

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'intérêt de l'enfant sur le fil

Rasson, Anne-Catherine; Mathieu, Géraldine

*Published in:*  
Journal des Tribunaux

*Publication date:*  
2013

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Rasson, A-C & Mathieu, G 2013, 'L'intérêt de l'enfant sur le fil: réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation', *Journal des Tribunaux*, numéro 6525, pp. 425-436.

### 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.

## Doctrine

L'intérêt de l'enfant sur le fil -  
Réflexions à partir des arrêts de la Cour  
constitutionnelle en matière de filiation,  
par G. Mathieu et A.-C. Rasson ..... 425

## Jurisprudence

■ I. Office du juge - Loi étrangère -  
Détermination de la portée de la loi  
étrangère - Prise en compte de  
l'interprétation prévalant dans le pays  
dont elle émane - II. Responsabilité  
contractuelle - Banquier - Dispensateur  
de crédit - Obligations - Mise en garde -  
Bénéficiaire - Emprunteur non averti (oui) -  
Emprunteur averti (non)  
Cass., 1<sup>re</sup> ch., 28 mars 2013 ..... 437

■ Troubles de voisinage - Coqs (oui) -  
Poules (non)  
Civ. Tournai, 11<sup>e</sup> ch.,  
17 janvier 2013 ..... 442

## Chronique

Là où l'exercice de la profession d'avocat  
devient un acte criminel - Échos -  
Bibliographie.

Bureau de dépôt : Louvain 1  
Hébergement, sauf juillet et août  
ISSN 0021-812X  
P301031



# Journal des tribunaux

http://jt.larcier.be  
15 juin 2013 - 132<sup>e</sup> année  
23 - N° 6525  
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

## Doctrine

## L'intérêt de l'enfant sur le fil Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation

« Les enfants ne sont pas les personnes de demain; ils sont des personnes dès aujourd'hui. Ils ont le droit d'être pris au sérieux; ils ont le droit d'être traités avec tendresse et respect ».

J. KORCZAK

L'intérêt de l'enfant est une notion peu claire. D'aucuns l'ont qualifié de concept « protéiforme », « évolutif », « difficile à définir », « mou », « à multiples facettes », de « formule magique », d'« objet flottant non identifié ». La Cour constitutionnelle, dans le contentieux de l'établissement de la filiation, impose au fil de ses arrêts sa position à l'égard de cette délicate notion. Tout d'abord, son regard sur l'intérêt de l'enfant a évolué. Dans un premier temps, elle le considérait comme une simple valeur. Puis, petit à petit, elle l'a érigé en véritable droit fondamental. La haute juridiction estime, par ailleurs, qu'une véritable prise en compte de l'intérêt de l'enfant passe par un examen concret des circonstances de chaque espèce : l'intérêt d'un enfant n'est pas celui d'un autre. Enfin, elle a très récemment jugé que la Constitution ne permettait pas un contrôle marginal de l'intérêt de l'enfant tel que le Code civil le prévoyait jusqu'à ce jour.

### I Introduction

1. Protégé par l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant depuis 1989<sup>1</sup> et par l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution depuis 2008<sup>2</sup>, l'intérêt de l'enfant<sup>3</sup> est un concept très en vogue à l'heure actuelle.

Certes, l'intérêt de l'enfant trouve déjà un écho dans certains textes français du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>4</sup> et dans diverses normes juridiques belges du début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>5</sup>, mais la consécration de sa prise en considération dans une convention internationale et dans la Constitution lui a donné un souffle nouveau et l'a petit à petit érigé au rang de principe constitutionnel.

2. Force est de constater que « l'intérêt de l'enfant » est une notion peu claire<sup>6</sup>. D'aucuns l'ont qualifié de concept « protéiforme »<sup>7</sup>, « évolutif »<sup>8</sup>, « difficile à définir »<sup>9</sup>, « mou »<sup>10</sup>, « à multiples

(1) « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » (article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant adoptée à New York le 20 novembre 1989). Parmi les 193 États reconnus par l'O.N.U., seuls les États-Unis, la Somalie et le Soudan du Sud ne sont pas parties à ce traité que l'on peut donc qualifier de quasi universel. La Convention a été ratifiée en Belgique par la loi du 25 novembre 1991.

(2) « Dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale » (article 22bis, alinéa 4, de la Constitution).

(3) « Au sens de la Convention [relative aux droits de l'enfant], un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable » (article 1<sup>er</sup>).

(4) Par exemple : la circulaire du 7 décembre 1840 du ministre Duchâtel sur l'éducation correctionnelle.

(5) Par exemple : la loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance.

(6) On notera que le Comité des droits de l'enfant travaille actuellement à l'élaboration d'observations générales sur la notion d'intérêt supérieur de l'enfant (voy. l'interview de Jean Zermatten, président du Comité des droits de l'enfant, « Comment définir l'intérêt supérieur de l'enfant? », *Enfants de Partout*, n° 133, février 2013, p. 7).

(7) N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », *Droit des personnes et des familles : Chronique de jurisprudence 1999-2004*, coll. Les dossiers du *Journal des tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 566.

(8) Projet de loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation et à l'adoption, Rapport Staels-Dompas, *Doc. parl., Ch.*, 1984-1985, n° 904/2, pp. 61 et 88.

#### LES ACCIDENTS DU TRAVAIL

8<sup>e</sup> édition

Luc Van Gossum  
Noël Simar  
Michel Strongylos



#### LES ACCIDENTS DE TRAVAIL

Luc Van Gossum, Noël Simar,  
Michel Strongylos

> Collection : Droit social

95,00 € • 8<sup>e</sup> édition 2013

#### LA VENTE

DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS ET  
QUESTIONS SPÉCIALES

Sous la présidence de Patrick Wéry et  
la coordination scientifique de Jean-François Germain  
Jean-Benoît  
Paul-Alain Frenay  
Marcel-Alexandre Gagné  
Henri-Jacques  
Renald Kubit  
Philippe Vandecasteele  
Renald Vlietinck  
Pierre Van Overwalleghem



#### LA VENTE

#### Développements récents et questions spéciales

Sous la direction de Patrick Wéry  
Sous la coordination de  
Jean-François Germain

> Collection de la Conférence du Jeune  
Barreau de Bruxelles

338 p.

70,00 €

Édition 2013



www.larcier.com

strada  
lex

Ouvrages disponibles en  
version électronique sur  
www.stradalex.com



www.larcier.com

commande@deboeksservices.com

c/o De Boeck Services srl

Fond Jean-Pâques 4 • 1348 Louvain-la-Neuve • Belgique

0800/99 613 • 0800/99 614

facettes »<sup>11</sup>, de « formule magique »<sup>12</sup>, d'« objet flottant non identifié »<sup>13</sup>. Certains relèvent même que cette notion peut être manipulée et utilisée contre les droits de l'enfant<sup>14</sup>. Alain-Charles Van Gysel considère, quant à lui, que c'est une notion-« méthode », soit qu'elle impose la recherche du meilleur intérêt de l'enfant<sup>15</sup>. Nous partageons également cette idée. L'intérêt de l'enfant est ainsi, à notre estime, un objectif vers lequel il ne faut cesser de tendre, comme la navigation est guidée par la boussole ou par l'étoile polaire.

3. Notre objectif, dans le cadre de cette contribution, ne sera pas de répondre aux diverses interrogations que la notion de l'intérêt de l'enfant suscite. Nous allons simplement examiner comment elle a été intégrée dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle<sup>16</sup> en matière d'établissement de la filiation<sup>17</sup>, depuis le premier arrêt prononcé par la haute juridiction en cette matière, le 21 décembre 1990<sup>18</sup>, jusqu'à la dernière pierre qu'elle a apportée à l'édifice, le 7 mars 2013<sup>19</sup>.

À cet égard, une précision s'impose. Tous les arrêts que nous évoquons ont été rendus sur saisine préjudicielle. Ces arrêts ne bénéficient donc que d'une autorité relative de la chose jugée<sup>20</sup>, même si elle est « renforcée »<sup>21</sup>. Nous ne reviendrons pas dans le texte, à chaque arrêt, sur cette spécificité, pour simplifier le propos, même si les conséquences que nous mettrons en évidence à partir de la jurisprudence étudiée s'inscriront toujours dans ce cadre particulier.

4. Notre réflexion se divisera en trois points.

Dans un premier temps, nous reviendrons sur la période qui s'est écoulée de 1990 à 2003 et nous verrons comment la Cour constitutionnelle a, involontairement nous n'en doutons pas, semé la confusion.

(9) *Ibidem*, pp. 59 et 61.

(10) P. VERDIER, « Les dérivés de l'utilisation de la notion de l'intérêt de l'enfant », Assemblée nationale de DEL, novembre 2010, [www.del-france.org](http://www.del-france.org).

(11) E. LANGENAKEN, « Le droit de la filiation face à l'inceste : norme égalitaire ou norme symbolique? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 365.

(12) S. GRAILLAT, « Décliner le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'aide d'obligations procédurales - Les propositions de DEL-France », *J.D.J. fr.*, n° 303, mars 2011, p. 17.

(13) M.-S. DUPONT-BOUCHAT, « L'intérêt de l'enfant - Approche historique », in Ph. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir), *Droit et intérêt*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 53.

(14) E. A. T. HAMMARBERG, « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », *J.D.J. fr.*, n° 303, mars 2011, p. 11; P. VERDIER, *op. cit.*

(15) A.-C. VAN GYSEL, « L'intérêt de l'enfant, mythe et réalité », in *Actualités de droit familial, le point en 2001*, Liège, Commission Université-Palais Université de Liège, 2001, vol. 49, p. 206.

(16) Jusqu'en 2007, la Cour constitutionnelle s'appelait Cour d'arbitrage. Néanmoins, pour la simplification du propos, nous la nommerons, dans la présente contribution, Cour constitutionnelle.

(17) Nous n'étudierons pas les arrêts prononcés par la Cour constitutionnelle en matière d'adoption. Au sens de la loi belge actuellement en vigueur, l'adoption peut se définir comme une institution qui crée, par décision de justice, pour l'avenir, un lien juridique comparable à la filiation, entre deux personnes, l'adopté et l'adoptant, ou trois personnes si l'adoption est le fait d'un couple (Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 628). Si le lien juridique d'adop-

tion est ainsi comparable au lien de filiation, il ne se confond pas avec celui-ci. L'article 350 du Code civil permet d'ailleurs l'établissement d'un lien de filiation postérieurement à l'adoption : « L'établissement de la filiation de l'adopté à l'égard d'une personne autre que l'adoptant ou les adoptants après que le jugement d'adoption soit coulé en force de chose jugée ne met pas fin à celle-ci. S'il s'agit d'une adoption simple, cette filiation ne produit ses effets que dans la mesure où ils ne sont pas en opposition avec ceux de l'adoption. S'il s'agit d'une adoption plénière, cette filiation ne produit d'autre effet que les empêchements à mariage prévus aux articles 161 à 164 ». Mentionnons simplement que deux arrêts en matière d'adoption homosexuelle ont été rendus très récemment par la Cour constitutionnelle : C. const., 12 juillet 2012, n° 93/2012 et C. const., 12 juillet 2012, n° 94/2012. Pour une analyse de ces deux arrêts, voy. P. BORGHS, « Grondwettelijk Hof versoepelt adoptie door meemoeder », *Juristenkrant*, 12 septembre 2012, pp. 4 et s.; J. SOSSON et S. CAP, « Quand la Cour constitutionnelle revisite les conditions de l'adoption homoparentale », note sous C. const., 12 juillet 2012, n° 93/2012 et 94/2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, à paraître.

(18) C. const., 21 décembre 1990, n° 39/90.

(19) C. const., 7 mars 2013, n° 30/2013. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. J. SOSSON, « Cour constitutionnelle, filiation et intérêt de l'enfant - C'est quand qu'on va où? », *Actualités du droit des personnes et des familles*, C.U.P., Larcier, 2013, pp. 115 et s.; G. VERSCHULDEN, « Volle toetsing van belang kind noodzakelijk bij vaderschaps-onderzoek », *Juristenkrant*, 10 avril 2013, pp. 4 et s.

(20) L'autorité de la chose jugée dont sont revêtus les arrêts de la Cour

Nous relaterons, ensuite, comment le législateur, en 2006, en tentant de se conformer aux divers arrêts de la Cour, s'est emmêlé les pinces, même si nous concédons qu'à l'époque, il ne bénéficiait pas du recul dont nous profitons aujourd'hui.

Enfin, nous analyserons les arrêts que la Cour constitutionnelle a prononcés à l'égard de la réforme législative de 2006, depuis 2010 jusqu'à ce jour, et nous verrons que la haute juridiction impose tout doucement sa partition dans la symphonie relative à l'intérêt de l'enfant en matière de filiation.

5. Les lignes qui suivent montreront que l'intérêt de l'enfant sur le fil, entre acceptation et rejet, entre abstraction et concrétisation, est un véritable kaléidoscope aux multiples facettes et aux multiples perceptions temporelles.

## 1 1987-2003 : la Cour constitutionnelle sème la confusion

6. Nul ne l'ignore, le célèbre arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>22</sup> est à l'origine de la première grande réforme du droit belge de la filiation. Après « huit années d'efforts, de discussions intenses, de projets revus et corrigés »<sup>23</sup>, la loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation voit le jour. Cette législation a pour objectif « de poser les fondements d'un nouveau droit de la filiation caractérisé par l'égalité entre les enfants nés dans le mariage et hors mariage »<sup>24</sup> et « d'établir un subtil équilibre entre la vérité biologique et la réalité socioaffective comme fondement de la filiation »<sup>25</sup>.

constitutionnelle est, s'agissant des arrêts rendus sur renvoi préjudiciel, une autorité relative : elle est limitée au seul procès qui a donné lieu au renvoi de la question. L'arrêt de réponse ne vaut qu'*inter partes*. Il constate et déclare la validité ou l'invalidité de la norme législative faisant l'objet de la question posée dans les limites établies par cette dernière » (M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 281).

(21) A. RASSON-ROLAND, « La valeur de la distinction entre autorité absolue et autorité relative de la chose jugée », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, t. XXVII, 2011, p. 605. Voy. également A. ALLEN et K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Malines, Kluwer, 2011, pp. 550 à 553; M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *La Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 257 et 258; M. VERDUSSEN, *op. cit.*, pp. 281 à 285. Il s'agit d'une autorité relative renforcée de la chose jugée pour trois motifs. Tout d'abord, le juge qui saisit la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle ainsi que toute juridiction qui statue dans la même affaire devra se conformer à la décision que la Cour aura prise (article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle). Ensuite, « l'arrêt a également une autorité renforcée à l'égard de toute autre juridiction, saisie d'un litige ultérieur, qui serait confrontée à la même question que celle ayant donné lieu à l'arrêt préjudiciel. [...] [Lorsque cet arrêt] exprime un constat d'invalidité, son autorité rayonne au-delà du litige initial puisqu'elle permet à toute juridiction, se conformant à cet arrêt, de refuser d'appliquer la norme déclarée inconstitutionnelle tout en interdisant que, sans nouvelle saisine de la Cour constitutionnelle, cette norme puisse encore être tenue pour valide par quelque juridiction que ce soit. L'arrêt a, en ce sens, une portée dissua-

sive. Il a une autorité de la chose élargie, influençant, indirectement mais nécessairement, tout litige ultérieur dont la solution serait liée à l'application de la norme censurée » (M. VERDUSSEN, *op. cit.*, p. 285; voy. également A. ALLEN et K. MUYLLE, *op. cit.*, p. 550). Enfin, l'arrêt qui déclare, via une question préjudicielle, qu'une norme viole la Constitution ouvre un nouveau délai de six mois pour l'introduction d'un recours en annulation contre ladite norme (article 4, alinéa 2, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle). Il ne faut cependant pas déduire de ces considérations que la norme censurée disparaît de l'ordonnement juridique. Tant qu'elle n'est pas annulée par la Cour constitutionnelle ou abrogée par le législateur, elle s'applique aux particuliers et aux autorités administratives (voy. M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *op. cit.*, p. 258 et M. VERDUSSEN, *op. cit.*, p. 286 et les nuances qu'ils mettent à ce dernier principe). Pour plus de développements sur les questions préjudicielles, voy. e.a. A. ALLEN et K. MUYLLE, *op. cit.*, pp. 539 à 553; M. VERDUSSEN, *op. cit.*, pp. 214-236 et pp. 281-290.

(22) C.E.D.H., *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, req. n° 6833/74.

(23) J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé! », *J.T.*, 2007, n° 6267, p. 365.

(24) N. MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *Droit des familles*, Liège, Anthemis, Commission Université-Palais Université de Liège, 2007, p. 45. Voy. également P. SENAUE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2008, p. 233, qui énonce les principaux objectifs de la loi du 31 mars 1987; A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 381; G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, Malines, Kluwer, 2004, p. 27.

(25) J. SOSSON, « Le droit de la filia-

7. Nonobstant les avancées cruciales de la réforme de 1987<sup>26</sup>, plusieurs auteurs mettent en exergue les importantes discriminations qui subsistent<sup>27</sup>. Dès le 21 décembre 1990<sup>28</sup>, la Cour constitutionnelle confirme leurs critiques et entreprend une « [déconstruction] pierre après pierre [du] précieux édifice, découvrant et dénonçant une à une, au fil de ses arrêts, des discriminations en nombre »<sup>29</sup>. Nathalie Massager utilise une métaphore très éclairante pour décrire le phénomène : « la législation nouvelle se voulait, tel le Titanic, une démonstration d'excellence capable de défier l'avenir. L'avenir dura trois ans. Puis, la loi de 1987 rencontra sur sa route un iceberg qui avait pour nom : Cour d'arbitrage »<sup>30</sup>.

8. Un examen attentif de la jurisprudence<sup>31</sup> montre qu'à cette époque, le regard de la Cour constitutionnelle sur la prise en considération de l'intérêt de l'enfant en la matière connaît trois étapes. D'une simple valeur, l'intérêt de l'enfant est petit à petit reconnu comme un véritable droit fondamental de l'enfant.

### A. L'intérêt de l'enfant, une simple valeur

9. Les trois premiers arrêts ayant pour objet la loi du 31 mars 1987 concernent l'article 319, § 3 et § 4, ancien du Code civil qui consacrait certaines règles en matière de reconnaissance paternelle<sup>32</sup>. Dans ces arrêts, la haute juridiction place au cœur de son raisonnement le principe d'égalité entre les hommes (les pères) et les femmes (les mères)<sup>33</sup>, d'une part, entre les enfants, d'autre part<sup>34</sup>, au détriment de la prise en considération de l'intérêt de ces enfants. Certes, elle considère que « c'est au législateur qu'il revient d'apprécier si et dans quelle mesure il y a lieu de subordonner l'établissement de la filiation à un contrôle d'opportunité du point de vue de l'intérêt de l'enfant »<sup>35</sup>. Néanmoins, selon la Cour, le fait que ce contrôle, au nom de l'intérêt de l'enfant, ne peut intervenir que dans le cadre d'une reconnaissance paternelle et non dans le cadre d'une reconnaissance maternelle constitue une violation du principe d'égalité et de non-discrimination consacré aux articles 10 et 11 de la Constitution<sup>36</sup>. Elle ajoute également, dans l'un de ces arrêts, que « l'intervention éventuelle du juge dans l'intérêt de l'enfant est un moyen disproportionné [...] car la loi ne limite en rien l'appréciation de l'intérêt de l'enfant par le juge »<sup>37</sup>.

Ces arrêts ont été prononcés respectivement les 21 décembre 1990, 8 octobre 1992 et 14 juillet 1994. Si la Cour constitutionnelle venait de recevoir le contentieux de l'égalité et si l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution n'avait pas encore été adopté, il n'en reste pas moins que la Convention relative aux droits de l'enfant, qui consacre à l'article 3.1. le caractère primordial de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant dans toute décision qui le concerne, avait été adoptée en 1989, ratifiée par la Belgique le 16 décembre 1991 et était en-

trée en vigueur le 15 janvier 1992. Cet article 3.1, « qui s'applique à la mise en œuvre de l'ensemble de la Convention »<sup>38</sup>, avait, en outre, été érigé par le Comité des droits de l'enfant en l'un des quatre piliers de la Convention<sup>39</sup>. Certes, en Belgique, encore aujourd'hui, la Cour de cassation et le Conseil d'État ne reconnaissent pas d'effet direct à l'article 3.1<sup>40</sup>, contrairement à la France<sup>41</sup>, mais la Cour constitutionnelle aurait parfaitement pu, à l'époque, vérifier le respect du principe d'égalité à la lumière de la disposition conventionnelle.

Nous remarquons sur ce point que la Cour constitutionnelle fait explicitement référence à cet article 3.1, dans l'arrêt du 14 juillet 1994, en ces termes : « C'est au législateur qu'il revient d'apprécier si et dans quelle mesure il y a lieu de subordonner l'établissement de la filiation à un contrôle d'opportunité du point de vue de l'intérêt de l'enfant. S'il décide de prévoir un tel contrôle, même lorsqu'il n'est pas démontré que la personne qui veut reconnaître un enfant n'a pas de lien biologique avec lui, il ne peut cependant traiter les père et mère de manière différente, sans justification suffisante. La situation de l'un et de l'autre doit en effet être considérée comme comparable en ce qu'ils contribuent à déterminer les caractéristiques génétiques de l'enfant et en ce qu'ils ont en principe une aptitude égale à apprécier l'intérêt de celui-ci. Il faut à cet égard tenir compte non seulement de l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, qui prescrit que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale, mais aussi de l'article 7.1. de cette Convention, qui dispose que l'enfant a, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux »<sup>42</sup>. Elle décide, *in fine*, de refuser le contrôle par le juge de l'intérêt de l'enfant dès lors que le principe d'égalité entre les mères et les pères est violé. Sa lecture de la Convention relative aux droits de l'enfant met ainsi l'accent sur les droits des parents à voir leur égalité protégée et non sur les droits de l'enfant.

10. Cinq autres arrêts de la Cour constitutionnelle, prononcés respectivement les 14 juillet 1997<sup>43</sup>, 11 février 1998<sup>44</sup>, 21 décembre 2000<sup>45</sup>, 8 mai 2001<sup>46</sup> et 12 juillet 2001<sup>47</sup>, s'inscrivent dans la même perspective, si ce n'est que la Cour n'invalide pas les normes attaquées, soit les articles 320 et 332 anciens du Code civil.

Dans ces arrêts, la haute juridiction ne considère toujours pas l'intérêt de l'enfant comme un droit fondamental, nonobstant la référence, dans certains cas, à la Convention relative aux droits de l'enfant. Elle vérifie simplement si les différences de traitement qui sont attaquées, et qui, selon les travaux préparatoires, ont été instaurées notamment au nom de l'intérêt de l'enfant, sont conformes au principe d'égalité et de non-discrimination. Nous remarquons particulièrement dans ces décisions que la Cour constitutionnelle confond, à cette époque, « intérêt de l'enfant » et « paix des familles », le premier étant rencontré si la seconde est garantie<sup>48</sup>.

tion nouveau est arrivé! », *op. cit.*, p. 365.

(26) Comme le souligne Nathalie Massager, malgré ses défauts, la loi du 31 mars 1987 « consistait en un progrès substantiel pour l'époque ». Le législateur français élaborait d'ailleurs son nouveau droit de la filiation dix-huit années plus tard en s'y référant expressément (ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2006) : N. MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *op. cit.*, p. 45, note 2. Alain-Charles Van Gysel relève également ce progrès : « la loi du 31 mars 1987 a défendu fièrement l'honneur de la Belgique face à d'autres pays européens dont le France, l'Italie, les Pays-Bas, ou encore l'Allemagne qui n'ont renoncé que beaucoup plus tardivement au régime indigne de la disqualification de certains enfants en fonction de leur naissance » (A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, *op. cit.*, p. 381).

(27) Proposition de loi modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci, *Doc. parl.*, Ch., 2003-2004, n° 0597/001, p. 4; N. MASSAGER, « La nouvelle loi sur la

filiation », *op. cit.*, p. 45; A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, *op. cit.*, p. 381.

(28) C. const., 21 décembre 1990, arrêt n° 39/90.

(29) J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé! », *op. cit.*, p. 365.

(30) N. MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *op. cit.*, p. 45.

(31) Sur l'ensemble de la jurisprudence de la Cour de 1990 à 2003, en la matière, voy. e.a. A.-C. RASSON, « Reconnaissance d'un enfant hors mariage : l'intérêt de l'enfant aurait-il vaincu l'égalité? Réflexions à partir de l'arrêt n° 144/2010 de la Cour constitutionnelle », *C.D.P.K.*, 2011/1, pp. 60 à 62; B. RENAULT, « La Cour constitutionnelle, gardienne d'une certaine conception traditionnelle de la famille », in *Les couples, les enfants et la Cour constitutionnelle*, actes du colloque de l'I.D.E.F. du 26 mai 2008, Waterloo, Kluwer, 2008, pp. 2-12; M.-F. RIGAU, « La Cour constitutionnelle, relais des aspirations nouvelles des couples et des enfants », in *Les couples, les enfants et la Cour constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 19-30; A.-C. VAN GYSEL, « Le raisonnement de la Cour d'arbitrage en droit de la filiation : cohérences et

argumentations », *Rev. dr. U.L.B.*, 2002, pp. 139 et s.; G. VERSCHOLDEN, *Afstamming*, *op. cit.*, pp. 200 et 216.

(32) C. const., 21 décembre 1990, n° 39/90; C. const., 8 octobre 1992, n° 63/92; C. const., 14 juillet 1994, n° 62/94.

(33) Voy. C. const., 21 décembre 1990, n° 39/90, B.4.3.3 et B.4.3.4; C. const., 8 octobre 1992, n° 63/92, B.3.1, B.3.2 et B.3.3; C. const., 14 juillet 1994, n° 62/94, B.4 et B.5.

(34) Voy. C. const., 21 décembre 1990, n° 39/90, B.5.

(35) C. const., 14 juillet 1994, n° 62/94, B.4. Dans le même ordre d'idées, mais en d'autres termes : C. const., 8 octobre 1992, n° 63/92, B.3.1.

(36) C. const., 21 décembre 1990, n° 39/90, B.4.3.2 et B.4.3.3; C. const., 8 octobre 1992, n° 63/92, B.3.2 et B.3.3; C. const., 14 juillet 1994, n° 62/94, B.4 et B.5.

(37) C. const., 21 décembre 1990, n° 39/90, B.4.3.2.

(38) T. HAMMARBERG, *op. cit.*, pp. 10 et 12.

(39) R. HODGKIN et P. NEWELL, *Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant*, Unicef, Publications des Nations unies, Bureau régional pour l'Europe, Genève,

Atar Roto Presse, 2002, pp. 39 et 51. Ces derniers auteurs citent notamment *Mexique*, CRC/C/15/Add.13, § 16 : « L'intérêt supérieur de l'enfant doit constituer le principe directeur régissant l'application de la Convention » (p. 43). Les trois autres piliers sont le droit à la non-discrimination, le droit à la vie et au développement et le droit de participation.

(40) Cass., 4 novembre 1999, *Pas.*, 1999, p. 588; Cass., 10 novembre 1999, *Pas.*, 1999, p. 1481; Cass., 2 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 712; CE, 11 juin 1996, n° 60.097, *J.D.J.*, 1997, p. 519.

(41) Cass. fr., 18 mars 2005, *Dr. fam.*, 2005, comm. 156.

(42) C. const., 14 juillet 1994, n° 62/94, B.4.

(43) C. const., 14 juillet 1997, n° 41/97.

(44) C. const., 11 février 1998, n° 12/98.

(45) C. const., 21 décembre 2000, n° 138/2000.

(46) C. const., 8 mai 2001, n° 56/2001.

(47) C. const., 12 juillet 2001, n° 95/2001.

(48) Voy. spécialement C. const., 8 mai 2001, n° 56/2001, B.5 à B.8.

11. Ainsi, nous pouvons déduire de ces arrêts que la Cour constitutionnelle, dans un premier temps, envisage l'intérêt de l'enfant comme une simple valeur qui peut justifier les choix du législateur au même titre que d'autres valeurs, telles la vérité biologique ou la paix des familles. Elle ne le voit nullement comme un véritable droit fondamental que le législateur est tenu de respecter et dont elle est la gardienne grâce aux articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

La haute juridiction va cependant assez vite, voire même concomitamment, changer son fusil d'épaule en considérant, petit à petit, le principe de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant comme un véritable droit fondamental de l'enfant.

## B. La prise en considération de l'intérêt de l'enfant : implicitement, un droit fondamental

12. Selon nous, la Cour constitutionnelle débute cette deuxième étape avec son premier « arrêt-lacune »<sup>49</sup> en matière de filiation, prononcé le 6 juin 1996<sup>50</sup>.

Dans cet arrêt, la question posée à la Cour concerne la possibilité pour le mineur non émancipé de plus de quinze ans de refuser son consentement à une reconnaissance tardive de paternité, mais non à une reconnaissance tardive de maternité. La Cour relève, dans un premier temps, que, compte tenu de la Convention relative aux droits de l'enfant, il n'est pas disproportionné d'exiger le consentement de l'enfant ayant atteint l'âge de quinze ans<sup>51</sup>. Elle précise à cet égard que « d'une part, le refus de l'enfant non émancipé de quinze ans de donner son consentement à la reconnaissance est une indication importante lors de l'appréciation de l'opportunité de la reconnaissance sur laquelle le tribunal de première instance doit alors se prononcer, d'autre part, le tribunal peut néanmoins autoriser la reconnaissance lorsqu'il estime que celle-ci sert l'intérêt de l'enfant, sauf le cas, non examiné présentement, où il a été prouvé que le requérant n'est pas le père »<sup>52</sup>. Par contre, elle considère qu'il y a une différence de traitement entre les enfants selon les candidats à la reconnaissance (homme ou femme). Nonobstant la rupture d'égalité constatée, la Cour estime que l'article 319, § 3, ancien du Code civil ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, mais que c'est l'absence d'une mesure comparable dans les dispositions relatives à l'établissement de la filiation maternelle qui est à l'origine de l'inégalité constatée<sup>53</sup>.

La Cour constitutionnelle cherche ici à établir un équilibre entre le principe d'égalité, d'une part, le principe de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant, à travers son consentement ou à travers la procédure judiciaire, d'autre part, tout en donnant la préséance à ce dernier. Dans un premier temps, elle dénonce en effet le caractère discriminatoire de la norme attaquée, mais dans un deuxième temps, elle choisit la réponse qui favorise le plus la prise en considération de l'intérêt de l'enfant en toutes circonstances. Elle aurait simplement pu déclarer l'article 319, § 3, ancien, inconstitutionnel sans souligner que cette inconstitutionnalité résidait dans l'absence d'une disposition prenant en compte l'intérêt de l'enfant en cas de reconnaissance maternelle.

Ce revirement de jurisprudence<sup>54</sup>, implicite nous le concédons, est par la suite réitéré dans deux arrêts, l'un prononcé le 21 octobre 1998<sup>55</sup>, l'autre, le 26 juin 2002<sup>56</sup>.

13. Neuf mois plus tard, la Cour constitutionnelle souhaite clarifier l'ensemble de sa jurisprudence en matière de filiation, par un arrêt

prononcé le 14 mai 2003<sup>57</sup>, qui sema la confusion dans la doctrine<sup>58</sup>, alors que, selon Paul Martens, cet arrêt « relevait de la récapitulation, de l'explication et du repentir »<sup>59</sup>.

## C. La consécration de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant comme droit fondamental

14. L'arrêt prononcé le 14 mai 2003 constitue une étape significative dans l'évolution de la prise en considération par la Cour constitutionnelle de l'intérêt de l'enfant en droit de la filiation.

D'une part, la Cour confirme, cette fois formellement, ce qu'elle n'a qu'implicitement suggéré jusqu'alors : l'enfant dispose d'un droit fondamental à ce que soit pris en compte son intérêt dans toute décision qui le concerne. Ainsi, après avoir rappelé le libellé des articles 3.1 et 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant<sup>60</sup>, elle déclare que « l'approbation, par la loi du 25 novembre 1991, de la Convention relative aux droits de l'enfant précitée ainsi que l'adoption de la loi du 30 juin 1994 montrent que le législateur entend imposer la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans les procédures judiciaires le concernant, le cas échéant en recueillant son avis propre lorsqu'il est capable de l'exprimer avec discernement, et en tout état de cause en invitant le juge à y être spécialement attentif »<sup>61</sup>.

D'autre part, la Cour amorce une nouvelle tendance dans sa jurisprudence, celle du refus des présomptions irréfragables par lesquelles le législateur s'arroge le pouvoir de décider, une fois pour toutes, *in abstracto*, ce à quoi correspond l'intérêt de l'enfant, de tout enfant, sans que son assertion ne puisse souffrir la moindre remise en cause en fonction des circonstances propres de la cause. La Cour dénonce cette manière de procéder par « abstraction irréfutable » en des termes limpides : « Si, en règle générale, on peut estimer qu'il est de l'intérêt de l'enfant de voir établie sa double filiation, on ne peut présumer de manière irréfutable que tel soit toujours le cas »<sup>62</sup>.

15. Appliquant ces deux principes à la question préjudicielle qui lui est alors posée, la Cour considère que rien ne justifie le fait qu'un juge puisse prendre en considération l'intérêt de l'enfant lorsque celui-ci a plus de quinze ans et qu'il ne le puisse pas lorsque l'enfant a moins de quinze ans. Elle estime qu'une telle différence de traitement porte atteinte de manière disproportionnée aux droits des enfants concernés<sup>63</sup> et que le pouvoir donné exclusivement à la mère de refuser son consentement à la reconnaissance paternelle est contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution. Elle précise à cet égard que « la discrimination ne réside non pas dans le fait qu'à défaut de consentement de la mère, le juge puisse exercer un contrôle sur l'éventuel risque de préjudice pour l'enfant de moins de quinze ans en cas d'établissement de la filiation paternelle, mais dans l'absence d'une procédure permettant la prise en compte par le juge du consentement du mineur de moins de quinze ans, soit en personne s'il est capable de discernement soit par la voie de la représentation du mineur par les personnes qui en assument la charge »<sup>64</sup>. Elle ajoute, au surplus, que « l'absence de toute possibilité, pour le juge, d'exercer un contrôle de l'intérêt de l'enfant âgé de moins de quinze ans en cas d'établissement de la filiation paternelle par reconnaissance est contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution »<sup>65</sup>.

Dans cet arrêt, la haute juridiction érige ainsi la prise en considération de l'intérêt de l'enfant en véritable droit fondamental<sup>66</sup> et précise,

(49) « C'est-à-dire [un arrêt dans lequel] [...] la Cour répondait négativement à la question préjudicielle posée en ne déclarant pas inconstitutionnelle la disposition légale incriminée, mais en indiquant que la discrimination résidait dans une autre disposition légale non visée par la question » (J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé! », *op. cit.*, p. 365, note 4).

(50) C. const., 6 juin 1996, n° 36/96.

(51) *Ibidem*, B.5.

(52) *Ibidem*, B.6.

(53) *Ibidem*, B.7.

(54) Certains auteurs ont, à l'époque, critiqué l'arrêt n° 36/96, qui se démarquait nettement de la tendance

amorcée par la Cour constitutionnelle dans ses arrêts de 1990, 1992 et 1994. Ainsi, pour Alain-Charles Van Gysel, par exemple, la Cour ne justifiait pas son revirement de perspective par rapport aux trois arrêts précédents, de telle sorte qu'il ne fallait pas voir dans cet arrêt l'amorce d'un revirement de jurisprudence (A.-C. VAN GYSEL, « Le raisonnement de la Cour d'arbitrage en droit de la filiation : cohérences et argumentations », *op. cit.*, p. 153).

(55) C. const., 21 octobre 1998, n° 104/98.

(56) C. const., 26 juin 2002, n° 112/2002 - arrêt rendu sur procédure préliminaire et arrêt de réponse immé-

diante.

(57) C. const., 14 mai 2003, n° 66/2003. Voy. sur cet arrêt G. VERSCHOLDEN, « Belang kind opnieuw centraal bij erkenning door man », *Juristenkrant*, n° 73, 10 septembre 2003, pp. 1 et 7.

(58) Voy. e.a. D. PIRE, « Filiation et Cour d'arbitrage : les prêtres d'Apolon de la place Royale », *J.L.M.B.*, 2003/26, p. 1123-1135.

(59) P. MARTENS, « La Cour constitutionnelle et la famille », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 658.

(60) C. const., 14 mai 2003, n° 66/2003, B.4.

(61) *Ibidem*, B.4.3.

(62) *Ibidem*, B.5.

(63) *Ibidem*, B.6.

(64) *Ibidem*, B.7.2.

(65) *Ibidem*, B.8. La Cour indique, dans son dispositif, que le refus de consentement de la mère à l'égard de la reconnaissance demandée par un homme dont la paternité n'est pas contestée viole le principe d'égalité et de non-discrimination, mais que, par contre, le même principe n'est pas violé lorsque le juge, saisi d'une demande de reconnaissance d'un mineur de moins de quinze ans par un homme dont la paternité n'est pas contestée, exerce un contrôle portant sur l'intérêt de l'enfant.

(66) En ce sens, voy. : P. MARTENS, « La Cour constitutionnelle et la

d'ores et déjà, que cet intérêt de l'enfant doit être examiné concrètement et ne peut faire l'objet de présomptions irréfragables.

16. Dans deux arrêts subséquents, prononcés respectivement les 17 décembre 2003<sup>67</sup> et 7 mars 2007<sup>68</sup>, la Cour corrobore sa jurisprudence et sa volonté de faire de l'intérêt de l'enfant *in concreto* la clé de voûte de son raisonnement en matière de filiation.

17. Après cette longue série d'arrêts relatifs à la loi du 31 mars 1987, « décomposant » ainsi le droit de la filiation, le législateur ne pouvait plus ignorer les inégalités qui découlaient de son texte et « la tâche des juges du fond (les premiers sur le front!) [s'en trouvait] singulièrement complexifiée, sans compter les justiciables auxquels il devenait particulièrement difficile d'expliquer que la loi ne devait plus, sur certains points, être appliquée »<sup>69</sup>. Une deuxième réforme s'imposait donc pour répondre aux constats d'inégalité soulevés par la Cour constitutionnelle, pour rétablir la sécurité juridique dans une matière « à ce point emblématique en ce qu'elle définit l'identité de chacun au sein de son histoire familiale »<sup>70</sup> et pour éviter la mise en cause de l'État belge, dont la responsabilité, pour lacune législative, aurait pu être engagée<sup>71</sup>.

## 2 2006 : le législateur s'emmêle les pinces

18. La deuxième réforme du droit de la filiation est entreprise dès 2003 et aboutit à la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci<sup>72</sup>. Le législateur n'apporte pas seulement une réponse ponctuelle aux discriminations relevées par la Cour constitutionnelle<sup>73</sup>, il entreprend une refonte globale de la matière dans un triple objectif : « égaliser, sécuriser et moderniser » le droit de la filiation<sup>74</sup>.

Sans revenir ici sur l'intégralité de la genèse et de l'élaboration de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006, nous souhaitons examiner comment le législa-

teur tenta de répondre aux critiques formulées par la Cour constitutionnelle depuis le 21 décembre 1990.

19. La préoccupation première du législateur est incontestablement d'abolir les inégalités, entre pères et mères ainsi qu'entre enfants, dénoncées par la Cour constitutionnelle dans ses arrêts n° 39/90, n° 63/92 et n° 62/94<sup>75</sup>. Dans ce contexte, il choisit d'aligner les conditions de la reconnaissance maternelle sur celles de la reconnaissance paternelle<sup>76</sup> et de créer un mode unique d'établissement judiciaire de la filiation, maternelle et paternelle<sup>77</sup>.

Dans le même temps, le législateur comprend qu'il ne peut négliger totalement l'intérêt de l'enfant s'il souhaite se conformer à l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 14 mai 2003<sup>78</sup>. Afin de concilier la prise en compte de l'intérêt de l'enfant et le respect du principe d'égalité entre l'homme marié et l'homme non marié, il instaure, pour la reconnaissance d'un enfant, le fameux délai « couperet »<sup>79</sup> d'un an : « Afin de tenir compte des derniers arrêts de la Cour d'arbitrage [...], il est proposé de modaliser le contrôle d'opportunité du juge en fonction de l'âge de l'enfant et de la tardiveté de la reconnaissance : [...] — si la demande de reconnaissance est introduite dans l'année de la prise de connaissance de la naissance (délai préfix), le seul contrôle portera sur la vérité biologique (on se rapproche ainsi de l'effet donné à la présomption de paternité) [...] — si la demande de reconnaissance est introduite plus d'un an après la prise de connaissance de la naissance et si le refus émane du parent dont la filiation est déjà établie ou d'un enfant mineur non émancipé ayant 12 ans accomplis, le tribunal statuera en tenant compte de l'intérêt de l'enfant et disposera donc d'un pouvoir d'appréciation en opportunité »<sup>80</sup>. Selon les parlementaires, ce délai d'un an est un délai « pivot », « une reconnaissance faite dans l'année de la naissance [étant] présumée conforme à l'intérêt de l'enfant »<sup>81</sup> et une « reconnaissance [étant] tardive lorsqu'elle est faite au-delà du délai d'un an »<sup>82</sup>. Le législateur estime, en effet, « qu'il pouvait paraître curieux qu'un homme attende plus d'un an avant de reconnaître son enfant, le point de départ étant évidemment la prise de connaissance de la naissance »<sup>83</sup>.

famille », *op. cit.*, p. 658; G. VERSCHULDEN, « Belang kind opnieuw centraal bij erkenning door man », *op. cit.*, pp. 1 et 7; Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », *Doc. parl.*, Ch., 2004-2005, n° 0597/024, pp. 55, 82 et 102.

(67) C. const., 17 décembre 2003, n° 169/2003.

(68) C. const., 7 mars 2007, n° 35/2007.

(69) J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé! », *op. cit.*, p. 365.

(70) N. MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *op. cit.*, p. 46; A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, *op. cit.*, p. 382.

(71) Voy., sur le principe, Civ. Liège, 17 novembre 2000, *J.T.*, 2001, p. 299, obs. Y.-H. LELEU, « L'État responsable pour inertie législative en matière de filiation? ». Le législateur invoque d'ailleurs cette jurisprudence dans les travaux préparatoires (proposition de loi n° 0597/001, précitée, p. 5). Signalons à cet égard que, depuis lors, s'est développée une jurisprudence plus récente de la Cour de cassation, dans son célèbre arrêt *Ferrara*, qui confirme le principe de la responsabilité civile du pouvoir législatif fautif (Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, pp. 598-599). Cependant, la même Cour a décidé dans un arrêt récent que « la responsabilité du législateur pour avoir adopté une législation fautive requiert une appréciation propre du juge saisi de la demande de condamner l'État sur la base d'un acte illicite. Le simple renvoi à un arrêt de la Cour constitutionnelle qui a décelé lors d'une question préjudicielle une contrariété entre la loi et la Constitu-

tion sur la base de l'état du droit au moment où elle a statué, ne suffit pas comme appréciation propre » (Cass. 10 septembre 2010, *Pas.*, 9/2010, p. 2228). Pour plus de développements sur cette question, voy. e.a. A. ALLEN et K. MUYLLE, *op. cit.*, pp. 553-557 et M. VERDUSSEN, *op. cit.*, pp. 368-372.

(72) Cette loi a été adaptée et modifiée par la loi portant des dispositions diverses (I) du 27 décembre 2006. Les deux lois sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2007. Pour une étude complète de la réforme de 2006, voy. e.a. : M. DEMARET, « La réforme du droit de la filiation », *Chroniques notariales*, vol. 44, 2006, pp. 303 et s.; N. GALLUS et D. CARRÉ, *La nouvelle loi sur la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2007; N. MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *op. cit.*, pp. 45 et s.; G. MATHIEU, « La réforme du droit de la filiation : une refonte en profondeur » *Rev. trim. dr. fam.*, 2/2007, pp. 333 et s.; P. SENAËVE, « De hervorming van het afstammingsrecht door de wetten van 1 juli 2006 en 27 december 2006 », (première partie), *T. Fam.*, 2007/4, pp. 62-80 en (deuxième partie), *T. Fam.*, 2008/6-7, pp. 102-129; P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (éd.), *De hervorming van het afstammingsrecht - Commentaar op de wetten van 1 juli 2006 en 27 december 2006* en 6 juli 2007, Anvers, Intersentia, 2007; J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé! », *op. cit.*, pp. 365 et s.; G. VERSCHULDEN, « Het hervormde afstammingsrecht : een nieuw compromis tussen biologisch en sociaal ouderschap », *R.W.*, 2007-2008, pp. 338-358.

(73) La nécessité d'une réforme globale a été soulignée par tous les ex-

perts consultés, à l'exception de Patrick Senaëve, pour qui seules quelques modifications ponctuelles suffisaient (rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », précité, n° 0597/024, pp. 81-129). Plusieurs auteurs n'ont pas manqué de relever le caractère opportun du choix du législateur (voy. notamment M. DEMARET, « La réforme du droit de la filiation », *op. cit.*, p. 307; N. MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *op. cit.*, p. 48; *idem*, « Trois ans d'application de la nouvelle loi en matière de filiation », *Act. dr. fam.*, 2010/6, p. 101; J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé! », *op. cit.*, p. 366; A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, *op. cit.*, p. 383). (74) Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », précité, n° 0597/024, p. 9; M. DEMARET, « La réforme du droit de la filiation », *op. cit.*, pp. 309-311; N. GALLUS et D. CARRÉ, *op. cit.*, pp. 3-10; N. MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *op. cit.*, pp. 49-52; G. MATHIEU, « La réforme du droit de la filiation : une refonte en profondeur », *op. cit.*, p. 334; J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé! », *op. cit.*, p. 366; A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, *op. cit.*, pp. 383 et s.; G. VERSCHULDEN, « Het hervormde afstammingsrecht : een nieuw compromis tussen biologisch en sociaal ouderschap », *op. cit.*, pp. 339 et 340. Sur l'approfondissement du triple objectif du législateur, nous renvoyons le lecteur à ces excellents commentaires doctrinaux.

(75) C. const., 21 décembre 1990, n° 39/90; C. const., 8 octobre 1992, n° 63/92; C. const. 14 juillet 1994,

n° 62/94. Voy. proposition de loi n° 0597/001, précitée, pp. 5-6.

(76) Ces conditions sont énumérées par le nouvel article 329bis du Code civil qui devient un véhicule procédural unique pour toute reconnaissance. Parallèlement, une procédure unique de contestation de reconnaissance est créée (article 330 du Code civil). Voy. proposition de loi n° 0597/001, précitée, p. 8.

(77) Introduction d'un nouvel article 332quinquies 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). Voy. proposition de loi n° 0597/001, précitée, pp. 11-12; rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », précité, n° 0597/024, p. 67.

(78) Proposition de loi n° 0597/001, précitée, pp. 5-6.

(79) Rapport de M. Willems, *Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, n° 3-1402/7, p. 41.

(80) Proposition de loi n° 0597/001, précitée, pp. 9-10.

(81) Rapport fait au nom de la commission de la justice, *Doc. parl.*, Ch., 2004-2005, n° 0597/032, p. 24.

(82) Rapport de M. Willems, précité, n° 3-1402/7, pp. 9-11.

(83) *Ibidem*, p. 11. On notera que, finalement, le point de départ du délai d'un an fut la naissance et non la prise de connaissance de celle-ci. Voy. à cet égard, G. MATHIEU, « L'intérêt de l'enfant dans le nouvel article 329bis du Code civil : une notion à géométrie variable? », note sous Civ. Liège, 21 décembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, pp. 199 et s.

Il faut préciser ici que le contrôle par le juge de l'intérêt de l'enfant en cas de reconnaissance tardive doit être, selon le législateur, marginal<sup>84</sup>, la priorité étant donnée à l'établissement de la filiation biologique<sup>85</sup> : « lorsque la demande concerne un enfant âgé d'un an ou plus au moment de l'introduction de la demande, le tribunal peut en outre refuser la reconnaissance si elle est *manifestement* contraire à l'intérêt de l'enfant »<sup>86</sup>. Le mot « manifestement » est introduit dans le texte pour « prendre uniquement en compte le danger grave pour l'enfant », soit que le candidat à la reconnaissance soit dans une situation telle que s'il eût été juridiquement le père, il eût pu être déchu de l'autorité parentale<sup>87</sup>. Certains membres estiment, en effet, que ce terme se justifie pleinement pour « coller à la jurisprudence de la Cour d'arbitrage »<sup>88</sup>.

Le même délai couperet est instauré dans le cadre de l'action en recherche de maternité ou de paternité, le législateur ayant décidé de créer un parallélisme entre les différents modes de la filiation<sup>89</sup>.

**20.** Dès les premiers débats concernant la deuxième réforme du droit de la filiation, l'âge pivot suscite un malaise. Le représentant de la ministre, au nom du service Droit de la famille du S.P.F. Justice, émet certains doutes « quant à l'opportunité et à la justification des propositions visant à introduire un "moment charnière" à l'âge d'un an dans le cadre des consentements requis lors de la reconnaissance » soulignant que les arrêts n° 112/2002 et 66/2003 de la Cour constitutionnelle n'évoquent nullement un délai d'un an<sup>90</sup>. Plusieurs membres déposent, d'ailleurs, des amendements en vue de supprimer ce délai pivot<sup>91</sup>. Ils exposent, notamment, qu'affirmer que la reconnaissance faite dans l'année de la naissance de l'enfant serait présumée conforme à l'intérêt de l'enfant ne repose sur aucun élément objectif et qu'il s'agit d'un choix arbitraire pouvant « constituer une nouvelle discrimination. Il est donc nécessaire de supprimer ce délai afin que l'intérêt de l'enfant qui semble devoir présider en la matière depuis l'arrêt du 14 mars 2003 de la Cour d'arbitrage puisse également être

pris en compte au cours de la première année suivant la prise de connaissance de la naissance »<sup>92</sup>. Certains experts consultés montrent, eux aussi, la difficulté de fixer un âge pivot d'un an sans prendre le risque de tomber sous les foudres de la Cour constitutionnelle<sup>93</sup>, tandis que la section de législation du Conseil d'État s'interroge, dans son avis, sur la compatibilité du délai d'un an visé à l'article 329bis, § 2, alinéa 3, du Code civil avec les articles 10 et 11 de la Constitution<sup>94</sup>. Un parlementaire résume cette problématique assez clairement : « quelle est la différence entre un enfant qui a 364 jours et un autre qui en a 366 ? »<sup>95</sup>.

**21.** Outre ce problème relatif au délai d'un an, qui a déjà fait l'objet de nombreuses contributions<sup>96</sup>, notre étude des arrêts de la haute juridiction précités nous permet d'épingler deux autres difficultés découlant de la réforme de 2006.

Premièrement, le législateur ne prend pas conscience de la nouvelle jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui semble refuser, depuis son arrêt n° 66/2003, toute présomption irréfragable en droit de la filiation<sup>96bis</sup>.

Ainsi, certaines présomptions édictées en 1987 subsistent, telle l'interdiction de l'établissement du double lien de filiation en cas d'inceste absolu<sup>97</sup>. Les articles 313, 314, 321 et 325 du Code civil, combinés avec les articles 162 et 164 du Code civil, disposent, en effet, qu'une action tendant à faire établir une double filiation dans le chef d'un enfant issu d'une relation incestueuse est irrecevable. Ces dispositions ont été adoptées par le législateur de 1987 au nom de l'intérêt de l'enfant : « compte tenu des conceptions qui ont cours dans nos sociétés, on peut partir de l'hypothèse qu'une reconnaissance servira rarement les intérêts de cet enfant. [...] L'inceste ressortirait de l'acte de naissance étant donné que cet acte doit être produit à diverses époques de la vie. [...] Le texte tend à éviter que le caractère incestueux ressorte de l'acte, ce qui se fait d'ailleurs aussi dans de nombreux pays »<sup>98</sup>. Cette présomption irréfragable, selon laquelle il est dans l'intérêt d'un enfant, fruit d'un inceste, de

(84) Proposition de loi n° 0597/001, précitée, p. 10; rapport de M. Willems, n° 3-1402/7, précité, p. 3. Selon Patrick Senaève, les différents motifs invoqués justifient la différence de traitement visée à l'alinéa 3 du paragraphe 2 de l'article 329bis du Code civil au regard du principe d'égalité, tandis que le contrôle marginal du tribunal répond aux exigences du principe de proportionnalité. Il considère que l'âge pivot d'un an est un bon compromis entre la filiation biologique et la prise en considération de l'intérêt de l'enfant (« Ontwikkelingen in het afstammingsrecht 2007-2010 », *Symposium Personen - en Familierecht*, 17 février 2011). Voy. également P. SENAËVE, « De hervorming van het afstammingsrecht door de wetten van 1 juli en van 27 december 2006 », deuxième partie, *op. cit.*, pp. 110 et 111; A.-C. VAN GYSEL, « Les personnes - Examen de jurisprudence (2003-2011) - La filiation », *R.C.J.B.*, 2011, p. 417; rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », précité, n° 0597/024, p. 95 (audition de Didier Pire), pp. 108-109 (audition de Patrick Senaève) et p. 127 (audition d'Alain-Charles Van Gysel).

(85) Dans son exposé introductif, la ministre de la Justice souligne d'ailleurs que s'il fallait supprimer le délai d'un an, ce serait plutôt dans le sens de ne plus permettre aucun contrôle d'opportunité, pour que la reconnaissance puisse toujours se faire dès l'instant où elle correspond à la vérité biologique (rapport de M. Willems, précité, n° 3-1402/7, p. 40). En ce sens également : F. SWENNEN, « De toets aan het belang van het kind van de vaderlijke erkenning », *T. Fam.*, 2011, livr. 4, pp. 59-60.

(86) Article 329bis, § 2, alinéa 3, du

Code civil. C'est nous qui soulignons. (87) Proposition de loi n° 0597/001, précitée, p. 10.

(88) Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », précité, n° 0597/024, p. 57.

(89) Amendement n° 4, *Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, n° 3-1402/3, p. 16 : *cf.* article 332quinquies, § 2, du Code civil.

(90) Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », précité, n° 0597/024, p. 49. Par la suite, le gouvernement ne contestera plus le délai-pivot (*cf.* rapport de M. Willems, précité, n° 3-1402/7).

(91) Voy. par exemple : amendement n° 105, *Doc. parl.*, Ch., 2004-2005, n° 0597/25; amendements n° 118, 119, 122 et 123, *Doc. parl.*, Ch., 2004-2005, n° 0597/28; amendement n° 4, n° 3-1402/3 précité.

(92) Rapport fait au nom de la sous-commission « Droit de la famille », précité, n° 0597/024, p. 56.

(93) *Ibidem*, audition de Jehanne Sosson (p. 82), audition de Johan Gerlo (p. 88), audition de Frederik Swennen (p. 119); *contra* : audition de Didier Pire (p. 95), audition de Patrick Senaève (pp. 108 et 109) et audition d'Alain-Charles Van Gysel (p. 127).

(94) Avis de la section de législation du Conseil d'État 39.715/2, *Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, n° 3-1407/1, p. 3.

(95) Rapport fait au nom de la commission de la justice, précité, n° 0597/32, p. 26.

(96) M. DEMARET, « Le droit de la filiation réformé », *Rev. not. belge*, 2007, p. 138; E. DE MAYER et C. VERGAUWEN, « Het belang van het kind versus de biologische werkelijkheid : het blijft een moeilijke vraagstuk », *R.A.B.G.*, 2011, livr. 13, pp. 887 à 889; N. DE VISSCHER, *La*

*place du juge en matière de reconnaissance d'un enfant né hors mariage*, <http://www.justice-en-ligne.be>, 11 février 2011; N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 483; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 605; N. MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », *op. cit.*, pp. 47 et 76-80; *idem*, « Le délai d'un an : un anniversaire inopportun selon la Cour constitutionnelle », *op. cit.*, p. 3; *idem*, « Trois ans d'application de la nouvelle loi en matière de filiation », *op. cit.*, p. 119; G. MATHIEU, « L'intérêt de l'enfant dans le nouvel article 329bis du Code civil : une notion à géométrie variable? », *op. cit.*; C. MELKEBEEK, « Waar zit het verschil in belang tussen een kind van 364 dagen en een kind van 366 dagen oud? », *T.J.K.*, 2011, livr. 2, pp. 140-142; A.-C. RASSON, « Reconnaissance d'un enfant hors mariage : l'intérêt de l'enfant aurait-il vaincu l'égalité? - Réflexions à partir de l'arrêt n° 144/2010 de la Cour constitutionnelle », *op. cit.*, pp. 46 et s.; J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé! », *op. cit.*, p. 397; L. STEVENS, « Leefijd kind niet relevant bij belangenafweging erkenning », *Juristenkrant*, 9 februari 2011, pp. 4-5; F. SWENNEN, « De toets aan het belang van het kind van de vaderlijke erkenning », *op. cit.*, pp. 57-61; *idem*, « Het onderzoek naar het moederschap en het vaderschap » in P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (éd.), *De hervorming van het afstammingsrecht - Commentaar op de wetten van 1 juli, 27 december 2006 en 6 juli 2007*, *op. cit.*, pp. 239 et 240 cité par P. SENAËVE, « Ontwikkelingen in het

afstammingsrecht 2007-2010 », *op. cit.* p. 18; M. VERHOEVEN, « Belang van jonge kinderen beschermd bij betwisting vaderschap », *Juristenkrant*, 2012, livr. 251, p. 2; G. VERSCHULDEN, « Het hervormde afstammingsrecht : een nieuw compromis tussen biologisch en sociaal ouderschap », *op. cit.*, p. 347. (96bis) Voy. toutefois l'arrêt très récent de la Cour constitutionnelle n° 46/2013 du 28 mars (*cf. infra*). (97) L'inceste absolu s'entend de toute relation entre deux personnes qui ne peuvent se marier, eu égard au lien de parenté qui les unit, sans que cet empêchement à mariage ne puisse faire l'objet d'une dispense royale. En pareil cas, la double filiation de l'enfant issu de cet inceste est prohibée. Par contre, en cas d'empêchement à mariage relatif, soit dès lors que l'empêchement à mariage est susceptible d'une dispense octroyée par le Roi, l'établissement de la double filiation est autorisé. Sur la question de l'inceste, sa définition, ses fondements, son cadre légal, voy. 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.D.J.*, novembre 2012, pp. 23-34; A.-C. VAN GYSEL, « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle? », in *Droit des familles, genre et sexualité*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2012, pp. 261-302.

(98) Projet de loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation et à l'adoption, rapport Staels-Dompas, *Doc. parl.*, Ch., 1984-1985, n° 904/2, p. 88. Il est intéressant d'observer qu'un membre déclare que ce régime est théorique, étant entendu qu'en général, les enfants sont au courant (projet de loi modifiant di-

n'avoir qu'un seul parent, n'a pas été remise en cause en 2006. En outre, avec la création du nouveau délai pivot, le législateur met en place une nouvelle présomption irréfragable dès lors qu'il considère, de manière dogmatique, que l'intérêt de l'enfant de moins d'un an est nécessairement rencontré par l'établissement d'une filiation paternelle conforme à la vérité biologique.

Deuxièmement, toujours dans le cadre du délai pivot, lorsque l'enfant a soufflé sa première bougie, le législateur transforme la présomption irréfragable en présomption « semi-réfragable », puisque l'établissement du lien de filiation à l'égard du parent biologique ne sera refusé que s'il est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant. Or l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant impose que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération *primordiale* et non simplement *marginale* dans toutes les décisions qui concernent les enfants. Les arrêts de la Cour constitutionnelle n'évoquent pas, eux non plus, un contrôle marginal de l'intérêt de l'enfant<sup>99</sup>.

22. La deuxième étape de notre raisonnement se clôture ainsi sur l'interrogation suivante : les trois carences législatives soulevées ci-avant vont-elles passer le cap de la haute juridiction ? Le suspens n'est pas démesuré : dès son premier arrêt en la matière<sup>100</sup>, la Cour va sanctionner la réforme de 2006. Le législateur n'avait donc pas réalisé le changement amorcé par la Cour constitutionnelle dès 1996, alors que le libellé de son arrêt n° 66/2003 était relativement limpide<sup>101</sup>.

### 3 2008 jusqu'à ce jour : vers une protection de droits concrets et effectifs

23. Avant d'examiner la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de 2010 jusqu'à ce jour et la réponse qu'elle donne aux difficultés identifiées ci-dessus (point B), il importe de préciser tout d'abord une nouveauté dans le paysage constitutionnel des droits de l'enfant, intervenue en 2008, soit après la réforme de 2006 (point A).

#### A. 2008 : la prise en considération de l'intérêt de l'enfant devient un principe constitutionnel

24. L'article 22bis est inséré dans la Constitution en 2000. Il consacre alors le droit de chaque enfant au respect de son intégrité morale, phy-

sique, psychique et sexuelle. En 2008, cet article 22bis est complété. Il proclame désormais le droit de l'enfant de s'exprimer, son droit au développement et la prise en considération de son intérêt supérieur de manière primordiale<sup>102</sup>, intégrant ainsi « ce qui constitue l'essence de la Convention relative aux droits de l'enfant »<sup>103</sup>.

Ainsi, depuis 2008, le constituant reconnaît l'intérêt de l'enfant, pris dans son acception la plus large, comme un principe général de droit constitutionnel. « Ceci est d'autant plus important qu'il faut veiller à ne pas se reposer uniquement sur [la Convention relative aux droits de l'enfant], car si certaines dispositions de cette Convention ont un effet direct en droit interne, tel n'est pas le cas pour l'ensemble des dispositions. Cette modification permettra d'éclairer la place de l'enfant au sein de la société de même que les rapports enfants/adultes »<sup>104</sup>. L'intérêt de l'enfant relève donc des valeurs fondamentales de notre société consacrées dans la Constitution et est protégé par la Cour constitutionnelle<sup>105</sup>.

25. Cette modification constitutionnelle va évidemment renforcer les difficultés soulignées en conclusion de l'étape précédente, dès lors que le nouvel article 22bis proclame indéniablement l'importance de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant.

#### B. Le souffle de l'ouragan constitutionnel

##### 1. Le délai pivot d'un an : balayé

26. Le premier arrêt relatif au délai pivot d'un an est prononcé le 16 décembre 2010<sup>106</sup>.

Une femme accouche d'un enfant le 1<sup>er</sup> novembre 2007. Par citation du 5 août 2008, un homme introduit une action visant à être reconnu en qualité de père de l'enfant, sur pied de l'article 329bis, § 2, alinéa 3, du Code civil. La mère s'oppose à cette reconnaissance, qu'elle considère contraire à l'intérêt de son enfant. Elle justifie sa position en exposant que cet homme est agressif, qu'il a des problèmes liés à l'alcool et à la drogue et qu'il l'a violée durant sa grossesse, fait pour lequel il a été condamné au pénal. Le tribunal de première instance de Bruges, après avoir déclaré le recours recevable, ordonne une expertise. La mère refuse d'y participer, de sorte que le tribunal juge, le 12 février 2010, qu'il n'est pas prouvé que l'homme n'est pas le père biologique. Le tribunal constate, par ailleurs, que la citation a été signifiée avant que l'enfant ait atteint l'âge d'un an<sup>107</sup>.

Ainsi, compte tenu du délai pivot visé à l'article 329bis, § 2, alinéa 3, du Code civil, l'action du candidat à la paternité doit être déclarée fon-

verses dispositions légales relatives à la filiation, rapport Hermans, *Doc. parl.*, Ch., 1985-1986, n° 378/16, p. 33).

(99) Voy. notamment C. const., 14 mai 2003, n° 66/2003, B.4.3.

(100) C. const., 16 décembre 2010, n° 144/2010. À notre connaissance, la Cour constitutionnelle n'a statué qu'une seule fois, avant l'arrêt n° 144/2010, à l'égard des dispositions du Code civil modifiées par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006. Il s'agissait d'une question préjudicielle concernant l'article 335 du Code civil qui fixe les règles relatives au nom. La Cour a considéré qu'il n'y avait pas de violation des articles 10 et 11 de la Constitution (arrêt n° 114/2010 du 21 octobre 2010).

(101) Outre le manque de recul, deux éléments peuvent encore expliquer l'incompréhension du législateur face aux messages, parfois ambigus, véhiculés par la Cour. D'une part, dans le contentieux de la question préjudicielle, il peut être ardu de distinguer un « arrêt de droit » d'un « arrêt de fait » (P. MARTENS, « Allocation de clôture », in X, *Les couples, les enfants et la Cour constitutionnelle*, Waterloo, Kluwer, 2008, pp. 66 et 67). D'autre part, le même auteur souligne le manque de qualité de la motivation des arrêts : « À l'intérieur de la Cour, on ne s'exprime pas d'une seule voix. La divulgation

des notes, des amendements, des contre-projets, de toute la masse de documents scientifiques établis par les référendaires, enfin l'enregistrement des délibérés, révéleraient que c'est dans la diversité que se forme l'opinion d'un collège que le législateur a voulu pluraliste dans sa composition [...] ». C'est ce devoir d'exprimer dans l'unisson ce qui s'est construit dans la polyphonie qui explique la faible qualité littéraire des arrêts de la Cour et leur atonie argumentative » (P. MARTENS, « Allocation de clôture », *op. cit.*, p. 67).

(102) Sur ces révisions constitutionnelles, voy. e.a. P. LEMMENS, « De rechten van het kind als grondrechten in de Belgische rechtsorde », *Kinderrechten*, W. Vandenhoele (éd.), Anvers, Intersentia, 2008, pp. 37 à 58; A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, « Les droits constitutionnels des enfants », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 1608 et 1612; A. VANDERHAEGHEN, « Kinderen hebben recht op een mening », *Juristenkrant*, 2009, n° 183, p. 6.

(103) C. const., 7 mars 2013, n° 30/2013, B.5.1 qui cite *Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n° 3-265/3, p. 41.

(104) Rapport fait au nom de la commission des affaires institutionnelles, *Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n° 3-

265/3, p. 60.

(105) Article 142 de la Constitution et article 1<sup>er</sup> de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle. Il faut souligner que le constituant a considéré que l'article 22bis, alinéa 4, serait, en principe, dépourvu d'effet direct (proposition de Mme T'Serclaes, *Doc. parl.*, Sénat, 2003-2004, n° 3-265/1, p. 3; rapport fait au nom de la commission des affaires institutionnelles, n° 3-265/3, précité, p. 21). Plusieurs auteurs plaident cependant dans un autre sens : « il serait parfaitement envisageable, dans certains cas déterminés, de reconnaître un effet direct à certains droits répertoriés par l'article 22bis tel que proposé » (rapport fait au nom de la commission des affaires institutionnelles, avis S. van Drooghenbroeck, n° 3-265/3, précité, p. 21). Voy. aussi :

A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON « Les droits constitutionnels des enfants », *op. cit.*, p. 1616; A. VANDERHAEGHEN, *op. cit.*, p. 6. (106) C. const., 16 décembre 2010, n° 144/2010. Voy. sur cet arrêt : C. DECLERCK, « Personen- en samenlevingsrecht - Kroniek 2010-2012 », *N.J.W.*, 2013, p. 97; E. DE MAYER et C. VERGAUWEN, *op. cit.*, pp. 887 et 889; N. DEVISSCHER, *La place du juge en matière de reconnaissance d'un enfant né hors mariage*, *op. cit.*; N. GALLUS, *Filiation paternelle hors*

*mariage : la Cour constitutionnelle, l'intérêt de l'enfant et la discrimination fondée sur ce dernier*, [www.justice-en-ligne.be](http://www.justice-en-ligne.be), 13 janvier 2011; N. MASSAGER, « Le délai d'un an : un anniversaire inopportun selon la Cour constitutionnelle », *op. cit.*; *idem*, « La prophétie de Gerlo - Réflexion à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *Act. dr. fam.*, 2011/7, pp. 130-139; C. MELKEBEEK, « Waar zit het verschil in belang tussen een kind van 364 dagen en een kind van 366 dagen oud? », *op. cit.*, pp. 140-142; A.-C. RASSON, « Reconnaissance d'un enfant hors mariage : l'intérêt de l'enfant aurait-il vaincu l'égalité? Réflexions à partir de l'arrêt n° 144/2010 de la Cour constitutionnelle », *op. cit.*, pp. 47-68; A. RASSON-ROLAND et J. SOSSON, « Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation : l'article 318 du Code civil dans la tourmente... », *R.T.D.F.*, 2011, pp. 582 et 583; P. SENAEEVE, « Ontwikkelingen van het afstammingsrecht 2007-2010 », *op. cit.*; L. STEVENS, *op. cit.*, pp. 4 et 5; F. SWENNEN, « De toets aan het belang van het kind van de vaderlijke erkenning », *op. cit.*, pp. 57 et 61. (107) C. const., 16 décembre 2010, n° 144/2010, les faits et la procédure antérieure.

dée. La mère estime, cependant, que la différence de traitement instaurée par cet article viole les articles 10 et 11 de la Constitution et demande qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour constitutionnelle, ce que le tribunal accepte.

Sans surprise, la Cour déclare que si l'âge d'un an constitue un critère objectif, il ne pourrait être considéré comme pertinent au regard de la mesure en cause. Selon elle, rien ne peut justifier le fait que le juge saisi d'une demande de reconnaissance de paternité prenne en considération l'intérêt de l'enfant lorsqu'il est âgé de plus d'un an, mais ne puisse en tenir compte lorsque l'enfant a moins d'un an<sup>108</sup>.

27. Quinze mois plus tard, la haute juridiction est appelée à statuer sur la même problématique, cette fois à l'égard de l'article 332quinquies, § 2, du Code civil<sup>109</sup>.

Un homme, A, conteste la paternité de B, à l'égard de l'enfant et demande que sa filiation soit établie. B n'ayant ni lien biologique avec cet enfant ni possession d'état à son égard, le tribunal de première instance de Louvain estime que l'action en contestation de A doit être déclarée fondée si sa paternité biologique est établie. La mère reconnaît que A est le père biologique, mais s'oppose à l'établissement de la paternité, laquelle serait contraire, selon elle, à l'intérêt de l'enfant. Dès lors que la demande a été introduite dans l'année de naissance, le tribunal ne peut pas vérifier, compte tenu du délai pivot d'un an, si ce lien de filiation est conforme ou non à l'intérêt de l'enfant. À nouveau, cette différence de traitement est dénoncée et une question préjudicielle est posée à la Cour constitutionnelle<sup>110</sup>.

La haute juridiction confirme son arrêt antérieur : « Si l'âge d'un an constitue un critère objectif, il ne saurait être considéré comme pertinent au regard de la mesure en cause. Rien ne peut justifier que le juge saisi d'une demande d'établissement de paternité lorsque l'enfant est âgé d'un an ou plus prenne en considération l'intérêt de l'enfant, tandis qu'il ne pourrait en tenir compte si l'action est intentée alors que l'enfant a moins d'un an »<sup>111</sup>.

Le délai pivot d'un an est donc balayé.

## 2. Les présomptions irréfragables : envolées

28. Dans les deux arrêts susmentionnés, la Cour constitutionnelle ne se contente pas de sanctionner le délai d'un an : elle confirme son refus des présomptions irréfragables relatives à l'intérêt de l'enfant dans le droit de la filiation (points 29 et 30). Cette position sera réaffirmée ensuite dans un arrêt du 9 août 2012 concernant des enfants incestueux (points 31 et 32). Nous dirons également un mot sur la position de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des droits de l'enfant (point 33). Nous verrons enfin que cette évolution s'inscrit plus largement dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en matière de filiation (point 34) et qu'elle investit le juge d'un nouveau rôle (point 35).

29. Dans l'arrêt n° 144/2010, après avoir relevé que l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant et l'article 22bis de la Constitution imposent de prendre en compte l'intérêt de l'enfant dans les procédures le concernant<sup>112</sup>, la Cour constitutionnelle renvoie aux travaux préparatoires de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006, dans lesquels le législateur mentionne son intention de prendre en considération sa jurisprudence, et plus particulièrement, ses arrêts n° 112/2002 et 66/2003<sup>113</sup>. Elle rappelle ensuite qu'il peut exister des cas dans lesquels l'établissement juridique de la filiation paternelle d'un enfant cause à celui-ci un préju-

dice et que si en règle générale on peut estimer qu'il est de son intérêt de voir établie sa double filiation<sup>114</sup>, on ne peut présumer de manière irréfragable que tel soit toujours le cas<sup>115</sup>.

La Cour précise que la disposition attaquée porte une atteinte disproportionnée aux droits des enfants de moins d'un an, leur intérêt n'étant jamais pris en considération<sup>116</sup>, et conclut donc que « l'absence de toute possibilité de contrôle judiciaire portant sur l'intérêt de l'enfant mineur non émancipé à voir établie la filiation paternelle par reconnaissance dans l'hypothèse visée à l'article 329bis, § 2, alinéa 3, du Code civil est incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution »<sup>117</sup>.

L'arrêt n° 61/2012, prononcé à l'égard de l'article 332quinquies du Code civil, suit exactement le même raisonnement<sup>118</sup>.

30. De ces deux décisions, nous pouvons déduire que la haute juridiction a définitivement condamné la nouvelle présomption irréfragable instituée lors de la réforme de 2006 : l'intérêt de l'enfant ne peut être déterminé, abstraitement, par le législateur, mais doit faire l'objet d'un contrôle concret par le juge.

31. La Cour ne s'arrête pas là dans sa traque des présomptions irréfragables. Le 9 août 2012, elle condamne l'ancien dogme relatif à l'inceste issu de la réforme de 1987<sup>119</sup>.

Au cours de l'année 1989, une jeune fille et un jeune homme se rencontrent et tombent amoureux. Ils débutent une relation sentimentale. En soi, rien d' inhabituel, jusqu'au jour où ils apprennent qu'ils ont la même mère. Nonobstant le caractère incestueux de leur couple, ils décident de poursuivre leur relation. À partir de l'année 1991, ils vivent ensemble et, en 2008, ils font une déclaration de cohabitation légale. Trois enfants naissent de cette union, en 1995, 1999 et 2000. S'ils n'ont pas été reconnus par leur père<sup>120</sup>, celui-ci les a élevés, éduqués, nourris et entourés d'amour<sup>121</sup>. Une vie de famille incestueuse se déroulait donc dans les faits, jusqu'à ce que le père décède accidentellement sur le chemin de son travail. Le tribunal de première instance de Huy est alors saisi d'une demande d'établissement judiciaire *post mortem* de paternité à l'égard des trois enfants, tenant compte des « problèmes matériels et psychologiques que l'absence de filiation paternelle engendrait pour [les] trois enfants »<sup>122</sup>.

Comme nous l'avons exposé plus haut, les dispositions du Code civil interdisent l'établissement d'un double lien de filiation en cas d'inceste absolu, ce qui est bien le cas en l'espèce. La mère et le tuteur *ad hoc* des enfants demandent cependant au tribunal de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, dès lors qu'il existerait, selon eux, une discrimination entre, d'une part, ces enfants, nés d'une relation incestueuse, qui ne peuvent avoir qu'un seul parent légal, d'autre part, tous les autres enfants qui peuvent voir établie leur double filiation. Le tribunal fait droit à leur demande et interroge la Cour constitutionnelle.

Après avoir rappelé le cadre légal belge de la prohibition de l'inceste et les fondements de celle-ci, la Cour constitutionnelle souligne que « si la réproubation des relations sexuelles entre personnes partageant un lien de sang semble quasiment universelle, les législations des États interdisant ces relations concrétisent cette interdiction de manière différente »<sup>123</sup>. Elle épingle, notamment, le fait que les États membres du Conseil de l'Europe n'interdisent pas tous l'établissement d'un lien de filiation faisant apparaître la relation incestueuse et en déduit « qu'il n'y a pas de lien nécessaire entre l'interdiction du mariage entre les personnes qui partagent un lien de sang et la prohibition de l'établisse-

(108) C. const., 16 décembre 2010, n° 144/2010, B.6.

(109) C. const., 3 mai 2012, n° 61/2012. Voy. sur cet arrêt : C. DECLERCK, *op. cit.*, p. 99; N. GALLUS, « Chronique de législation en droit privé - 1<sup>er</sup> janvier-30 juin 2012 - Le droit des personnes », R. JAFFERALI (coord.), *J.T.*, 2013, p. 70; F. SWENNEN, « Afstammingsvorderingen en het belang van het kind tijdens het eerste levensjaar », note sous C. const., 3 mai 2012, n° 61/2012, *T. Fam.*, 2013, pp. 92-93. M. VERHOEVEN, « Belang van jonge kinderen beschermd bij betwisting vaderschap », *Juristenkrant*, 2012, liv. 251, p. 2.

(110) C. const., 3 mai 2012, n° 61/2012, les faits et la procédure antérieure.

(111) *Ibidem*, B.7.

(112) C. const., 16 décembre 2010, n° 144/2010, B.3.1 et B.3.2.

(113) *Ibidem*, B.4.

(114) Article 7.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

(115) C. const., 16 décembre 2010, n° 144/2010, B.5.

(116) *Ibidem*, B.6.

(117) *Ibidem*, B.7. Voy. également le dispositif.

(118) C. const., 3 mai 2012, n° 61/2012, B.5.1 à B.8 et dispositif.

(119) C. const., 9 août 2012, n° 103/2012. Voy. sur cet arrêt :

C. DECLERCK, *op. cit.*, p. 99; P. MARTENS, « Inceste et filiation : égalité et tabou », obs. sous C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1288; G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'interdit de l'inceste : une norme symbolique évanescence? », *op. cit.*, pp. 23-34; A.-C. VAN GYSEL, « La fin de l'interdit de l'inceste en droit belge? », *Actualités du droit de la famille*, 2012/7, pp. 152-156; M. VERHOEVEN, « Vaststelling dubbele afstamming bij incest mogelijk », *Juristenkrant*, 2012, liv. 253, pp. 4-5; 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.

(120) L'article 321 du Code civil interdit en effet la reconnaissance par le père « lorsque la reconnaissance ferait apparaître entre la mère et lui un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser, à moins que le mariage qui a fait naître cet empêchement ait été annulé ou dissous par décès ou divorce ». *Cfr supra*.

(121) Voy. C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, A.1.3.

(122) *Ibidem*, A.1.1. Voy. également A.2.2.

(123) *Ibidem*, B.4.2.

sement du double lien de filiation dans le chef des enfants issus d'une relation entre ces personnes »<sup>124</sup>.

La Cour fonde son raisonnement sur les articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec les articles 3.1 et 7.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

Elle observe dans un premier temps que l'interdiction d'établir un double lien de filiation est justifiée, par le législateur belge, au nom de l'intérêt de l'enfant issu d'une relation incestueuse<sup>125</sup>. Elle estime, cependant, que l'on ne peut affirmer, à l'heure actuelle, « qu'il est toujours de l'intérêt de l'enfant né dans de telles circonstances que sa double filiation ne soit pas établie »<sup>126</sup> et que le fait d'interdire cette double filiation, dans tous les cas, ne permet pas de prendre en considération l'intérêt de l'enfant. Elle conclut en estimant qu'une « telle atteinte aux droits des enfants concernés [...] n'est pas une mesure pertinente »<sup>127</sup> pour prévenir les relations incestueuses entre personnes apparentées et qu'elle est disproportionnée « en ce qu'elle préjudicie surtout aux enfants issus de la relation jugée répréhensible [...] à bénéficier, si tel est leur intérêt, d'un double lien de filiation »<sup>128</sup>. La Cour ajoute sur ce point que le tribunal, lorsqu'il statue sur une demande d'établissement judiciaire de la paternité doit vérifier, en cas d'opposition de la mère ou de l'enfant âgé de plus de 12 ans, si elle n'est pas manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant en vertu de l'article 332quinquies du Code civil<sup>129</sup>.

La Cour constitutionnelle décide donc 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 »<sup>130</sup>.

**32.** De l'ensemble de cette jurisprudence, il nous est permis de déduire que le temps des dogmes et des abstractions du législateur est révolu. La haute juridiction impose aujourd'hui au juge un contrôle concret et effectif de l'intérêt de l'enfant. À l'instar de la juridiction strasbourgeoise<sup>131</sup>, elle veut protéger des « droits non pas théoriques ou illusoirs, mais effectifs et concrets »<sup>132</sup>.

Son dernier arrêt en la matière, sur lequel nous reviendrons plus amplement, est limpide à cet égard :

« Le législateur, lorsqu'il élabore un régime légal en matière de filiation, doit permettre aux autorités compétentes de procéder *in concreto*

à la mise en balance des intérêts des différentes personnes concernées, sous peine de prendre une mesure qui ne serait pas proportionnée aux objectifs légitimes poursuivis »<sup>133</sup>.

**33.** Cette position paraît pleine de bon sens : l'intérêt d'un enfant ne sera pas celui d'un autre et c'est en prenant en considération tous les aspects concrets du dossier que le juge pourra au mieux s'en rapprocher. Il est en effet impossible de pouvoir embrasser théoriquement la diversité des situations<sup>134</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme a, d'ailleurs, statué en ce sens : « L'intérêt supérieur de l'enfant, du point de vue de son développement personnel, dépend en effet de plusieurs circonstances individuelles, notamment de son âge et de sa maturité, de la présence ou de l'absence de ses parents, de l'environnement dans lequel il vit et de son histoire personnelle (voy. les lignes directrices du H.C.R., paragraphe 52 ci-dessus). C'est pourquoi il doit s'apprécier au cas par cas. Cette tâche revient en premier lieu aux autorités nationales, qui ont souvent le bénéfice de contacts directs avec les intéressés. Elles jouissent pour ce faire d'une certaine marge d'appréciation, laquelle s'accompagne toutefois d'un contrôle européen en vertu duquel la Cour examine sous l'angle de la Convention les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de ce pouvoir »<sup>135</sup>. Le Comité des droits de l'enfant plaide également dans les mêmes termes : « La détermination de l'intérêt supérieur doit se faire en fonction du court et du long terme. Elle doit correspondre à l'esprit de la Convention tout entière, particulièrement dans l'accent qu'elle place sur l'enfant en tant qu'individu, avec ses opinions et ses sentiments propres, et en tant que sujet de droits civils et politiques en même temps que bénéficiaire de protections spéciales »<sup>136</sup>. Son président, Jean Zermatten, a encore récemment déclaré : « [L'intérêt de l'enfant], c'est une notion qui ne peut pas être définie de façon théorique, mais doit être appréciée concrètement par rapport à une situation donnée. Il s'agit, au cas par cas, de mettre l'enfant au centre de la décision et d'évaluer [la situation] au mieux par rapport à son intérêt »<sup>137</sup>. Le haut commissariat aux réfugiés a, quant à lui, rédigé des principes directeurs selon lesquels, « le terme "intérêt supérieur" décrit globalement le bien-être de l'enfant. Ce bien-être est déterminé en fonction de caractéristiques individuelles, telles que l'âge et le degré de maturité de l'enfant, la présence ou l'absence des parents, l'environnement et l'expérience de l'enfant. [...] Déterminer l'intérêt supérieur d'un enfant exige de tenir compte de toutes les

(124) *Ibidem*,

(125) *Ibidem*, B.5.

(126) *Ibidem*, B.8.1. Il est intéressant d'observer qu'un membre déclare que ce régime est théorique étant entendu qu'en général, les enfants sont au courant (rapport Hermans, précité, n° 378/16, p. 33).

(127) C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, B.8.2.

(128) *Ibidem*, B.8.3.

(129) *Ibidem*.

(130) *Ibidem*, dispositif.

(131) « La Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoirs, mais concrets et effectifs (voy., *mutatis mutandis*, l'arrêt du 23 juillet 1968 en l'affaire « linguistique belge », série A, n° 6, p. 31, §§ 3, *in fine* et 4; l'arrêt *Golder* précité, p. 18, § 35, *in fine*; l'arrêt *Luedicke, Belkacem et Koc*, du 28 novembre 1978, série A, n° 29, pp. 17-18, § 42; l'arrêt *Marckx* du 13 juin 1979, série A, n° 31, p. 15, § 31) » (C.E.D.H., *Airey c. Royaume-Uni*, 9 octobre 1979, req. 6289/73, § 24). Tim Wuyts relève en ce sens : « het EVRM [heeft niet tot doel] rechten te beschermen die theoretisch of illusoir zijn, maar rechten die praktisch en effectief zijn. Welnu, een absolute regel die geen rekening houdt met de omstandigheden van iedere zaak afzonderlijk kan ertoe leiden dat een persoon slechts over een theoretisch of illusoir recht op privé-, gezins- en familieleven beschikt en raakt derhalve de essentie van dat

recht zelf. Het belang dat het EHRM hecht aan dit beginsel blijkt ook uit de rechtspraak die uitdrukkelijk aangeeft waarom het beginsel ontwikkeld in het *Kroon*-arrest niet kan toegepast worden op de aan het EHRM voorgelegde zaak » (« 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, liv. 4, p. 69). Voy. également : P. MARTENS, « Inceste et filiation : égalité et tabou », obs. sous C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, op. cit., p. 1288.

(132) *Ibid.* Tim Wuyts relève également en ce sens, à propos de l'arrêt n° 103/2012 du 9 août 2012 : « Het arrest strookt ook met een tendens die is ingezet door de rechtspraak van het EHRM [...] In het bijzonder moet met het belang van het kind rekening gehouden worden bij een afstammingsvordering. Het Verdrag beoogt geen rechten te beschermen die louter theoretisch of illusoir zijn, maar effectief en concreet » (« Het verbod tot vaststelling van een afstammingsband ingeval daartuit incest blijkt strijdig bevonden met het gelijkheidsbeginsel », *T. fam.*, 2012, p. 224).

(133) C. const., 7 mars 2013, n° 30/2013, B.7.

(134) C'est en ce sens que plaide également Yves-Henri Leleu : « Quand on évoque l'enfant sur fond de droit créatif, c'est de chaque en-

fant concrètement impliqué dans une configuration familiale qu'il doit s'agir, et non de l'« enfant » comme être abstrait dont l'intérêt serait défini de manière générale ou dogmatique » (Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, op. cit., p. 30). Voy. aussi : Civ., ch. jeun. Namur, 7 janvier 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, à paraître; S. GRAILLAT, op. cit., p. 18; T. HAMMARBERG, op. cit., p. 12; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, op. cit., pp. 30-33; Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Inceste, mariage et filiation : les cours supérieures ouvrent une voie libérale », *J.T.*, 2007, p. 273; V. MAKOW, « Détricotage constitutionnel du droit de la filiation stimulé par une juridiction de fond », *J.L.M.B.*, 2013, pp. 408, 413 et 414; P. MARTENS, « Inceste et filiation : égalité et tabou », obs. sous C.C., 9 août 2012, n° 103/2012, op. cit., p. 1288; G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'interdit de l'inceste : une norme symbolique évanescence? », op. cit., p. 33; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 258; P. VERDIER, op. cit. *Contra* : Cass., 11 juin 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 119 et Cass., 2 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012/3, p. 712 : « Il n'appartient pas au juge d'écarter la protection des intérêts de l'enfant imposée par le législateur au profit d'une appréciation personnelle qu'il considère comme

plus appropriée » et Civ. Bruxelles (référé), 18 décembre 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, à paraître; A.-C. VAN GYSEL, « Les personnes - Examen de jurisprudence (2003-2011) - La filiation », pp. 429, 442, 451 et 452 : « Nous pensons [...], avec la Cour de cassation, qu'il appartient au législateur, et non au juge, de déterminer le juste équilibre entre les divers intérêts et les diverses composantes de la filiation en présence »; *idem*, « La fin de l'interdit de l'inceste en droit belge? », op. cit., p. 154. (135) C.E.D.H., *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010, req. n° 41615/07, § 138. Voy. également C.E.D.H., *Anayo c. Allemagne*, 21 décembre 2010, req. n° 20578/07, §§ 67 à 73; C.E.D.H., *Schneider c. Allemagne*, 15 septembre 2011, req. n° 17080/07, § 100; C.E.D.H., *Y.C. c. Royaume-Uni*, 13 mars 2012, req. n° 4547/10, §§ 135 à 138; C.E.D.H., *Ahrens c. Allemagne*, 22 mars 2012, req. n° 45071/09, § 74 et C.E.D.H., *Kautzor c. Allemagne*, 22 mars 2012, req. n° 23338/09, § 77.

(136) R. HODGKIN et P. NEWELL, *Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant*, op. cit., p. 42.

(137) Propos de Jean Zermatten, recueillis lors d'une interview : « Comment définir l'intérêt supérieur de l'enfant? », op. cit., p. 7.

circonstances, en ayant à l'esprit la nature indivisible de la C.D.E. et l'interdépendance de ses articles »<sup>138</sup>.

Par conséquent, la ligne de conduite de la Cour constitutionnelle qui exige un contrôle concret de l'intérêt de l'enfant est en parfaite adéquation avec la jurisprudence strasbourgeoise ainsi qu'avec les positions défendues par les organismes qui veillent au respect des droits de l'enfant.

**34.** En prenant un peu plus de recul, nous constatons que ce nouvel arrêt s'inscrit dans la tendance générale<sup>138bis</sup> qui se dégage de la jurisprudence actuelle de la Cour constitutionnelle en matière de filiation<sup>139</sup> : elle choisit « l'homme-individu » au détriment de « l'homme générique »<sup>140</sup> ou, ici, l'enfant-individu au détriment de l'enfant générique. Elle refuse les dogmes, les verrous, les abstractions pour privilégier une analyse concrète de chaque situation, de chaque famille<sup>141</sup>.

Nous nous interrogeons même, compte tenu de cette nouvelle tendance, sur l'avenir des dispositions de notre droit de la filiation qui maintiennent encore des « abstractions », des fins de non-recevoir absolues, établies *a priori*, au nom de l'intérêt général ou d'intérêts privés<sup>142</sup>. On songe notamment à la fin de non-recevoir absolue opposable au candidat à la reconnaissance qui se heurte au refus de l'un des consentements requis<sup>143</sup> ou opposable au demandeur dans le cadre d'une action en recherche de paternité à la demande de la mère ou de l'enfant<sup>144</sup>, dès lors

que l'homme en question est reconnu coupable de viol sur la personne de la mère durant la période légale de la conception<sup>145</sup>, à la fin de non-recevoir absolue tirée du refus de l'enfant mineur émancipé ou majeur à consentir à sa reconnaissance<sup>146</sup> ou à l'établissement judiciaire de sa filiation<sup>147</sup>, au verrou institué par l'article 330, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du Code civil<sup>148</sup>, à l'impossibilité de remettre en cause la présomption de paternité du mari si ce dernier est le père biologique<sup>149</sup>, ou s'il a consenti à une insémination artificielle<sup>150</sup>, ou encore à l'impossibilité de remettre en cause la maternité de la femme qui accouche, établie par le seul fait de la loi (*Mater semper certa est*) ou la maternité corroborée par la possession d'état<sup>151</sup>.

**35.** Cette évolution suscite bien des espoirs en termes de respect, pour l'enfant et pour l'adulte, de droits concrets et effectifs, mais inspire une crainte : n'y aurait-il pas un risque de solutions multiples pour des situations similaires, voire identiques, chaque juge examinant à la lumière de ses propres valeurs et de ses propres sentiments les cas qui lui sont présentés<sup>152</sup>? Comment une seule personne peut-elle décider ce qu'est l'intérêt de l'enfant? Il serait donc indispensable de repenser le rôle du juge dans ce type de contentieux et de l'aider dans la délicate mission qui lui appartient de trouver le meilleur équilibre pour chaque famille, pour chaque individu, pour chaque enfant<sup>153</sup>.

(138) *Principes directeurs du H.C.R. relatifs à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant*, Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés, mai 2008, <http://www.unhcr.fr/4b151b9f2d.pdf>, pp. 14, 15 et 67.

(138bis) Au moment de mettre sous presse la présente contribution, nous avons pris connaissance du dernier arrêt de la Cour constitutionnelle prononcé en la matière, soit l'arrêt n° 46/2013 du 28 mars 2013. Une première lecture de celui-ci laisse à penser qu'il va à contre-courant de cette tendance générale, dès lors qu'il ne remet pas en cause le délai d'action d'un an du mari visé à l'article 318, § 2, du Code civil. Cet arrêt est toutefois plus nuancé, dès lors que la haute juridiction donne un grand pouvoir d'appréciation au juge du fond quant au point de départ de ce délai d'action (B.10.3) et quelle souligne que « le législateur prévoit aussi la possibilité pour les enfants d'introduire une demande en désaveu et en recherche en paternité et pour celui qui prétend être le père biologique la faculté d'intenter une action en contestation et en établissement de paternité, dans le respect des conditions mentionnées à [l'article 318 du Code civil] » (B.11) (voy. à cet égard J. SOSSON, « Actions en contestation de paternité : la Cour constitutionnelle ne souffle-t-elle pas le chaud et le froid? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013/2, à paraître). Enfin, il faut préciser que le requérant aurait pu introduire son action dans le délai d'un an imposé par le Code civil, mais il ne l'a pas fait sans que l'on sache pourquoi. Par conséquent, nous estimons que cet arrêt ne vient pas réellement porter atteinte à la jurisprudence de la Cour qui refuse les présomptions irréfragables en matière de filiation.

(139) Voy. notamment C. const., 3 février 2011, n° 20/2011, B.101; C. const., 6 avril 2011, n° 54/2011, B.3.2; C. const., 31 mai 2011, n° 96/2011, B.14; C. const., 7 juillet 2011, n° 122/2011, B.8; C. const., 7 mars 2013, n° 29/2013, B.10. Nous n'avons pas développé les arrêts n° 20/2011, 96/2011, 122/2011 et 29/2013 dans notre analyse sur l'intérêt de l'enfant car la Cour a utilisé comme véhicule constitutionnel l'article 22 de la Constitution (droit

au respect de la vie privée et familiale) et non l'article 22bis, alinéa 4, (prise en considération de l'intérêt de l'enfant). Si le raisonnement de la Cour se justifie pleinement pour les arrêts n° 96/2011 et 122/2011, dès lors que l'enfant concerné est majeur, il interpelle pour les arrêts n° 20/2011 et 29/2013 qui touchent à la filiation d'un enfant mineur. Quant à l'arrêt n° 54/2011, il censure simplement le point de départ du délai de l'homme qui souhaite contester une reconnaissance et a donc des répercussions limitées en la matière.

(140) N. MASSAGER, « La prophétie de Gerlo - Réflexion à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *op. cit.*, p. 139.

(141) En ce sens également : Mons (19<sup>e</sup> ch.), 14 mai 2012, *J.L.M.B.*, 2013, pp. 402 et 403, note V. MAKOW; V. MAKOW, *op. cit.*, pp. 405-415; N. MASSAGER, « La prophétie de Gerlo - Réflexion à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *op. cit.*, p. 139; P. MARTENS, « Inceste et filiation : égalité et tabou », obs. sous C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, *op. cit.*, pp. 1288 et 1289; A. RASSON-ROLAND et J. SOSSON, « Coups de tonnerre... », *op. cit.*, pp. 598, 604, 612 et 613. *Contra* F. SWENNEN, « Afstamming en Grondwettelijk Hof », *R.W.*, 2011-2012, n° 25, p. 1110, qui énonce : « In bepaalde rechtsleer is als besluit uit de besproken rechtspraak getrokken dat het Grondwettelijk Hof het wettelijke evenwicht uit het afstammingrecht onderuit heeft gehaald en dat de rechter altijd met een concrete belangenafweging tot maatwerk zou moeten overgaan. [...] Het nieuwe afstammingrecht zou vanuit individualistisch perspectief moeten worden herschreven. Ik deel geen van die meningen. De besproken arresten van het Grondwettelijk Hof dienen conform de rechtspraak van het EHRM te worden gelezen. Er kan m.i. enkel uit worden afgeleid dat bij overmacht een uitzondering moet kunnen worden toegekend op het verval van de vordering wegens bezit van staat of het verstrijken van een vervaltermijn, voor zover daarmee een billijk evenwicht kan worden bereikt. Dergelijke uitzonderingssituat-

ties doen er niet aan af dat de regel juist is en niet hoeft te worden aangepast. De rechtspraak van het EHRM verplicht geenszins tot concrete belangenafwegingen in elke afstammingsvordering ».

(142) Voy. dans le même sens N. MASSAGER, « La prophétie de Gerlo - Réflexion à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *op. cit.*, p. 138; V. MAKOW, *op. cit.*, p. 409; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, *op. cit.*, p. 260; A.-C. VAN GYSEL, « La fin de l'interdit de l'inceste en droit belge? », *op. cit.*, p. 155.

(143) Voy. article 329bis, § 2, alinéa 4, du Code civil.

(144) La fin de non-recevoir n'est opposable qu'à l'homme qui revendique la paternité et pour autant que la mère ou l'enfant en fasse la demande. Voy. à cet égard le libellé du paragraphe 4 de l'article 332quinquies du Code civil : « Si une action publique est intentée contre l'homme demandeur en recherche de paternité, du chef d'un fait visé à l'article 375 du Code pénal, commis sur la personne de la mère pendant la période légale de conception, il est sursis à statuer, à la demande d'une des parties, jusqu'à ce que la décision sur l'action publique soit coulée en force de chose jugée. Si l'intéressé est reconnu coupable de ce chef, la demande [de recherche de paternité] est rejetée à la demande d'une des parties ».

(145) Si l'on comprend aisément la volonté du législateur de protéger la mère contre le souhait du violeur de faire établir sa paternité à l'égard de l'enfant potentiellement issu de ce viol (le législateur n'exige nullement que l'enfant soit issu du viol, simplement que cet homme ait violé la mère durant la période légale de conception, de sorte que rien n'empêcherait que cet enfant soit le fruit d'une relation consentie entre la mère et cet homme), il reste que l'on peut légitimement s'interroger sur la pertinence de l'argument du point de vue de l'intérêt de l'enfant (en ce sens : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, *op. cit.*, p. 260). Au demeurant, on aperçoit d'emblée la discrimination ainsi créée entre le père non marié à la mère et le mari de

celle-ci, dans la mesure où le mari de la mère, condamné pour viol sur la personne de cette dernière durant la période légale de conception, verra sa filiation établie par le jeu de la présomption de paternité, sans contestation possible dès lors qu'il s'avère être le père biologique.

(146) Article 329bis, § 1<sup>er</sup>, du Code civil.

(147) Article 332quinquies, § 1<sup>er</sup>, du Code civil.

(148) L'alinéa 2, de l'article 330, § 1<sup>er</sup>, du Code civil dispose en effet que « l'auteur de la reconnaissance et ceux qui ont donné les consentements préalables requis ou visés par l'article 329bis ne sont recevables à contester la reconnaissance que s'ils prouvent que leur consentement a été vicié » (c'est nous qui soulignons).

(149) Article 318 du Code civil.

(150) Sauf si la conception de l'enfant ne peut en être la conséquence (article 318, § 4, du Code civil).

(151) Article 312 du Code civil. Voy. aussi la fin de non-recevoir absolue à l'action en contestation de la reconnaissance maternelle dès lors que l'enfant a la possession d'état à l'égard de la femme qui l'a reconnu (article 330, § 1<sup>er</sup>, du Code civil).

(152) Certains pourraient alors préférer la solution unique du législateur qui bénéficie en outre de la légitimité démocratique (voy. par exemple A.-C. VAN GYSEL, « Les personnes - Examen de jurisprudence (2003-2011) - La filiation », *op. cit.*, pp. 451-452). Nous ne partageons pas ce point de vue dès lors qu'il nous paraît que l'examen de chaque cas individuel répond mieux à la notion constitutionnelle et conventionnelle de l'intérêt de l'enfant (*cfr supra*).

(153) Sur le rôle du juge dans l'examen concret des divers intérêts en présence, voy. les pistes suggérées par V. MAKOW, *op. cit.*, pp. 414-415. En ce qui concerne la détermination de l'intérêt de l'enfant, voy. les principes directeurs du H.C.R. : « La « détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant (D.I.S.) » décrit le processus formel, assorti des garanties de procédure strictes, qui déterminera l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'une décision particulièrement importante pour l'enfant sera prise. Ce processus facilitera la participation adéquate de

### 3. Le caractère marginal de l'intérêt de l'enfant : chassé

**36.** Comme nous l'avons examiné plus haut, lorsque le législateur impose un contrôle concret de l'intérêt de l'enfant en matière d'établissement de la filiation, ce contrôle n'est que marginal. Cette présomption « semi-réfragable »<sup>154</sup> est-elle conforme aux droits de l'enfant? Ni l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant ni l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution ne semblent admettre pareille réserve, puisqu'ils disposent que, dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant doit être une considération *primordiale*.

**37.** La Cour de cassation l'a observé dans un arrêt du 2 mars 2012 et a interrogé la Cour constitutionnelle en ces termes : « Interprété comme imposant seulement une prise en compte marginale de l'intérêt de l'enfant, l'article 332quinquies, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil viole-t-il l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution? »<sup>155</sup>.

Les faits à l'origine de cette question préjudicielle sont les suivants. Un homme, dont la paternité biologique n'est pas contestée, introduit une demande de contestation de la paternité du mari de la mère. La cour d'appel de Liège déclare sa demande recevable<sup>156</sup> et fondée et constate qu'en vertu de l'article 318, § 5, du Code civil, sa paternité est établie de plein droit. La Cour précise, conformément à l'article 332quinquies du Code civil, que cette filiation n'est pas manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant. Mécontents de cette décision, la mère et son mari introduisent un pourvoi en cassation et soutiennent, notamment, que l'article 332quinquies est contraire à l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution, ce qui amène la Cour de cassation à poser la question susmentionnée<sup>157</sup>.

La jurisprudence déjà citée dans la présente contribution, qui impose la prise en compte de l'intérêt de l'enfant lors de l'établissement de sa filiation<sup>158</sup>, laissait déjà entrevoir la réponse donnée par la haute juridiction le 7 mars 2013<sup>159</sup> :

« B.9. Comme il a été relevé en B.5.3, tant l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution que l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la Convention relative aux droits de l'enfant imposent aux juridictions de prendre en compte, de manière primordiale, l'intérêt de l'enfant dans les procédures le concernant, ce qui englobe les procédures relatives à l'établissement de la filiation.

» B.10. Si l'intérêt de l'enfant revêt un caractère primordial, il n'a pas pour autant un caractère absolu. Dans la mise en balance des différents intérêts en jeu, l'intérêt de l'enfant occupe une place particulière du fait qu'il représente la partie faible dans la relation familiale. Cette place particulière ne permet pas pour autant de ne pas prendre également en compte les intérêts des autres parties en présence.

» B.11. En disposant que le tribunal ne rejette la demande que si l'établissement de la filiation est manifestement contraire à l'intérêt de l'en-

fant, l'article 332quinquies, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil autorise le juge à n'opérer qu'un contrôle marginal de l'intérêt de l'enfant qui est incompatible avec l'exigence de l'article 22bis de la Constitution combiné avec l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la Convention relative aux droits de l'enfant d'accorder, dans la balance des intérêts en présence, une place prépondérante à l'intérêt de l'enfant ».

La Cour constitutionnelle considère donc que l'intérêt de l'enfant doit être pris en considération dans toutes décisions qui le concerne, ce qui inclut celles prises en matière d'établissement de filiation, et que cet intérêt, dans la balance des divers intérêts en jeu, doit recevoir un poids particulier.

**38.** Cet arrêt de principe vient ainsi bousculer, à nouveau, l'un des choix du législateur en 2006 et va, sans aucun doute, avoir un effet boule de neige sur les autres dispositions prévoyant un contrôle marginal de l'intérêt de l'enfant, tels les § 2, alinéa 3, et § 3, alinéa 5, de l'article 329bis du Code civil<sup>160</sup>.

**39.** La Cour européenne des droits de l'homme, qui a manifestement inspiré la Cour constitutionnelle<sup>161</sup>, accorde également à l'intérêt de l'enfant, dans la balance des intérêts, une prédominance certaine<sup>162</sup> :

« Consideration of what lies in the best interests of the child concerned is of *paramount importance* in every case of this kind; depending on their nature and seriousness, the child's best interests may override that of the parents »<sup>163</sup>.

« Il ressort [...] de la jurisprudence de la Cour que, lorsqu'il s'agit de familles, les autorités doivent, dans leur évaluation de la proportionnalité, tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. À cet égard, la Cour souligne qu'il existe actuellement un large consensus — y compris en droit international — autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer (*Rahimi*, précité, § 108, et, *mutatis mutandis*, *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [G.C.], n° 41615/07, § 135, C.E.D.H. 2010). La Convention internationale relative aux droits de l'enfant préconise que l'intérêt supérieur des enfants soit une considération primordiale dans toute décision les concernant (article 3) »<sup>164</sup>.

**40.** Au regard de cette jurisprudence de la Cour constitutionnelle et de la Cour européenne des droits de l'homme, le pouvoir judiciaire, lorsqu'il est saisi d'une demande de reconnaissance ou d'établissement judiciaire de la filiation, doit, à notre estime, dans son examen concret de la cause, opérer une balance des intérêts dans laquelle la prise en compte de l'intérêt de l'enfant doit revêtir un poids supplémentaire, compte tenu de la vulnérabilité de l'enfant<sup>165</sup>. Il va de soi que cela ne

l'enfant sans discrimination, où les décideurs ayant l'expérience requise sont impliqués et où tous les facteurs pertinents sont pesés pour afin de (*sic*) déterminer la meilleure option » (*op. cit.*, p. 8). Nous n'avons pas pu, quant à nous, approfondir cette question dans la présente contribution, qui mérite, à notre estime, une véritable réflexion en profondeur. Gageons qu'elle soit menée sans tarder. (154) *Cfr supra*.

(155) Cass., 2 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012/3, p. 712.

(156) Cet arrêt de la Cour de cassation a suscité d'autres réflexions, notamment autour de l'équivalence de la possession d'état (voy. e.a. J. SOSSON, « L'équivalence de la possession d'état : une notion... Équivoque? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, pp. 733-739).

(157) C. const., 7 mars 2013, n° 30/2013, les faits et la procédure antérieure.

(158) C. const., 16 décembre 2010, n° 144/2010, B.6 et B.7; C. const., 3 mai 2012, n° 61/2010, B.7 et B.8; C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, B.8.3 et dispositif. Voy. en ce sens G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'interdit de l'inceste : une norme symbolique évanescence? », *op. cit.*, p. 32.

(159) C. const., 7 mars 2013, n° 30/

2013.

(160) La Cour le sous-entend implicitement elle-même dès lors qu'elle mentionne : « La formulation finalement retenue, permettant au tribunal de rejeter la demande portant sur l'établissement de la filiation maternelle ou paternelle si celle-ci est « manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant », est aussi celle qui fut retenue pour l'article 329bis, § 2, alinéa 3, et § 3, alinéa 5, du Code civil, qui permet d'empêcher les reconnaissances » (B.6.2). Voy. également, en matière d'exercice de l'autorité parentale, l'article 374, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil qui énonce : « Lorsque les parents ne vivent pas ensemble et qu'ils saisissent le tribunal de leur litige, l'accord relatif à l'hébergement des enfants est homologué par le tribunal sauf s'il est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant » ou encore en matière de divorce par consentement mutuel, les articles 1256, 1290 et 1293 du Code judiciaire.

(161) Voy. C. const., 7 mars 2013, n° 30/2013, B.8 et la jurisprudence citée.

(162) Geoffrey Willems met ainsi en évidence, à propos de la jurisprudence actuelle de la Cour de Stras-

bourg en matière de filiation, une ligne de conduite claire : « la Cour refuse l'abstraction des impossibilités absolues et exige des États qu'une évaluation concrète du poids relatif des intérêts en présence puisse intervenir. Et dans le cadre de la pesée considérée, l'intérêt de l'enfant revêt une importance particulière » (G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 64). Voy. également A.-C. RASSON, « Reconnaissance d'un enfant hors mariage : l'intérêt de l'enfant aurait-il vaincu l'égalité? Réflexions à partir de l'arrêt n° 144/2010 de la Cour constitutionnelle », *op. cit.*, p. 65; 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, p. 79; L. STEVENS, *op. cit.*, p. 5 selon laquelle « het belang van het kind is nu eenmaal een fundamenteel criterium, waarvan de toepassing niet leeftijdsgebonden mag zijn ».

(163) C.E.D.H., *Ahrens c. Allemagne*, 22 mars 2012, req. n° 45071/09 22, § 63; C.E.D.H., *Kautzor c. Allemagne*, 22 mars 2012,

req. n° 23338/09, § 64. C'est nous qui soulignons.

(164) C.E.D.H., *Popov c. France*, 19 janvier 2012, req. n° 39472/07 et 39474/07, §§ 140 et 141. Voy., dans le même sens : C.E.D.H., *Yousef c. Pays-Bas*, 5 novembre 2002, req. n° 33711/96, § 73; C.E.D.H., *Maire c. Portugal*, 26 juin 2003, req. n° 48206/99, §§ 71 et 77; C.E.D.H., *Sommerfeld c. Allemagne*, 8 juillet 2003, req. n° 31871/96, § 64; C.E.D.H., *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010, req. n° 41615/07, § 135; C.E.D.H., *Anayo contre Allemagne*, 21 décembre 2010, req. n° 20578/07, § 65.

(165) S'agissant d'une affaire fondée sur l'article 332quinquies du Code civil, les juridictions se conformant à l'arrêt n° 30/2013 ne devront pas poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle (article 26, § 2, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle); s'agissant d'une affaire fondée par contre sur l'article 329bis du Code civil, les juridictions seront tenues de poser une nouvelle question préjudicielle à la Cour constitutionnelle qui confirmera, on peut le supposer, l'arrêt n° 30/2013. Le contrôle de conventionnalité par le pouvoir judiciaire de ces dis-

signifie pas que l'intérêt de l'enfant est la seule considération qui doit guider le juge<sup>166</sup>. Ce dernier devra tenir compte de tous les intérêts en présence<sup>167</sup>, tout en accordant une place particulière à la partie la plus fragile du conflit, à savoir l'enfant.

Cette position ne doit pas être mal interprétée. Il ne s'agit pas de passer d'un contrôle marginal de l'intérêt de l'enfant à un contrôle fantaisiste de l'intérêt de l'enfant fondé sur des critères de type financier ou physique. Il s'agit simplement de ne pas cadenasser le juge dans son appréciation de l'intérêt de l'enfant aux seuls cas autorisant la déchéance de l'autorité parentale<sup>168</sup>. Deux décisions récentes du tribunal de première instance de Namur<sup>169</sup> permettront d'éclairer notre propos. Celui-ci a, en effet, choisi de s'éloigner des travaux préparatoires et du caractère marginal imposé par le Code civil en ce qu'il a refusé 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* (ce qui lui a 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 mère), dans la première décision, et en raison d'un nombre important de condamnations pénales encourues notamment pour faits de violence à l'égard de la mère, témoignant dans le chef du demandeur d'un mépris total pour l'intégrité physique et psychique d'autrui et une absence réelle de remise en question, dans la seconde.

## C Conclusion

**41.** En guise de conclusion, nous ne pouvons que souligner l'évolution, si pas la révolution, qu'a connue le droit de la filiation en vingt ans.

Les dogmes sont tombés au profit des individus; les droits de l'enfant ont, petit à petit, réussi à trouver leur place en la matière et sont devenus aujourd'hui le centre névralgique de la réflexion des hautes juridictions.

Ainsi, l'intérêt de l'enfant, simple valeur en 1987, est devenu, sous l'impulsion de la Cour constitutionnelle, un droit fondamental et un

principe constitutionnel. La prise en considération de l'intérêt de l'enfant est aujourd'hui incontestablement un principe qui régit le droit de la filiation aux côtés d'autres principes, tel celui d'égalité et de non-discrimination.

**42.** Par ailleurs, s'il est certain que l'intérêt de l'enfant est une notion floue, subjective ou protéiforme, la Cour constitutionnelle est parvenue à la façonner au fil de ses arrêts.

Aujourd'hui, l'on sait que cet intérêt ne peut plus être défini théoriquement, dogmatiquement, par le législateur, mais qu'il doit faire l'objet d'un examen concret par le juge, qui va devoir analyser chaque histoire pour pouvoir rendre sa décision. Certes, comme nous l'avons souligné plus haut, ce dernier devra être soutenu dans cette délicate mission. De telles perspectives sont néanmoins encourageantes en ce qu'elles visent à garantir des droits effectifs et concrets aux individus et non des principes dogmatiques qui ne prennent nullement en compte les particularités de chaque situation.

Dans l'avant-dernier arrêt de cette vaste saga<sup>170</sup>, la haute juridiction nous donne également une indication sur la manière dont la pesée des divers intérêts en matière de filiation doit être réalisée : « Dans la mise en balance des différents intérêts en jeu, l'intérêt de l'enfant occupe une place particulière du fait qu'il représente la partie faible dans la relation familiale »<sup>171</sup>. L'intérêt de chaque individu doit donc être pris en compte, mais dans cette pesée, un poids supplémentaire est offert à l'enfant, partie vulnérable du procès.

**43.** L'intérêt de l'enfant sur le fil? Dans le mouvement du kaléidoscope, il a réussi à s'imposer à tous les niveaux : principe constitutionnel incontestable, il doit aujourd'hui faire l'objet d'un examen concret et entier. L'intérêt de l'enfant est ainsi promis à un bel avenir, ce qui ne pourra que réjouir ceux qui souhaitent que tous les enfants — que chaque enfant — soient considérés comme de vrais sujets de droit qui méritent respect et tendresse, attention et considération.

Géraldine MATHIEU

Assistante en droit de la famille à l'Université de Namur

et Anne-Catherine RASSON

Assistante en droit constitutionnel à l'Université de Namur

positions du Code civil dans le but de protéger l'intérêt de l'enfant doit être précédé du contrôle de constitutionnalité, conformément à l'article 26, § 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, dès lors que les droits de l'enfant sont protégés par l'article 22bis de la Constitution. Pour de plus amples développements sur l'article 26, § 4, voy. notamment P. POPELIER, « Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten - Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet? », *R.W.*, 2009-2010, pp. 50-62; A. RASSON-ROLAND et J. SOSSON, « Coups de tonnerre... », *op. cit.*, pp. 581-613, sp. pp. 587-589; J.-L. RENCHON et G. WILLEMS, « Le droit au respect de la vie familiale », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique - Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'état et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. 2, pp. 1051-1052; M.-F. RIGAUX, « Le contentieux préjudiciel et la protection des droits fondamentaux : vers un renforcement du monopole du contrôle de constitutionnalité de la Cour constitutionnelle », *J.T.*, 2009, pp. 649-651; M. TRAEST, « Samenloop van grondrechten - Artikel 26, § 4, van de Bijzondere

Wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof », *N.J.W.*, 2010, p. 130; M. VERDUSSEN, *op. cit.*, pp. 226-235. (166) En ce sens Jean Zermatten qui déclare : « cela ferait de lui une sorte de sur-être, ce qui serait contraire à l'esprit de la Convention des droits des enfants. En anglais, on parle de *-best interest*, ce qui est plus proche de l'idée du texte, qui est de définir, en cas de conflits d'intérêts, quelle est la meilleure réponse pour l'enfant » (propos de Jean Zermatten, recueillis lors d'une interview : « Comment définir l'intérêt supérieur de l'enfant? », *op. cit.*, p. 7). Voy. également S. GRAILLAT, *op. cit.*, p. 20; T. HAMMARBERG, *op. cit.*, pp. 11, 13 et 14; Service social international, Centre international de référence pour les droits de l'enfant privé de famille (S.S.I./C.I.R.), bulletin mensuel n° 01/2013, éditorial, « L'intérêt supérieur de l'enfant offre-t-il toujours la meilleure solution à l'enfant? », <http://iss-ssi.org>. (167) Voy. à cet égard les débats qui ont animé l'adoption de la Convention relative aux droits de l'enfant : l'intérêt de l'enfant est une considération primordiale, mais non la considération primordiale (e.a. N. CANTWELL, « La genèse de l'intérêt supérieur dans la Convention relative aux droits de l'enfant », *J.D.J. fr.*,

n° 303, mars 2011, pp. 22-25; T. HAMMARBERG, *op. cit.*, p. 11; P. VERDIER, *op. cit.*). L'article 4 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant dispose, quant à lui, « Dans toute action concernant un enfant, entreprise par une quelconque personne ou autorité, l'intérêt supérieur de l'enfant sera la considération primordiale ». (168) Cf. les travaux préparatoires cités *supra*. Dans la lignée de ces travaux préparatoires, la jurisprudence majoritaire actuelle tend à favoriser l'établissement d'une filiation juridique conforme à la vérité biologique, présumant que l'intérêt de l'enfant se trouve dans cette coïncidence entre vérité juridique et vérité génétique (Civ. Liège, 21 décembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 196; Civ. Bruxelles, 23 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1067; Civ. Liège, 16 mai 2008 [deux décisions], *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, pp. 211 et 241; Bruxelles, 24 novembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 767). Il ne s'agit donc pas de tenir compte de l'intérêt de l'enfant *in concreto*, mais d'examiner les causes d'indignité majeures qui justifieraient qu'un homme qui est le père biologique d'un enfant se voie refuser le titre légal consacrant cette qualité qui est la sienne. En ce sens, le tribunal de pre-

mière instance de Liège a refusé l'établissement de la paternité d'un homme, en raison d'une condamnation à une peine correctionnelle de six ans d'emprisonnement pour avoir blessé gravement l'enfant en lui portant des coups de couteau avec la ferme intention de le tuer, ce qui est précisément une cause de déchéance de l'autorité parentale, en vertu de l'article 32, 1<sup>o</sup>, 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 (Civ. Liège, 1<sup>er</sup> octobre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 185). (169) Civ. Namur, 19 décembre 2012, R.G. n° 2281/10, S. c. W et Civ. Namur, 30 janvier 2013, R.G. n° 2338/08, Y. c. W. (170) La saga n'est pas terminée puisque la Cour constitutionnelle a encore reçu six questions préjudicielles en la matière (R.G. n°s 5433, 5508, 5517, 5565, 5608 et 5609, voy. [www.const-court.be](http://www.const-court.be)). La question de l'affaire n° 5517 a été posée par la cour d'appel de Bruxelles le 5 novembre 2012 (*Rev. trim. dr. fam.*, 2013/2, à paraître). (171) C. const., 7 mars 2013, n° 30/2013, B.10.