universiteit Gent, Universiteit Antwerpen, 23 janvier 2007, n° 24. Voir également à ce propos : J. SOSSON, *Le nouveau droit de la filiation*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 121.

¹ C'est-à-dire sauf à rapporter la preuve de la paternité du mari.

² Recueil des consentements, contrôle du juge au regard de l'intérêt de l'enfant en cas de refus de consentement, exception liée au viol de la mère par le demandeur durant la période légale de conception.

³ Voir *infra*, n°s 1.88 et s.

⁴ Voir *infra*, n°s 1.225 et s.

⁵ À l'exception de l'homme donneur de sperme ou d'embryon conformément aux articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes.

⁶ Art. 332*bis* C. civ.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

Si l'un de ceux qui doivent être cités est décédé, l'action est intentée uniquement contre les autres¹.

Lorsque toutes les personnes devant être mises à la cause sont prédécédées, l'action est introduite par requête unilatérale².

1.45. Par exception à l'article 811 du Code judiciaire, le tribunal peut ordonner, même d'office, que soient appelés à la cause tous les intéressés auxquels il estime que la décision doit être rendue commune³.

2.2.3. Modes d'introduction de l'action

Nous renvoyons le lecteur aux numéros 1.6 et suivants.

2.2.4. Délais

1.46. La mère doit agir dans l'année de la naissance⁴. La Cour constitutionnelle a considéré, dans un arrêt n° 46/2014 du 20 mars 2014, que l'article 318, § 2, du Code civil n'instaure pas une discrimination injustifiée à l'égard de la mère en ce que le délai dont elle dispose pour agir commence à dater de la naissance de l'enfant⁵.

1.47. Le mari (ou le précédent mari qui aurait contesté avec succès la paternité du nouveau mari et serait dans ce cas présumé être le père) doit agir dans l'année de la découverte qu'il n'est pas le père.

Par un arrêt n° 46/2013 du 28 mars 2013, la Cour constitutionnelle a considéré que « [l]'article 318, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil ne viole pas l'article 22 de la Constitution, lu ou non en combinaison avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que le mari doit intenter l'action en contestation de paternité dans l'année de la découverte du fait qu'il n'est pas le père de l'enfant »⁶. On relèvera toutefois que malgré ce label de constitutionnalité, la haute juridiction donne un grand pouvoir d'appréciation au juge du fond quant au point de départ de ce délai d'action : « [l]'article 318, § 2, du Code civil dispose que l'action du mari doit être intentée dans l'année de la découverte du fait qu'il n'est pas le père de l'enfant. L'interprétation de la notion de 'fait' relève de la compétence du juge du fond, qui a, à cet égard, un pouvoir d'appréciation étendu. En effet, conformément à l'article 331octies du Code civil, les tribunaux peuvent

¹ Art. 332quater, al. 1^{er}, C. civ.

² Art. 332quater, al. 2, C. civ.

³ Art. 331decies C. civ.

⁴ Art. 318, § 2, C. civ.

⁵ C.C., 20 mars 2014, n° 46/2014, considérant B.13.

⁶ C.C., 28 mars 2013, n° 46/2013. Voir à propos de cet arrêt : J. SOSSON, « Actions en contestation de paternité : la Cour constitutionnelle ne souffle-t-elle pas le chaud et le froid ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 543 et s.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

'ordonner, même d'office, l'examen du sang ou tout autre examen selon des méthodes scientifiques éprouvées', rien ne les empêchant de considérer comme point de départ du délai d'un an le moment du résultat de cet examen »¹.

Dans la majorité des cas, le délai ne commencera à courir qu'à l'issue d'un test ADN qui aura confirmé la non-paternité du mari² ; de simples doutes, suite aux déclarations de la mère par exemple, ne suffiront pas. Une partie de la jurisprudence considère néanmoins qu'à défaut de preuve scientifique, l'absence d'un doute raisonnable quant à la non-paternité du mari suffit à déclencher le délai. Cette absence de doute raisonnable peut résulter, selon une décision du Tribunal de la famille de Bruxelles, de la rumeur née de la publication d'un livre, des déclarations publiques de la mère de l'enfant ou encore d'un livre autobiographique de l'enfant faisant état de sa filiation illégitime, livre dont la publication fut largement relayée par la presse³. Dans une autre espèce, relative à une action en contestation de la reconnaissance d'un enfant né avant le mariage des parties, le Tribunal de la famille de Namur retient comme point de départ du délai à l'égard de l'auteur de la reconnaissance la date de la citation en mesures provisoires diligentée à son encontre par la mère de l'enfant, dans laquelle celle-ci affirme que le ménage des parties était composé d'un enfant dont son mari n'est pas le père biologique⁴.

1.48. Les ascendants et descendants du mari décédé doivent agir dans un délai d'un an à dater du décès du mari ou de la naissance de l'enfant⁵.

1.49. L'homme qui revendique la paternité doit agir dans l'année de la découverte qu'il est le père.

Par un arrêt n° 16/2014 du 29 janvier 2014⁶, la Cour constitutionnelle a jugé que *« [l']article 318, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil ne viole pas les articles 10, 11 et 22 de la Constitution, lus ou non en combinaison avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que l'homme qui revendique la paternité de l'enfant doit intenter l'action en contestation de paternité dans l'année de la découverte du fait qu'il est le père de l'enfant »*.

De simples indices diffus, des rumeurs, une intuition, ne suffiront pas à enclencher le délai d'un an. En l'absence de circonstances particulières établissant avec certitude que le demandeur avait connaissance d'éléments de fait attestant, sans

¹ C.C., 28 mars 2013, n° 46/2013, B.10.3., *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 535.

² En ce sens : N. MASSAGER, « La filiation », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 292. Le point de départ du délai pourrait toutefois être antérieur aux résultats du test ADN, par exemple en cas de stérilité avérée du mari ou en raison de l'impossibilité d'entretenir des relations sexuelles avec la mère durant la période légale de conception (on songe par exemple à l'incarcération).

³ Trib. fam. Bruxelles, 27 novembre 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 273.

⁴ Trib. fam. Namur (div. Namur), 3 décembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 617.

⁵ Pour une application, voir : Liège, 18 février 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 111.

⁶ Confirmé par un arrêt n° 145/2014 du 9 octobre 2014.

doute possible, de sa paternité biologique, il conviendra de retenir comme point de départ du délai d'un an le moment de la prise de connaissance du résultat de l'analyse ADN confirmant la paternité biologique¹.

L'article 328bis du Code civil permet par ailleurs à l'homme qui revendique la paternité d'agir avant la naissance de l'enfant. L'action prénatale du père biologique risque toutefois de se heurter à un problème de preuve dès lors qu'en l'état actuel des techniques médicales, seule la ponction amniotique permet de prélever le matériel biologique nécessaire pour permettre une expertise ADN. Or, cette opération comporte des risques et ne sera pas autorisée dans l'unique but de se réserver la preuve de la paternité biologique. Les juges sont ainsi enclins à surseoir à statuer quant au fond en l'attente de pouvoir ordonner une expertise ADN sur l'enfant après la naissance².

1.50. L'enfant peut agir au plus tôt lorsqu'il a atteint l'âge de douze ans et au plus tard lors de ses vingt-deux ans, ou dans l'année de la découverte du fait que le mari n'est pas son père. La formulation du texte finalement adopté en séance plénière de la Chambre permet de considérer qu'avant ses douze ans, l'enfant ne peut agir, mais qu'à partir de l'âge de douze ans et jusqu'à ses dix-huit ans, il peut agir par l'intermédiaire de son représentant légal ou d'un tuteur *ad hoc* s'il y a opposition d'intérêts, conformément à l'article 331sexies du Code civil.

Par un arrêt n° 96/2011 du 31 mai 2011, la Cour constitutionnelle a toutefois considéré que l'article 318, § 2, du Code civil violait les articles 10, 11 et 22 de la Constitution, lus en combinaison avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, au motif qu'« *en prévoyant qu'un enfant ne peut plus contester la présomption de paternité établie à l'égard du mari de sa mère au-delà de l'âge de vingt-deux ans ou de l'année à dater de la découverte du fait que celui qui était le mari de sa mère n'est pas son père, alors que cette présomption ne correspond à aucune réalité ni biologique, ni socio-affective, il est porté atteinte de manière discriminatoire au droit au respect de la vie privée de cet enfant. En raison du court délai de prescription, celui-ci pourrait ne plus disposer de la possibilité de saisir un juge susceptible de tenir compte des faits établis ainsi que de l'intérêt de toutes les parties concernées, sans que cela puisse se justifier* ».

¹ N. MASSAGER, « Trois ans d'application de la nouvelle loi en matière de filiation », in D. PIRE (dir.), *Droit des familles*, coll. CUP, vol. 92, Liège, Anthemis, 2010, p. 122 ; IDEM, « La filiation », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 326.

² Civ. Liège (3^e ch.), 25 janvier 2008, 7 mars 2008, 23 mai 2008, 5 décembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009/2, p. 477 et s. ; N. MASSAGER, « Trois ans d'application de la nouvelle loi en matière de filiation », in D. PIRE (dir.), *Droit des familles*, coll. CUP, vol. 92, Liège, Anthemis, 2010, pp. 120 et s. ; IDEM, « La filiation », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 305 et 311 ; J. SOSSON, « À propos de l'action en contestation de paternité introduite par le père biologique avant la naissance », *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, pp. 495 et s.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

par le souci de préserver la paix des familles alors que les liens familiaux sont en l'occurrence inexistantes »¹.

La Cour a franchi un pas de plus avec l'arrêt n° 18/2016 du 3 février 2016 au terme duquel elle a considéré que l'article 318, § 2, du Code civil violait l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'il impose à l'enfant âgé de plus de vingt-deux ans un délai d'un an à compter de la découverte du fait que le mari de sa mère n'est pas son père pour intenter une action en contestation de paternité et alors même que dans cette affaire, il existait une possession d'état entre l'enfant et son père légal. Il en résulte que l'action en contestation de paternité introduite par l'enfant tardivement ne sera pas nécessairement jugée irrecevable si le juge estime que la forclusion ne sauvegarde aucun intérêt légitime digne d'être protégé.

1.51. Enfin, l'action de **la femme qui revendique la comaternité** doit être intentée dans l'année de la découverte du fait qu'elle a consenti à la conception, conformément à l'article 7 de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, et que la conception peut en être la conséquence.

2.2.5. Conditions de recevabilité

2.2.5.1. L'enfant qui n'est pas né viable

1.52. L'action n'est pas recevable si l'enfant n'est pas né viable².

1.53. L'article 328bis du Code civil permet toutefois à l'homme qui revendique la paternité d'intenter son action avant la naissance de l'enfant³.

2.2.5.2. La possession d'état

1.54. En vertu du § 1^{er} de l'article 318 du Code civil, l'action en contestation de la présomption de paternité du mari de la mère est irrecevable si l'enfant a la possession d'état à l'égard de ce dernier.

1.55. Toutefois, par un arrêt n° 20/2011 du 3 février 2011, la Cour constitutionnelle a jugé que l'article 318, § 1^{er}, du Code civil viole l'article 22 de la Constitution,

¹ C.C., 31 mai 2011, arrêt n° 96/2011, B.14. Voir à propos de cet arrêt : N. MASSAGER, « La filiation », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 294 à 297 ; G. VERSCHULDEN, « De hervorming van het afstammingsrecht door het Grondwettelijk Hof », in P. SENAËVE, Fr. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (éditeurs), *Ouders en kinderen*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 46 à 52.

² Art. 331bis C. civ.

³ Voir à cet égard les réserves mentionnées *supra*, n° 1.49, à propos des difficultés probables dans la charge de la preuve.

combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans la mesure où la demande en contestation de paternité n'est pas recevable si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari de la mère¹. Si la lecture du dispositif de cet arrêt peut donner à penser que c'est le principe même de la fin de non-recevoir tirée de la possession d'état qui fait l'objet du constat d'inconstitutionnalité, la lecture des motifs de l'arrêt montre au contraire que celui-ci a une portée plus limitée. Ce que condamne la Cour, c'est le caractère *absolu* de la fin de non-recevoir qui, à ce titre, porte atteinte au droit au respect de la vie privée² et empêche le juge de tenir compte « *des faits établis et des intérêts de toutes les parties concernées* »³. Cette jurisprudence semble ainsi ouvrir au juge un pouvoir d'appréciation en opportunité, en lui laissant la possibilité d'écarter la fin de non-recevoir si celle-ci paraît porter une atteinte disproportionnée aux intérêts des parties en cause et notamment à l'intérêt de l'enfant qui, par exemple, serait l'objet d'un désintérêt complet de la part de son père légal après que celui-ci ait découvert que cette paternité ne correspondait pas à la vérité biologique, tandis que son véritable père se serait, entre-temps, investi de façon durable dans son éducation⁴.

Malgré la formulation tout à fait générale du dispositif de l'arrêt, il était par ailleurs permis de s'interroger sur la portée de cette déclaration d'inconstitutionnalité dans les procédures en contestation de la présomption de paternité en cours ou à venir, initiées par d'autres titulaires que le mari⁵. Par un arrêt n° 105/2013 du 9 juillet 2013, la Cour a confirmé sa jurisprudence dans l'hypothèse d'une action en contestation de la présomption de paternité du mari intentée par l'homme qui revendique la paternité. Elle a considéré que l'article 318, § 1^{er}, du Code civil viole l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que l'action en contestation de paternité

¹ C.C., 3 février 2011, n° 20/2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 75. Voir à propos de cet arrêt : N. GALLUS, « Filiation paternelle dans le mariage : le droit de contestation du mari et l'intérêt de l'enfant selon la Cour constitutionnelle », *Act. dr. fam.*, 2011, pp. 77 à 79 ; N. MASSAGER, « La prophétie de Gerlo. Réflexion à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *Act. dr. fam.*, 2011, pp. 134 et 135 ; A. RASSON-ROLAND et J. SOSSON, « Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation : l'article 318 du Code civil dans la tourmente ... », *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, pp. 581 à 613 ; P. SENAEVE et A. QUIRYNEN, « Het afstammingsrecht na de arresten van het Grondwettelijke Hof van 2010-2011 », in X, *Recht in beweging* [2012], pp. 279 à 307 ; Fr. SWENNEN, « Afstamming en Grondwettelijk Hof », *R.W.*, 2011-2012, pp. 1102 à 1110 ; G. VERSCHULDEN, « Betwisting huwelijks vaderschap niet langer ontoelaatbaar bij bezit van staat », *Juristenkrant*, 2011, n° 224, pp. 1 et 3 ; IDEM, « De hervorming van het afstammingsrecht door het Grondwettelijk Hof », in P. SENAEVE, Fr. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (éd.), *Ouders en kinderen*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2013, p. 38 ; T. WUYTS, « Het bezit van staat als absolute grond van niet-ontvankelijkheid bij betwisting van de afstamming strijdig met het recht op eerbiediging van het privéleven », *T. Fam.*, 2011, pp. 64 à 74.

² En ce sens : V. MAKOW, « Détricotage constitutionnel du droit de la filiation stimulé par une juridiction de fond », note sous Mons, 14 mai 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 409.

³ C.C., 3 février 2011, n° 20/2011, B.10.

⁴ A. RASSON-ROLAND et J. SOSSON, « Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation : l'article 318 du Code civil dans la tourmente ... », *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 604.

⁵ Sur cette question : A. RASSON-ROLAND et J. SOSSON, « Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation : l'article 318 du Code civil dans la tourmente ... », *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, pp. 597 et s.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

intentée par l'homme qui revendique la paternité de l'enfant n'est pas recevable si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari de sa mère, au motif qu'« [e]n érigeant la 'possession d'état' en fin de non-recevoir absolue de l'action en contestation de la présomption de paternité, le législateur a cependant fait prévaloir dans tous les cas la réalité socio-affective de la paternité sur la réalité biologique. Du fait de cette fin de non-recevoir absolue, l'homme qui revendique la paternité est totalement privé de la possibilité de contester la présomption de paternité d'un autre homme, à l'égard duquel l'enfant a la possession d'état. Il n'existe dès lors, pour le juge, aucune possibilité de tenir compte des intérêts de toutes les parties concernées. Une telle mesure n'est pas proportionnée aux buts légitimes poursuivis par le législateur et n'est dès lors pas compatible avec l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme »¹.

Par un arrêt du 7 novembre 2013 n° 147/2013, confirmé par un arrêt du 3 février 2016 n° 18/2016, la Cour constitutionnelle a une nouvelle fois écarté la possession d'état en tant que fin de non-recevoir absolue, dans l'hypothèse cette fois où l'action a été introduite par l'enfant lui-même.

2.2.5.3. L'hypothèse de l'insémination artificielle consentie par le mari

1.56. L'action en contestation de paternité est irrecevable si le mari a consenti à l'insémination artificielle ou à un autre acte ayant la procréation pour but².

1.57. Le consentement du mari à l'utilisation d'une telle technique n'est cependant pas opposable si la conception de l'enfant ne peut en être la conséquence. On peut songer par exemple à l'hypothèse de l'épouse infidèle enceinte « naturellement » des œuvres d'un tiers au cours de la période de l'insémination artificielle.

2.2.6. Conditions de fond

2.2.6.1. Les cas où la présomption est dite « forte »

1.58. La règle selon laquelle le mari de la mère est le père constitue une présomption toujours réfragable.

¹ C.C., 9 juillet 2013, n° 105/2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 1044, B.9. Voir à propos de cet arrêt : G. MATHIEU, « Filiation et Cour constitutionnelle. Cohérence : 'Rapport étroit d'idées qui s'accordent entre elles' (Le Grand Robert) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 1045 ; G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Les fins de non-recevoir en matière de filiation : entre verrous absolus et verrous relatifs. Étude des trois derniers arrêts de la Cour constitutionnelle – n° 46/2013, n° 96/2013 et n° 105/2013 », *J.T.*, 2013, p. 673.

² Art. 318, § 4, C. civ. Pour une application, voir Civ. Gand, 31 mai 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 27, note G. VERSCHOLDEN.

La présomption de paternité du mari est réputée « forte » dans la généralité des cas, c'est-à-dire qu'elle ne pourra être renversée que moyennant la preuve que le mari n'est pas le père¹. Cette preuve peut être rapportée par toutes voies de droit, le mode le plus usité étant toutefois l'expertise génétique.

2.2.6.2. Les cas où la présomption est dite « faible »

1.59. L'article 318, § 3, alinéa 2, du Code civil instaure diverses exceptions qui font de la règle de la paternité du mari de la mère une présomption dite « faible », c'est-à-dire qu'elle peut être renversée par simple dénégation, sans qu'il soit nécessaire de prouver que le mari n'est pas le père.

Ces hypothèses sont les suivantes :

1. les cas visés à l'article 316*bis* du Code civil, c'est-à-dire les cas où la présomption de paternité du mari est, en principe et sauf volonté contraire et commune des époux, susceptible d'être écartée mais où elle ne l'a pas été² ;
2. lorsque la filiation maternelle est établie par reconnaissance ou par décision judiciaire ; cette hypothèse vise le cas de l'accouchement sous X ou de l'accouchement clandestin ; dans ces cas, estime le législateur, la paternité du mari de la mère ne correspond sans doute pas à la réalité ;
3. lorsque l'action est introduite avant que la filiation maternelle ne soit établie. Cette hypothèse du « désaveu préventif » renvoie également à la situation où l'épouse a accouché sous X ou clandestinement, qu'elle n'a pas reconnu l'enfant et qu'aucune action en établissement de la maternité n'a abouti. On permet dans ce cas au mari d'introduire l'action préventivement, avant même que la filiation maternelle ne soit établie, afin d'éviter que sa paternité ne le soit si la maternité de son épouse venait à être établie postérieurement. Il s'agit pour ce mari d'anticiper et d'agir avant même que la présomption de paternité ne s'applique à son égard³. Cette hypothèse de contestation préventive est évidemment extrêmement marginale.

1.60. Enfin, il convient de bien avoir à l'esprit que même dans ces trois hypothèses, qui permettent de contester la paternité du mari sans avoir à rapporter la preuve directe de sa non-paternité, la preuve positive de sa paternité biologique entraînera évidemment le rejet de la demande⁴.

¹ Art. 318, § 3, al. 1^{er}, C. civ.

² Pour une application, voir Bruxelles, 4 février 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 106.

³ Il ne s'agit pas de l'hypothèse de contestation formulée par le mari qui constaterait ou apprendrait que son épouse est enceinte et qui soupçonne un adultère. Une telle contestation est impossible étant donné que les actions relatives à la filiation ne sont recevables que si l'enfant est né viable (art. 331*bis* C. civ.).

⁴ N. MASSAGER, « La filiation », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 304, note 48.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

2.2.6.3. La condition propre à l'homme qui se prétend le père

1.61. L'homme qui se prétend être le père biologique de l'enfant et qui introduit une action en contestation de la paternité du mari ne verra son action déclarée fondée que si sa propre paternité est établie. À cette occasion, le tribunal devra vérifier le respect de toutes les conditions requises par l'article 332quinquies du Code civil¹.

L'action du père biologique, si elle aboutit, conduit à l'anéantissement de la paternité du mari et à l'établissement concomitant de sa paternité en lieu et place de celle du mari². Cette action est ainsi parfois qualifiée d'action « *one shot* », « deux en un », ou encore de stratégie du « *win win* »³.

1.62. À défaut pour le demandeur de rapporter la preuve de sa paternité ou si, face à l'opposition de la mère ou de l'enfant de plus de douze ans, le tribunal estime que l'établissement de la paternité serait contraire à l'intérêt de l'enfant ou encore si le demandeur est reconnu coupable de viol sur la personne de la mère durant la période légale de conception, son action sera rejetée et ce, alors même qu'il viendrait à démontrer la non-paternité du mari.

1.63. Enfin, on rappellera qu'en vertu de l'article 328bis du Code civil, l'homme qui revendique la paternité peut agir en contestation de la présomption de paternité du mari avant la naissance, par dérogation à l'article 331bis du Code civil⁴.

2.2.7. Publicité – Exécution

Nous renvoyons le lecteur aux numéros 1.18 et suivants.

3. La filiation à l'égard de la coparente**3.1. Introduction**

1.64. La loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente a été publiée au *Moniteur belge* le 7 juillet 2014 et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier

¹ Art. 318, § 5, C. civ. Les conditions sont les suivantes : exigence des consentements de la mère et de l'enfant de plus de douze ans, appréciation du juge eu égard à l'intérêt de l'enfant en cas de refus de consentement et rejet de l'action si le demandeur est reconnu coupable de viol sur la personne de la mère durant la période légale de conception.

² La paternité ainsi établie aura le même poids que celle établie par la voie d'une action en recherche de paternité et ne pourra dès lors plus être contestée en dehors de l'exercice d'un droit de recours de droit commun.

³ N. MASSAGER, « Trois ans d'application de la nouvelle loi en matière de filiation », in D. PIRE (dir.), *Droit des familles*, coll. CUP, vol. 92, Liège, Anthemis, 2010, pp. 109 et s.

⁴ Voir toutefois les difficultés liées à l'exigence de la preuve de la paternité pendant la grossesse, *supra*, n° 1.49.

2015. Cette loi permet d'établir un lien de filiation entre l'enfant et la coparente, c'est-à-dire la femme ayant participé au projet parental avec la mère¹.

En date du 22 décembre 2014, une circulaire relative, notamment, à la loi du 5 mai 2014 a été adoptée afin d'éclairer les officiers de l'état civil sur l'application de cette loi².

Si cette loi n'a pas la même ampleur que la réforme opérée par la loi de 2006, en ce qu'elle ouvre « simplement » la possibilité, pour la compagne de la mère ayant participé au projet parental, d'établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant, il n'empêche qu'il s'agit d'une véritable révolution sur le plan anthropologique.

Avant la loi du 5 mai 2014, la « coparente » devait nécessairement passer par l'adoption pour établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant. Il s'agissait donc d'un établissement juridique du lien de filiation *a posteriori* et par jugement. À présent et en vertu de la nouvelle loi, l'enfant peut avoir une double filiation monosexuée d'origine, puisqu'en vertu de l'application de la présomption de comaternité, l'épouse de la mère d'un enfant ayant participé au projet parental sera directement reconnue comme coparente de l'enfant. La partenaire qui n'est pas mariée avec la mère aura quant à elle la possibilité de reconnaître l'enfant.

La loi du 5 mai 2014, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015, a inséré un nouveau chapitre dans le titre VII du livre 1^{er} du Code civil intitulé : « Chapitre II/1. De l'établissement de la filiation à l'égard de la coparente ».

Comme la filiation maternelle et la filiation paternelle, la filiation à l'égard de la coparente peut être établie par la loi, résulter d'un acte de volonté ou être établie judiciairement.

Un principe général est toutefois inséré dans le Code civil par l'article 325/1 du même Code, sans le respect duquel l'établissement de la filiation à l'égard de la coparente ne pourrait aboutir. Cet article dispose que « *lorsque la paternité n'est*

¹ Voir à propos de cette loi : J.-E. BEERNAERT et N. MASSAGER, « La loi du 5 mai 2014 instaurant le régime de la comaternité : 'Trois femmes, un homme et un couffin' », *Act. dr. fam.*, 2015, pp. 74 et s. ; M. DEMARET et E. LANGENAKEN, « La loi portant établissement de la filiation de la coparente : bien dire et laisser faire... », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, pp. 455 et s. ; L. PLUYM, « Juridisch statuut voor meemoeders – Commentaar bij de wet van 5 mei 2014 », *T. Fam.*, 2015, pp. 18 et s. ; G. SEGHERS et F. SWENNEN, « Meemoederschap zonder adoptie – de wet van 5 mei 2014 tot vaststelling van de afstamming van de meemoeder », *R.G.D.C.*, 2014, pp. 483 et s.

² Circulaire relative à la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente et la loi du 18 décembre 2014 modifiant le Code civil, le Code de droit international privé, le Code consulaire, la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente et la loi du 8 mai 2014 modifiant le Code civil en vue d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme dans le mode de transmission du nom à l'enfant et à l'adopté, *M.B.*, 29 décembre 2014.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

pas établie en vertu du chapitre 2, la comaternité peut être établie en vertu des dispositions du présent chapitre ».

Ce n'est évidemment que si aucun lien de filiation paternelle n'est établi à l'égard de l'enfant que les dispositions relatives à la comaternité pourront s'appliquer. Par ailleurs, il va également de soi que pour trouver à s'appliquer, la mère de l'enfant et la coparente auront, dans la plupart des cas (mais pas nécessairement), eu recours à une procréation médicalement assistée.

3.2. La présomption de comaternité

3.2.1. Principes

1.65. L'article 325/2 du Code civil dispose que *« l'enfant né pendant le mariage ou dans les trois cents jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage, a pour coparente l'épouse. Les dispositions des articles 316 à 317 sont applicables par analogie ».*

1.66. En vertu de l'article 30 de la loi du 5 mai 2014, l'article 325/2 ne s'applique qu'à la filiation d'enfants nés après l'entrée en vigueur de la loi, soit à partir du 1^{er} janvier 2015¹.

1.67. L'article portant sur la présomption de comaternité est en tout point rédigé de la même manière que l'article 315 du Code civil portant sur la présomption de paternité. L'établissement légal du lien de filiation à l'égard de la coparente vise dès lors l'épouse de la mère de l'enfant à l'égard de laquelle le lien de filiation est établi. L'épouse de la mère est ainsi présumée être la coparente de l'enfant né pendant le mariage ou dans les 300 jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage. Comme nous l'avons vu, la présomption de paternité trouve son fondement dans les devoirs de cohabitation et de fidélité des époux, permettant de présumer que l'enfant est issu du mari de la mère s'il naît dans le mariage ou dans les 300 jours qui suivent l'annulation ou la dissolution du mariage. La présomption de comaternité ne peut évidemment trouver son fondement dans le même principe étant donné qu'un enfant ne peut, par nature, être issu de deux femmes. La présomption de comaternité se fonde plutôt sur le fait que l'on présume que l'épouse de la mère de l'enfant est nécessairement celle qui a consenti à la conception de l'enfant, conformément à la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée.

Autrement dit, la loi a ainsi établi une période non pas légale de conception, mais une période légale pendant laquelle on présume que si un enfant naît au sein d'un

¹ À propos des dispositions transitoires de la loi du 8 mai 2014, voir M. DEMARET et E. LANGENAKEN, « La loi portant établissement de la filiation de la coparente : bien dire et laisser faire... », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, pp. 492 et s.

couple formé de deux femmes mariées, l'épouse de la mère de l'enfant est celle qui a consenti à la conception de l'enfant.

Cette présomption est réfragable. L'article 325/2 du Code civil renvoie en effet aux articles 316 à 317 du même Code qui trouvent à s'appliquer par analogie. Ces derniers ont été analysés dans le cadre de l'établissement légal de la filiation paternelle.

S'il était sans doute nécessaire de prévoir des dispositions afin de reconnaître la place prise par la coparente auprès de l'enfant, l'application par analogie des dispositions qui concernent la filiation paternelle peut poser question. Le texte de loi aurait sans doute pu insérer des dispositions concernant expressément la coparente.

3.2.2. Désactivation de la présomption

1.68. Il faut déduire de l'article 325/2 du Code civil et de l'application par analogie de l'article 316*bis* du même Code que la présomption de comaternité peut être désactivée dans certains cas.

Comme nous l'avons vu *supra*, l'article 316*bis* du Code civil prévoit que la présomption de paternité du mari de la mère ne s'appliquera pas dans certaines hypothèses, alors même que l'enfant naît durant le mariage ou dans les 300 jours qui suivent sa dissolution ou son annulation, et sauf déclaration conjointe des époux au moment de la déclaration de naissance, dans plusieurs hypothèses.

De la même manière et dans les mêmes hypothèses, la présomption de comaternité sera également désactivée lorsque l'enfant naît plus de 300 jours après une séparation des épouses constatée par une décision judiciaire ou par les inscriptions domiciliaires, sauf déclaration conjointe des épouses, dans les cas suivants :

1° si l'enfant est né plus de 300 jours après que les résidences des épouses ont été judiciairement fixées de manière séparée, soit par un accord des épouses devant le juge du divorce à l'audience d'introduction (art. 1256 C. jud.), soit par une ordonnance rendue dans le cadre des mesures provisoires durant une instance en divorce pour désunion irrémédiable (art. 1280 C. jud.), soit après le dépôt de la requête en divorce par consentement mutuel (art. 1288*bis* C. jud.) ;

2° si l'enfant est né plus de 300 jours après une ordonnance fondée sur l'article 223 du Code civil, autorisant les épouses à résider séparément et moins de 180 jours après que cette mesure a pris fin ou après la réunion de fait des épouses ;

3° si l'enfant est né plus de 300 jours après la date d'inscription des épouses à des adresses différentes, selon le registre de la population, le registre des étrangers ou le registre d'attente, pour autant, évidemment, qu'elles n'aient pas été réinscrites à la même adresse par la suite.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

1.69. Comme nous l'avons vu en ce qui concerne la désactivation de la présomption de paternité, il appartiendra à l'officier de l'état civil, au moment de la déclaration de naissance, de vérifier s'il y a lieu ou pas de désactiver la présomption de comaternité. La circulaire du 22 décembre 2014 relative, notamment, à la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente, renvoie explicitement à la circulaire adoptée le 7 mai 2007 relative à la loi du 1^{er} juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci. Elle stipule en effet que « *puisque la réglementation de la filiation à l'égard de la coparente est pratiquement identique à celle de la filiation paternelle, il y a lieu de se référer tout d'abord à la circulaire du 7 mai 2007 relative à la loi du 1^{er} juillet 2006* ».

3.3. La contestation de la présomption de la comaternité

3.3.1. Titulaires

1.70. L'action en contestation de la comaternité peut être introduite par la mère de l'enfant, l'enfant, la coparente à l'égard de laquelle la filiation est établie, la personne qui revendique la comaternité et l'homme qui revendique la paternité de l'enfant, à l'exception de l'homme donneur de sperme ou d'embryon conformément aux articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes¹.

La comaternité établie en vertu de l'article 317 du Code civil peut en outre être contestée par le précédent mari ou par la précédente épouse². On remarquera que si la coparente est décédée sans avoir agi, sa comaternité ne pourra plus être contestée par ses ascendants ni par ses descendants, contrairement aux ascendants et descendants du mari décédé avant d'avoir agi en contestation de sa présomption de paternité. Nous n'apercevons pas d'emblée la raison de cette différence de traitement.

3.3.2. Parties à la cause

1.71. Doivent être parties à la cause l'enfant ou ses descendants, sa mère si la filiation maternelle est établie ainsi que la femme dont la comaternité est contestée³.

Si l'un de ceux qui doivent être cités est décédé, l'action est intentée uniquement contre les autres⁴.

Lorsque toutes les personnes devant être mises à la cause sont prédécédées, l'action est introduite par requête unilatérale⁵.

¹ Art. 325/3, § 1^{er}, C. civ.

² Art. 325/3, § 2, dernier al., C. civ.

³ Art. 332bis C. civ.

⁴ Art. 332quater, al. 1^{er}, C. civ.

⁵ Art. 332quater, al. 2, C. civ.

1.72. Par exception à l'article 811 du Code judiciaire, le tribunal peut ordonner, même d'office, que soient appelés à la cause tous les intéressés auxquels il estime que la décision doit être rendue commune¹.

3.3.3. *Modes d'introduction de l'action*

Nous renvoyons le lecteur aux numéros 1.6 et suivants.

3.3.4. *Délais*

1.73. L'action en contestation de la comaternité doit être intentée dans l'année de la découverte du caractère mensonger de la filiation, ce qui signifie dans ce contexte que la coparente n'a pas consenti à la conception, conformément à la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, ou que la conception ne peut être la conséquence de cet acte.

1.74. La mère de l'enfant doit cependant agir dans l'année de la naissance².

1.75. L'action de **celle qui revendique la comaternité** ou de **celle qui la conteste** doit être introduite, concernant la première, dans l'année de la découverte du fait qu'elle a consenti à la conception (*a priori*, si elle a consenti, elle devrait s'en souvenir...) et que l'enfant peut en être la conséquence et, pour la seconde, dans l'année de la découverte du fait qu'elle n'a pas consenti à l'acte ayant la procréation pour but (encore une fois, on se demandera comment il est possible qu'elle découvre *a posteriori* qu'elle n'a pas consenti) ou de la découverte que l'enfant ne peut en être issu³.

1.76. L'enfant lui-même a dix ans pour agir en contestation de la comaternité, entre ses douze et ses vingt-deux ans, ou dans le délai d'un an à dater de la découverte du fait que celle qui est mentionnée comme étant sa coparente ne peut être celle qui a consenti à l'acte ayant la procréation pour but ou que la conception ne peut en être la conséquence⁴.

1.77. Celui qui se revendique être le père de l'enfant doit agir dans l'année de la découverte du fait qu'il est le père de l'enfant⁵.

¹ Art. 331decies C. civ.

² Art. 325/3, § 2, al. 1^{er}, C. civ.

³ Art. 325/3, § 2, al. 2 et 3, C. civ.

⁴ Art. 325/3, § 2, al. 5, C. civ. Voir toutefois, à propos du délai de l'enfant pour agir en contestation de la présomption de paternité du mari, *supra*, n° 1.50.

⁵ Art. 325/3, § 2, al. 4, C. civ.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

3.3.5. Conditions de recevabilité**3.3.5.1. L'enfant qui n'est pas né viable**

1.78. L'action n'est pas recevable si l'enfant n'est pas né viable¹.

1.79. L'article 328*bis* du Code civil permet toutefois à la femme qui revendique la maternité d'intenter son action avant la naissance de l'enfant.

3.3.5.2. La possession d'état

1.80. En vertu du § 1^{er} de l'article 325/3 du Code civil, l'action en contestation de la présomption de la comaternité de l'épouse de la mère est irrecevable si l'enfant a la possession d'état à l'égard de cette dernière.

1.81. On rappellera toutefois les nombreux arrêts prononcés par la Cour constitutionnelle en matière de contestation de la présomption de paternité du mari de la mère qui ont pour conséquence d'écarter le caractère absolu de la fin de non-recevoir tirée de la possession d'état². On regrettera dès lors que le législateur ait ainsi reproduit une norme dont il savait pourtant l'inconstitutionnalité.

3.3.6. Conditions de fond

1.82. La partie demanderesse doit rapporter la preuve de ce que la femme désignée comme étant la coparente de l'enfant n'a pas consenti, préalablement à la conception, à l'insémination artificielle ou à un autre acte ayant la procréation pour but ou que la conception de l'enfant ne peut en être la conséquence³.

1.83. L'homme qui se prétend être le père biologique de l'enfant doit également rapporter la preuve de sa paternité⁴.

1.84. La demande de la femme qui revendique la comaternité de l'enfant n'est du reste fondée que s'il est prouvé qu'elle a consenti à la procréation médicalement assistée conformément à l'article 7 de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes et que la conception de l'enfant peut en être la conséquence⁵.

3.3.7. Publicité – Exécution

Nous renvoyons le lecteur aux numéros 1.18 et suivants.

¹ Art. 331*bis* C. civ.

² Voir *supra*, n° 1.55.

³ Art. 325/3, § 3, C. civ.

⁴ Art. 325/3, § 4, C. civ.

⁵ Art. 325/3, § 5, C. civ.

§ 2. *La filiation établie par reconnaissance*

1.85. La reconnaissance est un acte juridique unilatéral par lequel une personne déclare qu'il existe entre elle et un enfant un lien de maternité, de paternité ou de comaternité. Elle dépend de la volonté de la personne qui « reconnaît » ce lien.

1.86. La reconnaissance revêt un effet déclaratif et non constitutif. Elle ne crée pas le lien de filiation pour l'avenir mais le constate avec effet rétroactif.

1. La filiation maternelle

1.87. La reconnaissance maternelle reste un mode d'établissement exceptionnel de la maternité, réservé à deux hypothèses : celle de l'acte de naissance inexistant ou celle de l'acte de naissance qui ne mentionne pas le nom de la mère¹. Ces situations étant tout à fait marginales en Belgique (on peut imaginer le cas de la mère qui reconnaît un enfant avant la naissance ou le cas d'une mère inconnue, parce qu'elle a accouché sous X à l'étranger ou parce qu'elle a accouché clandestinement), nous nous permettons de renvoyer le lecteur intéressé par cette thématique au *Manuel pratique de la filiation* (Kluwer, 2016, n^{os} 111 à 188).

2. La filiation paternelle

2.1. *Hypothèses visées par la loi*

1.88. L'établissement de la paternité par reconnaissance est subsidiaire à l'établissement de la filiation par la présomption de paternité du mari.

Ce n'est dès lors que si la paternité n'est pas établie en vertu des articles 315 ou 317 du Code civil qu'un homme peut reconnaître un enfant aux conditions fixées à l'article 329*bis* dudit Code².

2.2. *Conditions de fond*2.2.1. *Conditions dans le chef de l'auteur de la reconnaissance paternelle*2.2.1.1. *Absence de contrôle d'un éventuel lien biologique*

1.89. La reconnaissance manifeste, dans un cadre formel, la volonté de son auteur d'assumer une paternité qui peut, le cas échéant, ne pas correspondre à la réalité biologique.

¹ Art. 313, § 1^{er}, C. civ.

² Art. 319 C. civ.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

Dès lors, pour autant qu'il obtienne les consentements requis, l'auteur de la reconnaissance ne doit nullement justifier de la réalité du lien biologique qui l'unit, le cas échéant, à l'enfant qu'il reconnaît.

2.2.1.2. Capacité – Discernement

1.90. Acte éminemment personnel, la reconnaissance est autorisée aux mineurs, émancipés ou non, doués de discernement¹.

Elle est aussi autorisée aux personnes frappées d'incapacité, pour autant qu'elles soient dotées du discernement au moment de la reconnaissance et que le juge de paix n'ait pas expressément exclu cette possibilité en ordonnant une mesure de protection². La représentation légale ne se conçoit en effet pas dans un tel cas. Déclaré initialement incapable de reconnaître un enfant par le juge de paix, le candidat à la reconnaissance peut néanmoins solliciter auprès du magistrat cantonal une autorisation spéciale conformément à l'article 328, § 2, du Code civil. Le juge de paix appréciera à ce moment la capacité de la personne protégée d'exprimer sa volonté.

La représentation conventionnelle, par mandat authentique et spécial, est autorisée.

2.2.2. Conditions dans le chef de l'enfant**2.2.2.1. Absence de paternité ou de comaternité établie antérieurement**

1.91. L'article 329, alinéa 1^{er}, du Code civil pose comme principe qu'un enfant ne peut pas faire l'objet de plus de deux liens de filiation produisant effet.

L'établissement de la filiation paternelle par voie de reconnaissance constituant un mode subsidiaire d'établissement de la paternité, il suppose donc que celle-ci ne soit pas déjà établie vis-à-vis d'un homme déterminé par l'effet d'une présomption légale de paternité et que la comaternité ne soit pas non plus établie³.

1.92. Lorsqu'un enfant fait l'objet de plusieurs reconnaissances paternelles successives, seule la première reconnaissance produit ses effets et les reconnaissances ultérieures voient leurs effets suspendus aussi longtemps que les reconnaissances préalables n'auront pas été annulées par une décision coulée en force de chose jugée. De la même manière, lorsqu'un enfant est reconnu par un père et une coparente, seule la première reconnaissance produit effet, aussi longtemps qu'elle n'a pas été annulée⁴.

¹ Art. 328, § 1^{er}, C. civ.

² Art. 492/1, § 1^{er}, C. civ.

³ Art. 319 C. civ.

⁴ Art. 329 C. civ.

2.2.2.2. *Enfant né ou déjà conçu*

1.93. L'enfant faisant l'objet de la reconnaissance doit être né ou à tout le moins déjà conçu¹.

1.94. Lorsque les parents ne sont pas mariés, il est conseillé au père de reconnaître l'enfant dès avant la naissance pour établir sa paternité. En cas de reconnaissance prénatale, cela implique en principe la remise à l'officier de l'état civil d'un certificat de grossesse. La reconnaissance ne sortira évidemment ses effets que si l'enfant naît vivant et viable.

2.2.2.3. *La mère de l'enfant à naître ne peut être mariée*

1.95. En raison du caractère subsidiaire de la reconnaissance, l'officier de l'état civil devra refuser d'acter celle-ci dans l'hypothèse où la mère de l'enfant à naître est mariée. Il en est ainsi même dans l'hypothèse où les conditions de désactivation de la présomption de paternité du mari définies par l'article 316bis du Code civil semblent réunies².

1.96. Dans la pratique toutefois, il semblerait que certains officiers de l'état civil acceptent de recevoir des reconnaissances de paternité prénatales concernant des enfants dont la mère est mariée dès lors que les conditions requises pour la désactivation de la présomption de paternité sont – ou seront au moment de la naissance – rencontrées³.

Pareille reconnaissance n'offre toutefois aucune garantie juridique au père biologique. En effet, rien n'indique que les conditions de la désactivation seront toujours réunies au moment de la naissance, les époux pouvant être réinscrits entre-temps à une même adresse. L'on peut également imaginer que les époux réconciliés décident finalement de faire usage de la possibilité qui leur est offerte par l'article 316bis de solliciter ensemble, au moment de la déclaration de la naissance, l'application de la présomption de paternité.

¹ Art. 328 C. civ.

² Voir *supra*, n^{os} 1.31 et s.

³ Voir N. MASSAGER, « Trois ans d'application de la nouvelle loi en matière de filiation », in D. PIRE (dir.), *Droit des familles*, coll. CUP, vol. 92, Liège, Anthemis, 2010, pp. 106 et 107 ; IDEM, « La filiation », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 287 ; J. SOSSON, « Le champ d'application de la présomption de paternité », in *Filiation, autorité parentale et modalités d'hébergement*, Actes du colloque Famille et Droit du 19 novembre 2009 à l'U.L.B., Bruxelles, Bruylant, 2011, spéc. n^o 14.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

2.2.2.4. *Enfant décédé*

1.97. La reconnaissance peut également être souscrite au profit d'un enfant décédé si ce dernier a laissé une postérité. À défaut de postérité, la reconnaissance ne peut intervenir que dans l'année de la naissance¹.

2.2.3. *Consentements requis*

1.98. Les consentements requis dans le cadre d'une reconnaissance paternelle diffèrent suivant le moment où cette reconnaissance intervient et plus précisément suivant l'âge de l'enfant à ce moment.

L'article 329*bis*, §§ 1^{er} et 2, distingue à cet égard les hypothèses qui suivent.

2.2.3.1. *Enfant à naître*

1.99. Dans l'hypothèse d'une reconnaissance prénatale, seul le consentement de la mère est requis².

2.2.3.2. *Enfant mineur de moins de douze ans*

1.100. Lorsque la reconnaissance intervient alors que l'enfant est âgé de moins de douze ans, seul le consentement de la mère sera nécessaire.

2.2.3.3. *Enfant mineur non émancipé de plus de douze ans*

1.101. Dès que l'enfant atteint l'âge de douze ans, son consentement est requis en plus de celui de la mère.

1.102. Il faut noter à ce propos que la loi du 1^{er} juillet 2006 a abaissé l'âge pivot, pour le consentement de l'enfant, de quinze à douze ans.

Le législateur fait ainsi coïncider le moment où l'enfant pourra émettre un *veto*, au moins provisoire, à l'établissement de sa filiation à l'égard d'un homme qui prétend être son père, avec l'âge auquel l'enfant doit consentir à son adoption³.

2.2.3.4. *Enfant mineur émancipé ou enfant majeur*

1.103. Aux termes de l'article 329*bis*, § 1^{er}, du Code civil, la reconnaissance d'un enfant majeur ou mineur émancipé n'est envisageable que moyennant son consen-

¹ Art. 328 C. civ.

² Art. 329*bis*, § 2, C. civ. En cas de refus de consentement, un recours est ouvert à l'homme qui revendique la paternité dès avant la naissance devant le tribunal de la famille (art. 328*bis* C. civ.).

³ Art. 348-1 C. civ.

tement préalable. À défaut de recueillir ce consentement, le candidat à la reconnaissance se heurte à un droit de *veto* absolu et aucun recours ne lui est ouvert.

L'accord de la mère n'est par contre pas requis.

2.2.3.5. Hypothèse du manque de discernement des personnes devant consentir à la reconnaissance

1.104. En ce qui concerne l'enfant lui-même, l'article 329*bis*, § 1^{er}/1, du Code civil précise que le consentement de l'enfant majeur n'est pas requis si le tribunal estime, en raison d'éléments de fait constatés par procès-verbal motivé, que l'enfant n'est pas capable d'exprimer sa volonté.

1.105. La même règle s'applique dans l'hypothèse où le juge de paix a prononcé une mesure de protection judiciaire en vertu du nouvel article 492/1 du Code civil en déclarant l'enfant incapable de consentir à sa reconnaissance.

1.106. Si l'enfant est néanmoins en mesure d'exprimer son opinion de manière autonome, il est entendu directement par le juge.

Si l'enfant n'est pas en mesure d'exprimer son opinion, celle-ci peut, le cas échéant, être exprimée par la personne de confiance désignée par le juge de paix.

1.107. L'article 329*bis*, § 1^{er}/1, du Code civil précise encore que le juge attache l'importance qui convient à l'opinion exprimée par l'enfant lui-même ou par l'intermédiaire de la personne de confiance.

On peut déduire de ce texte que l'officier de l'état civil ne pourrait pas lui-même apprécier l'importance qu'il convient d'attacher à l'opinion défavorable exprimée par l'enfant ou par sa personne de confiance et qu'il doit, dans cette hypothèse, refuser d'acter la reconnaissance en renvoyant les parties vers le juge qui, seul, pourra apprécier si cette opinion fait ou non obstacle à ladite reconnaissance.

1.108. L'article 329*bis*, § 2, alinéa 2, du Code civil indique quant à lui que le consentement préalable de l'enfant mineur non émancipé âgé de douze ans accomplis n'est pas requis lorsque le tribunal estime, en raison d'éléments de fait constatés par procès-verbal motivé, qu'il est privé de discernement. Le texte de la loi ne précise pas s'il s'agit ici d'une procédure autonome, dont les conditions ne sont dans ce cas pas déterminées (titulaire de l'action, partie à mettre à la cause, formes de l'acte introductif d'instance, ...) ou si l'établissement de ce procès-verbal constituera nécessairement un avatar de la procédure en autorisation de reconnaissance organisée par l'article 329*bis*, § 2, alinéa 3, du Code civil. Nous penchons pour cette dernière hypothèse puisqu'en

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

définitive, il s'agira bien pour le tribunal d'autoriser la reconnaissance nonobstant l'absence d'un des consentements requis par la loi.

1.109. Le texte ne précise par contre rien en ce qui concerne l'éventuel manque de discernement qui frapperait la mère de l'enfant.

Il faut rappeler tout d'abord que l'article 492/1, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil dispose que lorsqu'une personne fait l'objet d'une mesure de protection judiciaire, elle demeure capable pour tous les actes relatifs à sa personne, sauf indication contraire dans l'ordonnance du juge de paix, lequel pourrait donc décider expressément que la personne protégée n'est pas capable de consentir à la reconnaissance de son enfant mineur non émancipé.

À défaut, la seule circonstance que la mère soit frappée d'une incapacité ne dispense donc pas le candidat à la reconnaissance d'obtenir son consentement. Toutefois, si l'officier d'état civil appelé à recevoir la reconnaissance constate que la mère est frappée d'un manque de discernement qui l'empêche de manifester sa volonté, l'article 329bis, § 3, du Code civil l'autorise dans ce cas à recevoir la reconnaissance sans que le candidat à celle-ci n'obtienne préalablement l'autorisation du tribunal de première instance.

Dans ce cas, l'officier d'état civil sera tenu de notifier une copie littérale de l'acte de reconnaissance au représentant légal de l'enfant et à l'enfant lui-même s'il a douze ans accomplis, à moins que ceux-ci n'aient préalablement consenti à la reconnaissance.

L'enfant ou son représentant légal pourront alors, dans un délai de six mois à compter de cette notification, demander au tribunal de la famille d'annuler la reconnaissance, le contrôle s'opérant dans ce cas *a posteriori*¹.

L'article 329bis, § 3, alinéa 6, du Code civil précise que jusqu'à l'expiration du délai de six mois ou jusqu'à l'issue de la procédure judiciaire, la reconnaissance est inopposable à l'enfant et à son représentant légal, lesquels pourront néanmoins s'en prévaloir.

2.3. Formes

1.110. La reconnaissance nécessite un acte authentique passé devant un officier de l'état civil ou devant un notaire. Elle ne peut toutefois plus avoir lieu par testament comme autrefois. Outre que cette possibilité aurait pour conséquence de créer des enfants orphelins, l'interdiction repose aussi sur le caractère occulte du testament.

¹ Art. 329bis, § 3, al. 3, C. civ.

La reconnaissance inscrite dans l'acte de naissance, hypothèse prévue par l'article 327 du Code civil, concerne davantage la reconnaissance paternelle.

1.111. L'article 62 du Code civil précise les mentions que l'acte de reconnaissance reçu par l'officier de l'état civil doit contenir, à savoir :

1. les prénoms, le nom, le lieu et la date de naissance de l'enfant ;
2. les prénoms, le nom, le domicile, le lieu et la date de naissance de celui qui reconnaît l'enfant et du parent à l'égard de qui le lien de filiation est déjà établi avant la reconnaissance ;
3. le cas échéant, le consentement des personnes visées à l'article 329*bis* du Code civil, en indiquant les prénoms, le nom, le domicile, le lieu et la date de naissance du représentant légal de l'enfant s'il a consenti à la reconnaissance.

1.112. Lorsque l'acte de reconnaissance est établi par un notaire, il convient évidemment qu'il s'inspire de l'article 62 du Code civil et qu'il insère dans son acte authentique les mentions qui doivent figurer dans un acte de reconnaissance établi par un officier de l'état civil.

1.113. L'article 62, § 1^{er}, du Code civil précise encore que, dans l'hypothèse où les personnes mentionnées à l'article 329*bis*, § 3, du Code civil (le représentant légal de l'enfant ainsi que l'enfant âgé de plus de douze ans, dès lors que l'enfant n'a pas d'auteur connu, ou dont l'auteur à l'égard duquel la filiation est établie est décédé, présumé absent, dans l'impossibilité ou incapable d'exprimer sa volonté) n'ont pas consenti à l'acte de reconnaissance et n'ont pas introduit d'action en annulation de reconnaissance dans le délai légal, ou ont vu cette action rejetée par un jugement ou un arrêt passé en force de chose jugée, l'officier de l'état civil doit en faire mention en marge de l'acte de reconnaissance. Cela implique donc que l'officier de l'état civil contrôle, six mois après avoir notifié l'acte de reconnaissance au représentant légal de l'enfant mineur et à l'enfant mineur lui-même, s'il y a lieu, si l'intentement d'une action en annulation de la reconnaissance lui a ou non été dénoncée par le greffier du tribunal saisi, conformément à l'article 329*bis*, § 3, alinéa 4, du Code civil.

1.114. L'acte de reconnaissance distinct de l'acte de naissance doit faire l'objet d'une mention en marge de l'acte de naissance de l'enfant¹.

2.4. Délai

1.115. La reconnaissance d'un enfant n'est comme telle soumise à aucun délai aussi longtemps que l'enfant est en vie.

¹ Art. 62, § 2, C. civ.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

1.116. Si l'enfant est décédé sans laisser de postérité, la reconnaissance doit être faite dans l'année qui suit la naissance¹.

2.5. Conditions supplémentaires dans l'hypothèse d'une filiation adultérine ou incestueuse

2.5.1. Cas de la filiation adultérine

1.117. La circonstance que l'auteur de la reconnaissance soit marié ne constitue nullement un obstacle à cette reconnaissance.

Toutefois, l'article 319*bis* du Code civil prévoit que cette reconnaissance doit être portée à la connaissance du conjoint.

Dans l'hypothèse où l'acte de reconnaissance a été reçu par un officier de l'état civil belge ou par un notaire belge, une copie de l'acte est envoyée par courrier recommandé au conjoint.

Si l'acte de reconnaissance a été reçu à l'étranger, il doit être signifié au conjoint par un exploit d'huissier, à la requête de l'auteur de la reconnaissance, de l'enfant ou du représentant légal de celui-ci.

L'article 62, § 3, du Code civil précise que l'officier de l'état civil qui dresse un acte de reconnaissance doit en informer le conjoint du déclarant dans un délai de trois jours.

Aussi longtemps qu'une copie de l'acte de reconnaissance n'aura pas été communiquée au conjoint, la reconnaissance lui sera inopposable de même qu'aux enfants nés de son mariage avec l'auteur de la reconnaissance et aux enfants adoptés par les époux.

2.5.2. Cas de la filiation incestueuse

1.118. Aux termes de l'article 321 du Code civil, la reconnaissance est interdite lorsqu'elle ferait apparaître entre l'auteur de celle-ci et la mère de l'enfant un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser, c'est-à-dire un inceste « absolu ».

¹ Art. 328, al. 2, C. civ.

Cette interdiction vise l'enfant né d'une relation incestueuse entre ascendant et descendant¹, y compris dans la famille adoptive², ou entre collatéraux au deuxième degré ((demi-)sœur/(demi-)frère)³.

1.119. Les incestes « relatifs », susceptibles de faire l'objet d'une dispense d'empêchement à mariage⁴, ne sont donc pas visés par cette disposition. L'établissement de la double filiation sera dès lors toujours possible lorsque l'enfant est né d'une relation entre collatéraux au troisième degré (oncle/tante + nièce/neveu)⁵, mais aussi, depuis la loi du 15 mai 2007, entre alliés en ligne directe, que le lien d'alliance à l'origine de l'empêchement ait disparu ou non.

1.120. Ceci mérite un mot d'explication. En 2006, le législateur décide d'autoriser l'établissement du double lien de filiation d'un enfant né d'une relation entre alliés en ligne directe (c'est-à-dire entre une personne et le père ou la mère de son époux ou son épouse ou, au sein d'une famille recomposée, entre une personne et son beau-père ou sa belle-mère), entre lesquels existe alors un empêchement à mariage absolu, à la condition que le lien d'alliance à l'origine de l'empêchement ait disparu⁶. Cette modification législative faisait suite à l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 169/2003 du 17 décembre 2003. Dans cet arrêt, la Cour avait constaté l'inconstitutionnalité de l'ancien article 321 du Code civil en ces termes : « *[e]n ce qu'il ne permet pas au père de reconnaître l'enfant, lorsque la reconnaissance ferait apparaître entre la mère et lui un empêchement à mariage, dû à l'alliance, dont le Roi ne peut dispenser, lorsque ce lien d'alliance a disparu, l'article 321 du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution* ».

Un an plus tard, pour se conformer à l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 157/2006 du 18 octobre 2006 et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁷, le législateur, par la loi du 15 mai 2007, transforme l'empêchement absolu à mariage entre alliés en ligne directe en un empêchement relatif : une dispense peut désormais être demandée au Roi en vertu de l'article 164 du Code civil modifié (pour autant évidemment que le mariage à l'origine de la création du lien d'alliance ait été préalablement annulé ou dissous pas décès ou divorce, la bigamie étant interdite en droit belge⁸). Ce faisant, le législateur – de manière sans

¹ Art. 161 C. civ. On précisera que l'interdiction du mariage en ligne directe s'applique sans limitation de degrés. Voir aussi l'art. 341 C. civ. qui concerne la parenté alimentaire.

² Voir les art. 161 et 356-1 C. civ. pour le cas de l'adoption plénière et l'art. 353-13, 1°, C. civ. pour l'adoption simple.

³ Art. 162 C. civ.

⁴ Art. 164 C. civ. Pour l'adoption simple, voir l'art. 353-13, 2° à 5° C. civ. : sont visés les empêchements à mariage entre l'adopté et l'ancien conjoint de l'adoptant ; entre l'adoptant et l'ancien conjoint de l'adopté ; entre enfants adoptifs d'un même adoptant, entre l'adopté et les enfants de l'adoptant.

⁵ Art. 163 C. civ., combiné avec l'art. 164 C. civ.

⁶ Modification des art. 313, § 2, 314, al. 2, 321 et 325 C. civ.

⁷ Cour eur. D.H., arrêt B. et L. c. Royaume-Uni, 13 septembre 2005, req. n° 36536/02.

⁸ Art. 147 C. civ. et art. 391 C. pén.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

doute involontaire¹ – permet à l'enfant issu de l'union entre alliés en ligne directe de se voir établir un double lien de filiation, que le mariage à l'origine de l'alliance ait été dissous ou non, puisqu'il ne s'agit plus d'un empêchement à mariage absolu mais relatif, autrement dit susceptible de dispense.

En conclusion de quoi, la condition ajoutée en 2006 aux articles 313, § 2, 314, alinéa 2, 321 et 325 du Code civil – « *à moins que le mariage qui a fait naître cet empêchement ait été annulé ou dissous par décès ou divorce* » – ne concerne aujourd'hui plus personne, les deux derniers empêchements à mariage absolus, soit entre ascendants et descendants en ligne directe ou entre (demi-)frère et (demi-)sœur, découlant non d'un mariage mais de la consanguinité entre les personnes concernées².

Une illustration permettra sans doute de mieux comprendre la problématique :

André et Bernadette sont mariés. André retient un fils d'une précédente union, Charles. Bernadette et Charles ont un enfant, Denis. Avant la loi de 2006, l'empêchement à mariage entre Bernadette et Charles étant absolu, le double lien de filiation de Denis ne pouvait être établi. Entre la loi de 2006 et la loi de 2007, l'empêchement à mariage entre Bernadette et Charles est toujours absolu, mais le double lien de filiation de Denis peut être établi si, et seulement si, le mariage entre André et Bernadette est dissous. Après la loi de 2007, l'empêchement à mariage entre Bernadette et Charles est devenu relatif. Ainsi, le double lien de filiation de Denis peut être établi sans autre condition.

Le législateur devrait donc, pour réparer cette incohérence, modifier les articles 313, § 2, 314, alinéa 2, 321 et 325 du Code civil dans le sens qu'il souhaite :

- soit maintenir la condition : pour qu'un double lien de filiation à l'égard de l'enfant issu d'une relation entre alliés en ligne directe puisse être établi, le mariage qui a créé le lien d'alliance et donc l'empêchement doit être dissous ;
- soit la supprimer : le double lien de filiation d'un enfant issu de l'union entre alliés en ligne directe peut être établi nonobstant le maintien du mariage ayant créé l'empêchement.

1.121. Enfin, à la suite de critiques formulées à l'encontre de la persistance de l'impossibilité absolue d'établir la double filiation d'un enfant né de certaines relations

¹ Les travaux préparatoires n'évoquent en tout cas pas la question (voir proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne le mariage entre alliés, *Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 2293/001, p. 3 ; proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne le mariage entre alliés, rapport STORMS, *Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 2293/002, p. 3).

² Il subsiste également des empêchements à mariage absolus dans le cadre de l'adoption, mais dans ce cas, l'origine de l'empêchement est le lien d'adoption lui-même, de sorte que la condition tirée de la disparition du lien d'alliance ne les concerne pas non plus.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

incestueuses¹, la Cour constitutionnelle a, dans un arrêt du 9 août 2012², considéré que l'article 325 du Code civil (concernant l'action en recherche de paternité) crée une différence de traitement injustifiée entre les enfants nés d'un inceste absolu et tous les autres enfants, en soulignant qu'il n'est pas toujours de l'intérêt de l'enfant né dans de telles circonstances que sa double filiation ne puisse être établie.

Il en résulte que si la disposition incriminée subsiste, cet arrêt ouvre néanmoins au juge un pouvoir d'appréciation au regard de l'intérêt de l'enfant pour considérer, le cas échéant, qu'il conviendrait de passer outre à l'interdiction légale.

Le juge, saisi d'une action visant à établir la filiation incestueuse à la suite du refus de la mère de consentir à celle-ci ou à la suite du refus de l'officier de l'état civil de dresser l'acte, devra procéder à une balance délicate entre l'intérêt de l'enfant à voir cette filiation établie (droit d'établir un lien de filiation juridique avec l'homme qui est son père biologique et/ou avec lequel un lien de filiation socioaffectif existe, intérêt patrimonial éventuel, ...) et les inconvénients liés à l'établissement d'une telle filiation (désordre social, opprobre entourant l'inceste).

S'agissant ici d'une autre disposition que celle visée par l'arrêt du 9 août 2012, le juge devra néanmoins poser une nouvelle question préjudicielle à la Cour constitutionnelle avant d'écarter l'article 321 du Code civil et d'autoriser la reconnaissance incestueuse.

2.6. *L'action en autorisation de reconnaissance*

2.6.1. *Titulaire*

1.122. Dans l'hypothèse où l'homme qui souhaite reconnaître un enfant n'obtient pas le ou les consentements requis, il dispose de la faculté de solliciter une autorisation judiciaire de reconnaissance pour pallier cette absence de consentement (à l'exception notable de l'hypothèse où le refus émane de l'enfant majeur ou mineur émancipé).

Très logiquement, le seul titulaire de l'action en autorisation de reconnaissance est donc l'homme dont le projet de reconnaissance se heurte à l'absence d'un ou de plusieurs des consentements requis par la loi.

2.6.2. *Parties à la cause*

1.123. L'homme qui introduit une action en autorisation de reconnaissance devra mettre à la cause les personnes dont le consentement est requis, c'est-à-dire :

¹ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 608, n° 637.

² C.C., 9 août 2012, n° 103/2012, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 150.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

- la femme qui est enceinte de l'enfant que cet homme veut reconnaître si l'action est introduite avant la naissance ;
- si l'action est introduite alors que l'enfant est mineur non émancipé : la mère dont la filiation est établie à l'égard de l'enfant et l'enfant lui-même s'il a douze ans accomplis.

2.6.3. Modes d'introduction de l'action

1.124. La procédure doit être introduite par citation donnée à comparaître devant le tribunal de première instance et, plus précisément, à compter du 1^{er} septembre 2014, devant une chambre de la famille, conformément à l'article 329bis, § 2, alinéa 3, du Code civil.

1.125. Rappelons toutefois que la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire a fait du choix d'un mode inapproprié d'introduction de l'action en justice une cause de nullité relative.

Concrètement, une requête introductive d'instance utilisée en lieu et place d'une citation ne sera déclarée nulle que si une partie en fait la demande *in limine litis* et démontre avoir subi un grief, preuve qui sera dans la plupart des cas difficile à apporter¹.

1.126. Rien ne paraît interdire enfin que l'action soit introduite par la voie d'une requête conjointe au sens de l'article 706 du Code judiciaire.

2.6.4. Délai

1.125. L'action peut être introduite avant même la naissance de l'enfant² et n'est pas enfermée par la loi dans un délai particulier.

Cependant, dès l'instant où, en l'état actuel des textes, l'opposition de l'enfant majeur ne donne lieu à aucun recours judiciaire, l'action en autorisation de reconnaissance ne peut être utilement introduite (et menée à terme...) qu'aussi longtemps que l'enfant est mineur non émancipé.

2.6.5. Conciliation

1.126. L'article 329bis, § 2, alinéa 3, du Code civil prévoit que la procédure débute par une tentative de conciliation en chambre du conseil.

S'il parvient à concilier les parties, le tribunal reçoit les consentements nécessaires.

¹ Art. 700, 860, 861 et 864 C. jud.

² Voir toutefois les difficultés liées à l'exigence de la preuve de la paternité pendant la grossesse, mentionnées *supra*, n° 1.49.

2.6.6. Conditions de recevabilité

1.127. Il n'existe pas fin de non-recevoir propre à l'action en autorisation de reconnaissance.

1.128. Le juge devra toutefois déclarer l'action irrecevable si la reconnaissance est interdite, dans l'hypothèse où elle ferait apparaître un inceste absolu entre la mère et l'auteur de la reconnaissance¹ ou lorsque l'enfant a déjà une filiation paternelle établie par l'effet d'une présomption légale de paternité ou par l'effet d'une reconnaissance antérieure². Dans cette dernière hypothèse, le candidat à la reconnaissance devra, selon les cas, agir en contestation de la paternité du mari et en établissement de sa propre paternité par application de l'article 318 du Code civil ou demander l'annulation de la reconnaissance de complaisance et l'établissement de sa propre filiation conformément à l'article 330 du Code civil.

2.6.7. Conditions de fond

1.129. La mère ou éventuellement l'enfant mineur de plus de douze ans pourront opposer au candidat à la reconnaissance trois types de moyens de défense : soutenir que le demandeur ne serait pas le père biologique de l'enfant, que l'établissement d'un lien juridique de filiation entre le demandeur dont la filiation biologique serait établie et l'enfant serait contraire à l'intérêt de celui-ci, ou encore que le demandeur se serait rendu coupable de viol sur la personne de la mère durant la période légale de conception.

2.6.7.1. Contrôle de la filiation biologique

1.130. Dans l'hypothèse où la mère ou l'enfant mineur de plus de douze ans qui s'oppose à la reconnaissance apporte la preuve, le plus souvent par le détour d'une expertise génétique ordonnée avant dire droit par le tribunal, que le demandeur n'est pas le père biologique de l'enfant, la demande sera nécessairement déclarée non fondée³. Le juge n'a dans ce cas aucun pouvoir d'appréciation, nonobstant les liens d'affection particuliers et la possession d'état dont pourrait le cas échéant se prévaloir le demandeur.

L'intérêt que pourrait avoir l'enfant à voir consacrée juridiquement une filiation affective ne peut donc dans ce cas pallier l'absence de filiation biologique.

¹ Voir toutefois les développements consacrés à l'arrêt prononcé par la Cour constitutionnelle le 9 août 2012, *supra*, n° 1.121.

² Art. 319 C. civ.

³ Art. 329bis, § 2, al. 3, C. civ.

2.6.7.2. Contrôle de l'intérêt de l'enfant**2.6.7.2.1. La prise en compte de l'intérêt de l'enfant et la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle**

1.131. Le législateur semble avoir cherché en 2006 un point d'équilibre entre les différentes tendances qui ont prévalu précédemment en instaurant un mécanisme s'appliquant indistinctement à la reconnaissance paternelle et à la reconnaissance maternelle¹, et en maintenant un contrôle en opportunité restreint et affecté d'une double limite :

- l'article 329bis, § 2, alinéa 3, du Code civil exclut ce contrôle si la demande concerne un enfant âgé de moins d'un an au moment de l'introduction de la demande ;
- la reconnaissance d'un enfant âgé de plus d'un an au moment de l'introduction de la demande ne pourra être refusée que si celle-ci est *manifestement* contraire à son intérêt, limitant ainsi le pouvoir du juge à un contrôle marginal.

1.132. Les premiers commentateurs de la loi du 1^{er} juillet 2006 ont d'emblée relevé le manque de justification objective au seuil d'un an en deçà duquel le législateur excluait la prise en compte de l'intérêt de l'enfant².

1.133. C'est donc de façon prévisible que la Cour constitutionnelle a censuré une première fois la loi du 1^{er} juillet 2006 par un arrêt du 16 décembre 2010³, en considérant que cette distinction portait une atteinte disproportionnée aux droits de l'enfant âgé de moins d'un an à l'égard duquel le juge ne pourrait jamais rejeter la demande de reconnaissance qui serait conforme à la réalité biologique mais manifestement contraire à son intérêt.

En vertu de l'autorité de chose jugée relative renforcée qui s'attache aux arrêts de la Cour, les juridictions appelées à statuer dans un litige « semblable » ont le choix entre soit poser une question préjudicielle à la Cour, soit s'en dispenser dans la mesure où la Cour a déjà statué sur une question ayant un objet identique, mais dans ce cas, la juridiction doit se conformer à l'arrêt déjà rendu. Qu'en est-il alors des autres dispositions du Code qui se réfèrent au seuil pivot d'un an dans le cadre du contrôle de l'intérêt de l'enfant ? L'objet du litige étant différent, il conviendra de poser à la Cour, pour chaque disposition, une nouvelle question préjudicielle.

¹ Dans la pratique, on sait toutefois que l'établissement de la filiation maternelle par reconnaissance est un cas d'école.

² Voir : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 605, n° 634-3 ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance – Filiation, Autorité parentale, Hébergement (Nouvelles lois, nouvelles jurisprudences)*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 86, *in fine* ; J. SOSSON, *Le nouveau droit de la filiation*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 149, n° 41.

³ C.C., 16 décembre 2010, n° 144/2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 2.

Sans être devin, il était évidemment permis de spéculer sur l'issue des futures questions préjudicielles à ce propos. C'est donc sans grande surprise que la haute juridiction a confirmé sa jurisprudence à propos cette fois de l'article 332quinquies, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil dans un arrêt du 31 mai 2012¹.

1.134. Concernant ensuite la manière dont doit être pris en compte l'intérêt de l'enfant, la Cour constitutionnelle a décidé, par arrêt n° 30/2013 du 7 mars 2013 rendu sur question préjudicielle, qu'« [e]n disposant que le tribunal ne rejette la demande que si l'établissement de la filiation est 'manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant', l'article 332quinquies, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil, interprété en ce sens qu'il autorise le juge à n'opérer qu'un contrôle marginal de l'intérêt de l'enfant, viole l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution »². On peut en déduire que le mot « manifestement » ne doit plus être pris en compte par le tribunal lors de l'application de l'article 332quinquies, § 2, du Code civil, qui concerne l'action en recherche de maternité ou de paternité. Par deux arrêts prononcés le 2 juillet 2015, n°s 101 et 102/2015, la Cour a tenu le même raisonnement concernant l'article 329bis, § 2, alinéa 3, du Code civil en considérant qu'en disposant que le tribunal ne peut refuser la reconnaissance que si elle est « manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant », cette disposition, interprétée en ce sens qu'elle n'autorise le tribunal qu'à opérer un contrôle marginal de l'intérêt de l'enfant, violait l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution. Par identité de motifs, il est permis de supposer que la Cour constitutionnelle tiendrait le même raisonnement en ce qui concerne le mot « manifestement » dans le libellé de l'article 329bis, § 3, du Code civil.

¹ À propos de l'arrêt n° 61/2012 du 3 mai 2012, voir : C. DECLERCK, « Personen- en samenlevingsrecht. Kroniek 2010-2012 », *N.J.W.*, 2013, p. 99 ; J. SOSSON, « Cour constitutionnelle, filiation et intérêt de l'enfant. C'est quand qu'on va où ? », in Y.-H. LELEU et D. PIRE (dir.), *Actualités de droit des personnes et des familles*, coll. CUP, vol. 141, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 102 et s. ; Fr. SWENNEN, « Afstammingsvorderingen en het belang van het kind tijdens het eerste levensjaar », *T. Fam.*, 2013, liv. 3 et 4, pp. 92 et 93 ; M. VERHOEVEN, « Belang van jonge kinderen beschermd bij betwisting vaderschap », *Juristenkrant*, 2012, liv. 251, p. 2 ; G. VERSCHULDEN, « De hervorming van het afstammingsrecht door het Grondwettelijk Hof », in P. SENAEVE, Fr. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (éd.), *Ouders en kinderen*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 30 et s.

² C.C., 7 mars 2013, n° 30/2013. Voir à propos de cet arrêt : M. DEMARET, « L'intérêt de l'enfant : *Veni, vidi, vici* », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 800 ; N. GALLUS, « Lorsque la Cour constitutionnelle s'arroge le pouvoir de reconstruire le droit de la filiation », *Act. dr. fam.*, 2013, pp. 79 à 81 ; E. IGNOVSKA et G. VERSCHULDEN, « De rechterlijke toetsing van het belang van het kind bij het onderzoek naar het vaderschap », *T.J.K.*, 2013, pp. 155 à 164 ; G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant sur le fil – Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *J.T.*, 2013, pp. 435 et s. ; J. SOSSON, « Actions en contestation de paternité : la Cour constitutionnelle ne souffle-t-elle pas le chaud et le froid ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 543 et s. ; IDEM, « Cour constitutionnelle, filiation et intérêt de l'enfant. C'est quand qu'on va où ? », in Y.-H. LELEU et D. PIRE (dir.), *Actualités de droit des personnes et des familles*, coll. CUP, vol. 141, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 106 et s. ; G. VERSCHULDEN, « Volle toetsing van belang kind noodzakelijk bij vaderschapsonderzoek », *Juristenkrant*, 2013, liv. 267, pp. 4 et 5 ; IDEM, « Het belang van het kind in het komende afstammingsrecht : considerans voor de wetgever, niet voor de rechter », *T. Fam.*, 2013/5, pp. 98 et 99 ; IDEM, « De hervorming van het afstammingsrecht door het Grondwettelijk Hof », in P. SENAEVE, Fr. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (éd.), *Ouders en kinderen*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2013, p. 33.

VIIIter:1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

1.135. En résumé, la Cour constitutionnelle estime que l'intérêt de l'enfant, quel que soit l'âge de ce dernier, doit pouvoir être apprécié par le tribunal chaque fois qu'une personne amenée à donner son consentement à l'établissement de la filiation s'y oppose et cette appréciation n'est pas marginale : elle concerne toute éventuelle non-conformité à l'intérêt de l'enfant, même non manifeste.

2.6.7.2.2. *Contrôle de l'intérêt de l'enfant : applications*

1.136. Se fondant sur l'utilisation du terme *manifestement* dans l'article 329bis du Code civil et sur les travaux préparatoires de la loi du 1^{er} juillet 2006, la jurisprudence antérieure à l'arrêt n° 30/2013 du 7 mars 2013 limite l'appréciation de l'intérêt de l'enfant à un contrôle strictement marginal.

C'est à la partie qui s'oppose à l'établissement de la filiation paternelle que revient la charge de la preuve, dont l'objet a été défini par plusieurs décisions de la manière suivante : il s'agit de démontrer qu'il vaut mieux, pour l'enfant, ne bénéficier d'aucune filiation paternelle plutôt que de voir sa filiation établie à l'égard du candidat à la reconnaissance¹.

Il en résulte que les griefs qui sont généralement articulés à l'appui d'une demande d'exercice exclusif de l'autorité parentale ou à l'appui d'une demande de restriction importante du droit d'hébergement d'un parent dont les capacités éducatives sont mises en doute ont été considérés comme non pertinents dans le cadre d'une demande d'autorisation de reconnaissance.

Les décisions publiées rappellent à cet égard que la question de l'intérêt de l'enfant doit être envisagée en fonction de l'objet de l'action, qui est ici de se voir reconnaître un état juridique qui correspond au lien de filiation biologique et non l'exercice des droits dérivés de la filiation tels l'autorité parentale ou le droit d'hébergement².

L'établissement de cet état juridique et le bénéfice pour l'enfant de jouir d'une double filiation ont été considérés *a priori* comme conformes à son intérêt et ce, jusqu'à preuve du contraire³.

¹ Civ. Liège, 21 décembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 196 ; dans le même sens, voir Bruxelles, 24 novembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 767 ; Trib. fam. Bruxelles, 19 mai 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 631.

² Voir à cet égard : N. MASSAGER, « La filiation », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 319 et 320 ; C. VERGAUWEN, « De vaststelling van een juridische afstammingsband versus de uitoefening van de rechten die daaruit voortvloeien », *R.A.B.G.*, 2013, pp. 244 et 245.

³ Civ. Bruxelles, 23 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1067 ; Civ. Liège, 16 mai 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 211 ; Gand, 11 octobre 2012, *R.A.B.G.*, 2013, p. 239 et note C. VERGAUWEN.

Ainsi, ont été considérés comme non pertinents les griefs suivants :

- le comportement critiquable du père biologique envers les enfants nés de sa première union¹ ;
- la toxicomanie du père biologique ayant conduit à son incarcération² ;
- la condamnation pénale du père biologique pour des faits de mœurs et d'extorsion³ ;
- le comportement agressif et harcelant du demandeur à l'égard de la mère⁴ ;
- la description du père biologique par plusieurs experts comme un psychopathe, dont le comportement lui a valu plusieurs condamnations pénales⁵ ;
- les griefs de la mère à propos de la seule relation de couple⁶.

1.137. Nous avons trouvé trace de quatre décisions qui, au nom de l'intérêt de l'enfant, ont refusé de permettre l'établissement d'un lien de filiation juridique à l'égard du père biologique.

La première concerne une espèce dans laquelle les griefs formulés à l'égard du père étaient établis de manière indiscutable et se révélaient particulièrement graves puisque celui-ci avait été condamné à une peine de six ans d'emprisonnement pour avoir tenté de commettre un homicide sur l'enfant alors que celui-ci avait moins de deux ans, enfant auquel il avait porté des coups de couteau dans l'intention de mettre fin à ses jours⁷. Cette décision a été prononcée dans le cadre d'une action en recherche de paternité et en application de l'article 332quinquies, § 2, du Code civil qui permet au juge de rejeter la demande si l'établissement de la filiation est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant. Elle est parfaitement transposable à l'action en autorisation de reconnaissance.

Une deuxième décision concerne une espèce dans laquelle le tribunal refuse de faire droit à une demande de reconnaissance paternelle en raison des faits de violence dont le candidat à la paternité s'était rendu coupable, non pas à l'égard de l'enfant directement, mais à l'égard de la mère alors enceinte, dans le but de porter atteinte à la vie de l'enfant *in utero*. Ces faits de violence lui avaient par ailleurs valu une condamnation par le Tribunal correctionnel de Bruxelles à une peine d'emprisonnement de cinq ans pour coups et blessures sur la personne de la mère⁸. La troisième décision a trait à un cas similaire, à savoir un candidat à la reconnaissance ayant été préalablement condamné du chef de coups sur la mère alors qu'elle était enceinte de cinq mois⁹.

¹ Civ. Bruxelles, 23 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1067.

² Civ. Liège, 16 mai 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 211.

³ Civ. Liège, 16 mai 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 214.

⁴ Civ. Bruxelles, 21 février 2012, inédit, R.G. n° 2011/8370/A.

⁵ Gand, 11 octobre 2012, *R.A.B.G.*, 2013, p. 239 et note C. VERGAUWEN.

⁶ Civ. Namur (sect. famille), 9 septembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 320.

⁷ Civ. Liège, 1^{er} octobre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 185.

⁸ Civ. Namur, 19 décembre 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 76.

⁹ Liège, 2 avril 2014, confirmant Civ. Namur, 30 janvier 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 72.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

Dans la quatrième espèce, le tribunal refuse d'autoriser la reconnaissance en raison d'un nombre important de condamnations pénales encourues par le demandeur, notamment pour des faits de violence à l'égard de la mère, témoignant dans le chef de celui-ci d'un mépris total pour l'intégrité physique et psychique d'autrui et d'une absence réelle de remise en question¹.

1.138. L'avenir nous apprendra la manière dont les juges vont investir le nouveau champ d'intervention que leur ouvre l'arrêt prononcé par la Cour constitutionnelle le 7 mars 2013. On relèvera que l'arrêt prononcé le 7 mars 2013 par la Cour constitutionnelle vise l'article 332quinquies du Code civil et donc, par son truchement, les actions en contestation de paternité/maternité/comaternité introduites par le parent biologique, les actions en contestation de reconnaissance introduites par le parent biologique ou par la femme qui revendique la comaternité et les actions en recherche de paternité/maternité/comaternité. Par deux arrêts prononcés le 2 juillet 2015, n^{os} 101 et 102/2015, la Cour a tenu le même raisonnement concernant l'article 329bis, § 2, alinéa 3, du Code civil en considérant qu'en disposant que le tribunal ne peut refuser la reconnaissance que si elle est « *manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant* », cette disposition, interprétée en ce sens qu'elle n'autorise le tribunal qu'à opérer un contrôle marginal de l'intérêt de l'enfant, violait l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution. Par identité de motifs, il est permis de supposer que la Cour constitutionnelle tiendrait le même raisonnement en ce qui concerne le mot « *manifestement* » dans le libellé de l'article 329bis, § 3, du Code civil.

2.6.7.3. *Cas du viol de la mère*

1.139. Les auteurs de la loi du 1^{er} juillet 2006 ont choisi d'introduire une disposition particulière visant l'hypothèse où la mère a été victime d'un viol durant la période légale de conception.

Cette disposition a pour objectif d'interdire de façon radicale à l'auteur du viol de reconnaître l'enfant en cas d'opposition de la mère, quand bien même sa paternité biologique à l'égard de l'enfant serait confirmée.

Aux termes de l'article 329bis, § 2, alinéa 4, du Code civil, le tribunal saisi d'une demande d'autorisation de reconnaissance doit rejeter celle-ci si le candidat à la reconnaissance a été reconnu coupable du chef de viol commis sur la personne de la mère pendant la période légale de conception, au sens de l'article 375 du Code pénal.

Il faut, mais il suffit donc, qu'une juridiction pénale ait reconnu le candidat à la reconnaissance coupable de viol, même si elle n'a condamné celui-ci à aucune peine (simple déclaration de culpabilité ou suspension du prononcé de la peine).

¹ Civ. Namur, 30 janvier 2014, inédit, R.G. n° 22338/08.

Le tribunal ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation et ne doit notamment pas chercher à déterminer si l'enfant est issu du viol pour lequel le candidat à la reconnaissance a fait l'objet d'une déclaration de culpabilité ou s'il est éventuellement issu d'une autre relation, cette fois consentie, entre cet homme et la mère durant la période légale de conception.

1.140. Dans l'hypothèse où l'action publique est intentée au moment où le candidat à la reconnaissance agit en vue d'obtenir l'autorisation de souscrire celle-ci mais qu'elle n'a pas encore donné lieu à une décision coulée en force de chose jugée, le tribunal doit surseoir à statuer.

Pour considérer que l'action publique est intentée, il est nécessaire qu'un juge d'instruction soit saisi des faits ou, à défaut, que le juge du fond soit lui-même saisi par une citation du parquet ou une citation directe émanant d'une partie civile.

Néanmoins, on imagine mal que le tribunal saisi de la demande d'autorisation de reconnaissance statue effectivement sur celle-ci alors même qu'il serait informé de l'existence d'une information pénale à propos d'un fait de viol éventuel dont la mère aurait été la victime et le demandeur l'auteur, quand bien même l'action publique intentée ne serait pas encore formellement intentée.

1.141. L'article 329*bis*, § 2, alinéa 4, du Code civil précise en outre que le délai d'un an en deçà duquel le tribunal ne peut en principe pas tenir compte de l'intérêt de l'enfant pour rejeter la demande du candidat à la reconnaissance est suspendu. On sait toutefois que cette distinction fondée sur l'âge de l'enfant a été jugée discriminatoire par la Cour constitutionnelle¹ et que le juge pourra donc prendre en considération l'intérêt de l'enfant quel que soit l'âge de celui-ci au moment de l'introduction de la demande. Il en résulte que si le candidat à la reconnaissance a introduit l'action alors que l'enfant avait moins d'un an, qu'il a été poursuivi mais acquitté définitivement du chef d'une prévention de viol commis sur la mère de l'enfant, le juge civil pourra néanmoins prendre en considération le dossier pénal s'il révèle des violences sexuelles non constitutives de viol ou des violences physiques commises par le demandeur à l'égard de la mère, pour refuser une demande de reconnaissance qui lui apparaîtrait, sur la base de ces éléments, contraire à l'intérêt de l'enfant.

1.142. L'utilité réelle du dispositif législatif mis en place reste à démontrer : on rencontre peu d'auteurs de viol désireux de reconnaître l'enfant issu de celui-ci et, dans une telle hypothèse, la possibilité laissée au tribunal de rejeter la demande si celle-ci contrevient à l'intérêt de l'enfant, possibilité qui existe désormais quel que soit l'âge de l'enfant au moment de l'introduction de la demande, suffisait selon nous pour écarter ce type de demande.

¹ Voir *supra*, n° 1.133.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

1.143. Si elle présente peu d'utilité pratique, cette disposition soulève par contre de nombreuses questions au regard des principes d'égalité, de non-discrimination, voire de droit à la vie familiale.

Les premiers commentateurs de la loi du 1^{er} juillet 2006 ont d'emblée pointé la discrimination induite par cette disposition entre la filiation paternelle dans le mariage et la filiation paternelle hors mariage. En effet, le père violeur verra, s'il est marié avec la mère, sa paternité établie par l'effet de la présomption légale de paternité du mari, sans contrôle préventif du juge ni possibilité pour celui-ci de mettre à néant les effets de la présomption légale de paternité en se fondant sur la condamnation pénale du mari du chef de viol ou sur la base de considérations plus générales tenant à l'intérêt de l'enfant. Inversement, le concubin ou le cohabitant légal de la mère qui aurait violé celle-ci se verra radicalement interdire toute possibilité d'établir un lien de filiation avec l'enfant malgré une paternité biologique dûment établie¹.

On peut sans doute y ajouter la discrimination opérée entre la filiation paternelle et la filiation maternelle, la mère qui aurait violé le père de son enfant voyant néanmoins sa filiation établie à l'égard de l'enfant par le simple fait de sa naissance et la mention de son identité dans l'acte de naissance, sans qu'une condamnation pénale du chef de viol sur le père de l'enfant ne puisse remettre l'établissement de cette filiation en cause.

2.6.8. Publicité – Exécution

1.144. Le candidat à la reconnaissance qui a triomphé dans le cadre de son action en autorisation de reconnaissance doit obligatoirement faire signifier le jugement prononcé aux autres parties à la cause puisque l'exécution provisoire du jugement prononcé en première instance est prohibée.

1.145. Une fois muni d'une décision coulée en force de chose jugée, le candidat à la reconnaissance pourra alors se rendre devant l'officier de l'état civil de son choix ou devant un notaire.

1.146. Si le père est marié avec une autre femme que la mère de l'enfant, la reconnaissance doit être portée à la connaissance de son épouse (ou de son époux) suivant les formes prévues par l'article 319*bis* du Code civil.

¹ Voir N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance – Filiation, Autorité parentale, Hébergement (Nouvelles lois, nouvelles jurisprudences)*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 94.

2.7. L'action en contestation ou en annulation de reconnaissance paternelle**2.7.1. Titulaires**

1.147. L'article 330, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code civil réserve l'action en contestation de la reconnaissance paternelle à la mère de l'enfant, à l'enfant lui-même, à l'auteur de la reconnaissance, à l'homme qui revendique la paternité biologique et à la femme qui revendique la comaternité de l'enfant.

1.148. Toutefois, si la reconnaissance n'a été possible qu'à l'issue d'une action en autorisation de reconnaissance conformément à l'article 329*bis* du Code civil, ladite reconnaissance ne pourra plus être contestée par ceux qui ont été parties à la décision qui l'a autorisée. Concrètement, en cas d'instance préalable fondée sur l'article 329*bis* du Code civil, seuls le père biologique de l'enfant et la femme qui revendique la comaternité de l'enfant conservent la possibilité de contester ultérieurement cette reconnaissance.

1.149. Le caractère réservé de l'action en contestation de reconnaissance a été instauré par la loi du 1^{er} juillet 2006 puisqu'antérieurement, l'article 330, § 1^{er}, du Code civil permettait à tout intéressé d'agir en contestation de reconnaissance. On relèvera toutefois que le ministère public conserve, en tant que garant de l'ordre public¹, la possibilité d'agir en contestation d'une reconnaissance en cas de fraude ou lorsque l'ordre public requiert son intervention², conformément à l'article 138*bis*, § 1^{er}, du Code judiciaire. Le concept d'« ordre public » s'apparente ici au concept d'intérêt général, compris dans son sens fonctionnel³. Insi, il « incombe fonctionnellement au ministère public de faire respecter les règles qui fondent les ordres politique, moral et social de l'État »⁴.

1.150. Dans l'hypothèse particulière où la reconnaissance concerne un enfant mineur non émancipé dont la mère est décédée, présumée absente, dans l'impossibilité ou incapable d'exprimer sa volonté, l'action en annulation de reconnaissance peut être introduite par l'enfant lui-même s'il a douze ans accomplis ou par son représentant légal⁵.

¹ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 613 ; J. MARY, note sous Civ. Liège (3^e ch.), 7 mars 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 79.

² Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 613. L'auteur illustre une « reconnaissance manifestement mensongère » par l'exemple d'une reconnaissance par un auteur qui présente une faible différence d'âge par rapport à l'enfant (citant Civ. Anvers, 17 avril 1989, *Pas.*, 1989, III, p. 104). Voir aussi Civ. Liège (3^e ch.), 7 mars 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 79, note J. MARY (reconnaissance de paternité visant à frauder les dispositions relatives au séjour).

³ Discours prononcé par M. J. DU JARDIN, « Le ministère public dans ses fonctions non pénales », *J.T.*, 2004, pp. 725 à 740, spéc. pp. 726 et 727.

⁴ *Ibid.*, p. 730.

⁵ Art. 329*bis*, § 3, al. 3, C. civ.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

2.7.2. *Parties à la cause*

1.151. L'article 332*bis* du Code civil impose de mettre à la cause l'enfant ou ses descendants, la mère de l'enfant et l'auteur de la reconnaissance.

1.152. Dans l'hypothèse où l'ensemble des personnes visées par l'article 332*bis* du Code civil sont décédées avant l'introduction de l'action, le demandeur sera seul à la cause et la procédure revêtra un caractère unilatéral¹.

2.7.3. *Modes d'introduction de l'action*

1.153. L'action en contestation de reconnaissance doit être introduite par voie de citation ou par voie de requête conjointe au sens de l'article 706 du Code judiciaire.

1.154. Dans l'hypothèse où toutes les personnes visées par l'article 332*bis* du Code civil sont décédées préalablement à l'introduction de l'action, l'article 332*quater* du Code civil autorise le demandeur à agir par voie de requête unilatérale conformément aux articles 1025 et suivants du Code judiciaire, en excluant toutefois logiquement l'application de l'article 1029, alinéa 2 (caractère exécutoire par provision de l'ordonnance unilatérale, qui ne se conçoit pas en matière de filiation) et de l'article 1032 (possibilité de rétractation de l'ordonnance en cas de changement de circonstances, ce qui suppose une autorité de chose jugée atténuée qui ne se conçoit pas davantage en matière d'état des personnes).

2.7.4. *Délais*2.7.4.1. *Action en contestation de reconnaissance (art. 330 C. civ.)*

1.155. La loi du 1^{er} juillet 2006 a harmonisé les délais auxquels est soumise l'action en contestation de reconnaissance avec ceux qui s'appliquent dans le cadre de l'action en contestation de la présomption légale de paternité du mari, alors que précédemment, cette action était soumise au délai trentenaire.

1.156. Concrètement, les délais dans lesquels chacun des titulaires de l'action en contestation de reconnaissance doit introduire la procédure sont les suivants :

- en ce qui concerne **l'auteur de la reconnaissance** : un an à dater de la découverte du fait qu'il n'est pas le père biologique de l'enfant. La Cour constitutionnelle a jugé à cet égard, dans un arrêt n° 139/214 du 25 septembre 2014, que « *l'article 330, § 1^{er}, alinéa 4, du Code civil ne viole pas les articles 10, 11 et 22 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'il dispose que l'action*

¹ Art. 332*quater* C. civ.

de celui qui a reconnu l'enfant doit être intentée dans l'année qui suit la découverte du fait qu'il n'est pas le père de l'enfant » ;

- en ce qui concerne **la mère** : un an à dater de la découverte du fait que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père biologique de l'enfant ;
- en ce qui concerne **l'enfant** : entre ses douze et ses vingt-deux ans ou, si la découverte du fait que l'homme qui l'a reconnu n'est pas son père biologique intervient après l'expiration de ce délai décennal, dans un délai d'un an à dater de cette découverte¹ ;
- en ce qui concerne **l'homme qui revendique la paternité** biologique de l'enfant : un an à dater de la découverte du fait qu'il est le père biologique. La Cour constitutionnelle a validé la durée de ce délai dans un arrêt n° 139/2013 du 17 octobre 2013, confirmé par un arrêt n° 165/2013 du 5 décembre 2013. Elle a par contre estimé que le point de départ de ce délai (à savoir la découverte de la paternité) n'était pas conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution. Par un premier arrêt n° 54/2011 du 6 avril 2011, la Cour a corrigé une lacune technique de l'article 330, § 1^{er}, du Code civil en ce que, dans l'hypothèse d'une reconnaissance mensongère souscrite avec la complicité de la mère plus d'un an après la découverte du fait qu'un autre homme est en réalité le père biologique de l'enfant, celui-ci se trouve dans l'impossibilité de contester cette reconnaissance puisque son action se trouve prescrite avant même d'être née. La Cour constitutionnelle a donc logiquement considéré que l'article 330, § 1^{er}, alinéa 4, du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que le délai de forclusion impartie par cette disposition à la personne qui revendique la filiation peut débiter avant la reconnaissance contestée. Par un second arrêt n° 165/2013 du 5 décembre 2013, elle a poursuivi son raisonnement et a estimé que l'article 330, § 1^{er}, alinéa 4, du Code civil « *viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que le délai de forclusion impartie par cette disposition à celui qui revendique la filiation peut commencer à courir avant qu'il ait pu savoir que la reconnaissance contestée a eu lieu* ». Il faut en tirer pour conséquence que le délai d'un an ne pourra pas prendre cours avant la découverte de la reconnaissance contestée par le véritable père biologique de l'enfant ;
- en ce qui concerne **la femme qui revendique la comaternité** : un an à dater de la découverte du fait qu'elle a consenti à la conception, conformément à l'article 7 de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, et que la conception peut en être la conséquence.

1.157. En dehors du délai décennal ordinaire dont dispose l'enfant dont le *dies a quo* et le *dies ad quem* sont fixes, l'ensemble de ces délais sont donc soumis à un régime de déclenchement différé qui les rend fluctuants et peut, en réalité, conduire

¹ Sous réserve des arrêts n°s 96/2011 et 18/2016 et prononcés par la Cour constitutionnelle à propos de l'action en contestation de la présomption de paternité du mari. Voir *supra*, n° 1.50.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

à des procédures très tardives malgré l'apparente volonté du législateur d'enserrer celles-ci dans des délais raccourcis.

1.158. Qu'entend-on exactement par la *découverte du fait* que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père de l'enfant ou que l'homme qui conteste celle-ci est en réalité le père biologique de l'enfant ?

Au regard de l'évolution du texte de la proposition de loi à l'origine de la loi du 1^{er} juillet 2006¹, il semble bien que le législateur ait estimé que l'existence d'un questionnement ou d'un doute, même sérieux, en ce qui concerne la paternité biologique de l'enfant ne suffit pas à enclencher le délai de prescription².

Inversement, la découverte de tout fait constituant la preuve scientifique irréfutable de la non-paternité de l'auteur de la reconnaissance répond au prescrit légal, tel un diagnostic de stérilité, un examen médical faisant apparaître une incompatibilité entre les groupes sanguins ou entre les profils ADN de l'enfant et de l'homme qui l'a reconnu, un test ADN pratiqué dans des conditions fiables en dehors de la procédure, ... Dans de telles hypothèses, si l'action est introduite dans l'année de la découverte de ce fait et sous réserve des fins de non-recevoir tirées de la possession d'état ou du consentement donné à la reconnaissance par celui qui viendrait ensuite la contester, l'action sera déclarée recevable si aucune des parties défenderesses n'apporte la preuve d'une prise de connaissance préalable de la vérité biologique.

La jurisprudence semble clairement s'orienter dans cette voie³.

Qu'en est-il, par contre, en l'absence d'une telle preuve scientifique mais en présence d'une remise en cause formelle de la paternité de l'auteur de la reconnaissance à une date bien déterminée, telle par exemple l'envoi d'un courrier recommandé par la mère de l'enfant à l'auteur de la reconnaissance lui affirmant qu'il n'est pas le père biologique de l'enfant, sans pour autant en fournir la preuve scientifique ? Une telle lettre ne constitue pas, en soi, une preuve de non-paternité. Elle peut en effet se fonder sur une conviction erronée dans le chef de la mère, voire

¹ Le texte initial de la proposition visait le *moment auquel le demandeur a eu des doutes légitimes quant à sa paternité* alors que la rédaction finale de l'article 330 du Code civil vise un *fait* et est rédigé à l'indicatif et non au conditionnel : *la découverte du fait que la personne qui a reconnu l'enfant n'est pas le père*.

² Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 590, n° 616 ; N. MASSAGER, « Le point sur l'établissement et la contestation de la filiation paternelle », in *Actualité en droit familial*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 62 ; J. SOSSON, *Le nouveau droit de la filiation*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 131, *in fine*.

³ Voir Civ. Bruxelles, 23 décembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 144 ; Mons, 21 mai 2012, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 137 ; Civ. Arlon, 6 décembre 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 75 et note M. DEMARET. Ces décisions concernent le déclenchement différé de l'action en contestation de paternité du mari mais peuvent être transposées *mutatis mutandis* à l'action en contestation de reconnaissance, eu égard à l'identité des termes utilisés dans les articles 330, § 1^{er}, alinéa 4 et 318, § 2, alinéa 2, du Code civil.

être guidée par une volonté de nuire ou de décourager un père, devenu indésirable après la séparation, de continuer à entretenir des relations suivies avec l'enfant. Il faut donc en déduire qu'une telle « révélation » ne suffit pas, en elle-même, pour enclencher l'écoulement du délai annal. En présence d'une telle notification formelle de la non-paternité de l'auteur de la reconnaissance, le praticien prudent veillera néanmoins, s'il est consulté en temps utile, à introduire l'action dans l'année qui suit celle-ci.

1.159. Enfin, on relèvera qu'il résulte de l'article 331bis du Code civil que l'action ne peut être introduite avant la naissance de l'enfant, quand bien même celui-ci aurait fait l'objet d'une reconnaissance prénatale. L'article 328bis du Code civil, lequel permet au père biologique de contester la présomption de paternité du mari avant la naissance par dérogation à l'article 331bis du même Code, ne prévoit en effet pas la même possibilité concernant une reconnaissance prénatale mensongère, sans que l'on en aperçoive les raisons¹.

2.7.4.2. Action en annulation de reconnaissance (art. 329bis, § 3, C. civ.)

1.160. Il faut enfin signaler l'hypothèse particulière de la reconnaissance souscrite à l'égard d'un enfant mineur non émancipé dont la mère est décédée, présumée absente, dans l'impossibilité ou incapable d'exprimer sa volonté.

Dans ce cas, l'enfant âgé de plus de douze ans ou son représentant légal qui n'auraient pas préalablement consenti à la reconnaissance peuvent solliciter l'annulation de la reconnaissance dans un délai de six mois à dater du moment où elle lui aura été notifiée ou signifiée². Cela ne porte évidemment pas préjudice au droit de l'enfant d'agir en contestation de la reconnaissance non conforme à la vérité biologique suivant les délais fixés par l'article 330 du Code civil.

2.7.5. Conditions de recevabilité

2.7.5.1. Existence d'une procédure préalable en autorisation de reconnaissance ou en annulation de reconnaissance

1.161. L'article 330, § 1^{er}, alinéa 3, du Code civil interdit à ceux qui ont été parties à une procédure préalable en autorisation de reconnaissance qui, par hypothèse, aurait été accueillie, ou en annulation de la reconnaissance souscrite à l'égard d'un enfant mineur non émancipé dont la mère est décédée, présumée absente, dans

¹ Nathalie MASSAGER s'interroge d'ailleurs sur la constitutionnalité de l'article 328bis du Code civil en ce qu'il exclut la possibilité pour le père biologique de contester avant la naissance une paternité établie par la voie d'une reconnaissance prénatale (N. MASSAGER, « La filiation », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 333).

² Art. 329bis, § 3, al. 3, C. civ.

VIIIter:1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

l'impossibilité ou incapable d'exprimer sa volonté, et qui aurait été, par hypothèse, déclarée non fondée, d'introduire ensuite une action en contestation de reconnaissance.

Si l'un d'eux venait malgré tout à le faire, sa demande serait déclarée irrecevable par le tribunal.

En cette hypothèse, seul celui qui se prétend être le véritable père biologique ou celle qui revendique la comaternité de l'enfant disposera encore de la possibilité d'agir en contestation de la reconnaissance que le tribunal a préalablement autorisée ou a préalablement refusé d'annuler au terme d'un débat relatif à l'intérêt de l'enfant et sans, par hypothèse, que la paternité biologique de l'auteur ou du candidat à la reconnaissance n'ait été vérifiée scientifiquement.

2.7.5.2. *Possession d'état*

1.162. L'article 330 du Code civil érige en fin de non-recevoir à l'action en contestation de reconnaissance la possession d'état de l'enfant à l'égard de l'auteur de la reconnaissance et ce, quelle que soit la personne qui entend contester cette reconnaissance.

1.163. Cette solution, simple et radicale, supposée compenser notamment la possibilité d'un déclenchement (longuement) différé de l'action en contestation de reconnaissance, a été remise en cause par la Cour constitutionnelle qui, dans le prolongement de son arrêt du 3 février 2011 prononcé en matière de contestation de la présomption de paternité du mari de la mère¹, a considéré, par un arrêt n° 29/2013 du 7 mars 2013², confirmé par un arrêt subséquent n° 96/2013 du 9 juillet 2013³, que « [l']article 330, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, du Code civil viole l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que l'action en contestation de la reconnaissance paternelle intentée par l'homme qui revendique la paternité de l'enfant est irrecevable si l'enfant a la possession d'état à l'égard de l'auteur de la reconnaissance ». Par un

¹ Voir *supra*, n° 1.55.

² C.C., 7 mars 2013, n° 29/2013. Voir à propos de cet arrêt : J. SOSSON, « Cour constitutionnelle, filiation et intérêt de l'enfant. C'est quand qu'on va où ? », in Y.-H. LELEU et D. PIRE (dir.), *Actualités de droit des personnes et des familles*, coll. CUP, vol. 141, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 115 et s. ; IDEM, « Actions en contestation de paternité : la Cour constitutionnelle ne souffle-t-elle pas le chaud et le froid ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 547 et s. ; G. VERSCHULDEN, « De hervorming van het afstammingsrecht door het Grondwettelijk Hof », in P. SENAËVE, Fr. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (éd.), *Ouders en kinderen*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 57 et s.

³ C.C., 9 juillet 2013, n° 96/2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 1043. Voir à propos de cet arrêt : G. MATHIEU, « Filiation et Cour constitutionnelle. Cohérence : 'Rapport étroit d'idées qui s'accordent entre elles' (Le Grand Robert) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 1045 ; G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Les fins de non-recevoir en matière de filiation : entre verrous absolus et verrous relatifs. Étude des trois derniers arrêts de la Cour constitutionnelle – n° 46/2013, n° 96/2013 et n° 105/2013 », *J.T.*, 2013, pp. 673 et s.

arrêt n° 127/2014 du 19 septembre 2014, confirmé par un arrêt n° 139/2014 du 25 septembre 2014 et par un arrêt n° 35/2015 du 12 mars 2015, la Cour a adopté le même raisonnement à propos de l'action intentée par l'auteur de la reconnaissance : *« l'article 330, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, du Code civil viole l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que l'action en contestation de la reconnaissance paternelle introduite par l'homme qui a reconnu l'enfant n'est pas recevable si l'enfant a la possession d'état à l'égard de celui qui l'a reconnu et qui, au moment de la reconnaissance, ignorait qu'il n'était pas le père biologique. »* Enfin, par un arrêt n° 168/2015 du 26 novembre 2015, la Cour constitutionnelle a raisonné de la même manière à propos de l'action intentée cette fois par l'enfant : *« [l']article 330, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, du Code civil viole l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que l'action en contestation de la reconnaissance paternelle intentée par l'enfant n'est pas recevable si l'enfant a la possession d'état à l'égard de la personne qui l'a reconnu. »*

2.7.5.3. *Consentement préalable non vicié à la reconnaissance*

1.164. L'article 330, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil impose à l'auteur de la reconnaissance et à tous ceux qui ont donné leur consentement à celle-ci, de démontrer dans leur chef un vice de consentement pour être autorisé à contester ultérieurement la reconnaissance.

1.165. Par un arrêt n° 139/2014 du 25 septembre 2014, confirmé par un arrêt n° 38/2015 du 19 mars 2015, la Cour constitutionnelle a considéré que l'article 330, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil ne violait pas les articles 10, 11 et 22 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'il dispose que l'auteur de la reconnaissance n'est recevable à contester la reconnaissance que s'il prouve que son consentement a été vicié. La Cour a également considéré que cette même disposition ne violait pas les articles 10, 11 et 22 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'il dispose que l'action en contestation de la reconnaissance paternelle introduite par la mère n'est recevable que si elle prouve que son consentement a été vicié¹.

1.166. Les vices du consentement sont ceux organisés par le droit commun, soit l'erreur, la violence ou le dol². La lésion ne se conçoit évidemment pas en la matière.

¹ C.C., 24 septembre 2015, n° 126/2015.

² Art. 1109 C. civ.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

On assimile à l'hypothèse du vice de consentement l'absence de tout consentement valable¹.

La jurisprudence se montre relativement sévère dans l'appréciation de l'existence d'un vice de consentement². Elle considère notamment qu'il ne suffit pas que le consentement ait été mensonger pour qu'il soit entaché de vice. Ainsi, la plupart des tribunaux n'admettent pas que la volonté de régulariser le séjour d'un membre de la famille soit considérée comme un vice du consentement³.

En ce qui concerne plus particulièrement l'erreur, la jurisprudence rappelle que celle-ci doit concerner la substance même de la reconnaissance, c'est-à-dire l'existence d'un lien biologique entre l'auteur de la reconnaissance et l'enfant et que l'erreur sur les mobiles ayant amené la mère à autoriser la reconnaissance est sans incidence⁴, notamment lorsque la mère a accepté en connaissance de cause une reconnaissance souscrite par un homme qui n'est pas le père biologique⁵.

Le fait que l'auteur de la reconnaissance ait, le cas échéant, trompé la mère à propos de sa situation familiale, de l'existence d'enfants retenus d'une précédente union, de ses éventuels antécédents judiciaires, de sa volonté réelle de s'impliquer dans l'éducation de l'enfant, ... ne suffit donc pas à établir un vice de consentement dans le chef de la mère. Son action en contestation de la reconnaissance sera donc irrecevable si elle échoue à établir une erreur substantielle portant sur la filiation biologique de l'auteur de la reconnaissance.

¹ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 615, n° 657 et références citées ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance – Filiation, Autorité parentale, Hébergement (Nouvelles lois, nouvelles jurisprudences)*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 100.

² N. MASSAGER, « La filiation », in A.-Ch. VAN GYSEL (dir.), *Précis de droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 444.

³ Voir par exemple Bruxelles, 29 septembre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 814 ; Civ. Bruxelles, 25 février 1998, *J.T.*, 1999, p. 216. Cette jurisprudence a cependant reçu une importante exception dans deux jugements du Tribunal de première instance de Gand, rendus respectivement les 25 octobre 2001 (*T. Vreemd.*, 2003, liv. 3, p. 219, note S. D'HONDT) et 31 janvier 2002 (*T. Vreemd.*, 2003, liv. 3, p. 220, note S. D'HONDT ; *R.G.D.C.*, 2003, liv. 2, p. 90, note G. VERSCHULDEN). Le tribunal décide que s'il est prouvé que la reconnaissance avait pour seul but de régulariser la résidence de la mère en Belgique, celui qui a reconnu peut se baser sur ce fait pour poursuivre l'annulation de la reconnaissance. Ces décisions ont été critiquées par les commentateurs.

⁴ Bruxelles, 23 septembre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 814.

⁵ Voir toutefois un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 22 avril 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 120. Dans cette espèce, bien que la mère, demanderesse en annulation de reconnaissance, ait admis qu'elle savait que celle-ci ne correspondait pas à la réalité biologique et qu'elle invoque tout au plus « une décision immature prise à l'époque par les deux parties », la Cour déclare l'action recevable au nom de « l'intérêt supérieur de l'enfant de connaître la vérité sur sa filiation ». L'auteur de la reconnaissance exposait, quant à lui, qu'il pensait bien être le père biologique au moment de la reconnaissance mais que, si tel ne devait finalement pas être le cas, il n'exclut pas d'intenter lui-même une action en contestation de sa reconnaissance en faisant état d'un vice de consentement. La décision prise par la Cour, saisie de la seule demande de la mère, demeure néanmoins étonnante, l'intérêt supérieur de l'enfant n'intervenant normalement pas au stade de l'examen d'un éventuel vice de consentement, qui semblait bien absent en l'espèce.

De la même manière, la promesse de mariage non suivie d'effet, formulée par la mère de l'enfant en vue de convaincre un homme de reconnaître celui-ci, ne permettra pas à ce dernier de faire valoir l'existence d'une erreur ou d'un dol¹.

En pratique, la situation la plus fréquente est celle où une mère a fait croire à un homme qu'il était bien le père de l'enfant, alors qu'il n'en était rien².

2.7.5.4. Opposition de l'enfant majeur ou mineur émancipé à la demande introduite par le père biologique

1.167. Dans l'hypothèse où l'action a été introduite par l'homme qui se prétend être le véritable père biologique de l'enfant et que ce dernier est, au moment de l'introduction de l'action, majeur ou mineur émancipé, il pourra opposer une fin de non-recevoir à la demande. Celle-ci sera dès lors jugée irrecevable quels que soient les motifs de ce refus³, ce qui est la sanction habituelle en cas d'opposition de l'enfant majeur ou mineur émancipé à l'établissement de sa filiation paternelle par voie de reconnaissance ou d'action en recherche de paternité⁴.

1.168. Il faut toutefois noter que l'article 330, § 3, *in fine*, du Code civil semble indiquer qu'à défaut de respecter les conditions de l'article 332quinquies du Code civil, et donc notamment l'absence d'opposition de l'enfant majeur ou mineur émancipé, la demande doit être rejetée, ce qui semble davantage viser le fondement de celle-ci que sa recevabilité.

2.7.6. Conditions de fond

2.7.6.1. Action en contestation de reconnaissance (art. 330 C. civ.)

1.169. Aux termes de l'article 330, § 2, du Code civil, la reconnaissance sera mise à néant s'il est prouvé par toutes voies de droit que son auteur n'est pas le père de l'enfant.

À ce stade, c'est donc la seule vérité biologique qui prévaut.

¹ Civ. Bruxelles, 25 février 1998, *J.T.*, 1999, p. 216.

² Pour une application, voir Liège, 19 octobre 2010 et 9 mai 2012, *Act. dr. fam.*, 2013, pp. 81 et s., note G. MATHIEU. Voir aussi le cas d'espèce peu banal ayant donné lieu à la décision de la Cour d'appel de Bruxelles du 15 septembre 2005 (*Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 165). Après avoir consenti à la reconnaissance d'un enfant né à la suite d'une procédure d'insémination artificielle avec donneur anonyme, le père conteste sa reconnaissance au motif que l'enfant ne serait pas le résultat de l'insémination mais bien d'une « relation accidentelle d'un soir » de la mère avec un autre homme, ce que celle-ci s'était bien gardé de lui avouer... Voir à propos de cette décision, N. MASSAGER, « La filiation », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 329.

³ Art. 330, § 3, C. civ. renvoyant à l'art. 332quinquies, § 1^{er}, C. civ.

⁴ Art. 329bis, § 1^{er} et 332quinquies, § 1^{er}, C. civ.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

Cela signifie notamment que la démonstration préalable de l'existence d'un vice de consentement dans le chef de la partie demanderesse, nécessaire le cas échéant pour établir la recevabilité de la demande, sera insuffisante pour en démontrer le fondement¹. L'intérêt de l'enfant est quant à lui totalement absent du débat.

Ainsi, une mère qui parviendrait à démontrer qu'elle a donné son consentement à la reconnaissance de son enfant par le père biologique de celui-ci sous la contrainte, échouera à obtenir la mise à néant de cette reconnaissance dès l'instant où la paternité biologique de son auteur se trouve confirmée.

Le tribunal ne pourra donc pas tenir compte des faits de violence commis par le père, même si ceux-ci sont avérés et particulièrement graves, ce qui différencie nettement l'action en contestation de reconnaissance de l'action en autorisation de reconnaissance fondée sur l'article 329bis, § 2, du Code civil dans le cadre de laquelle le juge peut, au nom de l'intérêt de l'enfant, refuser au père biologique de reconnaître celui-ci.

1.170. L'article 330, § 3, du Code civil renvoie en outre aux conditions de l'article 332quinquies du même Code. Il en résulte que la mère et l'enfant âgé de plus de douze ans qui n'est pas privé de discernement, peuvent s'opposer à la demande si celle-ci est contraire à l'intérêt de l'enfant. En outre, si le demandeur fait l'objet d'une condamnation pour un fait de viol commis sur la mère durant la période légale de conception, la demande sera rejetée, le tribunal devant surseoir à statuer si une décision coulée en force de chose jugée n'est pas encore intervenue suite à l'intentement de l'action publique.

1.171. La disposition légale exclut en principe la prise en considération de l'intérêt de l'enfant si celui-ci est âgé de moins d'un an au moment de l'introduction de la demande, mais cette distinction a toutefois été jugée discriminatoire par la Cour constitutionnelle dans un arrêt du 3 mai 2012, n° 61/2012. La haute juridiction a en effet considéré que « [l']article 332quinquies, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne permet pas au juge saisi d'une demande introduite sur la base de l'article 318, § 5, du Code civil, avant le premier anniversaire d'un enfant, par un homme qui prétend être le père biologique de ce dernier, d'exercer un contrôle portant sur l'intérêt de l'enfant à voir cette filiation établie ».

2.7.6.2. Action en annulation de reconnaissance (art. 329bis, § 3, C. civ.)

1.172. Dans l'hypothèse particulière de l'action en annulation de reconnaissance organisée par l'article 329bis, § 3, du Code civil, l'annulation de la reconnaissance

¹ Cass., 7 mai 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1153.

pourra être prononcée si le tribunal constate que son auteur n'est pas le père biologique de l'enfant mais également si le tribunal juge cette reconnaissance contraire à l'intérêt de l'enfant.

1.173. La circonstance que l'enfant est âgé de moins d'un an au moment de l'introduction de l'action exclut, en principe, un contrôle de son intérêt. Toutefois, on rappellera que cette distinction a été jugée discriminatoire par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 16 décembre 2010¹. Si celui-ci concerne l'article 329bis, § 2, du Code civil (action en autorisation de reconnaissance), on voit mal la Cour adopter une position différente lorsqu'il s'agira de juger la constitutionnalité de l'article 329bis, § 3 (action en annulation de reconnaissance).

2.7.7. Publicité – Exécution

Nous renvoyons le lecteur aux numéros 1.18 et suivants.

3. La filiation à l'égard de la coparente

3.1. Hypothèses visées par la loi

1.174. L'établissement de la comaternité par reconnaissance est subsidiaire à l'établissement de la filiation par présomption de comaternité.

L'article 325/4, alinéa 1^{er}, du Code civil dispose à cet égard que la coparente ne peut reconnaître l'enfant que si la comaternité n'est pas déjà établie en vertu de l'article 325/2 du même Code.

1.175. Notez que l'article 30, alinéa 2, de la loi du 5 mai 2014 prévoit que « *sans préjudice de l'alinéa 1^{er}, les articles 325/4 à 325/7 s'appliquent à partir de la date d'entrée en vigueur de la présente loi, aux enfants nés avant l'entrée en vigueur de la présente loi, pour autant qu'il n'y ait pas encore de lien de filiation, par voie d'adoption, entre la personne qui souhaite reconnaître l'enfant et ce dernier* »².

¹ Voir *supra*, n° 1.133.

² Sur les dispositions transitoires de la loi, voir : M. DEMARET et E. LANGENAKEN, « La loi portant établissement de la filiation de la coparente : bien dire et laisser faire... », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, pp. 492 et s.

3.2. Conditions de fond

3.2.1. Conditions dans le chef de l'auteur de la reconnaissance

3.2.1.1. Absence de contrôle d'un éventuel lien biologique

1.176. En vertu de l'alinéa 1^{er} de l'article 325/4 du Code civil, les conditions de la reconnaissance de comaternité sont les mêmes que celles posées pour la reconnaissance paternelle ou maternelle (art. 329bis C. civ.).

Dans ce contexte évidemment, la reconnaissance manifeste la volonté de son auteur d'assumer une comaternité qui ne correspondra nécessairement pas à la réalité biologique.

Dès lors, en cas de litige, le critère fondant la preuve de la comaternité sera la signature de la convention avec le centre de fertilité conformément à la loi du 6 juillet 2007. L'alinéa 2 de l'article 325/4 dispose à cet égard que « [p]ar dérogation à l'article 329bis, § 2, alinéa 3, la demande est rejetée s'il est établi que le demandeur [lire évidemment la demanderesse] n'a pas consenti à la conception conformément à la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, ou que la conception ne peut en être la conséquence ».

3.2.1.2. Capacité – Discernement

1.177. Acte éminemment personnel, la reconnaissance est autorisée aux mineurs, émancipés ou non, doués de discernement¹.

Elle est aussi autorisée aux personnes frappées d'incapacité, pour autant qu'elles soient dotées du discernement au moment de la reconnaissance et que le juge de paix n'ait pas expressément exclu cette possibilité en ordonnant une mesure de protection². La représentation légale ne se conçoit en effet pas dans un tel cas. Déclaré initialement incapable de reconnaître un enfant par le juge de paix, le candidat à la reconnaissance peut néanmoins solliciter auprès du magistrat cantonal une autorisation spéciale conformément à l'article 328, § 2, du Code civil. Le juge de paix appréciera à ce moment la capacité de la personne protégée d'exprimer sa volonté.

La représentation conventionnelle, par mandat authentique et spécial, est autorisée.

¹ Art. 328, § 1^{er}, C. civ.

² Art. 492/1, § 1^{er}, C. civ.

3.2.2. Conditions dans le chef de l'enfant**3.2.2.1. Absence de paternité ou de comaternité établie antérieurement**

1.178. L'article 329, alinéa 1^{er}, du Code civil pose comme principe qu'un enfant ne peut pas faire l'objet de plus de deux liens de filiation produisant effet.

L'établissement de la filiation de la coparente par voie de reconnaissance constituant un mode subsidiaire d'établissement de la comaternité, il suppose donc que celle-ci ne soit pas déjà établie vis-à-vis d'une autre femme par l'effet d'une présomption légale de comaternité et que la paternité ne soit pas non plus établie¹.

1.179. L'alinéa 2 de l'article 329 du Code civil précise en outre que lorsqu'un enfant est reconnu par plusieurs personnes du même sexe, seule la première reconnaissance produit effet, aussi longtemps qu'elle n'a pas été annulée. Cette disposition ne s'applique toutefois pas à la reconnaissance par la coparente d'un enfant qui a été reconnu par la mère.

1.180. Enfin, lorsqu'un enfant est reconnu par un père et une coparente, seule la première reconnaissance produit effet, aussi longtemps qu'elle n'a pas été annulée².

3.2.2.2. Enfant né ou déjà conçu

1.181. L'enfant faisant l'objet de la reconnaissance doit être né ou à tout le moins déjà conçu³.

Tout comme pour la reconnaissance paternelle, la reconnaissance de comaternité peut avoir lieu dès avant la naissance (en principe, cela suppose la remise à l'officier de l'état civil d'un certificat de grossesse). La reconnaissance ne sortira évidemment ses effets que si l'enfant naît vivant et viable.

3.2.2.3. La mère de l'enfant à naître ne peut être mariée

1.182. En raison du caractère subsidiaire de la reconnaissance, l'officier de l'état civil devra refuser d'acter celle-ci dans l'hypothèse où la mère de l'enfant à naître est mariée, que ce soit avec un homme ou avec une femme. Il en est ainsi même dans l'hypothèse où les conditions de désactivation de la présomption de paternité ou de comaternité définies par l'article 316bis du Code civil semblent réunies.

¹ Art. 319 C. civ.

² Art. 329 C. civ.

³ Art. 328 C. civ.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

3.2.2.4. *Enfant décédé*

1.183. La reconnaissance peut également être souscrite au profit d'un enfant décédé si ce dernier a laissé une postérité. À défaut de postérité, la reconnaissance ne peut intervenir que dans l'année de la naissance¹.

3.2.3. *Consentements requis*

Nous renvoyons à cet égard le lecteur aux numéros 1.98 et suivants concernant la reconnaissance paternelle.

3.3. *Formes*

Nous renvoyons à cet égard le lecteur aux numéros 1.110 et suivants concernant la reconnaissance paternelle.

3.4. *Délai*

Nous renvoyons le lecteur au numéro 1.125.

3.5. *Conditions supplémentaires dans l'hypothèse d'une filiation adultérine ou incestueuse***3.5.1. *Cas de la filiation adultérine***

1.184. La circonstance que l'auteur de la reconnaissance soit mariée, avec un homme ou une femme, ne constitue nullement un obstacle à cette reconnaissance.

Toutefois, l'article 325/6 du Code civil exige dans ce cas que la reconnaissance soit portée à la connaissance de l'époux ou l'épouse.

Dans l'hypothèse où l'acte de reconnaissance a été reçu par un officier de l'état civil ou par un notaire belge, une copie de l'acte est envoyée par courrier recommandé au conjoint.

Si l'acte de reconnaissance a été reçu à l'étranger, il doit être signifié au conjoint par un exploit d'huissier, à la requête de l'auteur de la reconnaissance, de l'enfant ou du représentant légal de celui-ci.

L'article 62, § 3, du Code civil précise que l'officier de l'état civil qui dresse un acte de reconnaissance doit en informer le conjoint du déclarant dans un délai de trois jours.

¹ Art. 328 C. civ.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

Aussi longtemps qu'une copie de l'acte de reconnaissance n'aura pas été communiquée au conjoint, la reconnaissance lui sera inopposable de même qu'aux enfants nés de son mariage avec l'auteur de la reconnaissance et aux enfants adoptés par les époux(es).

3.5.2. *Cas de la filiation incestueuse*

1.185. Aux termes de l'article 325/5 du Code civil, la reconnaissance est interdite lorsqu'elle ferait apparaître entre l'auteur de celle-ci et la mère de l'enfant un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser, c'est-à-dire un inceste « absolu », à moins que le mariage qui a fait naître cet empêchement ait été annulé ou dissous par décès ou divorce.

Nous renvoyons à cet égard le lecteur aux numéros 1.118 et suivants.

3.6. *L'action en autorisation de reconnaissance*

3.6.1. *Titulaire*

1.186. Dans l'hypothèse où la femme qui souhaite reconnaître un enfant n'obtient pas le ou les consentements requis, elle dispose de la faculté de solliciter une autorisation judiciaire de reconnaissance pour pallier cette absence de consentement (à l'exception notable de l'hypothèse où le refus émane de l'enfant majeur ou mineur émancipé).

Très logiquement, le seul titulaire de l'action en autorisation de reconnaissance est donc la femme dont le projet de reconnaissance se heurte à l'absence d'un ou de plusieurs des consentements requis par la loi.

3.6.2. *Parties à la cause*

1.187. La femme qui introduit une action en autorisation de reconnaissance devra mettre à la cause les personnes dont le consentement est requis, c'est-à-dire :

- la femme qui est enceinte de l'enfant si l'action est introduite avant la naissance ;
- si l'action est introduite alors que l'enfant est mineur non émancipé : la mère dont la filiation est établie à l'égard de l'enfant et l'enfant lui-même s'il a douze ans accomplis.

3.6.3. *Modes d'introduction de l'action*

Nous renvoyons le lecteur aux numéros 1.124 et suivants.

3.6.4. Délai

1.188. L'action peut être introduite avant même la naissance de l'enfant et n'est pas enfermée par la loi dans un délai particulier.

Cependant, dès l'instant où, en l'état actuel des textes, l'opposition de l'enfant majeur ne donne lieu à aucun recours judiciaire, l'action en autorisation de reconnaissance ne peut être utilement introduite (et menée à terme...) qu'aussi longtemps que l'enfant est mineur non émancipé.

3.6.5. Conciliation

1.189. L'article 329*bis*, § 2, alinéa 3, du Code civil prévoit que la procédure débute par une tentative de conciliation en chambre du conseil.

S'il parvient à concilier les parties, le tribunal reçoit les consentements nécessaires.

3.6.6. Conditions de recevabilité

1.190. Il n'existe pas de fin de non-recevoir propre à l'action en autorisation de reconnaissance.

1.191. Le juge devra toutefois déclarer l'action irrecevable si la reconnaissance est interdite, dans l'hypothèse où elle ferait apparaître un inceste absolu entre la mère et l'auteur de la reconnaissance¹ ou lorsque l'enfant a déjà une filiation établie par l'effet d'une présomption légale ou par l'effet d'une reconnaissance antérieure². Dans ce dernier cas, la candidate à la reconnaissance devra, selon les cas, agir en contestation de la paternité du mari et en établissement de sa comaternité (art. 318 C. civ.), agir en contestation de la présomption de la comaternité de l'épouse de la mère (art. 325/3 C. civ.) ou demander l'annulation de la reconnaissance de paternité (art. 330 C. civ.) ou de comaternité (art. 325/7 C. civ.) antérieure.

3.6.7. Conditions de fond

1.192. La mère ou éventuellement l'enfant mineur de plus de douze ans pourront opposer à la candidate à la reconnaissance les moyens de défense suivants : soit prouver que la demanderesse n'a pas signé la convention conformément à l'article 7 de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée ou que la conception ne peut en être la conséquence ; soit, si la demanderesse a bien signé la convention et que la conception en est la conséquence, soutenir que l'établissement d'un lien juridique de filiation entre la demanderesse et l'enfant serait contraire à

¹ Voir toutefois les développements consacrés à l'arrêt prononcé par la Cour constitutionnelle le 9 août 2012, *supra*, n° 1.121.

² Art. 325/1 et 325/4 C. civ.

l'intérêt de celui-ci (sur ce dernier point, voir les développements *supra*, n^{os} 1.136 et s.).

1.193. Même si le législateur n'a pas expressément exclu l'application de l'alinéa 4 du § 3 de l'article 329*bis* du Code civil (hypothèse du viol de la mère par le candidat à la reconnaissance durant la période légale de conception), il semble aller de soi que cette disposition ne concerne pas la candidate à la reconnaissance...

3.6.8. Publicité – Exécution

1.194. La candidate à la reconnaissance qui a triomphé dans le cadre de son action en autorisation de reconnaissance doit obligatoirement faire signifier le jugement prononcé aux autres parties à la cause puisque l'exécution provisoire du jugement prononcé en première instance est prohibée.

1.195. Une fois munie d'une décision coulée en force de chose jugée, la candidate à la reconnaissance pourra alors se rendre devant l'officier de l'état civil de son choix ou devant un notaire.

3.7. L'action en contestation ou en annulation de reconnaissance de comaternité

3.7.1. Titulaires

1.196. La reconnaissance ne peut être contestée par ceux qui ont été parties à la décision qui l'a autorisée conformément à l'article 329*bis* du Code civil ou à celle qui a refusé l'annulation demandée en vertu de cet article.

1.197. L'article 325/7 du Code civil réserve l'action en contestation de la reconnaissance de comaternité à la mère de l'enfant, à l'enfant lui-même, à l'auteur de la reconnaissance, à l'homme qui revendique la paternité et à la femme qui revendique la comaternité.

1.198. Toutefois, l'auteur de la reconnaissance et ceux qui ont donné les consentements préalables requis ou visés par l'article 329*bis* du Code civil ne sont recevables à contester la reconnaissance que s'ils prouvent que leur consentement a été vicié.

1.199. En outre, si la reconnaissance n'a été possible qu'à l'issue d'une action en autorisation de reconnaissance conformément à l'article 329*bis* du Code civil, ladite reconnaissance ne pourra plus être contestée par ceux qui ont été parties à la décision qui l'a autorisée. Concrètement, en cas d'instance préalable fondée sur l'article 329*bis* du Code civil, seuls le père biologique de l'enfant et la femme qui revendique la comaternité de l'enfant conservent dès lors la possibilité de contester ultérieurement cette reconnaissance.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

1.200. On relèvera toutefois que le ministère public conserve, en tant que garant de l'ordre public¹, la possibilité d'agir en contestation d'une reconnaissance en cas de fraude ou lorsque l'ordre public requiert son intervention², conformément à l'article 138bis, § 1^{er}, du Code judiciaire. Le concept d'« ordre public » s'apparente ici au concept d'intérêt général, compris dans son sens fonctionnel³. insi, il « *incombe fonctionnellement au ministère public de faire respecter les règles qui fondent les ordres politique, moral et social de l'État* »⁴.

1.201. Dans l'hypothèse particulière où la reconnaissance concerne un enfant mineur non émancipé dont la mère est décédée, présumée absente, dans l'impossibilité ou incapable d'exprimer sa volonté, l'action en annulation de reconnaissance peut être introduite par l'enfant lui-même s'il a douze ans accomplis ou par son représentant légal⁵.

3.7.2. Parties à la cause

1.202. L'article 332bis du Code civil impose de mettre à la cause l'enfant ou ses descendants, la mère de l'enfant et l'auteur de la reconnaissance.

1.203. Dans l'hypothèse où l'ensemble des personnes visées par l'article 332bis du Code civil sont décédées avant l'introduction de l'action, le demandeur sera seul à la cause et la procédure revêtira un caractère unilatéral⁶.

3.7.3. Modes d'introduction de l'action

Nous renvoyons le lecteur aux numéros 1.153 et suivants.

3.7.4. Délais

3.7.4.1. Action en contestation de reconnaissance (art. 325/7 C. civ.)

1.204. L'action de la mère et de la femme qui a reconnu l'enfant doit être intentée dans l'année de la découverte du fait que la conception de l'enfant ne peut pas être la conséquence de l'acte auquel la personne qui a reconnu l'enfant a

¹ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 613 ; J. MARY, note sous Civ. Liège (3^e ch.), 7 mars 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 79.

² Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 613. L'auteur illustre une « reconnaissance manifestement mensongère » par l'exemple d'une reconnaissance par un auteur qui présente une faible différence d'âge par rapport à l'enfant (citant Civ. Anvers, 17 avril 1989, *Pas.*, 1989, III, p. 104). Voir aussi Civ. Liège (3^e ch.), 7 mars 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 79, note J. MARY (reconnaissance de paternité visant à frauder les dispositions relatives au séjour).

³ Discours prononcé par M. J. DU JARDIN, « Le ministère public dans ses fonctions non pénales », *J.T.*, 2004, pp. 725 à 740, spéc. pp. 726 et 727.

⁴ *Ibid.*, p. 730.

⁵ Art. 329bis, § 3, al. 3, C. civ.

⁶ Art. 332quater C. civ.

consenti conformément à la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée (art. 325/7, § 1^{er}, al. 4).

1.205. L'action de la femme qui revendique la comaternité doit être intentée dans l'année de la découverte du fait qu'elle a consenti à la conception conformément à la loi du 6 juillet 2007 et que la conception peut être la conséquence de cet acte (art. 325/7, § 1^{er}, al. 5).

1.206. L'action de l'homme qui revendique la paternité de l'enfant doit être intentée dans l'année de la découverte du fait qu'il est le père de l'enfant (art. 325/7, § 1^{er}, al. 6).

1.207. L'action de l'enfant doit être intentée au plus tôt le jour où il a atteint l'âge de douze ans et au plus tard le jour où il a atteint l'âge de vingt-deux ans ou dans l'année de la découverte du fait que sa conception ne peut être la conséquence de l'acte auquel l'auteur de la reconnaissance a consenti conformément à la loi du 6 juillet 2007 (art. 325/7, § 1^{er}, al. 7).

1.208. Concernant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle à propos des délais en matière de filiation paternelle, nous renvoyons le lecteur aux numéros 1.156 et suivants.

1.209. On relèvera qu'il résulte de l'article 331*bis* du Code civil que l'action ne peut être introduite avant la naissance de l'enfant, quand bien même celui-ci aurait fait l'objet d'une reconnaissance prénatale.

3.7.4.2. Action en annulation de reconnaissance (art. 329*bis*, § 3, C. civ.)

1.210. Il faut enfin signaler l'hypothèse particulière de la reconnaissance souscrite à l'égard d'un enfant mineur non émancipé dont la mère est décédée, présumée absente, dans l'impossibilité ou incapable d'exprimer sa volonté.

Dans ce cas, l'enfant âgé de plus de douze ans ou son représentant légal qui n'auraient pas préalablement consenti à la reconnaissance peuvent solliciter l'annulation de la reconnaissance dans un délai de six mois à dater du moment où elle lui aura été notifiée ou signifiée¹. Cela ne porte évidemment pas préjudice au droit de l'enfant d'agir en contestation de la reconnaissance dans les conditions fixées par l'article 325/7 du Code civil.

¹ Art. 329*bis*, § 3, al. 3, C. civ.

3.7.5. Conditions de recevabilité**3.7.5.1. Existence d'une procédure préalable en autorisation de reconnaissance ou en annulation de reconnaissance**

1.211. L'article 325/7, § 1^{er}, alinéa 3, du Code civil interdit à ceux qui ont été parties à une procédure préalable en autorisation de reconnaissance qui, par hypothèse, aurait été accueillie, ou en annulation de la reconnaissance souscrite à l'égard d'un enfant mineur non émancipé dont la mère est décédée, présumée absente, dans l'impossibilité ou incapable d'exprimer sa volonté, et qui aurait été, par hypothèse, déclarée non fondée, d'introduire ensuite une action en contestation de reconnaissance.

Si l'un d'eux venait malgré tout à le faire, sa demande serait déclarée irrecevable par le tribunal.

3.7.5.2. Possession d'état

1.212. L'article 325/7, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code civil érige en fin de non-recevoir à l'action en contestation de reconnaissance de la possession d'état de l'enfant à l'égard de l'auteur de la reconnaissance et ce, quelle que soit la personne qui entend contester cette reconnaissance.

1.213. On rappellera que cette solution, simple et radicale, supposée compenser notamment la possibilité d'un déclenchement (longuement) différé de l'action en contestation de reconnaissance, a été remise en cause par la Cour constitutionnelle en matière de filiation paternelle¹.

3.7.5.3. Consentement préalable non vicié à la reconnaissance

1.214. L'article 325/7, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil impose à l'auteur de la reconnaissance et à tous ceux qui ont donné leur consentement à celle-ci, de démontrer dans leur chef un vice de consentement pour être autorisé à contester ultérieurement la reconnaissance. Cette exigence a été validée par la Cour constitutionnelle à propos de la contestation de la reconnaissance paternelle (*supra*, n° 1.165).

1.215. Les vices du consentement sont ceux organisés par le droit commun, soit l'erreur, la violence ou le dol². La lésion ne se conçoit évidemment pas en la matière.

¹ Voir *supra*, n° 1.163.

² Art. 1109 C. civ.

On assimile à l'hypothèse du vice de consentement l'absence de tout consentement valable¹.

3.7.5.4. *Opposition de l'enfant majeur ou mineur émancipé*

1.216. Dans l'hypothèse où l'action a été introduite par l'homme qui prétend être le père biologique de l'enfant ou par la femme qui revendique la comaternité et que l'enfant est, au moment de l'introduction de l'action, majeur ou mineur émancipé, il pourra opposer une fin de non-recevoir à la demande. Celle-ci sera dès lors jugée irrecevable quels que soient les motifs de ce refus².

1.217. Il faut toutefois noter que l'article 325/7, §§ 3 et 4, *in fine*, du Code civil semble indiquer qu'à défaut de respecter les conditions de l'article 332quinquies du Code civil, et donc notamment l'absence d'opposition de l'enfant majeur ou mineur émancipé, la demande doit être rejetée, ce qui semble davantage viser le fondement de celle-ci que sa recevabilité.

3.7.6. *Conditions de fond*

3.7.6.1. *Action en contestation de reconnaissance (art. 325/7 C. civ.)*

1.218. Aux termes de l'article 325/7, § 2, du Code civil, la reconnaissance est mise à néant s'il est prouvé, par toutes voies de droit, que l'intéressée n'a pas consenti à la conception conformément à la loi du 6 juillet 2007 ou que la conception ne peut en être la conséquence.

1.219. Dans l'hypothèse où l'action est introduite par l'homme qui se prétend être le père biologique de l'enfant, cette preuve sera insuffisante et le demandeur devra, en outre, apporter la démonstration de ce qu'il est le père biologique de l'enfant.

1.220. Dans la même logique, l'action de la femme qui revendique la comaternité ne sera déclarée fondée que s'il est prouvé qu'elle a consenti à la procréation médicalement assistée conformément à la loi du 6 juillet 2007 et que la conception de l'enfant peut en être la conséquence.

1.221. Dans les deux cas, la décision faisant droit à l'action en contestation entraînera de plein droit l'établissement de la filiation du demandeur ou de la

¹ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 615, n° 657 et références citées ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance – Filiation, Autorité parentale, Hébergement (Nouvelles lois, nouvelles jurisprudences)*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 100.

² Art. 325/7, §§ 3 et 4, renvoyant à l'art. 332quinquies C. civ.

demanderesse pour autant que les conditions de l'article 332quinquies (pour l'homme) et 332quinquies, §§ 1^{er}, 1^{er}/1, 2 et 4¹ (pour la femme) soient respectées.

3.7.6.2. *Action en annulation de reconnaissance (art. 329bis, § 3, C. civ.)*

1.222. Dans l'hypothèse particulière de l'action en annulation de reconnaissance organisée par l'article 329bis, § 3, du Code civil, l'annulation de la reconnaissance pourra logiquement être prononcée si le tribunal constate que son auteure n'a pas consenti à la conception conformément à la loi du 6 juillet 2007 ou que la conception ne peut en être la conséquence. Il pourra également annuler la reconnaissance s'il juge celle-ci contraire à l'intérêt de l'enfant. On signalera toutefois une lacune de la loi à cet égard : l'article 325/4, alinéa 2, du Code civil dispose en effet que « *[p]ar dérogation à l'article 329bis, § 2, alinéa 3, la demande est rejetée s'il est établi que le demandeur n'a pas consenti à la conception conformément à la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, ou que la conception ne peut en être la conséquence* ». Il faut évidemment considérer que cette disposition déroge également à l'article 329bis, § 3, alinéa 5, du Code civil.

1.223. La circonstance que l'enfant est âgé de moins d'un an au moment de l'introduction de l'action exclut, en principe, un contrôle de son intérêt. Toutefois, on rappellera que cette distinction a été jugée discriminatoire par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 16 décembre 2010². Si celui-ci concerne l'article 329bis, § 2, du Code civil (action en autorisation de reconnaissance), on voit mal la Cour adopter une position différente lorsqu'il s'agira de juger la constitutionnalité de l'article 329bis, § 3 (action en annulation de reconnaissance).

3.7.7. *Publicité – Exécution*

Nous renvoyons le lecteur aux numéros 1.18 et suivants.

§ 3. *La filiation établie par jugement*

1. La filiation maternelle

1.224. L'établissement de la maternité par voie judiciaire est très subsidiaire. Il ne peut exister qu'en l'absence de filiation maternelle établie par la loi ou par reconnaissance, ou s'il est établi que l'acte de naissance inclut de faux noms³. Ces situations étant tout à fait marginales en Belgique, nous nous permettons de

¹ On ne voit *a priori* pas la raison de l'application du § 4 (hypothèse du viol de la mère par le demandeur durant la période légale de conception) dans le cadre de l'action de la femme qui revendique la comaternité.

² Voir *supra*, n° 1.133.

³ Art. 314, al. 1^{er}, C. civ.

renvoyer le lecteur intéressé par cette thématique au *Manuel pratique de la filiation* (Kluwer, 2016, n^{os} 352 et s.).

2. La filiation paternelle

2.1. Hypothèses visées par la loi

1.225. L'action en recherche de paternité ne peut intervenir que si la paternité n'a pas été établie de plein droit par le jeu de la présomption légale ou par reconnaissance et que la comaternité n'est pas non plus établie¹. Elle est beaucoup plus fréquente que l'action en recherche de maternité. Son intérêt réside surtout dans le chef de la mère ou de l'enfant, lorsque le père refuse de reconnaître ce dernier.

2.2. Titulaires

1.226. Les titulaires de l'action sont énumérés à l'article 332ter du Code civil : il s'agit de l'enfant, de la mère, ou de l'homme qui revendique la paternité².

1.227. En cas de décès d'un titulaire, ses héritiers peuvent poursuivre une action déjà intentée, à condition bien sûr que le demandeur ne s'en soit pas désisté³.

1.228. Après le décès de l'enfant, ses héritiers peuvent agir personnellement, pour autant que leur action soit introduite avant le 25^e anniversaire de la naissance de leur auteur⁴.

2.3. Parties à la cause

1.229. Ceux qui, aux termes de l'article 332ter, alinéa 3, du Code civil, doivent être appelés à la cause sont tous ceux concernés par l'établissement éventuel du lien de filiation : d'abord, bien entendu, la personne dont la paternité est recherchée, ensuite l'enfant⁵ ou ses descendants, enfin celui de ses auteurs dont la filiation est déjà établie.

¹ Art. 322, al. 1^{er}, C. civ.

² Il ne fait désormais aucun doute que le père biologique est titulaire d'une action en recherche de sa propre paternité (voir le libellé du § 4, de l'art. 332quinquies, C. civ.). En ce sens : N. MASSAGER, « La filiation », in A.-Ch. VAN GYSEL (dir.), *Précis de droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 335 et références doctrinales en note 120. Sur l'avantage du choix procédural de la recherche de paternité pour l'homme désireux d'établir sa paternité à l'égard d'un enfant, voir IDEM, p. 313.

³ Art. 331quinquies C. civ.

⁴ Art. 332ter, al. 2, C. civ.

⁵ On rappellera que conformément à l'article 331sexies du Code civil, le mineur non émancipé ainsi que le majeur incapable de manifester sa volonté sont, dans les actions relatives à leur filiation et sans préjudice de l'article 329bis, § 2, alinéa 2, et § 3, alinéa 1^{er}, de l'article 332quinquies et, en ce qui concerne le majeur, du § 1^{er}/1 de cette disposition, représentés, comme demandeurs ou comme défendeurs, par leur représentant légal ou, pour le majeur incapable de manifester sa volonté, assisté le cas échéant par son administrateur. À défaut de représentant légal, ou en cas d'opposition d'intérêts, il est représenté par un tuteur *ad hoc* désigné par le président du tribunal à la requête de tout intéressé ou du procureur du Roi.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

1.230. L'article 331*decies*, alinéa 2, du Code civil permet au tribunal d'ordonner même d'office que soient appelés à la cause tous les intéressés auxquels il estime que la décision doit être rendue commune.

1.231. Lorsqu'une personne qui doit être citée est décédée, l'action en réclamation d'état est intentée contre les autres et contre les héritiers du défunt¹.

1.232. Si tous ceux qui doivent être cités sont décédés, la demande est introduite par requête unilatérale².

2.4. Modes d'introduction de l'action

Nous renvoyons le lecteur aux numéros 1.6 et suivants.

2.5. Délai

1.233. L'action est prescrite par trente ans à compter du jour où la possession d'état a pris fin ou, à défaut, à partir de la naissance, ou à compter du jour où l'enfant a commencé à jouir d'une possession d'état conforme à l'état qui lui est contesté³.

1.234. En ce qui concerne l'enfant, ce délai est cependant suspendu durant sa minorité, en vertu de l'article 2252 du Code civil. De cette manière, il aura jusqu'à ses 48 ans pour agir. Toutefois, si ce sont les héritiers de l'enfant qui agissent, l'action doit être intentée avant le 25^e anniversaire de la naissance de leur auteur⁴.

1.235. L'article 331*ter* dispose par ailleurs expressément que l'article 2253 du Code civil ne s'applique pas ; autrement dit, que la prescription court nonobstant le mariage.

1.236. Enfin, dès lors que l'action en recherche de paternité n'était pas ouverte aux enfants adultérins avant l'entrée en vigueur de la loi du 31 mars 1987, le délai de prescription trentenaire n'a pu commencer à courir avant le jour où l'action est née, soit le 6 juin 1987, date d'entrée en vigueur de la loi. Le délai des actions en recherche de paternité tardives des enfants adultérins est dès lors prolongé jusqu'au 6 juin 2017⁵, sans préjudice de la suspension du délai durant leur minorité.

¹ Art. 332*quater*, al. 1^{er}, C. civ.

² Art. 332*quater*, al. 2, C. civ. Pour une application, voir Liège, 27 février 2007, *J.T.*, 2007, p. 464.

³ Art. 331*ter* C. civ.

⁴ Art. 332*ter*, al. 2, C. civ.

⁵ En ce sens : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 620 ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance – Filiation, Autorité parentale, Hébergement (Nouvelles lois, nouvelles jurisprudences)*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 174. En faveur de cette solution pour l'enfant naturel, même si de manière nuancée, voir les développements de Nathalie MASSAGER (*ibid.*, pp. 175 à 177). Voir également les réflexions de Jehanne SOSSON à propos des

2.6. Conditions de recevabilité

2.6.1. L'enfant qui n'est pas né viable

1.237. Comme pour toute action relative à la filiation, l'action en recherche de paternité est irrecevable si l'enfant n'est pas né viable¹.

2.6.2. L'enfant incestueux

1.238. En vertu de l'article 325 du Code civil, l'action en recherche de paternité ne sera pas recevable si l'établissement de la paternité fait apparaître un inceste absolu, « à moins que le mariage qui a fait naître cet empêchement ait été annulé ou dissous par décès ou divorce »².

1.239. Toutefois, par arrêt n° 103/2012 du 9 août 2012, la Cour constitutionnelle est venue bouleverser les règles d'établissement de la filiation incestueuse³. La Cour a jugé que « [l']article 325 du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il empêche le juge saisi d'une demande d'établissement judiciaire de paternité de faire droit à cette demande s'il constate que l'établissement de la filiation correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant ». Elle estime en effet que l'on ne peut affirmer, abstraitement, que l'établissement d'une double filiation serait généralement contraire à l'intérêt des enfants issus d'une relation incestueuse : « [s]i, dans certains cas, il peut être contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant de voir établie une double filiation qui révèle le caractère incestueux de la relation entre ses parents, l'on ne saurait affirmer qu'il en va toujours ainsi. [...] Entre autres hypothèses, lorsque les circonstances de sa naissance sont connues de l'enfant et de son entourage, il peut en effet être estimé que les avantages, notamment en termes de sécurité d'existence, qu'il retirera de l'établissement d'un double lien de filiation sont supérieurs aux inconvénients qu'il pourrait subir en conséquence de

actions en recherche de paternité *post mortem* : « De l'action alimentaire non déclarative de filiation à l'établissement judiciaire de la paternité : le beurre et l'argent du beurre ? », note sous Civ. Liège, 19 octobre 2012 et 11 janvier 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 147. Pour une application, voir : Liège, 27 novembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 156 ; Liège, 27 février 2007, *J.T.*, 2007, p. 464 et également Civ. Liège, 19 octobre 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 142.

¹ Art. 331bis C. civ.

² Sur l'anachronisme de cette locution, voir nos développements *supra*, n° 1.120.

³ Pour un commentaire doctrinal de cet arrêt, voir : Y.-H. LELEU et L. SAUVEUR, « La filiation incestueuse et la Cour constitutionnelle », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 213 et s. ; P. MARTENS, « Inceste et filiation : égalité et tabou. Obs. sous C. C., 9 août 2012, n° 103/2012 », *J.L.M.B.*, 2012, pp. 1286 et s. ; G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'interdit de l'inceste : une norme symbolique évanescence ? », Commentaire de l'arrêt n° 103/2012 de la Cour constitutionnelle », *J. dr. jeun.*, novembre 2012, pp. 23 à 34 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « La fin de l'interdit de l'inceste en droit belge ? », *Act. dr. fam.*, 2012/7, pp. 152 à 156 ; M. VERHOEVEN, « Vaststelling dubbele afstamming bij incest mogelijk », *Juristenkrant*, 2012, liv. 253, pp. 4 et 5 ; G. VERSCHELDEN, « De hervorming van het afstammingsrecht door het Grondwettelijk Hof », in P. SENAËVE, Fr. SWENNEN et G. VERSCHELDEN (éd.), *Ouders en kinderen*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2013, p. 25 ; T. WUYTS, « Het verbod tot vaststelling van een afstammingsband ingeval daaruit incest blijkt strijdig bevonden met het gelijkheidsbeginsel », *T. Fam.*, 2012, pp. 221 et s.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

l'officialisation de la circonstance qu'existe entre ses parents un empêchement absolu à mariage »¹. La Cour en déduit que la fin de non-recevoir étant absolue, l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas réellement pris, *dans tous les cas*, en considération : dans certains cas, il sera rencontré, au mieux, par le tabou, dans d'autres, par exemple si la filiation incestueuse est connue des enfants, la sauvegarde à tout prix du silence pourrait être contraire à l'intérêt de l'enfant. Elle ajoute que cette atteinte aux droits des enfants – la non-prise en considération réelle et effective de leurs intérêts – ne peut pas être justifiée par l'objectif de prohibition des relations incestueuses. Non seulement la mesure n'est pas pertinente, *la disposition en cause ne saurait contribuer à prévenir une situation qui est, par définition, déjà réalisée*, mais elle n'est pas proportionnée au regard de l'atteinte portée aux droits des enfants de bénéficier, si c'est dans leur intérêt, d'un double lien de filiation.

Il en résulte que si la disposition incriminée subsiste, cet arrêt ouvre néanmoins au juge un pouvoir d'appréciation au regard de l'intérêt de l'enfant pour considérer, le cas échéant, qu'il conviendrait de passer outre l'interdiction légale².

2.6.3. *Opposition de l'enfant majeur ou mineur émancipé à la demande introduite par la mère biologique*

1.240. L'article 332quinquies, § 1^{er}, du Code civil dispose que l'action en recherche de paternité n'est pas recevable si l'enfant majeur ou mineur émancipé s'y oppose.

1.241. On rappellera toutefois qu'il n'est pas tenu compte de l'opposition de l'enfant majeur si le tribunal estime, en raison d'éléments de fait constatés par procès-verbal motivé, que l'enfant n'est pas capable d'exprimer sa volonté. Il en va de même si l'ordonnance du juge de paix prise en vertu de l'article 492/1 du Code civil déclare l'enfant incapable de s'opposer à l'action en recherche de maternité ou de paternité. L'enfant en mesure d'exprimer son opinion de manière autonome est entendu directement par le juge. Le cas échéant, la personne de confiance exprime l'opinion de l'enfant si celui-ci n'est pas en mesure d'exprimer lui-même son opinion. Le juge attache l'importance qu'il convient à cette opinion.

2.6.4. *Cas du viol de la mère*

1.242. L'article 332quinquies, § 4, du Code civil prévoit qu'il doit être sursis à statuer si une action publique du chef de viol commis sur la mère durant la période légale de

¹ B.8.1.

² Sur les conséquences de l'arrêt n° 103/2012 pour le praticien, voir plus particulièrement : G. VERSCHULDEN, « De hervorming van het afstammingsrecht door het Grondwettelijk Hof », in P. SENAËVE, Fr. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (éd.), *Ouders en kinderen*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 26 et 27.

conception est intentée contre le demandeur ; si celui-ci est reconnu coupable, la demande de recherche de paternité sera rejetée à la demande d'une des parties¹.

Cette fin de non-recevoir ne peut pas être invoquée par le violeur lui-même².

2.7. Conditions de fond

2.7.1. Contrôle de la filiation biologique

1.243. Pour aboutir dans son action, le demandeur doit prouver que l'homme dont la paternité est recherchée est bien le père biologique de l'enfant. Cette exigence doit s'articuler avec l'article 332quinquies, § 3, du Code civil, qui dispose que le tribunal rejette en toute hypothèse la demande s'il est prouvé que celui dont la filiation est recherchée n'est pas le père biologique de l'enfant.

1.244. La possession d'état à l'égard du père présumé dans le chef de l'enfant constitue une preuve de la paternité du père recherché³.

1.245. L'existence de relations sexuelles avec la mère pendant la période légale de conception permet également de présumer la paternité, pour autant qu'il n'existe pas de doutes sur celle-ci⁴.

1.246. À défaut de ces présomptions, la preuve est ouverte par toutes voies de droit⁵, notamment par l'examen du sang ou tout autre examen selon des méthodes scientifiques éprouvées (voir art. 331octies C. civ.). En pratique, le recours à l'expertise génétique est fréquent⁶.

1.247. On relèvera que la preuve contraire de la non-paternité du père présumé l'emporte sur la preuve directe fondée sur une possession d'état ou sur l'existence de relations sexuelles durant la période légale de conception de sorte que le résultat de l'expertise scientifique écartera *in fine* tout autre mode de preuve et toute autre objection⁷.

¹ On ne peut manquer d'apercevoir une discrimination selon que l'homme en question est ou non marié à la mère. L'homme reconnu coupable de viol sur la personne de la mère durant la période légale de conception sera en effet désigné de plein droit comme le père légal de l'enfant s'il est marié à la mère.

² L'article 332quinquies, § 4, du Code civil ne concerne en effet que l'homme demandeur en recherche de paternité et ne s'applique donc pas si la demande émane de la mère ou de l'enfant.

³ Art. 324, al. 1^{er}, C. civ. Sur le rôle probatoire de la possession d'état en droit de la filiation, voir : N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance – Filiation, Autorité parentale, Hébergement (Nouvelles lois, nouvelles jurisprudences)*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 37 et pp. 170 à 172.

⁴ Art. 324, al. 3, C. civ.

⁵ Art. 324, al. 2, C. civ.

⁶ Art. 331octies C. civ.

⁷ En ce sens : N. MASSAGER, « La filiation », in A.-Ch. VAN GYSEL (dir.), *Précis de droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 449.

VIIIter:1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

2.7.2. *Contrôle de l'intérêt de l'enfant*

1.248. À travers l'article 332quinquies du Code civil, auquel renvoient tant l'article 314 (établissement judiciaire de la filiation maternelle) que l'article 322 du Code civil (établissement judiciaire de la filiation paternelle), la loi du 1^{er} juillet 2006 a instauré un mode unique d'établissement judiciaire de la filiation maternelle et paternelle.

L'action en recherche de paternité (tout comme l'action en recherche de maternité et celle en recherche de comaternité) requiert :

- le consentement de l'enfant majeur ou mineur émancipé qui dispose d'un droit de veto absolu (condition de recevabilité de l'action)¹ ;
- le consentement de l'enfant mineur non émancipé qui a douze ans accomplis et de celui de ses auteurs à l'égard duquel la filiation est établie. En cas de refus de consentement, l'article 332quinquies, § 2, du Code civil dispose que « *le tribunal ne rejette la demande [...] que si elle concerne un enfant âgé d'au moins un an au moment de l'introduction de la demande, et si l'établissement de la filiation est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant* ».

1.249. Toutefois, par un arrêt n° 61/2012 du 3 mai 2012², la Cour constitutionnelle a confirmé sa jurisprudence du 16 décembre 2010 concernant le seuil pivot d'un an et a considéré que « *[l']article 332quinquies, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne permet pas au juge saisi d'une demande introduite sur la base de l'article 318, § 5, du Code civil, avant le premier anniversaire d'un enfant, par un homme qui prétend être le père biologique de ce dernier, d'exercer un contrôle portant sur l'intérêt de l'enfant à voir cette filiation établie* ».

1.250. En outre, par un arrêt n° 30/2013 du 7 mars 2013³, la Cour constitutionnelle a décidé qu'« *[e]n disposant que le tribunal ne rejette la demande que si l'établissement de la filiation est 'manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant',*

¹ Art. 332quinquies, § 1^{er}, C. civ.

² Voir à propos de cet arrêt : C. DECLERCK, « Personen- en samenlevingsrecht. Kroniek 2010-2012 », *N.J.W.*, 2013, p. 99 ; J. SOSSON, « Cour constitutionnelle, filiation et intérêt de l'enfant. C'est quand qu'on va où ? », in Y.-H. LELEU et D. PIRE (dir.), *Actualités de droit des personnes et des familles*, coll. CUP, vol. 141, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 102 et s. ; Fr. SWENNEN, « Afstammingsvorderingen en het belang van het kind tijdens het eerste levensjaar », *T. Fam.*, 2013, liv. 3 et 4, pp. 92 et 93 ; M. VERHOEVEN, « Belang van jonge kinderen beschermd bij betwisting vaderschap », *Juristenkrant*, 2012, liv. 251, p. 2 ; G. VERSCHELDEN, « De hervorming van het afstammingsrecht door het Grondwettelijk Hof », in P. SENAËVE, Fr. SWENNEN et G. VERSCHELDEN (éd.), *Ouders en kinderen*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 29 et s.

³ Voir à propos de cet arrêt : M. DEMARET, « L'intérêt de l'enfant : *Veni, vidi, vici* », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 800 ; N. GALLUS, « Lorsque la Cour constitutionnelle s'arroge le pouvoir de reconstruire le droit de la filiation », *Act. dr. fam.*, 2013, pp. 79 à 81 ; E. IGNOVSKA et G. VERSCHELDEN, « De rechterlijke toetsing van het belang van het kind bij het onderzoek naar het vaderschap », *T.J.K.*, 2013,

l'article 332quinquies, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil, interprété en ce sens qu'il autorise le juge à n'opérer qu'un contrôle marginal de l'intérêt de l'enfant, viole l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution ». On peut en déduire que le mot « manifestement » ne doit plus être pris en compte par le tribunal.

1.251. Il n'est pas tenu compte de l'opposition de l'enfant mineur dont le tribunal estime, en raison d'éléments de fait constatés par procès-verbal motivé, qu'il est privé de discernement¹.

1.252. Il n'est pas non plus tenu compte de l'opposition de l'enfant majeur si le tribunal estime, en raison d'éléments de fait constatés par procès-verbal motivé, que l'enfant n'est pas capable d'exprimer sa volonté. Il en va de même si le juge de paix a ordonné une mesure de protection et a déclaré à cette occasion l'enfant incapable de s'opposer à l'action en recherche de maternité. Toutefois, l'enfant en mesure d'exprimer son opinion de manière autonome est entendu directement par le juge. Le cas échéant, la personne de confiance peut exprimer l'opinion de l'enfant si celui-ci n'est pas en mesure d'exprimer lui-même son opinion. Le juge attache l'importance qu'il juge utile à cette opinion².

1.253. Notons encore que par un arrêt n° 48/2014 prononcé le 20 mars 2014, la Cour constitutionnelle a dit pour droit que « *les articles 322 et 332quinquies du Code civil ne violent pas les articles 10, 11 et 22 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec les articles 17 et 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques* »³.

Cet arrêt, prononcé à la suite d'une question préjudicielle posée par le Tribunal de première instance de Bruges, concerne une espèce dans laquelle un enfant, alors âgé de 44 ans, agit en recherche de paternité à l'encontre des héritiers de celui qu'il désigne comme étant son père. Les défendeurs, suivis par le ministère public, ont interrogé la Cour constitutionnelle quant à la question de savoir si les intérêts suivants ne devaient pas être pris en considération pour l'appréciation de la demande : les intérêts des défendeurs eux-mêmes en ce qui concerne leurs droits

pp. 155 à 164 ; G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant sur le fil – Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *J.T.*, 2013, pp. 435 et s. ; J. SOSSON, « Actions en contestation de paternité : la Cour constitutionnelle ne souffle-t-elle pas le chaud et le froid ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 543 et s. ; IDEM, « Cour constitutionnelle, filiation et intérêt de l'enfant. C'est quand qu'on va où ? », in Y.-H. LELEU et D. PIRE (dir.), *Actualités de droit des personnes et des familles*, coll. CUP, vol. 141, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 106 et s. ; G. VERSCHULDEN, « Volle toetsing van belang kind noodzakelijk bij vaderschapsonderzoek », *Juristenkrant*, 2013, liv. 267, pp. 4 et 5 ; IDEM, « Het belang van het kind in het komende afstammingsrecht : considerans voor de wetgever, niet voor de rechter », *T. Fam.* 2013/5, pp. 98 et 99.

¹ Art. 332quinquies, § 2, al. 2, C. civ.

² Art. 332quinquies, § 1^{er}/1, C. civ.

³ C.C., 20 mars 2014, n° 48/2014.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

personnels et leurs droits patrimoniaux, l'intérêt général de la sécurité juridique des liens familiaux et la paix des familles, l'absence de liens socioaffectifs entre le demandeur, d'une part, les défendeurs et leur auteur, d'autre part, l'existence d'un lien socioaffectif entre le demandeur et la famille du mari de sa mère, dont la paternité avait préalablement été contestée avec succès, la circonstance que tant la famille que la société et les autorités publiques ont reconnu et considéré le demandeur comme l'enfant du mari de sa mère. On peut évidemment supposer que les défendeurs étaient surtout préoccupés par leurs propres intérêts patrimoniaux. En apportant une réponse négative à la question posée, la Cour constitutionnelle confirme que les intérêts moraux ou patrimoniaux des héritiers de la personne dont la maternité ou la paternité est recherchée ne doivent pas être pris en considération par le juge.

2.8. Publicité – Exécution

1.254. Conformément à l'article 333 du Code civil, le jugement devra être signifié aux différentes parties en cause et l'exploit de signification devra être communiqué par l'huissier instrumentant au ministère public.

1.255. Si l'enfant a été conçu pendant le mariage et est adultérin *a patre*, le jugement établissant la filiation devra être signifié au conjoint du père ; à défaut, la filiation sera inopposable à l'épouse ou à l'époux, ainsi qu'aux enfants du couple¹.

1.256. Après l'expiration du délai d'appel ou de pourvoi en cassation, ou après le prononcé d'un arrêt de rejet du pourvoi, le ministère public est chargé de transmettre le dispositif du jugement ou de l'arrêt, accompagné d'un certificat de non-recours, à l'officier de l'état civil du lieu où l'acte de naissance de l'enfant a été dressé ou transcrit.

1.257. Si l'acte de naissance n'a pas été dressé ou transcrit en Belgique, le dispositif est transmis à l'officier de l'état civil de la résidence de l'enfant en Belgique ou, si celui-ci n'a pas de résidence en Belgique, à celui du premier district de Bruxelles.

1.258. L'officier de l'état civil transcrit ensuite, dans le mois de cette communication, le dispositif du jugement ou de l'arrêt dans les registres et mention en est faite en marge des actes concernant l'état civil de l'enfant ou de ses descendants.

1.259. Comme la reconnaissance, les décisions rendues en matière de filiation ont un effet déclaratif, ce qui signifie que la filiation est censée avoir existé depuis la naissance de l'enfant.

¹ Art. 322, al. 2, C. civ.

Elles possèdent une autorité de chose jugée particulière, dérogatoire au droit commun, puisqu'elles sont opposables même aux personnes qui n'y ont point été parties. Celles-ci devront former tierce opposition si elles veulent voir la décision réformée¹.

2.9. Contestation de la paternité établie par jugement

1.260. Comme dans le cas de l'établissement judiciaire de la filiation maternelle, la décision judiciaire établissant la filiation paternelle peut être soumise aux voies de recours de droit commun : l'opposition, l'appel, la tierce opposition et le pourvoi en cassation.

Une fois que le jugement ou l'arrêt est coulé en force de chose jugée, la filiation n'est plus contestable.

3. La filiation à l'égard de la coparente

3.1. Hypothèses visées par la loi

1.261. L'action en recherche de comaternité ne peut intervenir que si la comaternité n'a pas été établie de plein droit par le jeu de la présomption légale ou par reconnaissance².

Elle obéit aux conditions de l'article fixées à l'article 332quinquies, §§ 1^{er}, 1^{er}/1, 2 et 4³, du Code civil.

3.2. Titulaires

1.262. Selon les termes de l'article 332ter du Code civil, l'action en réclamation d'état appartient à l'enfant ainsi qu'à ses père et mère agissant personnellement. Il nous semble évident qu'elle appartient désormais également à celle qui revendique la comaternité.

1.263. En cas de décès d'un titulaire, ses héritiers peuvent poursuivre une action déjà intentée, à condition bien sûr que le demandeur ne s'en soit pas désisté⁴.

¹ Art. 331decies, al. 1^{er}, C. civ. Il faudra pour cela qu'elles démontrent d'une part, un intérêt à agir, d'autre part, que la décision dont recours est de nature à porter préjudice à leurs droits (N. MASSAGER, « La filiation », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 342).

² Art. 325/8, al. 1^{er}, C. civ.

³ Le renvoi au paragraphe 4 de l'article 332quinquies (hypothèse du viol de la mère par le demandeur durant la période légale de conception) nous semble être une erreur.

⁴ Art. 331quinquies C. civ.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

1.264. Après le décès de l'enfant, ses héritiers peuvent agir personnellement, pour autant que leur action soit introduite avant le 25^e anniversaire de la naissance de leur auteur¹.

3.3. Parties à la cause

1.265. Ceux qui, aux termes de l'article 332ter, alinéa 3, du Code civil, doivent être appelés à la cause sont tous ceux concernés par l'établissement éventuel du lien de filiation : d'abord, bien entendu, la personne dont la comaternité est recherchée, ensuite l'enfant² ou ses descendants, enfin celui de ses auteurs dont la filiation est déjà établie.

1.266. L'article 331decies, alinéa 2, du Code civil permet au tribunal d'ordonner même d'office que soient appelés à la cause tous les intéressés auxquels il estime que la décision doit être rendue commune.

1.267. Lorsqu'une personne qui doit être citée est décédée, l'action en réclamation d'état est intentée contre les autres et contre les héritiers du défunt³.

1.268. Si tous ceux qui doivent être cités sont décédés, la demande est introduite par requête unilatérale⁴.

3.4. Modes d'introduction de l'action

Nous renvoyons le lecteur aux numéros 1.6 et suivants.

3.5. Délai

Nous renvoyons le lecteur aux numéros 1.233 et suivants.

3.6. Conditions de recevabilité

3.6.1. L'enfant qui n'est pas né viable

1.269. Comme pour toute action relative à la filiation, l'action en recherche de comaternité est irrecevable si l'enfant n'est pas né viable⁵.

¹ Art. 332ter, al. 2, C. civ.

² On rappellera que conformément à l'article 331sexies du Code civil, le mineur non émancipé ainsi que le majeur incapable de manifester sa volonté sont, dans les actions relatives à leur filiation et sans préjudice de l'article 329bis, § 2, alinéa 2, et § 3, alinéa 1^{er}, de l'article 332quinquies et, en ce qui concerne le majeur, du § 1^{er}/1 de cette disposition, représentés, comme demandeurs ou comme défendeurs, par leur représentant légal ou, pour le majeur incapable de manifester sa volonté, assisté le cas échéant par son administrateur. À défaut de représentant légal, ou en cas d'opposition d'intérêts, il est représenté par un tuteur *ad hoc* désigné par le président du tribunal à la requête de tout intéressé ou du procureur du Roi.

³ Art. 332quater, al. 1^{er}, C. civ.

⁴ Art. 332quater, al. 2, C. civ. Pour une application, voir Liège, 27 février 2007, *J.T.*, 2007, p. 464.

⁵ Art. 331bis C. civ.

3.6.2. L'enfant incestueux

1.270. En vertu de l'article 325/10 du Code civil, l'action en recherche de comaternité ne sera pas recevable si l'établissement de la comaternité fait apparaître un inceste absolu, « *à moins que le mariage qui a fait naître cet empêchement ait été annulé ou dissous par décès ou divorce* »¹.

Voyez toutefois les conséquences de l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 103/2012 du 9 août 2012 en matière de filiation paternelle².

3.6.3. Opposition de l'enfant majeur ou mineur émancipé

1.271. L'article 332quinquies, § 1^{er}, du Code civil dispose que l'action n'est pas recevable si l'enfant majeur ou mineur émancipé s'y oppose.

1.272. On rappellera toutefois qu'il n'est pas tenu compte de l'opposition de l'enfant majeur si le tribunal estime, en raison d'éléments de fait constatés par procès-verbal motivé, que l'enfant n'est pas capable d'exprimer sa volonté. Il en va de même si l'ordonnance du juge de paix prise en vertu de l'article 492/1 du Code civil déclare l'enfant incapable de s'opposer à l'action en recherche de maternité ou de paternité. L'enfant en mesure d'exprimer son opinion de manière autonome est entendu directement par le juge. Le cas échéant, la personne de confiance exprime l'opinion de l'enfant si celui-ci n'est pas en mesure d'exprimer lui-même son opinion. Le juge attache l'importance qu'il convient à cette opinion.

3.7. Conditions de fond

1.273. La possession d'état à l'égard de la coparente prétendue prouve la filiation³.

1.274. À défaut de possession d'état, la filiation à l'égard de la coparente se prouve par le consentement à la procréation médicalement assistée donné conformément à l'article 7 de la loi du 6 juillet 2007 lorsque la conception de l'enfant peut en être la conséquence⁴.

1.275. Le tribunal rejette en toute hypothèse la demande s'il est prouvé que celle dont la filiation est recherchée n'a pas donné son consentement à la procréation médicalement assistée donné conformément à l'article 7 de la loi du 6 juillet 2007 ou que la conception de l'enfant ne peut en être la conséquence⁵.

¹ Sur l'anachronisme de cette locution, voir nos développements *supra*, n° 1.120.

² *Supra*, n° 1.121.

³ Art. 325/9, al. 1^{er}, C. civ.

⁴ Art. 325/9, al. 2, C. civ.

⁵ Art. 325/9, al. 3, C. civ.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

1.276. Pour le reste, les exigences posées par l'article 332quinquies sont d'application, à l'exception du § 3 et – même si le législateur y renvoie expressément – du § 4 relatif à l'hypothèse du viol de la mère par le demandeur durant la période de conception, hors sujet dans ce contexte.

Nous renvoyons dès lors, concernant les exigences de consentement, aux règles exposées ci-avant¹.

3.8. *Publicité – Exécution*

Nous renvoyons le lecteur aux numéros 1.254 et s.

3.9. *Contestation de la comaternité établie par jugement*

Nous renvoyons le lecteur au numéro 1.260.

§ 4. *La procréation médicalement assistée*

1. Le cadre légal

1.277. La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes² régit l'accès à la procréation médicalement assistée (ci-après PMA) définie comme un « *ensemble de modalités et conditions d'application des nouvelles techniques médicales d'assistance à la reproduction dans lesquelles est réalisée soit une insémination artificielle, soit une des techniques de fécondation in vitro, c'est-à-dire des techniques dans lesquelles il est, à un moment du processus, donné accès à l'ovocyte et/ou à l'embryon* »³.

1.278. En vertu de la loi, les activités de fécondation *in vitro* et de cryoconservation d'embryons, de gamètes, de gonades (organes produisant les cellules de la reproduction, les ovaires chez la femme et les testicules chez l'homme) et fragments de gonades ne peuvent être réalisées que dans les centres de fécondation⁴.

¹ Voir *supra*, n^{os} 1.248 et s.

² M.B., 17 juillet 2007. Ci-après : la loi. Pour une analyse complète de la loi, voir : M.-N. DERESE et G. SCHAMPS, « L'anonymat et la procréation médicalement assistée en droit belge. Des pratiques à la loi du 6 juillet 2007 », in B. FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, coll. Droit, Bioéthique et Société, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 125 à 151 ; M.-N. DERESE et G. WILLEMS, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, pp. 350 et s. ; G. GÉNICOT, « La maîtrise du début de la vie : la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée », *J.T.*, 2009, pp. 17 et s. ; H. NYS et T. WUYTS, « De wet betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de vertallige embryo's en de gameten », *R.W.*, 2007-2008, pp. 771 et s.

³ Art. 2, a), de la loi.

⁴ Art. 3 de la loi.

1.279. La loi n'impose aucune condition d'ordre sociologique en termes d'accès aux techniques de procréation médicalement assistée. Le texte définit l'auteur du projet parental comme « *toute personne ayant pris la décision de devenir parent par le biais d'une procréation médicalement assistée* »¹. Ainsi, *a priori*, une demande de procréation médicalement assistée peut être formée tant par une femme seule que par un couple et, lorsque la demande émane d'un couple, aucune exigence n'est posée relativement à son orientation sexuelle². Une limite d'âge est néanmoins posée : l'implantation d'embryons ou l'insémination de gamètes ne peut être effectuée que chez la femme majeure et à condition qu'elle ne soit pas âgée de plus de 47 ans³.

1.280. L'absence de restriction légale quant à l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée s'accompagne toutefois d'un large pouvoir d'appréciation conféré aux centres de fécondation. Ceux-ci restent en effet libres d'édicter leurs propres règles de conduite et d'accepter ou de refuser les candidats en fonction de celles-ci. Il leur est ainsi possible d'invoquer une « clause de conscience » pour refuser les demandes qui leur sont adressées⁴. Ce refus doit être adressé par écrit au (x) demandeur(s) dans le mois qui suit la décision et doit indiquer, dans le cas où le ou les demandeurs en ont exprimé le souhait, les coordonnées d'un autre centre de fécondation auquel ils peuvent s'adresser⁵.

1.281. La loi laisse ainsi une large marge de manœuvre au médecin ou au centre de fertilité consulté, avec qui il convient de signer une convention⁶. Lorsqu'il s'agit d'un couple, celle-ci sera signée par les deux auteurs du projet parental. Une uniformisation des procédures est prévue. Un choix doit être fait au sujet de la destination des gamètes ou des embryons surnuméraires⁷. Ils peuvent être cryo-

¹ Art. 2, f), de la loi.

² L'article 6 de la loi se limite à prescrire que le centre de fécondation doit vérifier, *pour les cas où cela s'indique*, que les causes de la stérilité, de l'infertilité ou de l'hypofertilité de la demandeuse ou du couple demandeur ont été déterminées et traitées conformément aux données acquises de la science et aux usages de la profession.

³ Art. 4 de la loi. En ce qui concerne le prélèvement de gamètes et la demande d'implantation d'embryons ou d'insémination de gamètes, la limite d'âge est fixée à 45 ans. La loi permet également, à titre exceptionnel et sur indication médicale, le prélèvement pour cryoconservation de gamètes, d'embryons surnuméraires, de gonades ou fragments de gonades chez un mineur.

⁴ Ce mécanisme a été mis en place par le législateur pour laisser aux centres de fécondation, localisés dans des hôpitaux de réseau laïc ou du réseau confessionnel, la possibilité d'accepter ou de refuser des patients ou des traitements ne correspondant pas à leur charte éthique et déontologique (N. SCHIFFINO, « Le système politique belge et la régulation publique de la PMA : clivage, jeu politique et temps », *L'Observatoire de la génétique*, n° 34, septembre-octobre 2007, disponible en ligne : www.omicsethics.org/observatoire/zoom/zoom_07/z_no34_07/z_no34_07_01.html).

⁵ Art. 5 de la loi.

⁶ Art. 7 et 8 de la loi.

⁷ Un embryon surnuméraire est un « *embryon qui a été constitué dans le cadre de la procréation médicalement assistée mais qui n'a pas été implanté chez la femme* » (art. 2, d), de la loi). Les gamètes surnuméraires sont ceux « *qui ont été prélevés dans le cadre de la procréation médicalement assistée mais qui n'ont pas été immédiatement utilisés pour une procréation médicalement assistée* » (art. 2, l), de la loi).

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

conservés (conservés à très basse température) pendant cinq ans sauf dérogation, en vue de la réalisation du projet parental ou d'un projet parental ultérieur, être intégrés dans un protocole de recherche scientifique conformément à la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*, être détruits ou enfin être affectés à un programme de don¹.

2. L'établissement de la filiation²2.1. *Le recours à la procréation médicalement assistée homologue (mobilisant les gamètes du couple)*2.1.1. *Le principe*

1.282. L'insémination artificielle et la fécondation *in vitro* avec transfert embryonnaire mobilisant les gamètes du couple, par nature hétérosexuel, que celui-ci soit marié ou non, ne pose aucun problème juridique spécifique.

La filiation juridique coïncidera avec la filiation biologique exactement de la même manière que si l'enfant avait été conçu « naturellement ».

2.1.2. *Le cas particulier de l'insémination ou de l'implantation post mortem*³2.1.2.1. *Le cadre légal*

1.283. Préalablement à toute implantation d'embryons, le centre de fécondation consulté et le ou les auteurs du projet parental doivent établir une convention dans laquelle devra notamment être déterminée « *l'affectation des embryons surnuméraires en cas de décès d'un des auteurs du projet parental* »⁴.

1.284. La même règle est établie en matière d'insémination de gamètes. Dans ce cas, la convention doit prévoir obligatoirement « *l'affectation des gamètes surnuméraires cryoconservés en cas [...] de décès de celui qui a sollicité la cryoconservation* »⁵.

¹ Art. 10 et 40 de la loi.

² Voir à cet égard : M.-N. DERESE et G. WILLEMS, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, pp. 350 à 358 ; T. WUYTS, « De afstamming na medisch begeleide voortplanting », in P. SENAEVE, Fr. SWENNEN et G. VERSCHELDEN (éd.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Anvers, Intersentia, 2007, pp. 313 à 337.

³ L'implantation *post mortem* est définie par la loi comme la « *[t]echnique permettant la fécondation médicalement assistée d'une femme à partir de gamètes cryoconservés que son partenaire a mis à disposition par convention avant de décéder* » (art. 2, s), de la loi). L'insémination *post mortem* est quant à elle définie comme la « *[t]echnique permettant la fécondation médicalement assistée d'une femme à partir de l'implantation d'embryons surnuméraires cryoconservés que son partenaire a conventionnellement mis à sa disposition par convention avant de décéder* » (art. 2, r), de la loi).

⁴ Art. 13, 2°, de la loi.

⁵ Art. 42, 1°, de la loi.

285. Si le couple a prévu dans la convention que les embryons ou les gamètes surnuméraires seraient cryoconservés en vue d'un projet parental ultérieur, la loi prévoit que l'implantation d'embryons de même que l'insémination de gamètes surnuméraires *post mortem* est possible¹.

Il ne pourra toutefois être procédé à l'implantation ou l'insémination *post mortem* qu'au terme d'un délai de six mois prenant cours au décès de l'auteur du projet parental et, au plus tard, dans les deux ans qui suivent ce décès².

1.286. Au-delà de ces règles claires, le législateur n'a pas réglé plus avant les conséquences en matière d'établissement de la filiation dans pareille hypothèse.

2.1.2.2. *L'établissement de la filiation*

1.287. Si un embryon obtenu à partir de l'ovule d'une femme mariée, fécondé avec le sperme de son mari, est réimplanté chez la femme plus de six mois après le décès du mari, la présomption de paternité du mari ne pourra pas jouer dès lors que l'enfant naîtra nécessairement plus de 300 jours après la dissolution du mariage par le décès. *De lege lata*, seule une action en recherche de paternité permettra l'établissement de la filiation paternelle.

1.288. L'action en recherche de paternité *post mortem* est également le seul mode d'établissement de la paternité envisageable si les auteurs du projet parental n'étaient pas mariés.

1.289. Dans les deux cas, l'action aboutira dès lors que l'homme décédé a fourni ses propres gamètes³.

2.2. *Le recours à la procréation médicalement assistée hétérologue (avec apport de gamètes extérieurs au couple)*

2.2.1. *Le cadre légal*

1.290. La loi autorise, à titre gratuit, les dons de sperme, d'ovocytes et d'embryons.

La loi n'a pas modifié les dispositions du Code civil relatives à la filiation.

Elle s'est limitée à poser, aux articles 27 et 56, le principe suivant lequel « à compter de l'implantation des embryons surnuméraires donnés » (art. 27, al. 1^{er}) ou

¹ Art. 15 et 44 de la loi.

² Art. 16 et 45 de la loi.

³ Voir pour de plus amples développements : M.-N. DERESE et G. WILLEMS, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, pp. 356 à 358.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

« de l'insémination des gamètes donnés » (art. 56, al. 1^{er}), « les règles de la filiation telles qu'établies par le Code civil jouent en faveur du ou des auteurs du projet parental ayant reçu lesdits embryons surnuméraires ou lesdits gamètes ». Il est également précisé, aux alinéas 2 des articles 27 et 56, qu'aucune action relative à la filiation ou à ses effets patrimoniaux n'est ouverte au(x) donneur(s) et ne peut être intentée à l'encontre du ou des donneur(s) par le(s) receveur(s) et par l'enfant.

Ces dispositions posent de manière claire l'impossibilité d'établir un lien de filiation juridique entre l'enfant né grâce à un don et le donneur ou les donneurs de gamètes ou d'embryons. Cette impossibilité est encore rappelée dans les définitions données par la loi du donneur et du receveur d'embryon ou de gamètes¹.

2.2.2. PMA hétérologue au sein d'un couple hétérosexuel marié

2.2.2.1. La maternité en cas de don d'ovule ou d'embryon

1.291. Le nom de la femme qui accouche sera désigné dans l'acte de naissance et la filiation maternelle sera établie par ce fait, sans contestation possible².

Il ne servirait donc à rien de contester la maternité en invoquant l'absence de lien génétique entre la mère et l'enfant, puisque seul le critère de l'accouchement est pertinent.

1.292. Rappelons que la donneuse d'ovule ainsi que le couple donneur d'embryons ne pourront contester la maternité ainsi établie. Inversement, aucune action relative à la filiation ou à ses effets patrimoniaux ne pourra être intentée à leur encontre.

2.2.2.2. La paternité en cas de don de sperme ou d'embryon

1.293. Le mari de la mère sera automatiquement désigné comme le père en vertu de l'article 315 du Code civil³.

1.294. La présomption de paternité ne pourra être contestée par le donneur ou le couple donneur d'embryon. Inversement, aucune action relative à la filiation ou à ses effets patrimoniaux ne pourra être intentée à leur encontre.

1.295. Nous avons vu par ailleurs que l'action en contestation de la paternité du mari est irrecevable si le mari a consenti à l'insémination artificielle ou à un autre acte ayant la procréation pour but⁴. Il ne servirait donc à rien de contester la

¹ Art. 2, i), j), p) et q), de la loi.

² Voir *supra*, n^{os} 1.1 et s.

³ Sous réserve d'une désactivation possible de la présomption de paternité conformément à l'article 316bis du Code civil.

⁴ Art. 318, § 4, C. civ.

paternité du mari en raison de sa non-paternité biologique dans l'hypothèse d'un don de sperme ou d'embryon. Cette fin de non-recevoir ne jouera toutefois pas si la conception de l'enfant n'est pas la conséquence du recours à la procréation médicalement assistée, mais bien d'une relation adultère de l'épouse.

2.2.3. PMA hétérologue au sein d'un couple hétérosexuel non marié

2.2.3.1. La maternité en cas de don d'ovule ou d'embryon

1.296. La filiation maternelle sera établie comme mentionné *supra*, au numéro 1.291, les règles d'établissement de la maternité étant identiques que la mère soit mariée ou non.

2.2.3.2. La paternité en cas de don de sperme ou d'embryon

1.297. Dans l'hypothèse d'une procréation médicalement accomplie avec don de sperme ou d'embryon au profit d'un couple non marié, la filiation paternelle devra être établie par une reconnaissance ou par une action en recherche de paternité.

1.298. Contrairement à bon nombre de législations étrangères, le consentement à la fécondation *in vitro* énoncé dans la convention n'équivaut pas à une reconnaissance dans le chef du compagnon de la mère ni au consentement à une reconnaissance pour celle-ci.

Cette lacune de la loi n'est pas sans poser de réelles difficultés en l'état actuel du droit belge de la filiation¹.

Ainsi, l'homme qui recourt avec sa compagne à l'assistance médicale à la procréation et qui refuse par la suite de reconnaître l'enfant ne pourra s'y voir contraint dès lors qu'il n'a pas fourni ses propres gamètes².

¹ Voir à cet égard : M.-N. DERESE et G. WILLEMS, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 350 ; N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 122 et s. ; J. SOSSON, « Procréations médicalement assistées avec donneur et action en recherche de paternité : quelle interprétation donner aux articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007 ? », note sous Civ. Dinant, 5 mars 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, pp. 1095 et s.

² En ce sens : N. GALLUS, *Le droit de la filiation, Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 350, n° 332 ; J. SOSSON, « Procréations médicalement assistées avec donneur et action en recherche de paternité : quelle interprétation donner aux articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007 ? », note sous Civ. Dinant, 5 mars 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1105.

VIIIter:1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

À l'inverse, si la mère refuse de consentir à la reconnaissance, son compagnon n'a en principe aucune possibilité d'être autorisé à reconnaître l'enfant dès lors qu'il n'est pas le père biologique¹.

Mentionnons toutefois un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 29 mai 2012² qui fait droit à une action en autorisation de reconnaissance du père d'intention. La Cour considère que l'article 56, alinéa 1^{er}, de la loi du 6 juillet 2007 doit s'interpréter en ce sens que, en cas de don de sperme, les règles du Code civil qui indiquent la paternité du père biologique sont écartées et remplacées par des règles similaires au profit du père d'intention. Cela signifierait, selon la Cour, que pour l'application de l'article 329bis, § 2, alinéa 3, du Code civil, qui prévoit que le tribunal doit rejeter la demande de l'homme dont il est établi qu'il n'est pas le père biologique de l'enfant, les mots « *pas le père biologique de l'enfant* » doivent être remplacés par « *pas l'homme qui, avec la mère, a consenti à l'acte de procréation médicalement assistée dans la convention avec le centre de fertilité qui a conduit à la grossesse de laquelle l'enfant est issu* ».

Par ailleurs, même si la mère consent à la reconnaissance, celle-ci pourra être contestée par l'enfant ou par celui qui se prétend être le père³, dans la mesure où elle n'est pas conforme à la réalité biologique, sous réserve de l'existence d'une possession d'état entre l'enfant et l'homme qui l'a reconnu, sans que celle-ci ne puisse toutefois jouer comme fin de non-recevoir absolue⁴.

On peut également songer à l'hypothèse du décès du compagnon de la mère avant qu'il n'ait pu reconnaître l'enfant. C'est ce cas de figure qui a donné lieu à une décision du Tribunal de première instance de Dinant du 5 mars 2009⁵. Dans cette affaire, un couple non marié avait eu recours à une procréation médicalement assistée avec le sperme d'un donneur. L'homme, atteint d'un cancer, meurt six jours après la naissance de jumeaux sans avoir eu le temps de les reconnaître. La mère introduit une action en recherche de paternité pour que soit établi le lien juridique de filiation paternelle entre les jumeaux et son compagnon défunt. L'action est dirigée, conformément à l'article 332quater du Code civil, contre la fille que le

¹ En ce sens : N. GALLUS, *Le droit de la filiation, Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 347, n° 329 ; J. SOSSON, « Procréations médicalement assistées avec donneur et action en recherche de paternité : quelle interprétation donner aux articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007 ? », note sous Civ. Dinant, 5 mars 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1108. Dans le même sens, même si moins affirmatifs : M.-N. DERESE et G. WILLEMS, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 355.

² Bruxelles, 29 mai 2012, *T. Fam.*, 2013, note U. CERULUS, « Het lot van de MBV – overeenkomst na beëindiging van de wettelijke samenwoning van de wensouders voor de bevruchting ».

³ Cette possibilité est ici purement théorique puisque les articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007 interdisent au donneur d'agir.

⁴ C.C., 7 mars 2013, n° 29/2013 et 9 juillet 2013, n° 96/2013. Voir *supra*, n°s 1.163 et s.

⁵ Civ. Dinant, 5 mars 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1095, note J. SOSSON.

défunt avait eue d'une précédente union. Parmi ses moyens de défense, celle-ci invoquait notamment l'article 332quinquies, § 3, du Code civil, qui dispose que l'action en recherche de paternité doit être rejetée *en toute hypothèse* s'il est prouvé que celui dont la filiation est recherchée n'est pas le père biologique de l'enfant, ce qui était par définition le cas en l'espèce. Pour le ministère public, le législateur, en stipulant dans les articles 27 et 56 que « *les règles de la filiation telles qu'établies par le Code civil jouent en faveur du ou des auteurs du projet parental* », avait comme intention « *non de déroger comme tel aux règles de la filiation, mais au contraire d'en élargir le champ d'application et d'en permettre, à partir de [...] l'insémination [...], l'application indifférenciée à tous les auteurs du projet parental, fussent-ils même biologiquement étrangers* ». Suivant l'interprétation « téléologique » du ministère public, le tribunal a considéré que « *l'existence d'un projet parental avec recours à la procréation médicalement assistée, notamment avec le don de gamètes hétérologues, implique donc le droit pour les auteurs du projet ou l'un d'eux de bénéficier et faire bénéficier les enfants concernés des droits et obligations des règles de la filiation, les premiers alinéas des articles 27 et 56 de la susdite loi du 6 juillet 2007, à peine de perdre toute portée, impliquant une dérogation certaine à la prohibition portée par l'article 332quinquies, § 3 du Code civil* ».

Le raisonnement du tribunal, s'il est compréhensible d'un point de vue humain¹, n'en reste pas moins critiquable d'un strict point de vue juridique². Il est néanmoins rejoint par la Cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 29 mai 2012.

En l'attente de l'introduction dans le Code civil d'une disposition précisant que le consentement donné à une procréation médicalement assistée vaut dans tous les cas reconnaissance de filiation³, on conseillera prudemment au compagnon de la mère de reconnaître l'enfant dès sa conception.

1.299. Quoi qu'il en soit, on rappellera que les articles 27 et 56 de la loi empêchent le donneur d'agir, tout comme ils interdisent tant au(x) receveur(s) qu'à l'enfant lui-même d'intenter quelque action contre le donneur.

¹ Notamment parce qu'il rejoint sans aucun doute l'intérêt des enfants : N. GALLUS et S. PFEIFF, « Gestation pour autrui et procréation médicalement assistée », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 351.

² En ce sens : J. SOSSON, « Procréations médicalement assistées avec donneur et action en recherche de paternité : quelle interprétation donner aux articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007 ? », note sous Civ. Dinant, 5 mars 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1110.

³ Voir, en droit français, l'article 311-20 du Code civil qui dispose que « *le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet* » et que « *[c]elui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant* », outre le fait que « *sa paternité est judiciairement déclarée* ».

2.2.4. PMA au sein d'un couple lesbien**2.2.4.1. Situation avant l'entrée en vigueur de la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente**

1.300. La loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente a été publiée au *Moniteur belge* le 7 juillet 2014 et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015. Cette loi permet d'établir un lien de filiation entre l'enfant et la coparente, c'est-à-dire la femme ayant participé au projet parental avec la mère.

1.301. Avant l'entrée en vigueur de cette loi, lorsque le projet parental émanait d'un couple de femmes, que celles-ci soient mariées ou non, seule l'adoption endofamiliale permettait de rattacher l'enfant à la conjointe ou la compagne de la mère¹, avec les difficultés que cela posait assurément : risque, en cas de délitement de l'union conjugale, que la co-mère s'abstienne d'adopter l'enfant ou, à l'inverse, que la mère refuse de consentir à l'adoption².

2.2.4.2. Situation après l'entrée en vigueur de la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente

1.302. Nous venons de voir qu'avant la loi du 5 mai 2014, la « coparente » devait nécessairement passer par l'adoption pour établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant. À présent et en vertu de la nouvelle loi, l'enfant peut avoir une double filiation monosexuée d'origine, puisqu'en vertu de l'application de la présomption de comaternité, l'épouse de la mère ayant participé au projet parental sera directement reconnue comme coparente de l'enfant. La partenaire qui n'est pas mariée avec la mère aura quant à elle la possibilité de reconnaître l'enfant.

¹ La loi du 18 mai 2006 (*M.B.*, 20 juillet 2006) a ouvert l'adoption aux couples de même sexe, qu'ils soient mariés, cohabitants légaux ou concubins. Les cohabitants de fait, qu'ils soient ou non de même sexe, doivent satisfaire à l'exigence d'une relation affective stable d'une durée de trois ans au moment de l'introduction de la demande en adoption. Voir toutefois, à propos de cette condition, l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 94/2012 du 12 juillet 2012 et les commentaires en doctrine : N. GALLUS, « L'avenir de la parenté monosexuée », *Act. dr. fam.*, 2013, p. 8 ; J. SOSSON et S. CAP, « Quand la Cour constitutionnelle revisite les conditions de l'adoption homoparentale », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 183 à 186 ; T. WUYTS, « De rechtspositie van meemoeders en hun kinderen », in P. SENAËVE, Fr. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (éd.), *Ouders en kinderen*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 104 à 111.

² Voir à cet égard C.C., 12 juillet 2012, n° 93/2012 et les commentaires en doctrine : P. BORGHS, « Grondwettelijk Hof versoepelt adoptie door meemoeder », *Juristenkrant*, 12 septembre 2012, pp. 4 et s ; N. GALLUS, « L'avenir de la parenté monosexuée », *Act. dr. fam.*, 2013, p. 7 ; J. SOSSON et S. CAP, « Quand la Cour constitutionnelle revisite les conditions de l'adoption homoparentale », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 179 à 183 ; T. WUYTS, « De rechtspositie van meemoeders en hun kinderen », in P. SENAËVE, Fr. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (éd.), *Ouders en kinderen*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 99 à 104.

En date du 22 décembre 2014, une circulaire relative, notamment, à la loi du 5 mai 2014 a été adoptée afin d'éclairer les officiers de l'état civil sur l'application de cette loi¹.

2.2.4.2.1. *Au sein d'un couple marié*

1.303. La femme qui aura porté l'enfant sera désignée, à la naissance, comme la mère de celui-ci tandis que son épouse sera automatiquement désignée comme la coparente en vertu de l'article 325/2 du Code civil.

L'article portant sur la présomption de comaternité est en tout point rédigé de la même manière que l'article 315 du Code civil portant sur la présomption de paternité. L'épouse de la mère est ainsi présumée être la coparente de l'enfant né pendant le mariage ou dans les 300 jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage². Les dispositions des articles 316 à 317 du Code civil sont applicables par analogie.

1.304. On relèvera que l'article 30 de la loi du 5 mai 2014 précise que l'article 325/2 du Code civil s'applique *à la filiation d'enfants nés après l'entrée en vigueur de la présente loi*.

2.2.4.1.2. *Au sein d'un couple non marié*

1.305. L'établissement de la filiation de la coparente dans l'hypothèse d'une procréation médicalement accomplie avec don de sperme ou d'embryon au profit d'un couple non marié devra se faire par une reconnaissance ou une action en recherche de comaternité.

1.306. À l'inverse de l'établissement de la paternité, dans pareil cas de figure, l'établissement de la comaternité sera rendu possible dans tous les cas par la signature de la convention qui devient le critère de preuve de la comaternité.

Ainsi, la femme qui recourt avec sa compagne à l'assistance médicale à la procréation et qui refuse par la suite de reconnaître l'enfant pourra voir sa comaternité établie par le biais d'une action en recherche de comaternité dès lors qu'elle a consenti à la conception conformément à la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons, sauf si la

¹ Circulaire relative à la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente et la loi du 18 décembre 2014 modifiant le Code civil, le Code de droit international privé, le Code consulaire, la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente et la loi du 8 mai 2014 modifiant le Code civil en vue d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme dans le mode de transmission du nom à l'enfant et à l'adopté, *M.B.*, 29 décembre 2014. Pour une analyse plus approfondie, voir S. CAP, « Quelle parenté pour les couples de même sexe ? », *Ann. Dr.*, 2014, vol. 74, pp. 91 à 112.

² Sous réserve d'une désactivation possible de la présomption conformément à l'art. 316bis C. civ.

VIIIter:1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

conception de l'enfant ne peut en être la conséquence et sous réserve d'un contrôle portant sur l'intérêt de l'enfant.

À l'inverse, si la mère refuse de consentir à la reconnaissance, sa compagne disposera d'un droit de recours devant le tribunal de la famille et verra son action aboutir dès lors qu'elle apportera la preuve de son consentement à la conception conformément à la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires, sauf si la conception de l'enfant ne peut en être la conséquence et sous réserve d'un contrôle portant sur l'intérêt de l'enfant¹.

1.307. Notez que l'article 30, alinéa 2, de la loi du 5 mai 2014 prévoit que les règles nouvelles s'appliquent à partir de la date d'entrée en vigueur de la loi aux enfants nés avant l'entrée en vigueur de la loi, pour autant qu'il n'y ait pas encore de lien de filiation, par voie d'adoption, entre la personne qui souhaite reconnaître l'enfant et ce dernier.

2.2.5. *L'anonymat du donneur*²

1.308. La loi établit une distinction entre le don de gamètes et le don d'embryons surnuméraires. Elle impose l'anonymat pour ce dernier mais autorise le don non anonyme de gamètes lorsqu'il résulte d'un accord entre le donneur et le ou les receveurs³.

1.309. Si la possibilité est ainsi offerte aux parents de choisir un donneur de gamètes anonyme ou de se présenter avec un donneur consentant à la levée de son anonymat, on relèvera que l'anonymat n'est dans ce cas levé qu'entre le donneur et la receveuse, ou le couple receveur.

Hormis via l'intermédiaire de ses parents, l'enfant né à la suite d'un don non anonyme de gamètes n'a aucun droit d'accès aux informations relatives au donneur. D'une part, l'enfant ne dispose d'aucun recours pour forcer ses parents à lui communiquer les informations dont ils disposent, d'autre part, le centre de fécondation reste tenu de rendre inaccessible toute donnée permettant l'identification du donneur, que le don soit anonyme ou non, et toute personne travaillant pour ou dans un tel centre qui prend connaissance, de quelque manière que ce soit, d'informations permettant l'identification des donneurs d'embryons ou de gamètes est tenue au secret professionnel⁴. Dès lors, aucune information identifiante ne peut être communiquée par le centre de fécondation. Concernant les informations non

¹ Voir *supra*, n° 1.192.

² Pour aller plus loin sur cette question, voir G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2014, pp. 317 et s. et les nombreuses références citées.

³ Art. 22, al. 2, et 57 de la loi.

⁴ Art. 28 et 57 de la loi.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

identifiantes, le centre de fécondation ne peut communiquer d'autres informations relatives au(x) donneur(s) que celles de nature médicale susceptibles de revêtir une importance pour le développement sain de l'enfant et surtout, il ne peut communiquer ces informations qu'à la receveuse ou au couple receveur qui en fait la demande au moment de faire un choix de traitement ou au médecin traitant de l'enfant, de la receveuse ou du couple receveur, pour autant que la santé de l'enfant le requière¹.

§ 5. *La gestation pour autrui*

1.310. À ce jour, la Belgique ne s'est pas encore dotée d'une réglementation spécifique en matière de gestation pour autrui (ci-après GPA)².

La GPA n'est ni expressément interdite ni expressément autorisée. Cette situation est évidemment source de grande insécurité juridique et ne paraît pas être une option durable en termes de politique législative³.

1. *De lege lata*1.1. *L'illicéité de la convention*

1.311. La convention de gestation pour autrui peut être qualifiée de contrat *sui generis*, dans la mesure où cette pratique ne semble correspondre, en l'état actuel du droit belge, à aucun contrat existant⁴.

¹ Art. 36 et 65 de la loi.

² À propos des propositions de loi déposées, voir G. SCHAMPS et J. SOSSON (coord.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

³ Pour aller plus loin, voir L. PLUYM, *Een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap*, Waterloo, Kluwer, 2015.

⁴ Pour en savoir plus : B. M. KNOPPERS et S. LE BRIS, *l'° « Maternité de substitution »*, in *Les mots de la bioéthique*, Bruxelles, De Boeck, 1993, pp. 265 et 266 ; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître. Le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation : étude de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 848 à 850 ; G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2014, pp. 357 et s.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

1.312. Quelle que soit la qualification qu'on lui donne, la validité de cette convention est contestée par la doctrine¹ appuyée par la jurisprudence².

Une convention portant sur une gestation pour autrui est ainsi dénuée de toute valeur juridique en Belgique³. Une telle convention est nulle en raison de l'illicéité de son objet⁴ et de sa cause⁵ conformément aux articles 6, 1128 et 1133 du Code civil⁶.

1.313. Il y a lieu de préciser qu'en droit belge, l'illicéité de la convention de gestation pour autrui n'est inscrite dans aucun texte, contrairement au droit français⁷, mais se déduit « *[des] principes de droit commun* »⁸.

¹ A. DE WOLF, « Draagmoederschap in België en Frankrijk : een stand van zaken », in K. BOELE-WOELKI et M. ODERKERK, *(On)geoorloofdheid van draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Anvers, Intersentia, 1999, p. 98 ; N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », in *Gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Actes du colloque organisé à Louvain-la-Neuve le 24 avril 2012 par le Centre de droit médical et biomédical et le Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 175 et s. ; IDEM, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 357 et s. ; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître. Le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation : étude de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 852 à 860 ; E. MONTERO, « L'adoption consécutive à un contrat de mère porteuse », obs. sous Trib. jeun. Bruxelles, 4 juin 1996, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, pp. 126 et s. ; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 181 ; A. ROUVROY, « Quelques questions relatives aux procréations médicalement assistées », *J.T.*, 1997, p. 774 ; P. SENAËVE, « Juridische aspecten van het draagmoederschap », *Vl. T. Gez.*, 1988, p. 250 ; IDEM, « Overeenkomsten tussen en met samenlevende personen », in M. STORME, Y. MERCHERS et J. HERBOTS (éd.), *De overeenkomst, vandaag en morgen*, Anvers, Kluwer, 1990, p. 419 ; G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, Malines, Kluwer, 2004, p. 700 ; T. WUYTS, « De afstamming na medisch begeleide voortplanting », in P. SENAËVE, Fr. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (éd.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 360.

² Voir not. : Gand, 30 avril 2012, *T.J.K.*, 2012, p. 261 ; Liège (1^{re} ch.), 6 septembre 2010, *J.T.*, 2010, p. 634 ; Civ. Huy (4^e ch.), 22 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 420. *Contra* : Civ. Hasselt, 19 mars 2013, *R.W.*, 2014-2015, p. 1472.

³ *Contra* : G. GENICOT, « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle. Plaidoyer pour un droit neutre et libéré », in *Gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Actes du colloque organisé à Louvain-la-Neuve le 24 avril 2012 par le Centre de droit médical et biomédical et le Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 149 et s.

⁴ E. MONTERO, « L'adoption consécutive à un contrat de mère porteuse », obs. sous Trib. jeun. Bruxelles, 4 juin 1996, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 127. *Contra* : Civ. Hasselt, 19 mars 2013, *R.W.*, 2014-2015, p. 1472.

⁵ N. GALLUS, *Le droit de la filiation : rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 357.

⁶ Art. 6 C. civ. : « *[o]n ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* » ; art. 1128 C. civ. : « *[i]l n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* » ; art. 1133 C. civ. : « *[l]a cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* ».

⁷ Art. 16-7 du Code civil français : « *[t]oute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ».

⁸ E. MONTERO, « L'adoption consécutive à un contrat de mère porteuse », obs. sous Trib. jeun. Bruxelles, 4 juin 1996, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 126.

Plus précisément, quatre considérations permettent de déduire l'illicéité de la convention de gestation pour autrui¹ : la violation des principes d'indisponibilité du corps humain² et de l'état des personnes³, le défaut d'un consentement libre et éclairé de la gestatrice⁴ et la violation du droit indisponible et inaliénable de toute femme d'établir sa maternité à l'égard de l'enfant qu'elle met au monde⁵.

1.314. L'illicéité du contrat de gestation pour autrui exclut tout recours judiciaire en cas de contestation sur l'exécution de la convention⁶.

1.2. La légitimité de la pratique

1.315. L'illicéité de la convention, si elle exclut toute possibilité d'exécution forcée, n'empêche pas le recours, en pratique, à la GPA.

Actuellement en Belgique, quatre centres de fertilité acceptent d'accompagner la réalisation d'un désir d'enfant via le recours à une gestation pour autrui : l'*Universitair Ziekenhuis Gent* (UZ Gent), l'*Universitair Ziekenhuis Antwerpen* (UZA), l'*Universitair Medisch Centrum Sint-Pieter* (UMC Sint-Pieter)⁷ et le Centre hospitalier Universitaire de Liège (CHU de Liège)⁸.

¹ N. MASSAGER, « L'influence des techniques de procréation médicale assistée sur la filiation de l'enfant à naître », in *Dix années d'application du nouveau droit de la filiation*, Liège, Éd. Jeune Barreau, 1997, p. 220.

² Ce principe interdit la conclusion de toute convention ayant pour objet le corps humain ou un élément de celui-ci, en vertu de l'article 1128 du Code civil.

³ Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes prohibe « toute interférence de la volonté individuelle sur les règles d'établissement de la filiation » (N. GALLUS, « Aspects juridiques de la gestation pour autrui », disponible sur www.femmesprevoyantes.be, p. 3).

⁴ Pour une partie de la doctrine, le consentement de la gestatrice ne saurait être éclairé eu égard aux risques imprévisibles que peut représenter une grossesse. En ce sens : N. GALLUS, « Aspects juridiques de la gestation pour autrui », disponible sur www.femmesprevoyantes.be, p. 3.

⁵ Le droit indisponible et inaliénable d'établir sa maternité s'entend du droit de toute femme d'« établir sa filiation à l'égard de l'enfant auquel elle a donné naissance et de rendre cette filiation inébranlable en confortant cette maternité par une possession d'état conforme » (N. MASSAGER, « L'influence des techniques de procréation médicale assistée sur la filiation de l'enfant à naître », in *Dix années d'application du nouveau droit de la filiation*, Liège, Éd. Jeune Barreau, 1997, p. 220). Les dispositions relatives à la filiation étant d'ordre public, aucune dérogation n'est permise de telle sorte que toute renonciation anticipée, telle que mise en œuvre dans la gestation pour autrui, est nulle : N. GALLUS, « Aspects juridiques de la gestation pour autrui », disponible sur www.femmesprevoyantes.be, p. 3 ; N. MASSAGER, « L'influence des techniques de procréation médicale assistée sur la filiation de l'enfant à naître », in *Dix années d'application du nouveau droit de la filiation*, Liège, Éd. Jeune Barreau, 1997, pp. 220 et 221.

⁶ N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 366.

⁷ Sur la prise en charge des demandes de gestation pour autrui au centre de procréation médicalement assistée du CHU Saint-Pierre, voir : C. AUTIN, « Gestation pour autrui : expérience d'un centre belge de procréation médicalement assistée », in *Gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Actes du colloque organisé à Louvain-la-Neuve le 24 avril 2012 par le Centre de droit médical et biomédical et le Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 3 et s.

⁸ Pour plus de détails, et not. pour des données chiffrées, voir : G. VERSCHULDEN, « Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België », *T.P.R.*, 2011, liv. 4, pp. 1427 et s.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

Dans la pratique, les parents d'intention proposent eux-mêmes la mère porteuse de leur choix¹.

Les centres semblent majoritairement réserver le recours à la gestation pour autrui aux couples hétérosexuels dont la femme souffre d'une pathologie utérine².

1.3. La filiation de l'enfant né à la suite d'une GPA

1.316. En l'absence de réglementation spécifique, ce sont les règles du droit commun de la filiation qui s'appliqueront à la naissance de l'enfant³.

1.3.1. Au sein d'un couple hétérosexuel

1.3.1.1. La filiation maternelle

1.317. Dans un premier temps et pour autant qu'elle accouche en Belgique, la mère porteuse, qu'elle soit ou non liée génétiquement à l'enfant qu'elle porte, sera désignée comme étant la mère légale de l'enfant dans la mesure où l'acte de naissance établit de plein droit la filiation de l'enfant vis-à-vis de sa mère⁴. Dès lors que le critère de l'accouchement prévaut⁵, il ne servirait à rien pour la mère intentionnelle de contester la filiation ainsi établie sur la base d'un lien génétique avec l'enfant.

1.318. *De lege lata*, pour établir un lien de filiation avec l'enfant, la mère intentionnelle devra dès lors recourir à l'adoption plénière. Théoriquement, depuis l'entrée en vigueur de la loi sur la coparente, elle pourrait également choisir de reconnaître l'enfant avec le consentement de la mère porteuse et devenir ainsi la coparente. Toutefois, dans ce cas, l'enfant ne pourra, en l'état actuel du droit, bénéficier d'un lien de filiation paternelle (en dehors d'une adoption), l'enfant ne

¹ Ibid.

² N. GALLUS, « L'adoption par les parents intentionnels de l'enfant né d'une mère porteuse », *Act. dr. fam.*, 2013, p. 101, qui souligne précisément la rareté de l'hypothèse ayant donné lieu à la décision commentée du Tribunal de la jeunesse de Namur du 7 janvier 2011. Dans cette affaire, le Tribunal s'est prononcé favorablement à propos de l'adoption plénière d'un enfant par un couple de lesbiennes mariées procédant à l'adoption conjointe de l'enfant né d'une mère porteuse, sœur d'une des deux adoptantes, inséminée avec le sperme d'un donneur anonyme.

³ Voir not. sur cette question : N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître. Le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation : étude de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 938 et s. ; G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2014, pp. 370 et s. ; M.-N. VEYS, « Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap », *R.G.D.C.*, 2006, pp. 402 à 415.

⁴ Art. 312, § 1^{er}, C. civ. Voir *supra*, n° 1.

⁵ En ce sens : Trib. jeun. Bruxelles, 6 mai 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, pp. 172 et s. ; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître. Le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation : étude de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 78 et 760 ; J. SOSSON, « La création d'un lien légal avec la mère génétique d'un enfant conçu par gestation pour autrui : une question de filiation ou d'adoption ? », note sous Trib. jeun. Bruxelles, 6 mai 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 177.

pouvant faire l'objet de plus de deux liens de filiation produisant effet en vertu de l'article 329 du Code civil.

1.319. Deux événements pourraient néanmoins empêcher l'application de l'article 312, § 1^{er}, du Code civil en faveur de la mère porteuse : soit celle-ci met l'enfant au monde dans un pays qui reconnaît l'accouchement sous X, soit elle accouche clandestinement. Dans ces deux hypothèses, rien ne s'opposerait à ce que la mère d'intention reconnaisse l'enfant. L'article 313, § 1^{er}, du Code civil permet en effet une reconnaissance maternelle si le nom de la mère n'est pas mentionné dans l'acte de naissance ou à défaut de cet acte¹. Cette reconnaissance pourrait toutefois être facilement contestée en rapportant la preuve du caractère mensonger de la filiation, conformément à l'article 330 du Code civil. L'existence d'une possession d'état conforme au titre ne sera plus nécessairement amenée à jouer son rôle de fin de non-recevoir absolue, eu égard à la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle amorcée en 2011².

1.320. On peut encore émettre une hypothèse, à savoir l'accouchement de la mère porteuse sous un faux nom, celui de la mère intentionnelle. À ce titre, la pratique de « fraude à la carte SIS », qui consiste pour la mère porteuse à utiliser la carte SIS de la mère intentionnelle de manière à ce que le nom de cette dernière apparaisse dans l'acte de naissance comme étant le nom de la femme ayant accouché de l'enfant, constitue un délit de supposition d'enfant puni par l'article 363 du Code pénal³. Dans ce cas également, la maternité ainsi établie pourra aisément être contestée, conformément à l'article 312, § 2, du Code civil, en rapportant la preuve du caractère mensonger de la filiation, avec la même remarque mentionnée ci-avant concernant le rôle de la possession d'état.

1.3.1.2. La filiation paternelle

1.321. La filiation paternelle, quant à elle, dépendra de l'état civil de la mère porteuse.

1.322. Si la mère porteuse est célibataire, le père intentionnel pourra reconnaître l'enfant, de préférence avant la naissance, avec le consentement de la mère porteuse, conformément aux articles 319 et 329bis du Code civil. La procédure

¹ Voir à cet égard : Cass., 29 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 121 ; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître. Le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation : étude de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 939 et s. ; G. VERSCHELDEN, « Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België », *T.P.R.*, 2011/4, pp. 1444 et s.

² Voir *supra*, n^{os} 1.55 et s.

³ L'article 363 du Code pénal punit de la réclusion de cinq ans à dix ans « celui qui substitue un enfant à un autre ou qui attribue à une femme un enfant dont elle n'a pas accouché », ainsi que ceux qui en auront donné la mission si celle-ci a reçu son exécution.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

en cas de refus de consentement ne lui permettra, le cas échéant, de pouvoir reconnaître l'enfant malgré l'absence de consentement de la mère porteuse que s'il est le père biologique de celui-ci et si la reconnaissance n'est pas considérée par le tribunal comme contraire à l'intérêt de l'enfant.

1.323. Par contre, si la mère porteuse est mariée, la présomption de paternité ou de comaternité s'applique et le père intentionnel devra contester cette filiation avant de pouvoir, le cas échéant, y substituer la sienne. Deux situations sont alors envisageables selon que le père d'intention a ou non fourni ses propres gamètes. Si le père d'intention est le père biologique, il intentera avec succès¹ l'action en contestation de la paternité du mari, conformément à l'article 318 du Code civil, et verra sa filiation établie à l'égard de l'enfant. S'il entend contester la comaternité de l'épouse de la mère, il lui faudra en outre prouver que celle-ci n'a pas consenti à l'insémination artificielle ou à un autre acte ayant la procréation pour but ou que la conception de l'enfant ne peut en être la conséquence. Si le père d'intention n'a pas fourni ses gamètes, il appartiendra à la mère porteuse ou à son (sa) conjoint(e) d'intenter l'action en contestation de la paternité du mari ou de la coparenté de l'épouse avant que le père d'intention ne puisse reconnaître l'enfant. On veillera toutefois à écarter la fin de non-recevoir visée à l'article 318, § 4, du Code civil qui dispose que l'action en contestation de la paternité du mari est irrecevable s'il a consenti à une insémination artificielle ou un autre acte ayant pour but la procréation, à moins que la conception de l'enfant ne puisse en être la conséquence. La *ratio legis* de cette disposition est en effet de protéger la filiation juridique du père d'intention, ce que n'est pas le mari dans l'hypothèse ici envisagée. De la même manière, il faudra se réserver la preuve de ce que l'épouse de la mère n'a pas consenti à l'insémination artificielle ou à un autre acte ayant la procréation pour but ou que la conception de l'enfant ne peut en être la conséquence.

1.324. Le couple intentionnel pourrait également choisir d'adopter l'enfant conjointement, moyennant le consentement des parents d'origine². Cette voie est certes plus longue mais elle présente l'avantage indéniable d'être plus sûre puisque l'adoption, plénière à tout le moins, est en principe irrévocable. L'absence de lien biologique entre l'enfant et les parents d'intention ne pourrait donc pas justifier la remise en cause du lien de filiation ainsi créé.

1.3.1.3. La position de la jurisprudence

1.325. À l'heure actuelle et dans la pratique, le rattachement de l'enfant à ses parents d'intention au sein d'un couple hétérosexuel se réalise le plus souvent en deux temps : dans un premier temps, et pour autant que la mère porteuse ne soit pas

¹ Sous réserve, en cas d'opposition de la mère porteuse, du contrôle portant sur l'intérêt de l'enfant.

² Voir sur cette question : N. GALLUS, « L'adoption par les parents intentionnels de l'enfant né d'une mère porteuse », *Act. dr. fam.*, 2013, pp. 100 et s.

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

mariée, le père intentionnel reconnaît l'enfant, de préférence avant la naissance, avec l'accord de la mère porteuse. Dans un second temps, la mère intentionnelle adopte l'enfant de son conjoint, moyennant l'accord de la mère porteuse.

1.326. Quoi qu'il en soit, la position de la jurisprudence belge en ce qui concerne l'établissement de la filiation de l'enfant vis-à-vis du couple d'intention est quasi unanime et se fonde sur le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant apprécié *in concreto*, ce qui implique de tenir compte de la réalité socioaffective vécue par l'enfant¹. Dans ce contexte, la jurisprudence reconnaît le lien de filiation entre le père biologique et l'enfant et autorise l'adoption de ce dernier par l'épouse ou la compagne du père biologique². Pour la jurisprudence belge, il appartient au tribunal non pas de se prononcer sur la licéité ou non de la pratique de la gestation pour autrui, mais bien de statuer en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant à être adopté. Cette position est partagée par la doctrine majoritaire³.

¹ Trib. jeun. Bruxelles, 23 août 2012, *Act. dr. fam.*, 2013, pp. 99 et s., note N. GALLUS ; Liège (1^{re} ch.), 6 septembre 2010, *J.T.*, 2010, pp. 634 et s. ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, pp. 1134 à 1139, note C. HENRICOT, S. SAROLEA et J. SOSSON, ; *J.L.M.B.*, 2011, p. 52, note P. WAUTELET ; Trib. jeun. Anvers, 22 avril 2010, *T. Fam.*, 2012, p. 43, note L. PLUYM ; Civ. Bruxelles (réf.), 6 avril 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, pp. 1164 et s. ; Trib. jeun. Bruxelles (12^e ch.), 6 mai 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, pp. 172 et s., note J. SOSSON ; *J.L.M.B.*, 2009, pp. 1083 et s. ; Anvers (16^e ch.bis), 14 janvier 2008, *R.W.*, 2007-2008, pp. 1774 et s., note Fr. SWENNEN ; Bruxelles (3^e ch.), 1^{er} mars 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, pp. 754 et s. ; Trib. jeun. Turnhout, 4 octobre 2000, *R.W.*, 2001-2002, pp. 206 et s., note Fr. SWENNEN ; Trib. jeun. Bruxelles, 4 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1182, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 124, obs. E. MONTERO. *Contra* : Civ. Huy (4^e ch.), 22 mars 2010, *J.T.*, 2010, pp. 420 et s. ; Trib. jeun. Anvers (7^e ch.), 11 octobre 2007, *R.W.*, 2007-2008, pp. 1777 et s. Ces deux jugements ont toutefois été réformés en appel, de sorte que l'on peut parler de quasi-unanimité à propos de l'établissement de la filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui, sous réserve de deux décisions prononcées par la Cour d'appel de Gand, l'une en 1989 (Gand, 16 janvier 1989, *T.G.R.*, 1989, p. 52), l'autre, plus récente, prononcée le 30 avril 2012. Dans ce dernier arrêt, la Cour a refusé de prononcer l'adoption sollicitée par la mère d'intention en raison du caractère commercial de l'opération (Gand, 30 avril 2012, *T.J.K.*, 2012, p. 264, note L. PLUYM, « Weigering volle adoptie na commercieel laagtechnologisch draagmoederschap » ; *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2012/8, pp. 374 et s., note G. VERSCHELDEN, « De (on)mogelijkheid tot volle stief-ouderadoptie na laagtechnologisch commercieel draagmoederschap »).

² On précisera qu'en Belgique, le recours à une mère porteuse se fait le plus souvent avec la mobilisation des embryons du couple d'intention de sorte que la mère porteuse n'est pas la mère génétique de l'enfant (maternité de substitution de « haute technologie »). Pour un cas de maternité de substitution dite de « basse technologie », c'est-à-dire avec mobilisation des gamètes de la mère porteuse, voir Gand, 30 avril 2012. Confirmant la décision prononcée en première instance, la Cour d'appel de Gand refuse de prononcer l'adoption par la mère d'intention au motif non pas que la mère porteuse était la mère génétique, mais en raison du caractère commercial de l'opération (un paiement mensuel de 1 600 EUR avait été versé à la mère porteuse durant la grossesse). Voir pour plus de développements sur cette affaire : L. PLUYM, « Weigering volle adoptie na commercieel laagtechnologisch draagmoederschap », note sous Gand, 30 avril 2012, *T.J.K.*, 2012, pp. 264 à 269 ; G. VERSCHELDEN, « De (on)mogelijkheid tot volle stief-ouderadoptie na laagtechnologisch commercieel draagmoederschap », note sous Gand, 30 avril 2012, *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2012/8, pp. 374 et s.

³ X. DIJON et J.-P. MASSON, note sous Cass. fr. (ass. plén.), 31 mai 1991, *J.T.*, 1991, pp. 771 et s. ; N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 367 ; IDEM, « L'adoption par les parents intentionnels de l'enfant né d'une mère porteuse », *Act. dr. fam.*, 2013, pp. 100 et 101 ; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître. Le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement*

VIIIter.1.1. – L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONTESTATION DE LA FILIATION

1.327. Dans le même sens, les juridictions belges se montrent majoritairement favorables, au nom de l'intérêt de l'enfant envisagé *in concreto*, à la reconnaissance de certains effets juridiques aux actes de naissance ou aux jugements établissant la filiation de l'enfant né à la suite d'une gestation pour autrui à l'étranger¹.

1.3.2. *Au sein d'un couple homosexuel*

1.3.2.1. *Couple gay*

1.328. Au sein d'un couple d'hommes, rien n'empêche que l'un d'eux (on songe notamment à l'homme ayant fourni son sperme) reconnaisse l'enfant avec le consentement de la mère porteuse, pour autant que celle-ci ne soit pas mariée.

1.329. Le conjoint ou le compagnon de celui qui aura reconnu l'enfant pourra ensuite procéder à son adoption, conformément aux articles 343 et suivants du Code civil. Il est également possible pour le couple d'opter pour une adoption conjointe, moyennant le consentement du ou des parents d'origine².

1.330. Lorsque le couple décide de recourir à la gestation pour autrui à l'étranger, toute la difficulté sera d'obtenir, de retour en Belgique, la reconnaissance des effets juridiques de l'acte de naissance ou du jugement établi à l'étranger. Certaines législations permettent par exemple d'établir par jugement, dès avant la naissance, le double lien de filiation monosexué des parents d'intention, jugement qu'il faudra ensuite faire reconnaître au sein de l'ordre juridique belge³.

assistée sur le droit de la filiation : étude de droit civil, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 954 et 955 ; E. MONTERO, « L'adoption consécutive à un contrat de mère porteuse », note sous Trib. jeun. Bruxelles, 4 juin 1996, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, pp. 124 à 128 ; L. PLUYM, « Adoptie na internationaal draagmoederschap », note sous Trib. jeun. Anvers, 22 avril 2010, *T. Fam.*, 2012, p. 49 ; Fr. SWENNEN, « Adoptie na draagmoederschap revisited », note sous Anvers, 14 janvier 2008, *R.W.*, 2007-2008, p. 1776 ; M.-N. VEYS, « Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap », *R.G.D.C.*, 2006, p. 409 ; T. WUYTS, « De afstamming na medisch begeleide voortplanting », in P. SENAËVE, Fr. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (éd.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 370.

¹ Sur cette question, voir G. MATHIEU, A. ROLAND et R. HAZÉE, *Manuel pratique de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2016, n^{os} 930 et s.

² La loi du 18 mai 2006 (*M.B.*, 20 juillet 2006) a ouvert l'adoption aux couples de même sexe, qu'ils soient mariés, cohabitants légaux ou concubins. Les cohabitants de fait, qu'ils soient ou non de même sexe, doivent satisfaire à l'exigence d'une relation affective stable d'une durée de trois ans au moment de l'introduction de la demande en adoption. Voir toutefois, à propos de cette condition, l'arrêt de la Cour constitutionnelle n^o 94/2012 du 12 juillet 2012 et les commentaires en doctrine : N. GALLUS, « L'avenir de la parenté monosexuée », *Act. dr. fam.*, 2013, p. 8 ; J. SOSSON et S. CAP, « Quand la Cour constitutionnelle revisite les conditions de l'adoption homoparentale », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 183 à 186 ; T. WUYTS, « De rechtspositie van meemoeders en hun kinderen », in P. SENAËVE, Fr. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (éd.), *Ouders en kinderen*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 104 à 111.

³ Voir dans un sens favorable à cette reconnaissance : Civ. Liège, 15 mars 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 714 et la note critique de C. HENRICOT, « Gestation pour autrui transfrontière. Reconnaissance d'un double lien de filiation monosexuée : une première en Belgique ».

1.3.2.2. Couple lesbien

1.331. En l'état actuel du droit belge, dès lors que la maternité est établie à l'égard de la mère porteuse du fait de la naissance, le recours à l'adoption conjointe permettra au couple lesbien de devenir les parents légaux de l'enfant, moyennant le consentement de la mère porteuse et de son ou sa conjoint(e) si celle-ci est mariée.

1.332. La jurisprudence s'est montrée favorable au prononcé d'une adoption plénière par un couple de lesbiennes de l'enfant porté par la sœur de l'une d'elles, inséminée avec le sperme d'un donneur¹.

1.333. Ajoutons que depuis l'entrée en vigueur de la loi sur la coparente, rien n'empêcherait une reconnaissance de comaternité par l'une des membres du couple d'intention, avec la difficulté que seuls deux liens de filiation peuvent exister à l'égard de l'enfant, en dehors de la filiation adoptive (une adoption subséquente, simple, voire plénière, par la compagne ou l'épouse de la coparente serait donc théoriquement possible...).

2. De lege ferenda

1.339. De nombreuses propositions de loi ont été déposées ces dernières années avec pour objectif d'autoriser et d'encadrer, selon des modalités variables, la gestation pour autrui.

Pour une étude exhaustive des propositions déposées sous la législature 2010-2014, voir les actes du colloque *Gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, organisé à Louvain-la-Neuve le 24 avril 2012 par le Centre de droit médical et biomédical et le Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2013.

Voir aussi : G. VERSCHOLDEN, « Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België », *T.P.R.*, 2011, liv. 4, pp. 1481 et s.

¹ Trib. jeun. Namur (17^e ch.), 7 janvier 2011, *Act. dr. fam.*, 2013, pp. 97 et s., note N. GALLUS.

Section 2

Les effets de la filiation

2.1. L'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et un homme ou une femme crée entre eux, mais aussi entre l'enfant et les parents en ligne directe ou collatérale de ses père et mère ainsi que leurs alliés, un rapport juridique de parenté.

Nous examinons, ci-dessous, les principaux droits et obligations qui découlent de ce rapport juridique de parenté.

§ 1. *Le principe d'égalité des filiations*

1. Le principe

2.2. En vertu de l'article 334 du Code civil, « *[q]uel que soit le mode d'établissement de la filiation, les enfants et leurs descendants ont les mêmes droits et les mêmes obligations à l'égard des père et mère et de leurs parents et alliés, et les père et mère et leurs parents et alliés ont les mêmes droits et les mêmes obligations à l'égard des enfants et de leurs descendants* ».

2.3. L'égalité des droits et obligations des enfants, quel que soit le mode d'établissement de la filiation, constituait l'objet principal de la réforme de 1987.

2.4. Certaines « réserves » existaient jusqu'à la réforme de 2006 en ce qui concerne l'enfant adultérin, qui ne pouvait être élevé à la résidence conjugale qu'avec le consentement du conjoint (art. 334*bis* ancien C. civ.), ne pouvait porter le nom de son père s'il était adultérin *a patre* (art. 335 ancien C. civ.), et ne pouvait demander la conversion de l'usufruit des biens hérités de son auteur, ni le partage en nature (art. 745*quater*, al. 2, et 837 anciens C. civ.). Ces restrictions ont été abrogées.

2.5. La loi du 10 mai 2007 modifiant le Code civil en vue d'améliorer la protection successorale des enfants nés hors mariage a également supprimé une discrimination à l'égard des enfants nés hors mariage en modifiant l'article 1465 du Code civil. Cet article disposait qu'en présence d'enfants d'un précédent mariage, toute convention matrimoniale entre époux communs en biens qui aurait pour effet de donner à l'un des époux au-delà de la quotité disponible serait sans effet pour tout l'excédent. Désormais, la protection successorale de l'article 1465 du Code civil, jusque-là réservée aux enfants issus d'un premier mariage, s'applique aux enfants nés d'une précédente union, qu'ils soient ou non issus d'un précédent mariage.

2.6. Même si cela ne concerne pas directement la personne de l'enfant, on mentionnera qu'en vertu de l'article 334*ter* du Code civil, l'établissement d'un

VIIIter.1.2. – LES EFFETS DE LA FILIATION

lien de filiation qui fait apparaître qu'un enfant a été conçu pendant le mariage par un des époux et une autre personne que son conjoint aura pour effet de faire perdre à l'époux en question tous les avantages que l'autre époux lui avait consentis par contrat de mariage en prévision du partage du patrimoine commun ainsi que les libéralités contenues dans ce contrat, sauf si cet époux manifeste expressément, par acte devant notaire, sa volonté de confirmer, en tout ou en partie, les dispositions du contrat de mariage. Le conjoint peut également priver son époux de tout ou partie de ses droits successoraux, à l'exception de ceux qu'il tient de l'article 915bis, § 2, du Code civil qui porte sur l'usufruit de l'immeuble affecté, au jour de l'ouverture de la succession, au logement principal de la famille et des meubles meublants qui le garnissent¹.

2. L'exception : l'enfant issu d'un inceste absolu

2.7. Nous avons vu que les enfants nés de personnes entre lesquelles existait pendant la période légale de conception un empêchement à mariage absolu ne peuvent, *de lega lata*, accéder à l'établissement de leur double filiation².

Cette interdiction vise l'enfant né d'une relation incestueuse entre ascendant et descendant³, y compris dans la famille adoptive⁴, ou entre collatéraux au deuxième degré ((demi-)sœur/(demi-)frère)⁵.

2.8. On a toutefois amplement commenté ci-dessus⁶ les effets de l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 103/2012 du 9 août 2012 aux termes duquel la haute juridiction a jugé que « [l']article 325 du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il empêche le juge saisi d'une demande d'établissement judiciaire de paternité de faire droit à cette demande s'il constate que l'établissement de la filiation correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

Cet arrêt ouvre désormais au juge un pouvoir d'appréciation, au regard de l'intérêt de l'enfant, pour considérer, le cas échéant, qu'il conviendrait de passer outre à l'interdiction légale⁷.

¹ Soit ce qu'on nomme la réserve concrète du conjoint survivant.

² « À moins que le mariage à l'origine de l'empêchement ait été annulé ou dissous par décès ou divorce ». Sur l'anachronisme de cette locution, voir *supra*, n° 1.120.

³ Art. 161 C. civ. On précisera que l'interdiction du mariage en ligne directe s'applique sans limitation de degrés. Voir aussi l'art. 341 C. civ. qui concerne la parenté alimentaire.

⁴ Voir les art. 161 et 356-1 C. civ. pour le cas de l'adoption plénière et l'art. 353-13, 1°, C. civ. pour l'adoption simple.

⁵ Art. 162 C. civ.

⁶ Voir *supra*, n° 239.

⁷ Sur les conséquences de l'arrêt n° 103/2012 pour le praticien, voir plus particulièrement : G. VERSCHELDEN, « De hervorming van het afstammingsrecht door het Grondwettelijk Hof », in P. SENAËVE, Fr. SWENNEN et G. VERSCHELDEN (éd.), *Ouders en kinderen*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 26 et 27.

§ 2. *Les empêchements à mariage*

2.9. Un des effets liés à l'établissement d'un lien de filiation est de créer, au sein de la famille ainsi constituée, des empêchements à mariage, tantôt relatifs (une dispense royale, laquelle doit être demandée avant le mariage, est possible), tantôt absolus (sans dispense possible).

2.10. En ligne directe, l'interdiction du mariage s'applique entre ascendants et descendants sans limitation de degrés¹.

Le mariage est également prohibé en ligne collatérale au 2^e degré, soit entre frères, entre sœurs ou entre frères et sœurs².

La violation de ces deux prohibitions correspond à l'hypothèse dite de l'inceste absolu. Ce dernier renvoie à l'existence d'un empêchement à mariage absolu, soit pour lequel aucune dispense royale ne peut être accordée.

En ligne directe, il existe également une prohibition au mariage entre alliés (un enfant à l'égard du conjoint de sa mère ou du conjoint de son père et réciproquement)³. Cette interdiction s'impose même lorsque l'alliance a pris fin par divorce ou décès. Pour se conformer à l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 157/2006 du 18 octobre 2006⁴, la loi du 15 mai 2007 a modifié l'article 164 du Code civil en prévoyant une dispense possible, tout en choisissant néanmoins de maintenir la prohibition de principe. Il s'agit donc désormais d'un empêchement à mariage relatif.

2.11. Le mariage est également interdit en ligne collatérale au 3^e degré, soit entre l'oncle et la nièce ou le neveu, ou entre la tante et la nièce ou le neveu⁵ mais la dispense par le Roi est possible en application de l'article 164 du Code civil. Si cette dispense n'a pas été accordée mais qu'un mariage est conclu, on parle d'inceste relatif, c'est-à-dire d'un mariage conclu en violation d'une interdiction

¹ Art. 161 C. civ.

² Art. 162 C. civ.

³ Art. 161 C. civ.

⁴ Par arrêt n° 157/2006 du 18 octobre 2006, la Cour d'arbitrage a dit pour droit que l'article 161 du Code civil, en ce que, combiné avec les articles 163 et 164 du même Code, il prohibe de manière absolue le mariage entre un beau-parent et un bel-enfant après le décès du conjoint qui a créé l'alliance, viole les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cet arrêt constitue la suite logique de l'arrêt n° 169/2003 du 17 décembre 2003 relatif à l'établissement de la double filiation d'un enfant incestueux. La Cour d'arbitrage avait en effet déjà dit pour droit qu'en ce qu'il ne permet pas au père de reconnaître l'enfant, lorsque la reconnaissance ferait apparaître entre la mère et lui un empêchement à mariage, dû à l'alliance, dont le Roi ne peut dispenser, lorsque ce lien d'alliance a disparu, l'article 321 du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution.

⁵ Art. 163 C. civ.

dont le Roi pouvait dispenser. En application de l'article 184 du Code civil, l'inceste relatif entraîne toutefois la nullité absolue du mariage.

2.12. Il n'y pas d'interdiction de mariage entre les collatéraux au 4^e degré (cousins germains), contrairement à une idée répandue (elle existe en droit canonique où elle est susceptible de dispense).

2.13. L'interdiction de mariage entre beaux-frères et belles-sœurs a été supprimée en 2001.

2.14. Enfin, en vertu de l'article 341 du Code civil, il existe également un empêchement tiré d'une parenté alimentaire découlant de l'application de l'article 336 du Code civil.

2.15. Lorsqu'un enfant est adopté de manière plénière, les empêchements à mariage visés aux articles 161 à 164 du Code civil se cumulent puisqu'ils s'appliquent aussi bien dans la famille d'origine que dans la famille adoptive, l'adopté étant assimilé à un enfant issu par le sang de l'adoptant¹.

2.16. Dans l'hypothèse d'une adoption simple, les empêchements à mariage visés aux articles 161 à 164 du Code civil continuent à s'appliquer dans la famille d'origine et se cumulent avec certains empêchements à mariage dans la famille adoptive fondés sur l'article 353-13 du Code civil. Certains de ces empêchements, visés à l'alinéa 1^{er}, 2^o à 5^o de l'article 353-13 du Code civil, sont susceptibles de dispense. Cet assouplissement, introduit par la loi du 2 juin 2010 modifiant le Code civil en ce qui concerne les empêchements à mariage en cas d'adoption, sont motivés par la volonté de tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle. En cas de révocation de l'adoption simple, les empêchements au mariage demeurent² de même qu'en cas de nouvelle adoption³. La sanction de la violation de l'article 353-13 du Code civil est la nullité absolue du mariage⁴.

§ 3. *L'attribution du nom*

1. Introduction

2.17. Les règles d'attribution du nom de famille ont subi d'importantes modifications au cours du travail législatif de l'année 2014. Depuis de nombreuses années déjà, les auteurs de doctrine s'interrogeaient sur la nécessité de modifier les règles

¹ Art 356-1 C. civ.

² Art. 354-3 C. civ., *in fine*.

³ Art 353-18 et 356-3 C. civ.

⁴ Art. 184 C. civ.

d'attribution de nom en vue de permettre à l'enfant de porter le double nom de famille.

L'article 335 du Code civil régissant l'attribution du nom fut modifié successivement en juin 2014 et en janvier 2015. En effet, une première loi du 8 mai 2014 est venue modifier l'article 335 du Code civil (dont le contenu est entré en vigueur au 1^{er} juin 2014). Cette loi a été adoptée en vue d'instaurer la possibilité de donner le double nom à l'enfant (nom du père et nom de la mère). Par ailleurs, l'adoption de dispositions légales en vue de reconnaître la filiation à l'égard de la coparente par la loi du 15 mai 2014 est également venue modifier les règles d'attribution du nom lorsque l'enfant est « issu » d'une mère et d'une coparente (entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2015).

2. Une seule filiation est établie

2.18. Lorsque l'enfant n'a *qu'une filiation* établie, il porte le nom de la personne à l'égard de laquelle la filiation est établie, cela va de soi.

3. Les deux filiations sont établies en même temps

2.19. Lorsque les filiations paternelle et maternelle de l'enfant sont établies en même temps, l'enfant porte le nom choisi par ses parents : soit le nom de son père, soit le nom de sa mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom pour chacun d'eux. Les parents choisissent le nom de l'enfant lors de la déclaration de naissance. En cas de désaccord ou d'absence de choix, l'article 335, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil dispose que l'enfant porte le nom de son père.

2.20. De même, lorsque la filiation maternelle et la filiation à l'égard de la coparente sont établies en même temps, l'enfant porte soit le nom de l'une d'entre elles, soit leurs deux noms accolés, dans l'ordre qu'elles déterminent. En cas de désaccord, l'article 335^{ter}, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil dispose que l'enfant porte le nom de la coparente.

2.21. On notera que le nom ainsi déterminé s'impose aux autres enfants dont la filiation est ultérieurement établie à l'égard des mêmes père et mère (art. 335^{bis} C. civ.) ou à l'égard des mêmes mère et coparente (art. 335^{ter}, § 4, C. civ.).

2.22. L'établissement simultané des filiations paternelle et maternelle vise :
– soit l'enfant né de parents mariés ; dans ce cas, la filiation maternelle est normalement établie par l'inscription du nom de la mère dans l'acte de naissance et, en même temps, joue en principe, sous réserve de l'application de l'article 316^{bis} du Code civil, la présomption de paternité du mari ;

VIIIter.1.2. – LES EFFETS DE LA FILIATION

- soit l'enfant qui fait l'objet d'une reconnaissance paternelle dans l'acte de naissance ou lorsque le père reconnaît l'enfant à titre prénatal, lorsque les parents ne sont pas mariés.

2.23. L'établissement simultané des filiations maternelle et à l'égard de la coparente vise :

- soit l'enfant né d'une mère et d'une coparente mariées, sous réserve de l'application de l'article 316bis du Code civil ;
- soit l'enfant qui a été reconnu par la coparente dans l'acte de naissance ou à titre prénatal, conformément aux dispositions du Code civil sur ce point.

2.24. On relèvera toutefois que par un arrêt du 14 janvier 2016 n° 2/2016, la Cour constitutionnelle a annulé l'article 335, § 1^{er}, alinéa 2, troisième phrase, du Code civil qui dispose qu'en cas de désaccord entre la mère et le père, c'est le nom du père qui est attribué. La Cour a considéré que cette disposition violait les articles 10, 11 et 11bis, alinéa 1^{er}, de la Constitution en ce qu'elle traite de manière différente des personnes se trouvant dans des situations similaires, à savoir les pères et les mères d'un enfant, dans leur droit de transmettre leur nom de famille à leur enfant. (B.8.6). Cette différence de traitement est fondée sur le critère du sexe des parents. Or, poursuit la Cour, seules des considérations très fortes peuvent justifier une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe : « *Il ressort des travaux préparatoires cités en B.2 que le législateur a justifié le choix du nom du père par la tradition et par la volonté de faire aboutir la réforme de manière progressive. Ni la tradition, ni la volonté d'avancer progressivement ne peuvent être tenues pour des considérations très fortes justifiant une différence entre les pères et les mères lorsqu'il y a désaccord entre parents ou absence de choix, alors que l'objectif de la loi est de réaliser l'égalité entre les hommes et les femmes. Par ailleurs, la disposition attaquée peut avoir pour effet de donner ainsi un droit de veto au père d'un enfant dans l'hypothèse où la mère de l'enfant manifeste la volonté de donner à cet enfant son propre nom ou un double nom et où le père n'est pas d'accord avec ce choix* » (B.8.7). Afin d'éviter une insécurité juridique, en particulier vu la nécessité de déterminer le nom de l'enfant dès sa naissance, et afin de permettre au législateur d'adopter une nouvelle réglementation, la Cour a néanmoins décidé de maintenir les effets de la disposition annulée jusqu'au 31 décembre 2016.

4. La filiation paternelle ou de la coparente est établie après la filiation maternelle

2.25. Si la filiation paternelle est établie après la filiation maternelle, ou si la filiation de la coparente est établie après la filiation maternelle, l'enfant conserve le nom de la mère.

2.26. Dans le premier cas (la filiation paternelle est établie après la filiation maternelle), les père et mère ensemble ou l'un d'eux, si l'autre est décédé, peuvent

toutefois déclarer, dans l'année où ils ont eu connaissance de l'établissement de la filiation et avant la majorité ou l'émancipation de l'enfant, dans un acte dressé par l'officier de l'état civil, que l'enfant portera soit le nom de son père, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom pour chacun d'eux. Le délai d'un an prend cours le jour suivant la notification ou la signification visées à l'article 319^{bis} du Code civil.

2.27. Dans le second cas (la filiation de la coparente est établie après la filiation maternelle), l'enfant conserve également le nom de sa mère, mais la mère et la coparente, ensemble ou l'une d'elles, si l'autre est décédée, peuvent toutefois déclarer, dans un acte dressé par l'officier de l'état civil, que l'enfant portera soit le nom de la coparente, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par elles et dans la limite d'un nom pour chacune d'elles. Cette déclaration est faite dans un délai d'un an à dater de la reconnaissance ou du jour où une décision établissant la filiation à l'égard de la coparente est coulée en force de chose jugée et avant la majorité ou l'émancipation de l'enfant. Le délai d'un an prend cours le jour suivant la notification ou la signification visées aux articles 325/6, alinéa 2, et 325/8, alinéa 2, du Code civil.

2.28. On notera que le nom ainsi déterminé s'impose aux autres enfants dont la filiation est ultérieurement établie à l'égard des mêmes père et mère (art. 335^{bis} C. civ.) ou à l'égard des mêmes mère et coparente (art. 335^{ter}, § 4, C. civ.).

2.29. On ne peut manquer de relever que dans pareils cas de figure, la mère dispose d'un véritable droit de *veto*, sans recours judiciaire possible du père ou de la coparente en cas de désaccord. La mère de l'enfant né hors mariage peut donc imposer au père ou à sa compagne que l'enfant porte son nom : il suffit pour cela qu'elle ne consente à l'établissement de la filiation que postérieurement à l'établissement de l'acte de naissance et qu'elle refuse ensuite de faire la déclaration de changement de nom. Dans ce contexte, il est difficile de considérer que la transmission du nom est désormais égalitaire. Un recours devant la Cour constitutionnelle nous semblerait avoir toute ses chances d'aboutir, au regard notamment de la motivation de l'arrêt d'annulation du 14 janvier 2016, n° 2/2016.

5. La filiation maternelle est établie après la filiation paternelle ou de la coparente

2.30. Si la filiation maternelle est établie après la filiation paternelle, l'enfant portera le nom de son père et le conservera après l'établissement de sa filiation maternelle (cette hypothèse est rare ; on peut imaginer qu'une femme accouche sous X à l'étranger, que le père reconnaît l'enfant, puis que la mère le reconnaît également). Toutefois, les père et mère peuvent ensemble, ou l'un d'eux si l'autre est décédé, déclarer, dans un acte dressé par l'officier de l'état civil, que l'enfant portera soit le nom de la personne à l'égard de laquelle la filiation est établie en

VIIIter.1.2. – LES EFFETS DE LA FILIATION

second lieu, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom pour chacun d'eux. Cette déclaration doit être faite dans un délai d'un an à dater de la reconnaissance ou du jour où une décision établissant la filiation paternelle ou maternelle est coulée en force de chose jugée et avant la majorité ou l'émancipation de l'enfant. Le délai d'un an prend cours le jour suivant la notification ou la signification visées aux articles 313, § 3, alinéa 2, 319bis, alinéa 2, ou 322, alinéa 2.

2.31. Si la filiation maternelle est établie après la filiation de la coparente, l'enfant conservera le nom de la coparente. Il n'y a, dans ce cas, aucune modification possible, même en cas d'accord.

2.32. Le nom ainsi déterminé s'impose aux autres enfants dont la filiation est ultérieurement établie à l'égard des mêmes père et mère (art. 335bis C. civ.) ou à l'égard des mêmes mère et coparente (art. 335ter, § 4, C. civ.).

6. Modification de la filiation à la suite d'une action en contestation

2.33. En cas de modification de la filiation paternelle ou maternelle durant la minorité de l'enfant à la suite d'une action en contestation sur la base des articles 312, § 2, 318, §§ 5 et 6, ou 330, §§ 3 et 4, le juge acte le nouveau nom de l'enfant, choisi, le cas échéant, par les parents selon les règles énoncées au § 1^{er} ou à l'article 335ter, § 1^{er}. Mention de la déclaration visée à l'alinéa 2 ou du dispositif du jugement visé à l'alinéa 4 est faite en marge de l'acte de naissance et des autres actes concernant l'enfant (art. 335, § 3, al. 3 et 4).

2.34. De la même manière, en cas de modification de la filiation à l'égard de la coparente ou de la filiation maternelle durant la minorité de l'enfant à la suite d'une action en contestation de la filiation sur la base des articles 312, § 2, 325/3, §§ 4 et 5, 325/7, §§ 3 et 4, ou 330, §§ 3 et 4, le juge acte le nouveau nom de l'enfant, choisi, le cas échéant, par les parents selon les règles énoncées au § 1^{er} ou à l'article 335, § 1^{er}. Mention de la déclaration visée à l'alinéa 2 ou du dispositif du jugement visé à l'alinéa 4 est faite en marge de l'acte de naissance et des autres actes concernant l'enfant (art. 335ter, § 2, al. 4 et 5).

7. La modification du nom d'un enfant majeur

2.35. Le principe n'a pas changé : si la filiation d'un enfant est modifiée alors que celui-ci a atteint l'âge de la majorité, aucune modification ne pourra être apportée à son nom sans son accord (art. 335, § 4 et 335ter, § 3).

§ 4. La titularité et l'exercice de l'autorité parentale à l'égard d'un enfant mineur¹

1. Préliminaire à la notion d'autorité parentale : le devoir réciproque de respect

2.36. Jusqu'à sa majorité ou son émancipation, l'enfant est sous l'autorité parentale de ses parents. Avant de préciser le contenu de ce droit et la manière dont l'autorité parentale s'exerce à l'égard de l'enfant, le Code civil précise, en son article 371, que l'enfant et ses père et mère se doivent, à tout âge, mutuellement le respect.

2.37. Notons que trois propositions de loi ont déjà été déposées au Sénat (en 1999, 2003 et 2006) afin de modifier cette disposition du Code civil pour y insérer un alinéa supplémentaire ou un nouvel article 371*bis*. L'objectif est de préciser explicitement le droit pour l'enfant de bénéficier d'une éducation non violente. Si ces trois propositions de loi sont devenues caduques par dissolution des chambres, il faut s'attendre à ce que l'une d'entre elles soit à nouveau déposée durant la prochaine législature, étant donné l'actualité du débat. Pour la deuxième fois en effet, la Belgique a été rappelée à l'ordre par le Comité européen des droits sociaux (décision du 20 janvier 2015 rendue publique le 29 mai 2015) au motif que les punitions corporelles infligées par les parents à leurs enfants, dans un but éducatif, ne sont pas *expressément* interdites par la loi. Il règne dès lors un flou juridique qui entretient le discours, socialement répandu, que les violences éducatives au sein de la famille sont tolérables. Elles ressortissent, en quelque sorte, de l'autorité parentale dont jouissent les parents à l'égard de leurs enfants, font partie de la sphère privée dans laquelle les autorités n'ont pas droit de regard.

2. La notion d'autorité parentale

2.38. La loi ne définit pas l'autorité parentale, notion qui a remplacé la « puissance paternelle » depuis la loi du 31 mars 1987 et qui est classiquement considérée comme un faisceau de « droits-fonctions ».

¹ Voir à cet égard : Q. FISCHER, « Les incapables mineurs », in *Précis de droit de la famille*, A.-Ch. VAN GYSEL (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 641 et s. pp. 633 à 657 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 679 et s. ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance – Filiation, Autorité parentale, Hébergement (Nouvelles lois, nouvelles jurisprudences)*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 193 et s. ; IDEM, « La filiation », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 384 et s.

VIIIter.1.2. – LES EFFETS DE LA FILIATION

L'ensemble des prérogatives de l'autorité parentale doit permettre aux parents de déterminer les grandes orientations de la vie de l'enfant et de veiller sur lui, au nom de son intérêt supérieur¹.

2.1. *L'autorité parentale au sens large*

2.39. Selon l'approche doctrinale classique², l'autorité parentale au sens large comprend, outre les attributs de l'autorité parentale au sens strict qui seront développés ci-dessous, divers droits dont l'exercice est exceptionnel, comme :

- le droit de consentir au mariage (art. 148 C. civ.) ;
- le droit de consentir à l'adoption (art. 348-3 C. civ.) ;
- la délégation à un tiers de la représentation du parent au cours d'une procédure d'adoption (art. 348-9 C. civ.) ;
- le droit de demander l'émancipation de l'enfant (art. 477 C. civ.) ;
- le droit d'assister l'enfant à son contrat de mariage (art. 1397 C. civ.) ;
- le droit de consentir à la reconnaissance d'un enfant mineur (art. 329bis, § 2, C. civ.) ;
- le droit de demander un changement de nom ou de prénom pour l'enfant (art. 2, al. 2, de la loi du 15 mai 1987 relative aux noms et prénoms) ;
- le droit de consentir à l'euthanasie de l'enfant (art. 3 de la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, tel que modifié par la loi du 28 février 2014).

2.2. *L'autorité parentale au sens strict*

2.40. L'autorité parentale au sens strict se compose de l'autorité sur la personne de l'enfant et des droits relatifs aux biens de l'enfant.

Les attributs de l'autorité parentale au sens strict, relatifs à la personne de l'enfant, sont le droit d'éducation, de surveillance et de recevoir des informations sur l'enfant ainsi que le droit d'hébergement et le droit aux relations personnelles (art. 372 à 375 C. civ.).

Les attributs de l'autorité parentale au sens strict, relatifs aux biens de l'enfant, sont le droit d'administration légale (art. 376 à 387ter C. civ.) et le droit de jouissance légale (art. 384 à 387 C. civ.).

¹ Voir à cet égard l'article 18.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant qui dispose : « [l]es États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant ».

² Voir à cet égard Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 685.

3. La titularité de l'autorité parentale

2.41. L'autorité parentale sur la personne et les biens d'un enfant mineur appartient aux parents de celui-ci¹, c'est-à-dire aux personnes à l'égard desquelles un lien de filiation est établi, par la loi, par reconnaissance, à la suite d'une décision judiciaire ou par adoption. L'autorité parentale est un effet de la filiation.

4. L'exercice de l'autorité parentale

4.1. *Les deux parents sont en vie*

4.1.1. *Le principe de l'autorité parentale conjointe*

2.42. Sous réserve des accords que les parents auraient conclus, le cas échéant à travers une médiation, lorsqu'un enfant mineur non émancipé a deux parents vivants, non déclarés absents et qui ne sont pas dans l'impossibilité ou l'incapacité de manifester leur volonté, le principe, depuis la loi du 13 avril 1995, est celui de l'exercice *conjoint* de l'autorité parentale. Les parents exerceront l'un *et* l'autre, ensemble, les différentes prérogatives de celle-ci, qu'ils soient mariés ou non (art. 373, al. 1^{er}, C. civ.).

2.43. Le principe légal de l'exercice conjoint de l'autorité parentale reste d'application, même si les parents ne vivent pas ou plus ensemble, tant qu'un autre régime n'aura pas été décidé par les parents ou par le juge (art. 374, § 1^{er}, al. 1^{er} et 376, al. 1^{er}, C. civ.). Le législateur a voulu préserver le « couple parental » au-delà de l'éventuelle disparition du « couple conjugal ». Il n'est plus question de démembrement de l'autorité parentale en un « droit de garde » attribué à l'un des parents, ni d'un « droit de visite » attribué à l'autre.

2.44. En vertu de l'article 108 du Code civil, le mineur non émancipé a son domicile à la résidence commune de ses père et mère ou, si ceux-ci ne vivent pas ensemble, à la résidence de l'un d'eux. Depuis le 1^{er} janvier 2016, le système d'hébergement alterné a été pris en compte en ce qui concerne l'inscription administrative de l'enfant. L'enfant est en effet domicilié officiellement chez un seul de ses deux parents et l'adresse de l'autre parent chez qui il réside temporairement n'apparaissait jusqu'ici nulle part. Depuis un arrêté royal du 26 décembre 2015, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016, l'enfant conserve une adresse officielle qui constitue son domicile légal (inscrite au registre de la population) mais une mention peut y être ajoutée afin d'indiquer l'adresse de

¹ Le fait d'être mineur n'empêche pas le parent d'exercer l'autorité parentale à l'égard de son enfant, pour autant qu'il soit doté de la capacité de discernement. L'exercice de l'autorité parentale constitue en effet un acte strictement personnel qui fait exception au régime général de l'incapacité civile des mineurs (Trib. jeun. Mons, 8 juin 2009, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 187).

VIIIter.1.2. – LES EFFETS DE LA FILIATION

l'autre parent chez lequel l'enfant réside également¹. Cette mention n'a toutefois aucune incidence sur le plan fiscal ou social.

4.1.2. *Les parents divorcés : maintien du principe*

2.45. Après la dissolution du mariage par le divorce, l'autorité sur la personne de l'enfant et l'administration de ses biens sont exercées conjointement par les père et mère ou par celui à qui elles ont été confiées aux termes d'un accord entériné conformément à l'article 1256 du Code judiciaire ou par décision du tribunal compétent en matière de mesures urgentes et provisoires². Ainsi, après un divorce pour désunion irrémédiable prononcé sur pied de l'article 229 du Code civil, les mesures provisoires éventuelles relatives aux enfants, y compris la contribution alimentaire³, continueront à sortir leurs effets. Il y va, dans le chef du législateur, d'un souci de stabilité. Les conventions préalables règlent nécessairement ces questions s'il s'agit d'un divorce par consentement mutuel.

2.46. L'article 387bis du Code civil permettra aux parents ou au procureur du Roi de faire trancher les contestations ou de demander la modification de l'exercice de l'autorité parentale au tribunal de la famille.

4.1.3. *La présomption d'accord des parents*

2.47. Au quotidien et en pratique, l'exercice conjoint de l'autorité parentale est malaisément réalisable. Pour en faciliter l'application, la loi instaure une présomption : à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des père et mère est réputé agir avec l'accord de l'autre quand il accomplit seul un acte relevant de l'autorité parentale, sous réserve des exceptions prévues par la loi⁴.

Les tiers de bonne foi sont ceux qui ne sont pas au courant du désaccord de l'un des parents.

2.48. Il existe quatre cas spécifiques dans lesquels le législateur exige l'accord des deux parents sans que la présomption puisse jouer :

- le consentement au mariage (art. 148 C. civ.) ;
- le consentement à l'adoption (art. 348-3 C. civ.) ;

¹ Arrêté royal du 26 décembre 2015 modifiant l'arrêté royal du 16 juillet 1992 déterminant les informations mentionnées dans les registres de la population et dans le registre des étrangers afin d'enregistrer une information relative à l'hébergement partagé des mineurs, *M.B.*, 5 février 2016. Une proposition de loi du 21 novembre 2014 est à l'origine de cet arrêté royal qui a repris une partie de son contenu (Proposition de loi modifiant la loi du 19 juillet 1991 relative aux registres de la population, aux cartes d'identité, aux cartes d'étranger et aux documents de séjour et modifiant la loi du 8 août 1983 organisant un registre national des personnes physiques en ce qui concerne l'instauration d'un registre de résidence, *Doc. parl.*, Chambre, 2014-2015, n° 0656/001).

² Art. 302 C. civ.

³ Art. 203, al. 1^{er}, C. civ.

⁴ Art. 373, al. 2 et 376, al. 2, C. civ.

- la demande en émancipation (art. 477 C. civ.) ;
- le consentement à l'euthanasie (art. 3 de la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, tel que modifié par la loi du 28 février 2014).

2.49. Entre les parents, la présomption ne joue évidemment pas et le double consentement est toujours exigé.

4.1.4. L'exception : l'exercice exclusif de l'autorité parentale

2.50. Il se peut que le juge soit amené à constater un défaut d'entente des parents dans l'exercice de l'autorité parentale. Les accords conclus par eux pourraient aussi lui paraître contraires à l'intérêt de l'enfant. Dans ce cas, il peut confier l'exercice exclusif de l'autorité sur la personne de l'enfant à l'un des père et mère¹. Le terme *peut* de l'article 374, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil indique bien qu'il s'agit d'une *faculté* pour le juge, et non d'une obligation².

On pourrait imaginer, théoriquement, que le juge impose l'exercice conjoint de l'autorité parentale même en cas de désaccord des parents.

2.51. Le juge saisi doit dans tous les cas déterminer les modalités d'hébergement de l'enfant et le lieu où il est inscrit à titre principal dans les registres de la population³.

2.52. Même s'il a décidé que l'autorité parentale s'exercerait conjointement, le juge peut autoriser un des parents à agir seul pour certains actes qu'il détermine.

2.53. Inversement, si l'exercice exclusif de l'autorité sur la personne de l'enfant est confié à l'un des parents, le juge peut fixer les décisions d'éducation qui ne pourront être prises que moyennant le consentement des deux parents⁴.

2.54. Si un des parents n'exerce pas l'autorité parentale, il a le droit de maintenir des relations personnelles avec l'enfant et le juge est tenu d'en fixer les modalités⁵, qui peuvent aller de la visite de l'enfant au domicile du parent qui n'exerce pas

¹ Une dérogation à la règle de l'exercice conjoint de l'autorité parentale nécessite « *des dysfonctionnements graves et répétés* » ou « *un désinvestissement durable et caractérisé de la fonction parentale* ». De manière générale, « *[s]eules des circonstances exceptionnelles, sérieuses et reposant sur des faits dûment prouvés démontrant que le maintien de l'exercice conjoint du pouvoir décisionnel serait préjudiciable pour l'enfant, motiveront une modification du régime de droit commun* » (N. MASSAGER, « La filiation », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 391).

² Les juges familiaux se montrent réticents pour déroger à la règle de la coparenté (voir not. Bruxelles, 5 septembre 2007, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 13).

³ Art. 374, § 1^{er}, al. 5, C. civ.

⁴ Art. 374, § 1^{er}, al. 3, C. civ. Sur l'exercice modalisé de l'autorité parentale, voir : N. MASSAGER, « La filiation », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 395 et s. L'auteur relève que les juges familiaux ne sont pas enclins à choisir de telles solutions « sur mesure ».

⁵ Art. 373, al. 4, C. civ.

VIIIter.1.2. – LES EFFETS DE LA FILIATION

l'autorité parentale à la permission d'entretenir un échange de courrier électronique, en passant par des appels téléphoniques ou des visites « encadrées » dans des institutions qui les organisent. Les relations personnelles ne peuvent être refusées que pour des motifs « très graves ». Celui qui n'exerce pas l'autorité parentale conserve le droit de surveiller l'éducation de l'enfant. Il pourra obtenir, de l'autre parent ou de tiers, toutes informations utiles à cet égard. En cas de difficultés, il peut s'adresser au tribunal dans l'intérêt de l'enfant, déposer plainte pour non-représentation d'enfant¹ ou solliciter du juge compétent la condamnation du parent récalcitrant à une astreinte².

4.2. Un seul parent est en vie

2.55. Lorsqu'un enfant mineur n'a qu'un parent vivant, non déclaré absent et qui n'est pas dans l'impossibilité ou l'incapacité de manifester sa volonté, l'autorité parentale sera évidemment exercée par ce parent exclusivement³. Il n'y a, dans ce cas, pas lieu à ouverture d'une tutelle.

4.3. Aucun parent n'est en vie

2.56. Si l'enfant n'a pas ou plus ni père ni mère ni coparente, il y a lieu à ouverture d'une tutelle régie par les articles 389 et suivants du Code civil⁴.

4.4. Les aspects procéduraux des litiges relatifs à l'autorité parentale

2.57. À défaut d'accord quant à l'exercice de l'autorité parentale, le père, la mère ou la coparente peut saisir le tribunal compétent.

2.58. Avant le 1^{er} septembre 2014, il pouvait s'agir du tribunal de la jeunesse en cas de séparation de fait des parents ou à l'issue d'une procédure en divorce, du juge de paix statuant à propos des mesures urgentes et provisoires rendues nécessaires par la séparation des époux ou des cohabitants légaux ou encore du président du tribunal de première instance statuant sur les mesures provisoires durant l'instance en divorce.

¹ Art. 431 C. pén. Cela suppose toutefois qu'un jugement ait préalablement consacré en sa faveur un droit aux relations personnelles qui n'aurait ensuite pas été respecté par l'autre parent.

² Art. 387ter, § 1^{er}, C. civ.

³ Art. 375 C. civ.

⁴ Art. 375, al. 2, C. civ. Sur le fonctionnement de la tutelle, voir : N. GALLUS, « La tutelle », in *Précis de droit de la famille*, A.-Ch. VAN GYSEL (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 658 et s. ; IDEM, « Les incapables », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 836 à 840 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 287 et s. ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance – Filiation, Autorité parentale, Hébergement (Nouvelles lois, nouvelles jurisprudences)*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 223 et 224.

2.59. Depuis le 1^{er} septembre 2014, l'ensemble de ces compétences ont été réunies au sein du tribunal de la famille¹.

2.60. Le cas échéant, le juge procédera à l'audition de l'enfant sur la base de l'article 1004/1 nouveau du Code judiciaire². L'ancien article 931 du Code judiciaire disposait que, dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement pouvait, à sa demande ou sur décision du juge, être entendu, hors la présence des parties, par le juge ou la personne désignée par ce dernier à cet effet. Lorsque le mineur demandait à être entendu, le juge pouvait refuser moyennant une décision motivée, fondée sur le manque de discernement du mineur, décision non susceptible d'appel. La loi n'obligeait ainsi pas le magistrat à convoquer l'enfant pour être en mesure de déterminer son degré de discernement. Désormais, depuis la loi instituant le tribunal de la famille et de la jeunesse, **tout mineur**, quel que soit son âge, a le droit d'être entendu dans les matières qui le concernent relatives à l'autorité parentale, au droit d'hébergement ainsi qu'au droit aux relations personnelles. Si, au cours de l'entretien, le juge estime que le mineur n'a pas le discernement nécessaire, il l'indique alors dans son rapport. En tout état de cause, le juge prendra en considération l'avis du jeune compte tenu de « *son âge et de son degré de maturité* ». L'avancée majeure de ce texte est évidemment que le magistrat est désormais tenu de rencontrer l'enfant pour être en mesure de déterminer son degré de discernement. Le manque de discernement n'est donc plus un obstacle à l'audition de l'enfant. Le nouvel article 1004/1 du Code judiciaire prévoit par ailleurs qu'il sera envoyé au mineur ayant atteint l'âge de douze ans, concerné par la procédure, un formulaire l'informant de son droit d'être entendu³. Le mineur sera entendu par le juge en personne, hors la présence de quiconque (sauf dérogation exceptionnelle), en un lieu qui lui paraît le plus approprié. Comme précédemment, l'audition de l'enfant sera consignée dans un rapport joint au dossier et les parties pourront en prendre connaissance.

2.61. Le tribunal peut soit trancher la contestation, laissant en principe subsister l'exercice conjoint de l'autorité, soit autoriser un des parents à agir seul pour un ou plusieurs actes déterminés⁴. Le parent en désaccord peut aussi, avant que l'acte ne

¹ Voir l'art. 572bis, 4°, C. jud. et l'art. 387bis C. civ.

² Voir pour plus de développements sur l'audition de l'enfant : Q. FISCHER, « Les incapables mineurs », in *Précis de droit de la famille*, A.-Ch. VAN GYSEL (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 641 et s. ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance – Filiation, Autorité parentale, Hébergement (Nouvelles lois, nouvelles jurisprudences)*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 431 et s. ; IDEM, « La filiation », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 458 et s. ; J.-P. MASSON, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *J.T.*, 2014, p. 187, *in fine* ; D. PIRE « La loi du 30 juillet 2013 sur le tribunal de la famille et de la jeunesse », *Act. dr. fam.*, 2013, p. 191, n° 97.

³ Art. 1004/2 C. jud. Le modèle de formulaire est repris en annexe de l'arrêté royal du 23 août 2014 établissant le modèle de formulaire d'information visé à l'article 1004/2 du Code judiciaire, *M.B.*, 29 août 2014.

⁴ Art. 373, al. 5, C. civ.

VIIIter.1.2. – LES EFFETS DE LA FILIATION

soit posé, de manière préventive, saisir le tribunal afin de solliciter une interdiction de poser l'acte litigieux ; il peut enfin, *a posteriori*, solliciter du tribunal l'annulation de l'acte posé.

2.62. La loi du 18 juillet 2006 a modifié les règles de procédure, mais uniquement devant le tribunal de la jeunesse, à l'exception de ce qui concerne les mesures d'exécution. On n'aperçoit pas très bien pourquoi les nouvelles règles ne concernaient que la section civile du tribunal de la jeunesse. Elles ont été étendues à l'ensemble des procédures relatives à l'autorité parentale à l'occasion du regroupement des compétences familiales au sein du tribunal de la famille par la loi du 30 juillet 2013.

2.63. Le tribunal de la famille est tenu de donner toutes informations utiles sur la possibilité de résoudre le litige par des modes alternatifs, en particulier sur l'intérêt de recourir à la conciliation ou à la médiation¹.

2.64. Moyennant l'accord de toutes les parties, le juge peut remettre la cause à une date déterminée, sans excéder un délai de trois mois, afin de permettre aux parties d'examiner si des accords peuvent être conclus ou si une médiation peut leur offrir une solution.

2.65. Le juge peut également décider de renvoyer la cause devant une chambre de règlement à l'amiable².

2.66. L'article 1253ter/6 du Code judiciaire permet aussi au tribunal de la famille, même d'office, d'ordonner une mesure préalable destinée à instruire la demande, telle une étude sociale ou une expertise médico-psychologique. Il peut entre-temps régler provisoirement la situation des parties conformément à l'article 1253ter/5 et à l'article 19, alinéa 2, du Code judiciaire.

2.67. La saisine permanente, instaurée par les lois du 30 juin 1994 et 20 mai 1997 modifiant la procédure de divorce, dans le cadre des mesures provisoires et étendue aux litiges relatifs à l'autorité parentale pendants devant le tribunal de la jeunesse par la loi du 18 juillet 2006, est désormais applicable à tous les litiges relatifs à l'autorité parentale introduits devant le tribunal de la famille.

En cas d'élément nouveau, la cause peut être ramenée devant le tribunal dans un délai de quinze jours, par conclusions ou par demande écrite. Les éléments nouveaux doivent être indiqués dans les conclusions ou la demande écrite, à peine de nullité³.

¹ Art. 731, al. 4, C. jud.

² Art. 1235ter/3, § 2, C. jud.

³ Art. 1253ter/7, § 1^{er}, C. jud.

En application de l'article 629bis, § 1^{er}, du Code judiciaire, la saisine permanente s'applique en ce qui concerne la compétence territoriale. En cas de changement de résidence de l'enfant, le dossier sera cependant généralement transféré au tribunal de la famille d'un autre arrondissement étant celui de la nouvelle résidence effective de l'enfant¹.

Si la cour d'appel a été saisie, un litige futur devra être porté devant le tribunal de la famille, la saisine permanente n'étant pas transférée à la juridiction d'appel².

4.5. Les sanctions pénales du non-respect des droits de l'autre parent

2.68. Le parent qui refuse de respecter les décisions relatives à l'hébergement ou aux relations personnelles, voire au droit de surveillance, commet le délit de *non-représentation d'enfant*³.

Plainte est souvent déposée de ce chef en cas de difficultés, mais la sanction du comportement n'est qu'indirecte. Le juge correctionnel ne peut qu'infliger une des peines prévues par l'article 431 du Code pénal et condamner le coupable à des dommages et intérêts.

2.69. Notons au passage que l'article 432 du même Code punit également le père ou la mère qui soustraira ou tentera de soustraire son enfant mineur à la procédure intentée contre lui en vertu de la législation relative à la protection de la jeunesse ou à l'aide à la jeunesse, qui le soustraira ou tentera de le soustraire à la garde des personnes à qui l'autorité compétente l'a confié, qui ne le représentera pas à ceux qui ont le droit de le réclamer, l'enlèvera ou le fera enlever, même de son consentement.

5. Les attributs de l'autorité parentale

5.1. Les attributs de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant

5.1.1. Le droit d'éducation, de surveillance et le droit de recevoir des informations sur l'enfant

2.70. Le droit d'éducation confère aux parents le droit, mais aussi la responsabilité, de prendre les décisions importantes relatives à l'entretien, l'éducation et la

¹ Voir l'art. 629bis, § 7, C. jud. qui permet au tribunal de la famille de renvoyer d'office le dossier au tribunal de la famille d'un autre arrondissement si l'intérêt de l'enfant le commande et le commentaire de D. PIRE, « La loi du 30 juillet 2013 sur le tribunal de la famille et de la jeunesse », *Act. dr. fam.*, 2013, p. 179, n° 40.

² Art. 1253/7, § 1^{er}, C. jud.

³ Pour autant que le mineur soit âgé de moins de douze ans (art. 431, al. 1^{er}, C. pén.).

VIIIter.1.2. – LES EFFETS DE LA FILIATION

formation de leur enfant ; il s'agit d'un attribut qui, plutôt que d'être lié à la vie quotidienne de l'enfant, s'inscrit dans le long terme.

Les prérogatives éducationnelles concernent, sans que ces exemples soient limitatifs :

- les orientations philosophiques, religieuses et idéologiques de l'enfant ;
- le choix de son domicile et de son lieu de résidence effective ;
- le choix de sa langue ;
- le choix du lieu et du mode de l'enseignement qu'il suivra ;
- l'organisation de ses loisirs ;
- certains aspects de sa santé et de sa vie sexuelle.

2.71. À propos de santé, l'article 12 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient stipule cependant que si le patient est mineur, les droits fixés par cette loi sont exercés par les parents exerçant l'autorité sur le mineur ou par son tuteur, mais que les droits du patient peuvent être exercés de manière autonome par le patient mineur qui peut être estimé apte à apprécier raisonnablement ses intérêts¹. C'est une dérogation importante à l'incapacité d'exercice du mineur.

2.72. Par ailleurs, le consentement à son avortement dans les conditions de la loi du 3 avril 1990 ne peut être donné, le cas échéant, que par la mineure elle-même². En théorie comme en pratique, une jeune fille peut acheter, sans l'accord de ses parents, la pilule du lendemain et se l'administrer évidemment.

5.1.2. Le droit d'hébergement et le droit aux relations personnelles

5.1.2.1. Le modèle légal

2.73. Le droit d'hébergement, en tant que prérogative de l'autorité parentale, ne devra être aménagé, par les parties ou par le juge, que si les parents ne vivent pas ensemble.

Dans ce cas, le droit d'hébergement de l'enfant sera morcelé et des périodes seront déterminées durant lesquelles il vivra chez l'un ou l'autre de ses parents, soit par un système d'hébergement égalitaire, soit par un système d'hébergement principal accompagné d'un hébergement accessoire, soit encore par un système d'hébergement exclusif.

¹ Pour aller plus loin, voir : G. SCHAMPS, « Le degré d'autonomie du mineur dans le domaine des soins médicaux en droit belge », in B. FEUILLET-LIGER (dir.), *Adolescent et acte médical, regards croisés. Approche internationale et pluridisciplinaire*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 83 à 141.

² Voir C. A., 19 décembre 1991, n° 39/91, B.18 ; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2004, n°s 107 et 206.

2.74. La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant prévoit que si un juge est saisi, à défaut d'accord et si l'autorité parentale est conjointe, le tribunal examine prioritairement, à la demande d'un des parents au moins, la possibilité de fixer l'hébergement de manière égalitaire¹.

Le système d'hébergement égalitaire a été justifié par l'absence de contre-indication *a priori*, par l'égalité des parents dans leur rôle éducatif et surtout par la nécessité de prévoir l'issue des litiges².

La loi entend d'abord favoriser l'accord des parents. Celui-ci sera homologué par le tribunal, sauf s'il est *manifestement* contraire à l'intérêt de l'enfant. L'exigence du caractère manifeste de cette contrariété fait du contrôle judiciaire un contrôle marginal. On peut supposer que cette marginalité serait censurée par la Cour constitutionnelle si une question préjudicielle était posée, puisqu'elle l'a refusée en matière d'établissement de la filiation. L'intérêt de l'enfant est préservé ou il ne l'est pas.

Malgré l'existence du mot « litige » dans le premier alinéa du § 2 de l'article 374 du Code civil, il semble devoir être admis que l'accord des parents peut être soumis au tribunal sans qu'existe nécessairement un différend entre eux. Leur intérêt est bien sûr de disposer d'un titre exécutoire en cas de difficultés ultérieures.

Si le juge considère qu'il ne peut entériner l'accord, il ne pourra pas substituer son appréciation à celle des parents, sauf bien sûr en cas de demande subsidiaire de l'un d'eux, mais le ministère public dispose d'un pouvoir d'initiative à travers l'article 387*bis* du Code civil.

À défaut d'accord, le tribunal examine prioritairement, à la demande d'un des parents au moins, la possibilité de fixer l'hébergement de l'enfant de manière égalitaire entre ses parents.

¹ Art. 374, § 2, al. 2, C. civ. Voir : F. APS, « De wet van 18 juli 2006 : promotie van het gelijkmatig verdeeld verblijf voor kinderen van gescheiden ouders en optimalisering van de uitvoeringsmaatregelen tegen de onwillige ouder(s) », *R.W.*, 2006-2007, pp. 1422 à 1433 ; N. DANDOY et F. REUSENS, « L'hébergement égalitaire. Lorsque la promotion de la coparenté sur le plan de l'hébergement aboutit à une réforme faussement modeste de la procédure en matière d'autorité parentale », *J.T.*, 10 mars 2007, pp. 177 et s. ; G. HIERNAUX, « La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant », *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, pp. 9 à 60 ; D. PIRE, « La nouvelle loi sur l'hébergement égalitaire », in D. PIRE (dir.), *Droit des familles*, coll. CUP, vol. 92, Liège, Anthemis, 2007.

² Voir : Projet de loi tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 1673/001, pp. 4 et s.

VIIIter.1.2. – LES EFFETS DE LA FILIATION

Le but du législateur était, face à une jurisprudence très diversifiée jusqu'alors, de proposer un modèle légal.

Ce modèle est toutefois conditionné :

- 1) par l'exercice conjoint de l'autorité parentale ;
- 2) par la demande d'au moins un des parents, pour éviter que le juge n'impose le modèle alors qu'aucun de ceux-ci ne le souhaite.

2.75. Toutefois, si le tribunal estime que l'hébergement égalitaire n'est pas la formule la plus appropriée, il peut décider de fixer un hébergement non égalitaire. Le législateur n'a pas voulu indiquer dans le texte les raisons qui pourraient amener le juge à refuser le modèle légal. Cependant, selon les travaux préparatoires, il a pensé à l'éloignement géographique éventuel des parents¹, à l'indisponibilité avérée de l'un d'eux, à une éventuelle indignité (mais dans ce cas, l'exercice de l'autorité parentale ne sera sans doute pas conjoint), à un désintérêt manifeste à l'égard de l'enfant pendant la vie commune ou après la séparation, au jeune âge de l'enfant², au contenu de l'audition de l'enfant et à la faveur qu'il convient de témoigner à l'égard du maintien de la fratrie dans un même lieu de vie³.

2.76. Le tribunal statue en tout état de cause par un jugement spécialement motivé, en tenant compte des circonstances concrètes de la cause et de l'intérêt des enfants et des parents.

2.77. Dans les cas exceptionnels où le juge décide de confier l'autorité parentale exclusive à un des parents (art. 374, § 1^{er}, al. 2, C. civ.), on l'a vu, l'autre parent se verra normalement reconnaître en principe un « droit aux relations personnelles ».

5.1.2.2. *L'exécution des décisions relatives à l'hébergement*

2.78. Les conflits en matière d'exécution des décisions rendues sont légion lorsque les parents sont séparés.

2.79. La Cour de cassation a souligné que le manquement du parent, à qui la garde de l'enfant commun est confiée par décision judiciaire, de remplir son devoir d'éducation en convainquant l'enfant de se conformer à l'exercice du droit de visite de l'autre parent, peut constituer, dans des circonstances particulières à apprécier

¹ En ce sens : Trib. jeun. Charleroi, 15 septembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 704.

² Pour une application de ce critère, voir par exemple Liège, 11 mai 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, p. 896 ; Trib. Jeun. Nivelles, 20 janvier 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 729.

³ À propos des arguments rejetés ou à l'inverse admis au titre de contre-indications à un hébergement égalitaire, voir : N. MASSAGER, « La filiation », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 426 à 438.

par le juge du fond, l'infraction de non-représentation d'enfant. Convaincre l'enfant de se conformer à l'exercice du droit de visite fait partie du devoir d'éducation¹.

2.80. L'exécution forcée des décisions rendues en matière d'hébergement et de relations personnelles est possible, quoique particulièrement délicate. La loi du 18 juillet 2006 la régit à travers l'article 387ter nouveau du Code civil².

Le juge des référés demeure compétent en cas d'urgence. Le tribunal de la famille lui-même peut être saisi par requête unilatérale en cas d'absolue nécessité (on songe à un départ imminent à l'étranger).

Si l'urgence ou l'absolue nécessité n'existe pas, ce qui constituera sans doute l'exception, le tribunal qui a rendu la décision connaît de la demande³.

Il peut notamment procéder à de nouvelles mesures d'instruction sur la base de l'article 1253ter/6 du Code judiciaire, tenter de concilier les parties ou leur suggérer de recourir à la médiation, ou encore renvoyer la cause à la chambre de règlement amiable conformément à l'article 731, alinéa 4, du Code judiciaire.

Il peut prendre des nouvelles décisions relatives à l'autorité parentale ou à l'hébergement de l'enfant.

Il peut autoriser la partie victime de la violation de la décision à recourir à des mesures de contrainte. Il détermine la nature de ces mesures et leurs modalités d'exercice au regard de l'intérêt de l'enfant et désigne, s'il l'estime nécessaire, les personnes habilitées à accompagner l'huissier de justice pour l'exécution de sa décision.

Le juge peut encore prononcer une astreinte contre le parent récalcitrant. Elle se révèle souvent efficace si le débiteur est solvable. L'article 1412 du Code judiciaire, visé à l'article 387ter, § 1^{er}, alinéa 6, du Code civil, prévoit que les limitations et exclusions prévues en matière de cession ou de saisie ne sont pas applicables

¹ Cass., 9 octobre 2002, *J.T.*, 2003, p. 201 (la décision que la prévenue avait méconnue avait vraisemblablement été rendue avant 1995, ce qui explique l'usage de l'ancien vocabulaire en termes de « garde » et de « droit de visite »).

² Voir à propos du nouvel art. 387ter C. civ. : D. CARRE, « La recevabilité d'une demande fondée sur l'article 387ter du Code civil : deux questions pratiques », *Act. dr. fam.*, 2010, pp. 143 à 147 ; M. MARECHAL, « L'article 387ter du Code civil ou le renforcement de la complexité procédurale en matière familiale », *Act. dr. fam.*, 2008, pp. 69 à 81 ; N. MASSAGER, « La filiation », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 463 à 472 ; F. REUSENS, « Quant au champ d'application de l'article 387ter du Code civil », note sous Trib. jeun. Charleroi, 17 mai 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, pp. 1238 et 1239 ; P. SENAËVE, « Drie jaar toepassing van artikel 387ter BW (Wet van 18 juli 2006) », *T. Fam.*, 2010, pp. 114 à 132.

³ Pour une application, voir Civ. Liège (réf.), 8 mars 2007, RF 04/325/C, www.juridat.be.

VIIIter.1.2. – LES EFFETS DE LA FILIATION

(l'article 1412, 3°, du Code judiciaire mentionne l'article 387ter, alinéa 2, du Code civil, mais il faut y voir une erreur matérielle, l'alinéa 6 étant manifestement concerné).

Rien dans le texte de l'article 387ter du Code civil n'exclut la condamnation à une astreinte du parent qui refuserait d'exercer son droit d'hébergement, qui deviendrait alors un devoir, quoique l'opportunité d'une telle mesure soit peu imaginable.

La procédure est également applicable lorsque les droits des parties sont réglés par une convention préalable à un divorce par consentement mutuel. Dans ce cas, le tribunal est saisi par une requête contradictoire.

L'économie de la loi semble impliquer *a contrario* que plus aucune exécution forcée n'est possible si une décision n'a pas été prise sur la base du nouvel article 387ter du Code civil.

417. Des poursuites pénales peuvent également être intentées, comme c'était le cas jusqu'à présent, pour non-représentation d'enfant¹, mais elles ne consistent pas en elles-mêmes à exécuter une décision rendue en matière d'hébergement ou de relations personnelles.

5.1.2.3. *Le droit aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents ou des tiers*²

2.81. L'article 375bis du Code civil, inséré par la loi du 13 avril 1995, énonce que les grands-parents ont le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant³.

La jurisprudence avait antérieurement reconnu l'existence de principe d'un droit de visite en faveur des grands-parents. Ce droit est reconnu depuis 1995 par la loi elle-même.

La jurisprudence reconnaît même aux grands-parents la possibilité d'initier une action fondée sur l'article 387bis du Code civil, qui provoque le contrôle de l'intérêt de l'enfant par le tribunal de la famille et peut aller jusqu'à confier aux grands-parents un droit d'hébergement de l'enfant⁴.

¹ Art. 432 C. pén. Voir *supra*, n° 1.404.

² Voir, pour de plus amples développements : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 729 à 733 ; N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 473 à 482.

³ Pour une illustration, voir par exemple Trib. jeun. Mons, 8 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 721.

⁴ Voir entre autres Liège (réf.), 26 juin 2002, *J.T.*, 2003, 50, obs. H. SIMON.

2.82. Le droit aux relations personnelles de l'article 375*bis* du Code civil peut aussi être octroyé à toute autre personne, si celle-ci démontre l'existence d'un *lien d'affection particulier et l'intérêt de l'enfant* à ces relations personnelles. On peut songer à l'ex-conjoint/compagne/compagnon d'un parent de l'enfant qui a fréquenté celui-ci, voire qui a contribué à l'élever¹, aux (demi-)frères et (demi-)sœurs², à d'autres membres de la famille ou à toute personne proche de l'enfant en raison de circonstances particulières³.

2.83. Le tribunal de la famille est chargé de trancher les contestations éventuelles, à la demande des parties ou du procureur du Roi.

5.2. Les attributs de l'autorité parentale relatifs aux biens de l'enfant

5.2.1. L'administration légale

2.84. L'administration du patrimoine du mineur ne se réduit pas à la notion traditionnelle d'« actes d'administration », mais se rapproche de la gestion de patrimoine, visant à maintenir la consistance de celui-ci et à le faire fructifier.

2.85. Certains actes ne peuvent être accomplis par les parents sans autorisation spéciale du juge de paix ; il s'agit des mêmes actes que ceux soumis à l'autorisation du juge de paix dans le régime de la tutelle sous réserve du 7° de l'article 410 (art. 378 C. civ., qui renvoie à l'art. 410 C. civ.).

2.86. Lorsque les parents exercent conjointement l'autorité sur la personne de l'enfant, ils administrent ensemble ses biens.

2.87. L'administration légale est confiée en principe au parent qui se voit attribuer, le cas échéant, l'exercice exclusif de l'autorité parentale⁴. Les articles 376, 384 et 387*bis* du Code civil ne doivent pas conduire à considérer que cette solution est toujours nécessaire. Le juge, sur la base de l'article 387*bis* du Code civil, doit pouvoir moduler le régime de l'autorité parentale et éventuellement maintenir le droit d'administration conjoint alors même que le gouvernement de la personne de l'enfant ne l'est plus.

¹ Trib. jeun. Courtrai, 18 mars 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 687, note. Y.-H. LELEU ; *Journ. proc.*, 1997, p. 16, note L. VERSLUYS.

² Trib. jeun. Huy, 11 mai 1989, *J.T.*, 1990, p. 261 ; Civ. Namur, 22 octobre 2002, *Journ. dr. j.*, 2004, p. 43, note F. BOUCHAT.

³ Tel un parent ou un grand-parent biologique (et non juridique), un parent déchu de l'autorité parentale, un parent d'origine après adoption, un parrain ou une marraine, un oncle ou une tante, un arrière-grand-parent, un parent éducatif, etc. Voir à cet égard les nombreuses références citées en notes 285 à 294 par Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 730 et 731 ; voir également N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 589 et s.

⁴ Art. 376, al. 3, C. civ.

VIIIter.1.2. – LES EFFETS DE LA FILIATION

Dans le cas de l'exercice exclusif de l'administration légale, l'autre parent conserve un droit de surveillance ainsi qu'un droit d'information, qui en est l'accessoire.

2.88. Le recours devant le tribunal de la famille n'est pas prévu explicitement en ce qui concerne l'administration des biens. L'article 387*bis* du Code civil permettra cependant de soumettre au tribunal tout litige relatif à l'autorité parentale, en ce compris donc les questions relatives aux biens.

2.89. En ce qui concerne la représentation exceptionnelle par un tuteur *ad hoc*, visée par l'article 378, § 1^{er}, alinéa 5, dernier alinéa du Code civil, on considère que cette disposition a un caractère général. Elle trouve une de ses applications les plus fréquentes lorsque les intérêts du mineur doivent être défendus devant le tribunal de la famille contre ses parents ou devant une juridiction pénale et que ce mineur est la victime d'une infraction, *a fortiori* si les deux parents ou un autre membre de la famille sont poursuivis. Il a, en outre, parfois été admis qu'un tuteur *ad hoc* soit désigné en cas d'inertie des deux parents, quand le simple fait de ne pas agir compromet les intérêts de l'enfant.

Le tuteur *ad hoc* intervient dans l'intérêt du mineur, mais il n'est pas tenu de suivre les instructions ou les souhaits de celui-ci. La requête en désignation d'un tuteur *ad hoc* est déposée devant le juge saisi du litige. Elle peut l'être par toute personne intéressée en ce compris le mineur lui-même. Il s'agit donc d'un des actes juridiques que le mineur peut exceptionnellement accomplir seul. Cette dérogation au droit commun est fondée sur le caractère supposé urgent et conservatoire de la demande.

5.2.2. La jouissance légale

5.2.2.1. La nature du droit

2.90. Le droit de jouissance légale est attaché au droit d'administration. Le droit de jouissance légale est le droit des parents de jouir des revenus des biens de leurs enfants mineurs non émancipés¹.

2.91. L'article 387, alinéa 2, du Code civil, introduit par la loi du 10 décembre 2012, exclut le parent indigne d'hériter vis-à-vis de l'un de ses enfants du droit de jouissance des biens de cet enfant.

2.92. Le tuteur n'a jamais la jouissance légale des biens de l'enfant.

¹ Art. 384 C. civ.

2.93. Le droit de jouissance légale se distingue du droit d'usufruit par son caractère d'ordre public et son indisponibilité ; en outre, contrairement à un usufruitier, les parents ont le pouvoir, avec l'autorisation du juge de paix, d'aliéner certains biens du patrimoine du mineur.

2.94. Les fruits de la jouissance légale devront être affectés avant toute autre chose à l'entretien de l'enfant.

2.95. À la majorité de l'enfant, les parents ne doivent rendre compte que de l'administration du capital¹. La reddition de comptes formelle est rarissime.

5.2.2.2. *L'assiette du droit de jouissance légale*

2.96. Le droit de jouissance ne s'exerce pas sur les biens suivants :

- les revenus du travail du mineur (art. 387 C. civ.) ;
- les biens donnés ou légués au mineur sous la condition que ses parents n'en auront pas la jouissance légale (art. 387 C. civ.) ;
- les biens dont le mineur hérite en raison de l'exclusion de la succession de ses parents pour cause d'indignité (art. 730 C. civ.) ;
- l'épargne constituée par l'enfant et déposée dans un organisme bancaire (solution jurisprudentielle) ;
- les pensions et contributions alimentaires dues aux enfants.

6. La fin de l'autorité parentale

6.1. *L'accession à l'âge de la majorité civile*

2.97. L'autorité parentale cesse de plein droit lorsque l'enfant accède à l'âge de la majorité civile ou lorsqu'il est émancipé².

2.98. La loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2014, a supprimé les différents régimes d'incapacité qui s'appliquaient auparavant aux majeurs, dont celui de la minorité prolongée.

Ces différents régimes ont été remplacés par le régime de la protection, qui est judiciaire ou extrajudiciaire.

Dans le cadre de ce nouveau régime, le mineur dont il apparaît qu'il sera, en raison de son état de santé, totalement ou partiellement hors d'état d'assumer lui-même la

¹ Art. 379 C. civ.

² Art. 372 C. civ.

VIIIter.1.2. – LES EFFETS DE LA FILIATION

gestion de ses biens peut être placé, dès l'âge de dix-sept ans accomplis, sous le régime de la protection¹.

Dans l'hypothèse d'un mineur âgé de dix-sept ans ou d'un jeune majeur, le juge de paix choisira de préférence comme administrateur les parents ou l'un des deux parents².

6.2. *L'impossibilité durable d'exercer l'autorité parentale*

2.99. Aux termes de l'article 389 du Code civil, l'autorité parentale peut être remplacée par la tutelle si les père et mère sont dans l'impossibilité durable d'exercer l'autorité parentale ou incapables d'exprimer leur volonté.

L'article 1236bis du Code judiciaire règle la procédure.

2.100. Ainsi, le Tribunal de première instance de Liège a-t-il décidé, sur requête du procureur du Roi, de faire application de ces dispositions dans le cas d'un enfant dont la mère était dépressive et alcoolique, le père étant décédé³.

6.3. *La déchéance de l'autorité parentale*

2.101. Dans certains cas très graves, le tribunal de la jeunesse peut déchoir un parent de l'autorité parentale, en vertu de l'article 32 de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait.

Cette déchéance peut être la conséquence d'une condamnation pénale à une peine criminelle ou correctionnelle du chef d'une infraction commise sur l'enfant ou avec lui⁴. Un jugement distinct du tribunal de la jeunesse est néanmoins nécessaire⁵, en plus du jugement répressif, la déchéance étant toujours facultative. La déchéance de l'autorité parentale est en principe une mesure de protection de la jeunesse et non une peine, bien qu'elle soit inscrite au casier judiciaire.

Elle peut aussi être ordonnée à l'égard du parent qui, par mauvais traitements, abus d'autorité, inconduite notoire ou négligence grave, met en péril la santé, la sécurité ou la moralité de son enfant⁶. Ce sont sans doute les cas les plus fréquents.

¹ Art. 488/1, al. 2, C. civ.

² Art. 496/3, al. 2, C. civ. Pour plus de développements à propos du nouveau régime d'incapacité des personnes majeures, voir notamment F. DEGUEL, « La loi réformant les régimes d'incapacités et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine : vers une simplification ? », in Y.-H. LELEU et D. PIRE (dir.), *Actualités de droit des personnes et des familles*, coll. CUP, vol. 141, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 125 et s. ; A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit des personnes et de la famille*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 567 et s.

³ Civ. Liège, 12 février 2009, *Journ. dr. j.*, juin 2010, liv. 296, p. 43.

⁴ Art. 32, al. 1^{er}, 1^o, de la loi du 8 avril 1965.

⁵ Art. 32, al. 3, de la loi du 8 avril 1965.

⁶ Art. 32, al. 1^{er}, 2^o, de la loi du 8 avril 1965.

2.102. Plus choquant, un parent peut être déchu de l'autorité parentale pour avoir épousé une personne elle-même déchue¹.

2.103. La déchéance peut être totale ou partielle, c'est-à-dire qu'elle ne porte pas nécessairement sur tous les attributs de l'autorité parentale². Le tribunal de la jeunesse peut désigner ceux qui sont concernés par sa décision.

2.104. En prononçant la déchéance totale ou partielle de l'autorité parentale, le tribunal de la jeunesse nomme un *protuteur* qui exercera les droits dont les parents ou l'un d'entre eux sont déchus et remplira les obligations qui y sont corrélatives³.

2.105. La réintégration dans les droits relatifs à l'autorité parentale peut être accordée, même après l'accession de l'enfant à sa majorité⁴.

2.106. La déchéance a souvent été utilisée afin de contourner l'obstacle du refus de consentement, par ses parents, à l'adoption d'un enfant, sans que cette intention n'apparaisse explicitement dans le chef du parquet ou du tribunal de la jeunesse. Un parent déchu de l'autorité parentale est en effet assimilé à un parent dans l'impossibilité de manifester sa volonté et donc de consentir⁵. C'est la raison pour laquelle l'alinéa 2 de l'article 33 de la loi du 8 avril 1965, tel qu'inséré par la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption, prévoit à présent que la déchéance ne porte sur le droit de consentir à l'adoption de l'enfant que si le jugement le stipule expressément.

2.107. La tutelle aux prestations familiales prévues par l'article 29 de la loi du 8 avril 1965 constitue également une limitation du droit d'administration légale des parents.

§ 5. *Les obligations alimentaires*⁶

1. L'obligation d'entretien de l'enfant économiquement dépendant

1.1. La loi du 19 mars 2010

2.108. Les articles 203 à 203*quater* du Code civil ont été modifiés ou complétés par la loi du 19 mars 2010 visant à promouvoir une objectivation du calcul des

¹ Art. 32, al. 2, de la loi du 8 avril 1965.

² Art. 34 de la loi du 8 avril 1965.

³ Art. 34 de la loi du 8 avril 1965.

⁴ Art. 60 de la loi du 8 avril 1965.

⁵ Voir l'art. 348-3, al. 1^{er}, C. civ.

⁶ Voir également : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 735 et s. ; A.-Ch. VAN GYSEL, « L'obligation alimentaire », in *Précis de droit de la famille*, A.-Ch. VAN GYSEL (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 501 et s.

VIIIter.1.2. – LES EFFETS DE LA FILIATION

contributions alimentaires des père et mère au profit de leurs enfants. Elle a été publiée au *Moniteur* du 21 avril 2010 et est entrée en vigueur le 1^{er} août 2010¹.

La loi du 19 mars 2010 a voulu :

- *pacifier les relations familiales* en matière de contributions alimentaires ;
- *concrétiser* le devoir de contribution financière des deux parents aux frais liés à l'entretien et à l'éducation des enfants ;
- mettre fin à la façon *assez arbitraire* dont les juges fixent le montant de cette contribution, en donnant des indications claires à ce propos, sans pour autant les obliger à appliquer systématiquement un calcul standard ;
- fixer, sur la base d'études portant sur le coût financier d'un enfant, le montant minimum de la contribution alimentaire ;
- imposer une motivation spéciale des décisions en la matière ;
- imposer la mention, dans les décisions, d'informations sur le Service des créances alimentaires ;
- préciser certains points connexes relatifs à la délégation de somme, à l'adaptation des contributions alimentaires en fonction de l'âge de l'enfant ou au pouvoir du juge d'imposer aux parents l'ouverture d'un compte au nom de l'enfant ;
- créer une Commission des contributions alimentaires, chargée d'établir des recommandations pour l'évaluation des frais.

1.2. La nature de l'obligation alimentaire

2.109. En vertu de l'article 203, § 1^{er}, du Code civil, les père et mère sont tenus d'assumer, à proportion de leurs facultés, l'hébergement, l'entretien, la santé, la surveillance, l'éducation, la formation et l'épanouissement de leurs enfants. Si la formation n'est pas achevée, l'obligation se poursuit après la majorité de l'enfant. On regrettera que le législateur n'ait pas pris la peine de modifier le libellé de l'article 203 du Code civil pour y inclure la coparente. Celle-ci jouit en effet des mêmes droits et devoirs parentaux que les père et mère d'un enfant.

Le principe contenu dans l'article 203 du Code civil est cependant, on s'en serait douté, très ancien. Selon Antoine LOYSEL, collecteur de l'ancien droit coutumier (1536-1617), « *Qui fait l'enfant doit le nourrir* ».

2.110. L'obligation alimentaire des parents à l'égard de leur enfant est d'ordre public et revêt un caractère prioritaire par rapport à toutes les autres créances alimentaires de l'enfant² ou par rapport à l'aide de la collectivité, celle-ci prenant par exemple la forme de l'aide sociale.

¹ Pour une analyse plus complète de la loi, voir : N. DANDOY, « La loi du 19 mars 2010 visant à promouvoir une objectivation du calcul des contributions alimentaires des père et mère au profit de leurs enfants », *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, pp. 775 et s.

² À l'exception toutefois de l'obligation alimentaire de l'époux ou de l'ex-époux du mineur. Voir Cass., 20 avril 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1009.

2.111. L'obligation d'éduquer l'enfant comporte bien sûr des devoirs moraux, immatériels, liés à l'affection et au soutien que les parents lui doivent, même si l'obligation d'aimer son enfant n'existe juridiquement pas. Les parents sont aussi tenus d'assumer, à proportion de leurs facultés, les besoins matériels de leur enfant mineur, à savoir – sans que cette liste soit exhaustive – ceux liés à son hébergement, à sa nourriture, à ses vêtements, à son entretien, à son éducation, à sa scolarité, à ses études et à sa formation, à ses loisirs, à ses soins de santé.

Le § 1^{er} de l'article 203, tel que modifié par la loi du 31 mars 1987, a aujourd'hui été complété par les mots *la santé* et *l'épanouissement*. Il est inutile de dire que ce dernier terme se prête mal à un contrôle judiciaire.

2.112. L'obligation s'exerce en principe en nature au domicile des parents lorsque la famille est réunie.

Aux termes de l'article 211 du Code civil, les parents peuvent toujours offrir d'exécuter en nature leur obligation et de recevoir, nourrir et entretenir leur enfant dans leur demeure. Dans ce cas, ils seront en principe dispensés de lui verser une pension alimentaire.

La jurisprudence fait régulièrement application de cette disposition, en soulignant que l'esprit de famille doit nécessairement se concilier avec une tolérance certaine et une volonté de dépasser les difficultés¹ ou en rappelant simplement qu'un enfant ne peut refuser une exécution en nature et exiger une exécution par équivalent que s'il a une raison valable pour ce faire².

D'autres magistrats font le choix de ne pas imposer à l'enfant de demeurer auprès de ses parents mais, à défaut d'une raison valable justifiant le choix d'une autonomie précoce, excluent les frais de logement du calcul de la pension alimentaire³.

Certaines décisions admettent toutefois qu'à partir d'un certain âge, l'enfant, éventuellement encore mineur, peut refuser le gîte et le couvert et obtenir une contribution alimentaire incluant les frais de logement⁴.

¹ Civ. Bruxelles, 1^{er} février 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1704.

² J.P. Charleroi (3^e canton), 13 août 2008, *J.T.*, 2008, p. 592.

³ J.P. Tournai (2^e canton), 21 novembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1242.

⁴ Voir par exemple Civ. Liège, 7 décembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1044 ; Civ. Gand, 8 mai 2003, *N.J.W.*, 2003, liv. 54, p. 1409 note RDC ; J.P. Grâce-Hollogne, 11 avril 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1612. Dans cette dernière espèce, le juge de paix considère que l'exécution en nature prévue à l'article 211 du Code civil repose sur une conception périmée des rapports familiaux qui contreviendrait au droit au respect de la vie privée et familiale. Le juge de paix en tire comme conséquence que le mode d'entraide en nature exige l'acceptation de celui à qui il est offert.

2.113. La déchéance éventuelle de l'autorité parentale n'emporte pas extinction de l'obligation d'entretien.

1.3. L'étendue de l'obligation dans le temps

2.114. L'obligation prévue par l'article 203 du Code civil existe indépendamment de toute demande en justice aux fins d'en obtenir l'exécution¹ de sorte que le juge peut décider de la faire rétroagir au-delà de la demande, moyennant le respect de la prescription quinquennale visée à l'article 2277 du Code civil².

2.115. L'obligation d'entretien ne cesse pas nécessairement à la majorité de l'enfant. Elle perdure jusqu'à ce que la formation soit achevée. Les discussions relatives à ce terme sont nombreuses et fréquentes, notamment parce que « *l'obligation alimentaire ne peut persister au-delà des limites raisonnables de la poursuite fructueuse des études* »³. Une décision du Tribunal de première instance de Nivelles du 19 octobre 2007 a encore rappelé que l'incapacité d'un enfant de subvenir à ses besoins par ses propres moyens ne peut être valablement établie en invoquant la poursuite d'études auxquelles l'intéressé, qui est apte à trouver un emploi rémunéré ou peut bénéficier d'indemnités de chômage, n'a pas consacré le minimum d'efforts nécessaires ou pour lesquelles il n'a pas manifesté les capacités requises pour les réussir endéans un délai raisonnable⁴.

S'il est vrai que l'obligation des parents n'existe vis-à-vis de l'enfant majeur que si celui-ci fait preuve de suffisamment de motivation, d'assiduité et d'aptitude pour achever des études entamées dans un délai raisonnable, le droit à l'échec et à la réorientation sont cependant reconnus.

Une partie de la jurisprudence estime que l'obligation des parents perdure jusqu'à ce que l'enfant ait obtenu son premier emploi ou, à tout le moins, jusqu'au moment où l'enfant pourra percevoir des indemnités de chômage⁵.

¹ Cass., 5 septembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 337.

² Sur cette question, voir : D. CARRE, « Les aliments », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 631 à 635.

³ J.P. Tournai (2^e canton), 7 mars 2000, *Div. Act.*, 2000, p. 132.

⁴ Civ. Nivelles, 19 octobre 2007, R.G. n° 07/216/A, www.juridat.be.

⁵ Voir par exemple J.P. Marchienne-au-Pont, 13 mars 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 708 ; J.P. Gand, 25 juin 1998, *T.G.R.*, 1998, p. 204, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 502 ; J.P. Zelzate, 26 décembre 2002, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1249, note E. ALOFS ; Liège, 20 décembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1366 ; Civ. Liège, 23 décembre 2010, *J.L.M.B.*, p. 680 ; Civ. Liège (sais.), 3 octobre 2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1734 ; Liège, 5 septembre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 271 (dans ce cas d'espèce, la Cour d'appel de Liège considère que l'avocat stagiaire est toujours en période de formation et qu'il peut prétendre à ce titre à une pension alimentaire à charge de ses parents sur pied de l'art. 203 C. civ.) ; J.P. Wavre, 20 mai 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 74 (dans ce dernier cas, le juge de paix considère que l'obligation alimentaire des parents persiste durant le stage d'attente de l'enfant mais uniquement dans le cadre restreint de l'art. 205 C. civ. et qu'elle se limite donc à assurer le minimum vital à l'enfant et non à le faire participer au train de vie de ses parents).

2.116. Que se passe-t-il si, avant la fin de la formation, l'enfant se marie ? La Cour de cassation a été amenée à préciser que si l'enfant est marié, l'obligation d'entretien particulière entre les époux (art. 213 C. civ.) prime, en règle, l'obligation d'entretien parentale. Ceci n'empêche toutefois pas que l'obligation d'entretien parentale subsiste lorsque les moyens du conjoint de l'enfant sont insuffisants pour lui permettre de respecter son obligation d'entretien ou lorsqu'il est établi qu'il manque à son devoir¹.

2.117. Les tribunaux ont parfois estimé que le comportement de l'enfant peut lui faire perdre ses droits, notamment en cas de violence physique ou morale contre ses parents. Le fondement de ce raisonnement est l'article 371 du Code civil, qui contient l'énonciation du seul devoir juridique de l'enfant à l'égard de ses parents et qui dispose que « [l'] *enfant et ses père et mère se doivent, à tout âge, mutuellement le respect* ». Une telle sanction n'est pas prévue par la loi, qui devrait éventuellement être adaptée sur ce point pour la justifier. Un arrêt de la Cour de cassation du 3 juin 2010² casse un jugement du Tribunal de première instance de Termonde ayant estimé que le défaut de respect dû à ses parents constitue une cause d'exclusion du droit d'entretien et d'éducation dans le chef de l'enfant³.

2.118. Sous réserve des droits d'un de ses parents d'obtenir une contribution sur la base de l'article 203*bis* du Code civil, lorsque l'enfant est devenu majeur, il jouit d'un droit d'action propre contre ses père et mère pour obtenir l'exécution de l'obligation d'entretien.

1.4. La détermination du montant de la pension alimentaire

2.119. Tant que l'obligation s'exécute en nature, le montant de la contribution (on parle parfois du *quantum* de la pension) ne doit pas être déterminé.

2.120. Il en va autrement en cas de novation par le paiement d'une contribution payable à l'autre parent ou d'une pension payable à l'enfant lui-même.

2.121. Du point de vue de *l'obligation à la dette* – à quoi l'enfant a-t-il globalement droit ? –, on tiendra compte de ses besoins effectifs, de ses capacités en matière de formation, mais aussi des « facultés » cumulées des parents. La règle n'est cependant pas, comme entre époux, de permettre à l'enfant de jouir nécessairement du train de vie de ses parents éventuellement fortunés. La limite est ce qui est nécessaire à une formation adéquate. Les capacités contributives des parents et leur

¹ Cass., 20 avril 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1009.

² *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 222.

³ Voir aussi J. FIERENS, « L'exception d'irrespect en matière alimentaire et le respect de la loi », note sous Bruxelles, 10 octobre 2006, *Div. Act.*, février 2007, pp. 38 à 40.

VIIIter.1.2. – LES EFFETS DE LA FILIATION

train de vie rejailliront cependant sur l'appréciation des besoins de l'enfant, celui-ci disposant d'une créance alimentaire élargie.

Le § 2 de l'article 203 du Code civil précise la notion ancienne de « facultés », tendant vers la prise en compte de tous les moyens économiques des parents, au-delà des stricts revenus. La loi vise *notamment* tous les revenus professionnels, mobiliers et immobiliers des père et mère, ainsi que tous les avantages et autres moyens qui assurent leur niveau de vie et celui des enfants.

1.5. La contribution à la dette alimentaire¹

2.122. Du point de vue de la *contribution à la dette*, la part de chaque parent sera définie en fonction de ses facultés respectives, ainsi que des modalités d'hébergement de l'enfant.

2.123. L'article 203 nouveau précise que la contribution des père et mère aux frais d'hébergement, de santé, de surveillance, d'éducation, de formation et de loisirs de leurs enfants doit être *proportionnelle* aux revenus de chacun d'eux par rapport à leurs revenus cumulés.

Le principe légal est donc que la *proportion* du budget des parents qui doit servir à l'entretien d'un enfant d'un âge donné doit être la même avant et après la dissolution du ménage. Si, en cas de séparation ou de divorce des parents, le niveau de vie baisse habituellement, c'est la *part* du budget antérieurement consacrée aux enfants qui est déterminante.

2.124. Les frais comprennent les frais ordinaires et les frais extraordinaires. Ils font chacun à présent l'objet d'une définition légale. Les frais ordinaires sont les frais habituels relatifs à l'entretien quotidien de l'enfant². Les frais extraordinaires sont les dépenses exceptionnelles, nécessaires ou imprévisibles qui résultent de circonstances accidentelles ou inhabituelles et qui dépassent le budget habituel affecté à l'entretien quotidien de l'enfant qui a servi de base, le cas échéant, à la fixation des contributions alimentaires³.

¹ Sur la fixation du *quantum* de la contribution de chaque parent à la dette alimentaire, voir : D. CARRE, « Les aliments », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 587 et s.

² Art. 203bis, § 3, al. 2, C. civ.

³ Art. 203bis, § 3, al. 3, C. civ.

2.125. Les allocations familiales ou d'autres avantages de sécurité sociale ou d'aide sociale liés à l'existence ou la présence de l'enfant doivent être affectés à son entretien¹.

2.126. Les ressources propres de l'enfant, par exemple celles qui proviennent de son activité personnelle, réduisent d'autant l'obligation parentale. Le capital qu'il possède, par contre, ne peut en principe être affecté à son entretien.

2.127. Le montant de la pension peut être revu dès qu'un élément se trouve modifié : on parle d'autorité de chose jugée *rebus sic stantibus*².

1.6. L'action contributive

2.128. Si les parents sont séparés et que les périodes d'hébergement ou leur situation financière diffèrent, un parent peut être amené, en application de l'article 203bis du Code civil, à verser à l'autre une contribution financière appelée « part contributive » ou « contribution alimentaire ».

1.7. L'éventuelle ouverture d'un compte bancaire

2.129. En vertu de l'article 203bis, § 4, du Code civil, le juge peut, à la demande du père ou de la mère, imposer aux parties d'ouvrir un compte auprès d'une institution agréée sur la base de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit par la Commission bancaire, financière et des assurances, destiné au paiement des contributions fixées sur la base de l'article 203, § 1^{er}.

Dans ce cas, le juge détermine au moins :

- 1° la contribution de chacun des père et mère aux frais visés à l'article 203, § 1^{er}, ainsi que les avantages sociaux revenant à l'enfant qui doivent être versés sur ce compte ;
- 2° le moment du mois auquel ces contributions et avantages sociaux doivent être versés ;
- 3° la manière dont il peut être disposé des sommes versées sur ce compte ;
- 4° les frais payés au moyen de ces sommes ;
- 5° l'organisation du contrôle des dépenses ;
- 6° la manière dont les découverts sont apurés ;
- 7° l'affectation des surplus versés sur ce compte.

¹ Voir la possibilité pour le tribunal de la jeunesse d'ordonner une tutelle aux prestations familiales sur la base de l'article 29 de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait.

² Voir à cet égard : D. CARRE, « Les aliments », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 612 et s.

VIIIter.1.2. – LES EFFETS DE LA FILIATION

2.130. Les versements de contributions effectués en exécution de cet article sont considérés comme des paiements de contributions alimentaires dans le cadre de l'obligation alimentaire telle que définie à l'article 203, § 1^{er}, du Code civil.

1.8. L'obligation de motivation spéciale : les huit éléments de l'article 1321 du Code judiciaire

2.131. Comme auparavant, le Code judiciaire autorise l'introduction d'une action fondée sur une obligation alimentaire par voie de requête contradictoire¹.

2.132. L'action est en principe portée devant le tribunal de la famille en fonction de sa compétence en cette matière², que la demande porte exclusivement sur des aliments ou s'inscrive dans le cadre des mesures provisoires demandées entre les cohabitants dont l'entente est perturbée (art. 1479 C. civ.), entre époux en instance de séparation (art. 223 C. civ.) ou de divorce (art. 1280 C. jud.) ou complémentaiement au règlement des modalités d'hébergement (art. 387bis C. civ.).

2.133. La nouveauté est l'obligation de motivation spéciale, sauf accord des parties quant au montant de la contribution alimentaire conforme à l'intérêt de l'enfant (ces derniers mots rappellent que le juge n'est pas tenu d'entériner un accord qui ne serait pas conforme à cet intérêt).

Huit éléments, énoncés à l'article 1321 nouveau du Code judiciaire, devront figurer dans la décision.

2.134. Certains juges utilisent la « méthode Renard », du nom du sociologue qui l'a conçue au début des années 80, qui tend à déterminer le montant de la pension due en faveur des enfants au moyen d'une formule (cette méthode a été adaptée à travers un programme informatique). La méthode Renard utilise des coefficients de coût de l'enfant élaborés il y a une trentaine d'années et devrait à cet égard être actualisée. Le modèle, qui a été informatisé, prétend s'appliquer à tous les parents, mariés ou non, vivant ensemble ou séparés. Il part du coût théorique d'un enfant, constitué par l'accroissement des ressources nécessaire à un couple avec enfant pour maintenir son niveau de vie après la naissance de celui-ci et applique une formule de partage des ressources en fonction du pourcentage d'hébergement, de la perception des allocations familiales et de la proportion entre les revenus du père et de la mère. Selon Roland RENARD, le coût d'un enfant augmente de façon quasi linéaire. À moins d'un an, il ne représenterait que 13,7 % des revenus du ménage. À dix-sept ans, il en représenterait 26,2 %. Actuellement, certains estiment plutôt que le coût théorique de l'enfant doit être évalué à 20 % du revenu des parents, entre

¹ Art. 1320 C. jud.

² Art. 572bis, 7°, C. jud.

zéro et onze ans, et à 30 %, entre douze et dix-sept ans, pour un ménage ayant un revenu moyen¹.

Toutefois, par arrêt du 2 mai 2005, la Cour de cassation a décidé que dans la mesure où la méthode dite « Renard » de calcul des contributions réciproques des parents aux frais d'entretien et d'éducation des enfants (économiquement) mineurs ne prend en compte que les revenus des parents, sans tenir compte de leurs charges de la vie courante, cette méthode méconnaît le prescrit légal de l'article 203 (ancien) du Code civil².

2.135. Le juge peut, à la demande d'une des parties, décider de l'augmentation de plein droit de la contribution alimentaire dans des circonstances à déterminer par lui (on songe par exemple au passage de l'enfant dans un cycle d'études supérieures)³.

2.136. La contribution alimentaire fixée soit par jugement, soit par convention, est adaptée de plein droit aux fluctuations de l'indice des prix à la consommation⁴.

2.137. Par ailleurs, les décisions rendues en la matière sont en principe exécutoires par provision⁵.

1.9. Les aspects fiscaux des rentes alimentaires

2.138. Nous mentionnons également ici les aspects fiscaux des contributions alimentaires en argent, visés eux aussi par l'article 1321 du Code judiciaire, en raison de leur importance pratique⁶.

¹ Voir J.-L. FRANEAU, « La méthode Renard : une réponse cohérente à la problématique des relations à l'argent familial », in *L'argent pour vivre : vers une réforme de l'obligation alimentaire. Actes du Colloque organisé par l'unité de droit familial de l'ULB le 19 novembre 1999*, Bruxelles, Kluwer, 2000, pp. 9 à 21 ; A.-Ch. VAN GYSEL (dir.), *Précis de droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 560 à 565.

² Cass., 2 mai 2005, *Div. Act.*, 2006, p. 70, note J.-E. BEERNAERT ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 543. Voir à propos de cet arrêt, J.-L. FRANEAU, « Du nouveau en matière de calcul de part contributive ? », in D. PIRE (dir.), *Droit des familles*, coll. CUP, vol. 92, Liège, Anthemis, 2007, p. 18, *in fine*, et p. 19 ; *contra* : Mons, 26 septembre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1234. Sur les limites de la méthode Renard, voir : D. CARRE, « Les aliments », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 607 à 610.

³ Art. 203quater, § 2, C. civ.

⁴ Art. 203quater, § 1^{er}, C. civ.

⁵ Art. 1322/1 C. jud.

⁶ Sur le statut fiscal des pensions alimentaires, voir : A.-Ch. VAN GYSEL, « Les obligations alimentaires », in *Précis de droit de la famille*, A.-Ch. VAN GYSEL (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 601 et s.

1.9.1. Les dispositions pertinentes du Code des impôts sur les revenus 1992 (Région wallonne)¹

2.139. Article 104 du C.I.R. 92

Les dépenses suivantes sont déduites de l'ensemble des revenus nets, dans la mesure où elles ont été effectivement payées au cours de la période imposable :

- 1° 80 % des rentes alimentaires régulièrement payées par le contribuable à des personnes qui ne font pas partie de son ménage, lorsqu'elles leur sont payées en exécution d'une obligation résultant du Code civil ou du Code judiciaire ou d'une obligation légale analogue dans une législation étrangère, ainsi que 80 % des capitaux tenant lieu de telles rentes.*
- 2° 80 % des rentes ou rentes complémentaires dues par le contribuable aux conditions fixées au 1°, mais qui sont payées après la période imposable au cours de laquelle elles sont dues et ce, en exécution d'une décision judiciaire qui en a fixé ou augmenté le montant avec effet rétroactif. Toutefois, les rentes payées pour les enfants pour lesquels l'article 132bis a été appliqué pour un exercice d'imposition antérieur ne sont pas déductibles.*

Article 132 du C.I.R. 92

Le montant exempté en vertu de l'article 131 est majoré des suppléments suivants pour personnes à charge :

- 1° pour un enfant : 1 510 EUR (montant indexé) ;*
- 2° pour deux enfants : 3 880 EUR (montant indexé) ;*
- 3° pour trois enfants : 8 700 EUR (montant indexé) ;*
- 4° pour quatre enfants : 14 060 EUR (montant indexé) ;*
- 5° pour plus de quatre enfants : 14 060 EUR (montant indexé) majorés de 5 370 EUR (montant indexé) par enfant au-delà du quatrième ;*
- 6° un montant supplémentaire de 560 EUR (montant indexé) pour chaque enfant n'ayant pas atteint l'âge de 3 ans au 1^{er} janvier de l'exercice d'imposition, étant entendu que ce supplément ne peut s'ajouter à la réduction pour garde d'enfant visée à l'article 145/35 ;*
- 7° pour chaque personne à charge visée à l'article 136, 2° et 3°, et qui a atteint l'âge de 65 ans : 3 010 EUR (montant indexé) ;*
- 8° pour chaque autre personne à charge : 1 510 EUR (montant indexé).*

Pour l'application de l'alinéa 1^{er}, les enfants et autres personnes à charge considérés comme handicapés sont comptés pour deux².

Article 132bis du C.I.R. 92

Les suppléments visés à l'article 132, alinéa 1^{er}, 1° à 6°, sont répartis entre les deux contribuables qui ne font pas partie du même ménage mais qui exercent

¹ Ci-après : C.I.R. 92.

² Chiffres valables pour l'exercice d'imposition 2016, revenus 2015.

conjointement l'autorité parentale sur un ou plusieurs enfants à charge qui donnent droit aux suppléments visés ci-avant et dont l'hébergement est réparti de manière égalitaire entre les deux contribuables :

- soit sur la base d'une convention enregistrée ou homologuée par un juge dans laquelle il est mentionné explicitement que l'hébergement de ces enfants est réparti de manière égalitaire entre les deux contribuables et qu'ils sont disposés à répartir les suppléments à la quotité du revenu exemptée d'impôt pour ces enfants ;*
- soit sur la base d'une décision judiciaire où il est explicitement mentionné que l'hébergement de ces enfants est réparti de manière égalitaire entre les deux contribuables.*

Dans ce cas, les suppléments visés à l'article 132, alinéa 1^{er}, 1° à 5°, auxquels ces enfants donnent droit, déterminés abstraction faite de l'existence d'autres enfants dans le ménage dont ils font partie, sont attribués pour moitié à chacun des contribuables.

Dans le cas visé à l'alinéa 1^{er}, le supplément visé à l'article 132, alinéa 1^{er}, 6°, est attribué pour moitié au contribuable qui ne demande pas la réduction pour garde d'enfant visée à l'article 145/35.

Une copie de la décision judiciaire ou de la convention visée à l'alinéa 1^{er}, doit être tenue à la disposition de l'administration aussi longtemps qu'au moins un des enfants dont l'autorité parentale est exercée conjointement et dont l'hébergement est réparti de manière égalitaire, donne droit aux suppléments visés au présent article.

Le présent article n'est applicable que si, au plus tard au 1^{er} janvier de l'exercice d'imposition, la convention visée à l'alinéa 1^{er} est enregistrée ou homologuée ou la décision judiciaire visée à l'alinéa 1^{er} est rendue.

Le présent article n'est pas applicable aux suppléments visés à l'alinéa 1^{er} se rapportant à un enfant pour lequel des rentes alimentaires visées à l'article 104, 1°, sont déduites par un des contribuables susvisés.

Article 90 du C.I.R. 92

Les revenus divers sont :

[...]

3° les rentes alimentaires régulièrement attribuées au contribuable par des personnes du ménage dont il ne fait pas partie, lorsqu'elles lui sont attribuées en exécution d'une obligation résultant du Code civil ou du Code judiciaire ou d'une obligation légale analogue dans une législation étrangère, ainsi que les capitaux tenant lieu de telles rentes ;

4° les rentes ou rentes complémentaires visées au 3° payées au contribuable après la période imposable à laquelle elles se rapportent en exécution d'une décision judiciaire qui en a fixé ou augmenté le montant avec effet rétroactif ;

[...].

1.9.2. Les principes de base

2.140. Les pensions et contributions alimentaires, qui deviennent des « rentes » en droit fiscal, sont déductibles des revenus du débiteur, à concurrence de 80 %.

Le créancier sera imposé sur ces 80 % (art. 90, 3°, C.I.R. 92). L'enfant est considéré comme le créancier si des contributions sont versées à son profit, et l'administration fiscale admet que les parents n'ont pas la jouissance légale de celles-ci.

2.141. Des décisions ou des accords peuvent attribuer une contribution alimentaire « nette d'impôt », auquel cas le débiteur paie les impôts en principe dus par le créancier.

2.142. Pour entrer dans le champ d'application de l'article 104, 1° ou 2°, du C.I.R. 92, cinq conditions ont été déterminées par l'administration des contributions :

- 1) le débirentier doit prouver que la rente est versée au bénéficiaire en application d'une obligation alimentaire légale prévue par le Code civil, le Code judiciaire ou la loi sur la cohabitation légale, ou encore sur la base d'une loi étrangère ;
- 2) le bénéficiaire de la rente ou du capital ne peut pas faire partie du ménage du débiteur. Le ménage fiscal est un état de fait caractérisé par une communauté de vie domestique qui peut comporter des interruptions temporaires. Le parent chez qui les enfants sont hébergés à titre principal et domiciliés ne pourra donc jamais déduire sa propre contribution alimentaire, ce qui peut apparaître discriminatoire ;
- 3) les paiements doivent être réguliers. Aucune disposition n'impose cependant une régularité absolue, ni le paiement de montants identiques ;
- 4) les paiements doivent être établis par des documents probants, à charge pour l'administration d'établir éventuellement le caractère simulé ;
- 5) le bénéficiaire de la rente doit se trouver dans un état de besoin. Si une décision judiciaire existe, l'administration estime que le besoin est établi. En cas de paiements volontaires, elle prend en compte la situation sociale et les revenus respectifs du débirentier et du crédientier. Cette dernière condition, qui peut être considérée *contra legem*, est vivement critiquée.

2.143. En application de l'article 90, 4°, du C.I.R. 92¹, les rentes payées au contribuable après la période imposable à laquelle elles se rapportent en exécution d'une décision judiciaire qui en a fixé ou augmenté le montant avec effet rétroactif, c'est-à-dire les arriérés de pensions et contributions alimentaires, sont également taxables, en une fois, à concurrence de 80 %. Toutefois, pour éviter la taxation au taux marginal (le taux qui s'applique à la tranche de revenus la plus élevée d'un contribuable, que les arriérés viennent augmenter), le taux d'imposition distinct

¹ Voir aussi les art. 104, al. 1^{er}, 2° et 143, 5°, C.I.R. 92.

prévu est le taux moyen afférent à l'ensemble des autres revenus imposables perçus au cours de la même année¹.

2.144. On précisera que le partage de l'abattement fiscal sollicité en application de l'article 132*bis* du C.I.R. 92 exclut la déductibilité des contributions alimentaires versées le cas échéant pour l'enfant concerné².

1.10. Les voies d'exécution et les avances

2.145. L'article 203*ter* du Code civil, lui aussi adapté par la loi du 19 mars 2010, permet l'exécution de l'obligation sous forme de délégation de sommes, sans préjudice de l'utilisation des voies d'exécution de droit commun.

2.146. L'inexécution des obligations fondées sur les articles 203 et 203*bis* du Code civil peut en outre être constitutive d'infractions pénales comme *l'abandon de famille* (art. 391*bis* C. pén.) ou *l'abandon d'enfant dans le besoin* (art. 424 C. pén.).

2.147. Par ailleurs, un Service de créances alimentaires a été créé en 2003 afin d'aider les citoyens à exécuter leurs obligations alimentaires en payant des avances sur pension et en instaurant un système de récupération des pensions. L'article 7, § 2, de la loi du 21 février 2003 créant un Service des créances alimentaires au sein du Service public fédéral des Finances et attendu pendant des décennies, est en effet entré en vigueur le 1^{er} juin 2005³. Le Service n'octroie des avances que pour les contributions à l'entretien des enfants (art. 2, 1^o, art. 3, § 2 et art. 4), moyennant certaines conditions de revenus. Les articles 3, § 2, et 4, de la loi qui règlent les conditions de paiement des avances et l'article 30 de la loi qui abroge les articles de la loi organique des CPAS précédemment chargés du règlement des avances sont quant à eux entrés en vigueur le 1^{er} octobre 2005⁴. Un second arrêté royal du 10 août 2005⁵ règle la composition et le fonctionnement de la commission chargée de l'évaluation de la loi du 21 février 2003.

2.148. Notez enfin qu'une loi du 12 mai 2014⁶ est venue modifier la loi du 21 février 2003 ainsi que certaines dispositions du Code judiciaire et du Code pénal, en vue d'assurer le recouvrement effectif des créances alimentaires. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} août 2014. Cette loi modifie notamment l'article 7, § 2, de la loi du 21 février 2003, qui concerne le mode d'introduction de la demande provenant du créancier d'aliments et les mentions que doivent contenir la demande. Par ailleurs, l'article 391*bis* du Code pénal concernant l'abandon de famille a

¹ Art. 171, 6^o, al. 3, C.I.R. 92.

² Art. 104 C.I.R. 92, 1^o et 2^o, *in fine*.

³ Voir A.R. du 25 juin 2005, *M.B.*, 30 juin 2005, p. 30090.

⁴ Voir A.R. du 10 août 2005, *M.B.*, 30 août 2005, p. 37443.

⁵ A.R. du 10 août 2005, *M.B.*, 30 août 2005, p. 37441.

⁶ *M.B.*, 30 mai 2014.

VIIIter.1.2. – LES EFFETS DE LA FILIATION

également été modifié en ce qu'il permet désormais au juge de prononcer une déchéance du droit de conduire un véhicule à moteur lorsqu'une personne est condamnée pour une des infractions visées par cette disposition. Cet article est en effet complété par un dernier alinéa rédigé comme suit : « *En cas de condamnation pour une des infractions prévues au présent article, le juge pourra également prononcer la déchéance du droit de conduire un véhicule à moteur, conformément aux articles 38 à 41 de la loi du 16 mars 1968 relative à la police de la circulation routière* »¹.

1.11. La prescription

2.149. Si le droit à la pension est imprescriptible, les arrérages, c'est-à-dire les montants périodiques définis par convention ou par jugement, se prescrivent quant à eux par cinq ans à dater de l'exigibilité des sommes (art. 2277 C. civ.).

L'adage « *Aliments ne s'arréragent pas* » ne s'impose donc pas dans notre droit qui prévoit ainsi un délai de prescription particulier aux créances alimentaires. Il n'existe pas de principe général de droit suivant lequel un droit subjectif se trouverait éteint lorsque son titulaire a adopté un comportement objectivement inconciliable avec ce droit, parce qu'il n'a réclamé aucune contribution alimentaire pendant plusieurs années.

2.150. Toutefois, la prescription ne court pas entre époux tant que dure le mariage (art. 2253 C. civ.).

2.151. Elle n'est pas non plus d'ordre public et doit donc, le cas échéant, être invoquée par le débiteur à qui les aliments sont réclamés.

2.152. Rappelons également que le délai de prescription est de dix ans en ce qui concerne les aliments accordés par un juge pour la période antérieure à sa décision².

2. L'obligation alimentaire entre ascendants et descendants – L'obligation alimentaire à charge du beau-parent survivant

2.153. Après sa majorité ou l'achèvement de sa formation, l'enfant peut encore être créancier d'une obligation alimentaire à charge de ses parents, mais dans ce cas sur la base du droit commun et plus spécifiquement des articles 205 et 207 du Code civil. Il ne s'agit plus alors de la mise en œuvre de l'obligation d'entretien, d'éducation et de formation, mais d'un devoir basé sur le strict besoin et d'ailleurs

¹ Voir à propos de la loi du 12 mai 2014, P. WEBER, « Service des créances alimentaires : du neuf en ce qui concerne les avances et le recouvrement des créances alimentaires », *Act. dr. fam.*, 2015, p. 3.

² Il s'agit du délai de droit commun de l'*actio judicati*, dont l'objet est l'exécution d'une décision judiciaire. Sur les confusions qui ont existé en matière d'aliments, voir A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit des personnes et des familles*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 470 et 471.

réciproque, l'enfant pouvant aussi être tenu d'une obligation alimentaire à l'égard de ses parents.

2.154. À ce sujet, notons que pour ce qui concerne les obligations alimentaires entre majeurs, la Cour de cassation a décidé qu'existait une hiérarchie entre les débiteurs, les parents étant tenus d'intervenir avant les alliés et une division en parts s'il existe plusieurs débiteurs alimentaires solvables du même degré¹ : « [a]ttendu que l'article 205 du Code civil prévoit que les enfants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin ; qu'aux termes de l'article 206 du même code, les gendres et belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leurs beau-père et belle-mère ; attendu que l'obligation alimentaire qui résulte de ces dispositions est fondée sur le caractère plus ou moins étroit des liens de famille, de sorte que si parmi les débiteurs possibles visés par les articles précités il se trouve plusieurs débiteurs solvables, les parents sont tenus avant les alliés ; [...] attendu que l'article 208 du Code civil prévoit que les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit ; qu'il en résulte que s'il existe plusieurs débiteurs alimentaires solvables du même degré, le créancier ne peut réclamer à chacun que la part qui est la sienne, compte tenu des aliments que les autres débiteurs légaux, qu'ils soient à la cause ou non, sont en mesure de payer ».

2.155. Dans la limite de ce qu'il a recueilli dans la succession de son conjoint et des avantages que celui-ci lui aurait consentis par contrat de mariage, donation ou testament, l'époux survivant est tenu de l'obligation d'entretien envers les enfants de son conjoint dont il n'est pas lui-même le père ou la mère. Cette obligation est toutefois caduque à l'égard de l'enfant indigne d'hériter du conjoint prédécédé².

2.156. Pour le surplus, le nouveau conjoint du parent, son cohabitant légal ou son nouveau partenaire n'ont aucun devoir d'entretien à l'égard des enfants qui ne seraient pas communs. Le devoir de contribution aux charges du mariage ou de la vie commune pourrait cependant en pratique arriver au même résultat, ce qui décharge parfois injustement un parent peu scrupuleux, au préjudice de l'autre et de son nouveau partenaire. Par ailleurs, l'existence d'une cohabitation de fait peut réduire les charges d'un parent, et par là augmenter ses facultés.

§ 6. Les effets en matière fiscale

2.157. Sur les principes de base en matière de déductibilité fiscale des rentes alimentaires, voyez *supra*, les numéros 2.138 et suivants.

¹ Cass., 16 mars 1995, R.G. n° C940333F, www.juridat.be.

² Art. 203, § 3, C. civ.

VIIIter.1.2. – LES EFFETS DE LA FILIATION

2.158. On mentionnera que le domicile fiscal de l'enfant chez son parent permet à ce dernier de le déclarer à sa charge et de bénéficier de la quotité de revenus exemptés d'impôts déterminée par l'article 132 du C.I.R. 1992, sous réserve de l'application de l'article 132bis dudit Code qui prévoit la possibilité pour les parents séparés qui exercent conjointement l'autorité parentale de se répartir l'avantage fiscal dès lors qu'ils appliquent un hébergement égalitaire. Le partage de l'abattement exclut toutefois la déductibilité des contributions alimentaires versées le cas échéant pour l'enfant concerné¹.

§ 7. *Les effets en matière de sécurité sociale : les allocations familiales*

2.159. Nous évoquons uniquement les règles de base en matière d'allocations familiales, souvent essentielles dans le budget d'un ménage².

1. Introduction

2.160. L'attribution des allocations familiales dépend de la législation sociale. Toutefois, un tribunal peut ordonner une rétrocession totale ou partielle de celles-ci.

2.161. Le système de prestations familiales reposait jusqu'il y a peu en Belgique sur trois régimes : celui des salariés (lois coordonnées du 19 décembre 1939 relatives aux allocations familiales pour travailleurs salariés), celui des indépendants (arrêté royal du 8 avril 1976 établissant le régime des prestations familiales en faveur des travailleurs indépendants) et celui des prestations familiales garanties (loi du 20 juillet 1971 instituant des prestations familiales garanties), outre l'existence d'allocations familiales allouées à certaines catégories du personnel rétribué par l'État (arrêté royal du 26 mars 1965 relatif aux allocations familiales allouées à certaines catégories du personnel rétribué par l'État ainsi qu'aux membres du personnel du cadre opérationnel et du cadre administratif et logistique des corps de police locale tel que modifié par l'arrêté royal du 15 juillet 2013).

2.162. La loi du 4 avril 2014 portant modification des lois coordonnées du 19 décembre 1939 relatives aux allocations familiales pour travailleurs salariés³ a harmonisé le régime des allocations familiales des salariés et des indépendants. Les dispositions pertinentes de l'arrêté royal du 8 avril 1976 établissant le régime des prestations familiales en faveur des travailleurs indépendants sont intégrées aux lois coordonnées et les lois coordonnées du 19 décembre 1939 relatives aux allocations

¹ Art. 104, 1° et 2°, *in fine*, C.I.R. 92.

² Pour de plus amples développements, voir : D. CARRE, « Les aliments », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Dossiers du J.T., vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 602 et 603 ; V. LEBE-DESSARD, « Questions choisies en droit familial social : les allocations familiales », in D. PIRE (dir.), *Droit des familles*, coll. CUP, vol. 92, Liège, Anthemis, 2010, pp. 197 et s.

³ M.B., 5 mai 2014, p. 36144.

familiales pour travailleurs salariés changent de dénomination et s'intitulent « Loi générale relative aux allocations familiales » (ci-après LGAF).

La loi introduit de nombreuses modifications, souvent techniques, parfois de fond. Parmi ces dernières, relevons notamment l'alignement des conditions d'octroi et des montants des allocations familiales, quelle que soit la catégorie professionnelle de l'attributaire (indépendant ou salarié). D'un point de vue plus technique, il convient de préciser que le paiement des allocations familiales aux travailleurs indépendants, jusqu'ici assuré par les caisses d'assurances sociales, sera dorénavant pris en charge par les caisses d'allocations familiales, à l'instar des salariés.

Enfin, toujours en vue de garantir l'harmonisation entre catégories professionnelles, la loi est également applicable au personnel contractuel et statutaire de la fonction publique, à l'exception de la date de paiement des allocations et d'avantages particuliers réservés à certains fonctionnaires statutaires en mission à l'étranger.

2. Trois régimes – Trois acteurs

2.163. Le régime des allocations familiales s'articule sur l'existence de trois acteurs :

- *l'attributaire*, c'est-à-dire la personne dont l'activité professionnelle présente ou passée ou dont la situation sociale ouvre le droit aux prestations : le travailleur salarié, le travailleur indépendant, l'agent de l'État, le travailleur malade, détenu, bénéficiaire d'une pension de retraite, etc. ;
- *l'allocataire*, c'est-à-dire la personne qui perçoit effectivement les prestations. Dans le régime des travailleurs salariés, il s'agit en principe de la mère, dans le régime des indépendants, il s'agit en principe du père ;
- *le bénéficiaire*, qui est l'enfant pour lequel des allocations familiales sont payées. Premièrement, cet enfant doit avoir un lien familial avec l'attributaire, être son enfant, l'enfant de son conjoint, son petit-enfant, son arrière-petit-enfant, son neveu, sa nièce, son frère, sa sœur, un enfant de la personne avec qui l'attributaire forme un ménage de fait ou un enfant confié par une autorité judiciaire ou administrative à l'attributaire ou à la personne avec qui l'attributaire forme un ménage de fait. Deuxièmement, l'enfant doit vivre en Belgique. Troisièmement, l'enfant ne doit pas avoir plus de dix-huit ans, sauf s'il poursuit des études ou prépare un mémoire, auquel cas les allocations familiales sont payées jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge de vingt-cinq ans.

3. La détermination de l'attributaire

2.164. Pour la détermination de l'attributaire, si les parents exercent conjointement l'autorité parentale et qu'ils sont séparés (ou divorcés), à l'égard d'un enfant élevé

VIIIter.1.2. – LES EFFETS DE LA FILIATION

chez l'un d'entre eux, ils sont considérés l'un et l'autre comme élevant l'enfant chez eux.

En d'autres mots, la séparation n'influence pas la détermination de l'attributaire. L'existence d'un cohabitant de fait ou, après divorce, d'un nouveau conjoint domicilié à la même adresse que le parent viendra gonfler le groupe des attributaires concurrents (nous n'examinons pas ici les règles de priorité, ou comment l'attributaire sera finalement déterminé).

2.165. Après la majorité de l'enfant et la cessation de l'autorité parentale, le lieu de vie effectif de l'enfant devient déterminant pour désigner l'attributaire.

2.166. Si un conjoint est abandonné par son époux qui ouvrirait le droit aux allocations familiales, il peut devenir lui-même attributaire pendant un certain temps¹.

2.167. Si un parent exerce l'autorité parentale exclusive, l'attributaire est évidemment le parent concerné.

4. La détermination de l'allocataire

2.168. Pour la détermination de l'allocataire (l'enjeu est d'importance, puisqu'on parle de celui qui percevra les prestations), il faut distinguer selon que l'enfant est mineur ou majeur.

2.169. Si l'enfant est mineur et que les parents exercent conjointement l'autorité parentale, les allocations sont payées intégralement à la mère. Toutefois, les allocations familiales sont payées intégralement au père, à dater de sa demande, si l'enfant et lui-même ont, à cette date, la même résidence principale au sens de l'article 3, alinéa 1^{er}, 5^o, de la loi du 8 août 1983 organisant un registre national des personnes physiques². On sera donc attentif aux enjeux que représente l'inscription domiciliaire de l'enfant. Il s'agit d'une règle d'ordre public qui empêche des conventions contraires mais n'interdit pas les rétrocessions volontaires ou ordonnées par décision judiciaire.

Si un parent exerce l'autorité parentale exclusive, il est allocataire.

2.170. Si l'enfant devient majeur, la personne qui élève effectivement l'enfant se verra reconnaître la qualité d'allocataire.

¹ Art. 55 LGAF et art. 36, § 2, 3^o, de l'arrêté royal du 8 avril 1976 établissant le régime des prestations familiales en faveur des travailleurs indépendants.

² Art. 69, § 1^{er}, al. 3, LGAF et art. 31 de l'arrêté royal du 8 avril 1976 établissant le régime des prestations familiales en faveur des travailleurs indépendants.

2.171. À partir de sa majorité, à certaines conditions, l'enfant bénéficiaire peut toucher lui-même les allocations :

- soit lorsqu'il a seize ans ou est émancipé et dispose d'une inscription domiciliaire propre ;
- soit lorsqu'il a seize ans et qu'il prouve au moyen d'un document officiel qu'il vit seul (on songe à une attestation de la police, à une déclaration de changement d'adresse à la commune) ;
- soit lorsqu'il est marié ;
- soit lorsqu'il perçoit lui-même des allocations familiales pour un enfant.

2.172. Depuis le 1^{er} septembre 2014, le tribunal de la famille connaît des litiges relatifs à la détermination de l'allocataire et des requêtes en opposition au paiement à l'allocataire¹.

§ 8. *Les effets successoraux*

1. Vocation successorale et droit à la réserve héréditaire des descendants

2.173. Article 745 du Code civil

Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère, aïeuls, aïeules, ou autres ascendants, sans distinction de sexe ni de primogéniture et encore qu'ils n'aient pas les mêmes parents et quel que soit le mode d'établissement de leur filiation.

Ils succèdent par égales portions et par tête, quand ils sont tous au premier degré et appelés de leur chef : ils succèdent par souche, lorsqu'ils viennent tous ou en partie par substitution.

Article 913 du Code civil

Les libéralités, soit par actes entre-vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant [...] ; le tiers, s'il laisse deux enfants ; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre.

Article 914 du Code civil

Sont compris dans l'article précédent, sous le nom d'enfants, les descendants en quelque degré que ce soit ; néanmoins ils ne sont comptés que pour l'enfant auquel ils se substituent dans la succession du disposant.

¹ Art. 572bis, 8°, C. jud.

2. Vocation successorale et droit à la réserve héréditaire des ascendants

2.174. Article 746 du Code civil

Si le défunt n'a laissé ni postérité, ni frère, ni sœur, ni descendants d'eux, la succession se divise par moitié entre les ascendants de la ligne paternelle et les ascendants de la ligne maternelle.

L'ascendant qui se trouve au degré le plus proche, recueille la moitié affectée à sa ligne, à l'exclusion de tous autres.

Les ascendants au même degré succèdent par tête.

Article 747 du Code civil

Les ascendants succèdent, à l'exclusion de tous autres, aux choses par eux données à leurs enfants ou descendants décédés sans postérité, lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession.

Si les objets ont été aliénés, les ascendants recueillent le prix qui peut en être dû. Ils succèdent aussi à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire.

Article 748 du Code civil

Lorsque les père et mère d'une personne morte sans postérité lui ont survécu, si elle a laissé des frères, sœurs, ou des descendants d'eux, la succession se divise en deux portions égales, dont moitié seulement est déférée au père et à la mère, qui la partagent entre eux également.

L'autre moitié appartient aux frères, sœurs ou descendants d'eux, ainsi qu'il sera expliqué dans la section VI du présent chapitre.

Article 749 du Code civil

Dans le cas où la personne morte sans postérité laisse des frères, sœurs, ou des descendants d'eux, si le père ou la mère est prédécédé, la portion qui lui aurait été dévolue conformément au précédent article, se réunit à la moitié déférée aux frères, sœurs ou à ceux qui se substituent à eux, ainsi qu'il sera expliqué à la section VI du présent chapitre.

Article 915 du Code civil

Les libéralités, par actes entre-vifs ou par testament, ne pourront excéder la moitié des biens, si, à défaut d'enfant, le défunt laisse un ou plusieurs ascendants dans chacune des lignes paternelle et maternelle ; et les trois quarts, s'il ne laisse d'ascendants que dans une ligne.

Cependant les libéralités faites au conjoint survivant [et au cohabitant légal survivant] peuvent comprendre la totalité des biens.

Les biens ainsi réservés au profit des ascendants, seront par eux recueillis dans l'ordre où la loi les appelle à succéder ; ils auront seuls droit à cette réserve, dans tous les cas où un partage en concurrence avec des collatéraux ne leur donnerait pas la quotité de biens à laquelle elle est fixée.

Article 916 du Code civil

À défaut de conjoint survivant, d'ascendants et de descendants, les libéralités par actes entre vifs ou testamentaires pourront épuiser la totalité des biens.

Chapitre 2

Conclusion

Géraldine MATHIEU

Maître de Conférences – UNamur

Chargée de projets – Défense des Enfants International

Centre interdisciplinaire des Droits de l'Enfant

Jacques FIERENS

Professeur extraordinaire à l'Université de Namur

Professeur à l'Université de Liège

Professeur invité à l'UCL

Avocat honoraire

Mis à jour au 1^{er} mars 2016

Divorce et filiation, quelles implications ? Tel était notre questionnement initial et l'objet de notre propos.

Force est toutefois de constater qu'en 2016, et depuis plusieurs décennies déjà, la filiation ne se conçoit plus exclusivement à partir de l'institution du mariage. Le mariage n'apparaît plus comme la condition préalable d'une filiation « légitime » et la légitimité de la filiation a fait place à une égalisation du statut de tous les enfants, même issus d'un inceste absolu (*cf.* l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 103/2012 du 9 août 2012).

L'incidence du mariage et de sa dissolution sur la filiation reste néanmoins prégnante pour déterminer la paternité, le mari de la mère bénéficiant encore – sous réserve d'une désactivation possible en cas de séparation des époux – d'une présomption de paternité fondée sur les devoirs (théoriques ?) de fidélité et de cohabitation des époux.

La mère étant, depuis 1987, toujours « certaine », les enjeux se concentrent dès lors autour de la figure juridique de la paternité, que peuvent éventuellement se disputer deux protagonistes : le père légal qui bénéficie de la présomption de paternité en sa qualité de mari de la mère et le père biologique qui souhaiterait contester cette paternité pour y substituer la sienne. Depuis 2006, la loi lui donne la possibilité d'agir quand bien même les époux se seraient réconciliés, au détriment de la jadis sacro-sainte « paix des familles ».

Par ailleurs, une nouvelle protagoniste est aujourd'hui entrée en scène, la « coparente », à savoir la femme qui recourt avec sa compagne/épouse à la procréation médicalement assistée. La présomption de comaternité de l'épouse de la mère, on s'en doute, ne se fonde dans ce cas pas sur le devoir de fidélité et de cohabitation des épouses, mais sur le fait que l'on présume que l'épouse de la mère de l'enfant est nécessairement celle qui a consenti à la conception de l'enfant.

Vous aurez pu constater, tout au long de ce chapitre, que le droit de la filiation n'échappait pas à la tendance plus générale qui frappe le droit contemporain de la famille : exit le droit normatif et contraignant visant à structurer la société en imposant un modèle familial unique ! La famille devient ce lieu de juxtaposition des intérêts en présence, pondérés au cas par cas par le juge en cas de litige et le droit un mode d'encadrement des volontés individuelles.

Parallèlement, grâce aux progrès scientifiques avenus au cours des dernières décennies, il est aujourd'hui devenu possible d'isoler des cellules humaines, de les reproduire et de « fabriquer » des enfants hors sexualité, hors corps. Il peut ainsi y avoir aujourd'hui jusqu'à cinq personnes à l'origine de la naissance d'un enfant : une femme qui fait don de ses ovocytes, un homme qui fait don de son sperme ou

VIIIter.2. – CONCLUSION

un couple qui fait don d'un de ses embryons « surnuméraires », une femme pour porter l'enfant et l'homme et la femme « auteurs du projet parental ».

Mais rassurez-vous, chers lecteurs, à l'heure où nous rédigeons ces lignes, un enfant ne peut pas encore bénéficier de plus de deux liens de filiation juridiquement établis tandis que l'utérus artificiel ne s'annonce pas pour demain.

Suite au prochain épisode...