

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'interdit de l'inceste

Mathieu, Géraldine; Rasson, Anne-Catherine

Published in:

Journal du droit des jeunes : la revue d'action juridique et sociale

Publication date:

2013

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mathieu, G & Rasson, A-C 2013, 'L'interdit de l'inceste: une norme symbolique évanescence ? (extraits)', *Journal du droit des jeunes : la revue d'action juridique et sociale*, numéro 321, pp. 58-63.

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.

Sur l'inceste et l'intérêt de l'enfant

Cour constitutionnelle de Belgique - 9 août 2012 -
Arrêt n°103/2012

Filiation – Établissement judiciaire de paternité – Inceste
– Intérêt de l'enfant

*En cause : la question préjudicielle relative à l'article 325 du Code civil,
posée par le tribunal de première instance de Huy,*

(...)

I. Objet de la question préjudicielle et procédure

Par jugement du 25 août 2011 en cause de M.M. et D. Lefèvre, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 29 septembre 2011, le tribunal de première instance de Huy a posé la question préjudicielle suivante :

«L'article 325 du Code civil viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et aux articles 3.1 et 7.1 de la Convention de New York relative aux Droits de l'Enfant, en tant que l'article précité prive un enfant issu d'une relation incestueuse dont l'obstacle est un lien de parenté de faire établir sa filiation paternelle alors que ses pairs, qu'ils soient issus d'un mariage, d'un concubinage ou d'une relation extraconjugale ne faisant pas apparaître d'empêchement à mariage, voire même d'une relation incestueuse (au sens de l'article 325 du Code civil modifié) dont l'obstacle est un lien d'alliance dissous, ont la possibilité de faire établir tant leur filiation maternelle que paternelle ? En l'espèce, le décès du père dont la filiation est recherchée vient de surcroît faire obstacle au maintien de la relation incestueuse à l'origine de la filiation».

II. Les faits et la procédure antérieure

A.P. et M.M. se sont rencontrés dans le courant de l'année 1989, alors qu'ils étaient âgés, respectivement, de 21 et 25 ans. Ils ignoraient alors qu'ils étaient frère et sœur par leur mère. Une relation s'est nouée entre eux. Il semble qu'ils aient appris l'existence de leur lien de parenté quelque temps après. Ils ont vécu ensemble à partir de l'année 1991. Ils ont fait une déclaration de cohabitation légale devant l'officier de l'état civil de leur lieu de résidence en mars 2008.

Trois enfants sont nés de leur union, en 1995, 1999 et 2000. Ces enfants n'ont pas été reconnus par leur père, mais ont néanmoins été élevés par leurs deux parents. Ils ont vécu ensemble avec leurs deux parents sans discontinuer.

A.P. est décédé accidentellement sur le chemin de son travail le 12 mai 2010.

Le tribunal de première instance de Huy est saisi d'une demande d'établissement judiciaire de la paternité de A.P. vis-à-vis des trois enfants. Cette demande est introduite par M.M., en son nom personnel ainsi que, à toutes fins, en sa qualité d'héritière de A.P., ainsi que par M^e D. Lefèvre, en sa qualité de tuteur *ad hoc* des trois enfants.

Le tribunal constate qu'en vertu de l'article 325 du Code civil, l'action en recherche de paternité est irrecevable lorsque le jugement établissant la paternité ferait apparaître entre le père et la mère des enfants un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser. Il constate également que les parents des enfants étant frère et sœur par leur mère,

le mariage entre eux était prohibé par l'article 162 du Code civil et que cette interdiction ne pouvait être levée par le Roi sur pied de l'article 164 du même Code.

Les demandeurs font valoir devant le tribunal que cette situation est discriminatoire pour les enfants concernés, qui ne pourront jamais voir établie une double filiation dans leur chef, contrairement aux autres enfants. Ils demandent en conséquence au tribunal d'interroger la Cour à ce sujet.

Le tribunal rappelle qu'une brèche dans l'interdit absolu d'établissement d'une filiation faisant apparaître une relation incestueuse entre les parents a été réalisée par la loi du 1^{er} juillet 2006 qui modifie l'article 325 du Code civil. Il relève également que l'intérêt de l'enfant est une notion évolutive et susceptible de diverses interprétations. Il constate que la question qui lui est soumise porte sur la disposition qui rend la demande irrecevable devant lui et fait en conséquence droit à la demande de question préjudicielle.

(...)

- B -

Quant à la disposition en cause

B.1. La question préjudicielle porte sur l'article 325 du Code civil, qui dispose :

«La recherche de paternité est irrecevable lorsque le jugement ferait apparaître entre le père prétendu et la mère 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».

B.2.1. Les dispositions concernant les empêchements à mariage figurent aux articles 161 à 164 du Code civil :

«Art. 161. En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne.

Art. 162. En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre frères, entre sœurs ou entre frères et sœurs

Art. 163. Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce ou le neveu, ou entre la tante et la nièce ou le neveu.

Art. 164. Néanmoins, il est loisible au Roi de lever, pour des causes graves, la prohibition prévue pour les alliés au sens de l'article 161 et la prohibition portée au précédent article».

B.2.2. Il se déduit de ces dispositions que les seuls empêchements absolus à mariage sont ceux qui existent, en ligne directe, entre tous les ascendants et descendants et, en ligne collatérale, entre frères, entre sœurs ou entre frères et sœurs.

B.3.1. L'article 325 du Code civil est lié aux articles 313, § 2, et 321 du même Code qui prohibent respectivement la reconnaissance maternelle et la reconnaissance paternelle d'un enfant lorsque cette reconnaissance ferait apparaître entre le père et la mère un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser. Enfin, l'article 314, alinéa 2, du même Code, qui concerne l'établissement judiciaire de la filiation maternelle, rend également irrecevable l'action en recherche de paternité lorsque l'établissement de celle-ci ferait apparaître un tel empêchement à mariage.

B.3.2. Il résulte de ces dispositions qu'un enfant issu d'une relation entre personnes entre lesquelles existe un empêchement absolu à mariage ne peut jamais voir établi dans son chef un double lien de filiation, que ce soit par reconnaissance ou par établissement judiciaire de la filiation.

La question préjudicielle porte sur le seul établissement judiciaire de

la filiation paternelle d'enfants dont la filiation maternelle est déjà établie et qui, en l'espèce, sont nés d'une relation entre un demi-frère et une demi-sœur.

B.4.1. Les empêchements à mariage en ligne directe ou en ligne collatérale se fondent sur l'interdit de l'inceste, fondé lui-même sur des raisons diverses. Une première raison, d'ordre physiologique et eugénique, est le risque accru que les enfants issus de mariages consanguins pourraient naître gravement handicapés. Une deuxième raison, de nature éthique ou morale, est d'éviter que des personnes qui font partie d'un même cercle familial n'aient des liens qui pourraient porter atteinte à l'ordre des structures familiales existantes. En outre, à travers l'empêchement à mariage, le législateur veut garantir la place de chaque génération au sein de la famille.

B.4.2. Si la réprobation 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. Certains États ont opté pour la répression pénale alors que d'autres se limitent à interdire l'officialisation de ces relations par le mariage. Ainsi, tous les États membres du Conseil de l'Europe interdisent le mariage entre frères et sœurs. Dans environ la moitié de ces États, les relations sexuelles entre frères et sœurs adultes sont en outre passibles de sanctions pénales, alors que dans l'autre moitié de ces États, ce n'est pas le cas (C.E.D.H., 12 avril 2012, *Stübing c. Allemagne*, § 28).

Par ailleurs, l'établissement des liens de filiation qui font apparaître le caractère incestueux de la relation unissant les parents d'un enfant n'est pas interdit dans tous les États membres du Conseil de l'Europe, ni même dans ceux qui répriment pénalement l'inceste. Tel est le cas, par exemple, en Allemagne, où les enfants nés d'une relation entre frère et sœur peuvent bénéficier du lien de filiation avec leurs deux parents (§§ 1592, 1594 à 1598 et 1600 du Code civil allemand), alors que les relations sexuelles entre frère et sœur sont passibles de sanctions pénales (§ 173 du Code pénal allemand). Il en ressort 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'établissement du double lien de filiation dans le chef des enfants issus d'une relation entre ces personnes.

B.4.3. En droit belge, les relations incestueuses entre adultes consentants unis par des liens de sang ne sont pas réprimées pénalement. Seul le mariage entre ces personnes est prohibé; il ne leur est en revanche pas interdit de conclure un contrat de cohabitation légale. Toutefois, les enfants issus d'une telle relation ne peuvent jamais voir leur double filiation établie, quand bien même celle-ci correspondrait à la réalité socioaffective.

B.5. La disposition en cause a été insérée dans le Code civil par la loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation. Bien que dans le projet initial, il était prévu, en vue d'instaurer une «égalité de droit entre tous les enfants», de supprimer «l'interdiction d'établir une filiation adultérine ou incestueuse» (Doc. parl., Sénat, 1977-1978, n° 305-1, pp. 3-4), il est apparu lors des discussions en commission parlementaire que «la liberté de reconnaissance à l'égard des enfants nés d'une relation ne pouvant déboucher sur un mariage avait suscité de très sérieuses réserves», le législateur ayant considéré que «la question [devait] en effet être posée de savoir si la liberté de reconnaissance sert effectivement l'intérêt de ces enfants» (Doc. parl., Sénat, 1984-1985, n° 904-2, p. 87).

Le législateur a maintenu l'interdiction d'établir une double filiation dans le chef des enfants issus d'une relation incestueuse, considérant

que «les intérêts de l'enfant [devaient] l'emporter sur tous les autres intérêts» et qu'en ce qui concerne ces enfants, «on peut partir de l'hypothèse qu'une reconnaissance servira rarement [leurs] intérêts» (*ibid.*, p. 88).

Quant à la question préjudicielle

B.6.1. La question préjudicielle invite la Cour à examiner si l'article 325 du Code civil, en ce qu'il interdit l'établissement de la double filiation des enfants issus d'une relation entre des personnes qui sont visées par un empêchement absolu à mariage, est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec les articles 3, paragraphe 1^{er}, et 7, paragraphe 1^{er}, de la Convention relative aux droits de l'enfant.

La disposition en cause crée en effet une différence de traitement, en ce qui concerne la possibilité de bénéficier de l'établissement d'un double lien de filiation, entre les enfants qu'elle vise et tous les autres enfants qui, quelles que soient les circonstances de leur naissance, peuvent voir établi un double lien de filiation dans leur chef.

B.6.2. La question préjudicielle ne porte nullement sur l'admissibilité des empêchements à mariage, mais sur le problème tout différent, ainsi qu'il a été indiqué en B.4.2, de l'établissement de la double filiation des enfants issus d'une relation entre des personnes entre lesquelles existe un tel empêchement.

B.7.1. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit le droit au respect de la vie privée et familiale et son article 14 interdit toute discrimination dans la jouissance de ce droit.

B.7.2. L'article 3, paragraphe 1^{er}, de la Convention relative aux droits de l'enfant dispose :

«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.»

L'article 7, paragraphe 1^{er}, de la même Convention dispose :

«L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.»

B.8.1. Ainsi qu'il est rappelé en B.5, le législateur de 1987 est parti de l'idée que l'établissement d'une double filiation serait généralement contraire à l'intérêt des enfants issus d'une relation incestueuse. Si dans certains cas, il peut être contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant de voir établie une double filiation qui révèle le caractère incestueux de la relation entre ses parents, l'on ne saurait affirmer qu'il en va toujours ainsi, notamment dans les cas où, comme en l'espèce, la filiation paternelle serait établie judiciairement à la demande de l'enfant ou de son représentant légal agissant en son nom. Entre autres hypothèses, lorsque les circonstances de sa naissance sont connues de l'enfant et de son entourage, il peut en effet être estimé que les avantages, notamment en termes de sécurité d'existence, qu'il retirera de l'établissement d'un double lien de filiation sont supérieurs aux inconvénients qu'il pourrait subir en conséquence de l'officialisation de la circonstance qu'existe entre ses parents un empêchement absolu à mariage.

Il ne peut donc plus être affirmé, 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. En interdisant dans tous les cas l'établissement du double lien de filiation des enfants nés d'une

relation entre personnes entre lesquelles existe un empêchement absolu à mariage, la disposition en cause empêche la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant.

B.8.2. Cette atteinte au droit des enfants concernés de voir pris en considération leur intérêt supérieur ne saurait être justifiée par l'objectif d'interdire les relations incestueuses entre personnes apparentées. Il est assurément légitime que le législateur cherche à prévenir ce type de relations pour les raisons rappelées en B.4.1, qui tiennent tant à la protection de l'ordre des familles et des individus qu'à la protection de la société (voy. aussi C.E.D.H., 12 avril 2012, *Stübing c. Allemagne*, §§ 46 et 65).

Toutefois, contrairement à l'empêchement à mariage, l'interdiction absolue de l'établissement du double lien de filiation dans le chef des enfants issus d'une telle relation n'est pas une mesure pertinente pour atteindre ces objectifs. En effet, en empêchant dans tous les cas l'enfant de bénéficier d'un double lien de filiation, la disposition en cause ne saurait contribuer à prévenir une situation qui est, par définition, déjà réalisée.

B.8.3. En outre, en ce qu'elle préjudicie surtout aux enfants issus de la relation jugée répréhensible et non aux personnes qui en sont responsables, elle porte une atteinte disproportionnée au droit des enfants concernés à bénéficier, si tel est leur intérêt, d'un double lien de filiation.

À cet égard, il importe de souligner que l'intérêt de l'enfant doit toujours être pris en considération par le juge saisi d'une demande d'établissement judiciaire de la paternité. En effet, l'article 332quinquies du Code civil dispose, en son paragraphe 1^{er}, que les actions en recherche de maternité ou de paternité ne sont pas recevables si l'enfant majeur ou mineur émancipé s'y oppose. Le paragraphe 2 de la même disposition prescrit, en cas d'opposition à l'action émanant soit de l'enfant âgé de plus de 12 ans, soit de celui de ses auteurs à l'égard duquel la filiation est établie, que le tribunal rejette la demande si l'établissement de la filiation est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant.

B.9. La question préjudicielle appelle une réponse positive.

Par ces motifs,

la Cour, dit pour droit :

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.

Siège : R. Henneuse et M. Bossuyt, et des juges E. De Groot, L. Lavrysen, A. Aelen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul et F. Daoût, assistée du greffier F. Meersschaut, présidée par le président R. Henneuse

Commentaire de Géraldine Mathieu
et Anne-Catherine Rasson

L'interdit de l'inceste : une norme symbolique
ou substantielle ? (extraits)

L'arrêt commenté, prononcé le 9 août dernier par la Cour constitutionnelle belge, est particulièrement prenant en ce qu'il touche à l'inceste, l'une des prohibitions les plus universelles et les plus fondamentales de la société humaine, et ce depuis des millénaires : « cette prohibition est la règle commune à toutes les cultures, à toutes les civilisations

et à tous les systèmes juridiques dans le temps et dans l'espace »⁽²⁾.

À cela s'ajoute que, contrairement à d'autres arrêts rendus dans un passé récent⁽³⁾, la Haute juridiction s'attaque, cette fois, à la prohibition d'un inceste biologique, soit consommé entre un frère et une sœur, de pères différents, mais de mère commune. Elle touche ici au « carré noir » de Jean Carbone ou au « cercle rouge » de Gérard Cornu, la prohibition de l'inceste entre parents en ligne directe ou entre frères et sœurs⁽⁴⁾.

Le cadre légal de la prohibition de l'inceste en Belgique

Si la prohibition de l'inceste est universelle, la manière dont elle est encadrée varie sous plusieurs déclinaisons possibles, selon les lieux, les époques et les cultures, non seulement quant aux catégories de personnes touchées par les prohibitions (parents par le sang, par alliance, degré de parenté), mais aussi quant à la manière dont le droit va traduire cette prohibition : empêchements à mariage, interdiction de l'établissement de la double filiation ou répression pénale⁽⁵⁾.

La Belgique, quant à elle, se limite à interdire l'officialisation de relations incestueuses par le mariage et l'établissement du double lien de filiation faisant apparaître la nature incestueuse du lien unissant les parents. Les relations sexuelles incestueuses entre adultes consentants ne sont pas réprimées pénalement en tant que telles⁽⁶⁾.

Les faits et la décision de la Cour constitutionnelle

Au cours de l'année 1989, une jeune fille, M.M., et un jeune homme, A.P., 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⁽⁷⁾.

* Assistante en droit de la famille – Université de Namur (Belgique).

** Assistante en droit constitutionnel et en libertés publiques – Université de Namur (Belgique)

(1) Cet article a été publié dans son intégralité dans le Journal du droit des jeunes édité en Belgique (n° 319, novembre 2012). Nous en reproduisons les parties qui concernent les principes généraux du droit civil, sans cependant reproduire les parties rédactionnelles de grande qualité sur les évolutions du droit civil belge.

(2) J. FIERENS, « Partie préliminaire », in X, Famille : union et désunion. Commentaire pratique, Waterloo, Kluwer, juillet 2010, Prélim.0.1.1 – 1, p. 21.

(3) Cour const., 17 décembre 2003, n° 169/2003 et Cour const., 18 octobre 2006, n° 157/2006.

(4) A.-Ch. VAN GYSEL, « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ? », in Droit des familles, genre et sexualité, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2012, p. 298.

(5) E. LANGENAKEN, « Le droit de la filiation face à l'inceste : norme égalitaire ou norme symbolique ? », Rev. trim. dr. fam., 2004, p. 362; Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Inceste, mariage et filiation : les cours supérieures ouvrent une voie libérale », J.T., 2007, p. 269. Voy. également C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, B.4.2. Pour un aperçu de droit comparé au sein des pays membres du Conseil de l'Europe : C.E.D.H., arrêt Stübing c. Allemagne, 12 avril 2012, req. n° 43547/08, § 28 à § 30.

(6) L'absence de répression pénale ne vise évidemment que les relations entre adultes consentants. Une relation sexuelle entre un adulte et un mineur – qu'elle soit ou non incestueuse – relève soit de l'attentat à la pudeur, soit du viol et est à ce titre pénalement répréhensible. Il existe toutefois une circonstance aggravante tenant à la qualité de l'auteur de l'infraction qu'il soit l'ascendant, l'adoptant de la victime, son frère, sa sœur soit encore toute personne qui occupe une place similaire au sein de la famille (article 372 du Code pénal pour l'attentat à la pudeur et article 377 du même Code pour le viol). En outre, dans ce cas particulier, la majorité sexuelle passe à 18 ans.

Trois enfants naissent de cette union, en 1995, 1999 et 2000. S'ils n'ont pas été reconnus par leur père (8), ils ont été élevés, éduqués, nourris et entourés d'amour par leurs deux parents (9).

Une vie de famille incestueuse se déroulait donc dans les faits.

A.P. décède accidentellement sur le chemin de son travail le 12 mai 2010.

Le tribunal de première instance de Huy est alors saisi d'une demande d'établissement judiciaire *post mortem* de la paternité de A.P. à l'égard de ses trois enfants. Cette demande est introduite par M.M. et par le tuteur *ad hoc* des enfants mineurs, tenant compte des «problèmes matériels et psychologiques que l'absence de filiation paternelle engendrait pour [les] trois enfants» (10).

En vertu de l'article 325 du Code civil, combiné avec les articles 162 et 164 du Code civil (11), l'action introduite est en principe irrecevable. M.M. et le tuteur *ad hoc* des enfants demandent au tribunal de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, dès lors qu'il existerait une discrimination entre, d'une part, ces enfants, nés d'une relation incestueuse qui ne peuvent avoir qu'un seul parent légal et, d'autre part, tous les autres enfants qui peuvent voir une double filiation établie.

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 réprobation 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» (12).

Elle épingle, notamment, le fait que les États membres du Conseil de l'Europe n'interdisent pas tous l'établissement de liens 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'établissement du double lien de filiation dans le chef des enfants issus d'une relation entre ces personnes» (13).

La Cour fonde son raisonnement sur les articles 10 et 11 de la Constitution (14) combinés avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (15) et avec les articles 3.1 et 7.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant (16).

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 (17).

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» (18) 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» (19) 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» (20).

La Cour ajoute sur ce point que le tribunal, lorsqu'il statue sur une demande d'établissement judiciaire de la paternité devra vérifier, en cas d'opposition de la mère ou de l'enfant âgé de plus de douze ans, si elle n'est pas manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant, en vertu de l'article 332quinquies du Code civil (21).

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» (22).

(7) On relèvera qu'il n'existe pas d'empêchement à une cohabitation légale fondée sur la parenté ou l'alliance, le législateur ayant voulu «confondre dans un même moule la vie maritale homosexuelle – public «cible» de l'institution – et d'autres formes de vie commune, comme celle de proches parents, supposée «non sexuelle». (...) Ce faisant, le législateur ne s'est pas rendu compte qu'il offrirait aux couples incestueux un mariage, certes, de second ordre, mais porteur d'effets relativement étendus, car si rien dans la cohabitation légale ne prévoit des relations sexuelles entre partenaires, rien ne l'exclut non plus!» (A.-Ch. VAN GYSEL, «Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle?», op. cit., pp. 286-287). À l'inverse, le Pacs français est interdit entre parents proches (ascendant et descendant en ligne directe, alliés en ligne directe et collatéraux jusqu'au troisième degré inclus, voy. article 515-2 du Code civil). C'est également l'option prise par les législateurs allemand (§ 1 (2) Lebenspartnerschaftsgesetz) et hollandais (article 80a-6 N.B.W.). Voy. à cet égard A. HUYGENS, «Het relatieve huwelijksbeletsel tussen aanverwanten in de rechte lijn», R.W., 2008, p. 898. Pour Alain-Charles Van Gysel, il ne fait aucun doute que le législateur belge devrait également interdire la cohabitation légale aux personnes qui ne peuvent se marier entre elles et que celle-ci devrait donner lieu aux mêmes interdictions que l'alliance en ligne directe, avec la même possibilité de dispense (A.-Ch. VAN GYSEL, «Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle?», op. cit., p. 299).

(8) Nous avons vu que c'était interdit (cf. supra).

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

(10) Ibid. A.1.1. Voy. également A.2.2.

(11) Ces articles sont cités dans la décision de la C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, B.1.

(12) Ibid. B.4.2.

(13) Ibid.

(14) Art. 10 : «Il n'y a dans l'État aucune distinction d'ordres.

Les Belges sont égaux devant la loi; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers.

L'égalité des femmes et des hommes est garantie.

Art. 11 : «La jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination. À cette fin, la loi et le décret garantissent notamment les droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques.»

(15) «Article 8 – Droit au respect de la vie privée et familiale

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui»

(16) 3.1 : «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»

7.1 : «L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquiescer une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et être élevé par eux.»

(17) Décision de la C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, B.5.

(18) Ibid., B.8.1.

(19) Ibid., B.8.2.

(20) Ibid., B.8.3.

(21) Ibid.

(22) Ibid., dispositif.

L'intérêt supérieur de l'enfant dicte sa loi au tabou de l'inceste

1. L'intérêt de l'enfant *in abstracto* cède le pas à un intérêt de l'enfant *in concreto*

Protégé par l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant⁽²³⁾ et par l'article 22bis, al. 4, de la Constitution⁽²⁴⁾, l'intérêt de l'enfant est un principe constitutionnel dont l'importance n'est plus contestée à l'heure actuelle.

Force est cependant de constater que «l'intérêt de l'enfant» est une notion peu claire. D'aucuns l'ont qualifiée de concept «protéiforme»⁽²⁵⁾, «évolutif»⁽²⁶⁾, «difficile à définir»⁽²⁷⁾, «à multiples facettes»⁽²⁸⁾, «d'objet flottant non identifié»⁽²⁹⁾. 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⁽³⁰⁾. Nous partageons également cette idée.

L'intérêt de l'enfant, à notre estime, est un objectif vers lequel il ne faut cesser de tendre sans nécessairement l'atteindre, comme dans la quête du Graal ou la navigation guidée par l'étoile polaire.

Dans l'arrêt étudié, la Cour constitutionnelle va en ce sens. Elle condamne, en effet, le choix du législateur d'avoir défini, *in abstracto*, l'intérêt de l'enfant et impose au juge un contrôle concret et effectif de celui-ci. Paul Martens observe également dans son commentaire de l'arrêt que la Haute juridiction veut protéger des «droits non pas théoriques ou illusoire, mais effectifs et concrets»⁽³¹⁾.

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 du dossier que le juge pourra au mieux s'en rapprocher. Il est impossible de pouvoir embrasser théoriquement la diversité des situations⁽³²⁾.

L'Unicef plaide d'ailleurs 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»⁽³³⁾. Or comment mieux traiter l'enfant comme un individu et un sujet de droits qu'en prenant concrètement et effectivement ses intérêts en considération ?

En prenant encore un peu plus de recul, nous constatons que ce nouvel arrêt s'inscrit dans la tendance générale qui se dégage de la jurisprudence actuelle de la Cour constitutionnelle en matière de filiation : elle choisit «l'homme-individu» au détriment de «l'homme générique»⁽³⁴⁾ ou, en l'espèce, l'enfant-individu au détriment de l'enfant générique⁽³⁵⁾.

Cette évolution suscite bien des espoirs, 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⁽³⁶⁾ ?

Comment une seule personne peut-elle décider que ceci est dans l'intérêt de l'enfant alors que cela ne l'est pas ?

Il serait donc indispensable d'aider le juge dans sa mission : ce sera du «croisement des divers éclairages – parties, experts, juges – que [pourra] naître aux yeux du juge, point central, des discours dont chacun a sa «couleur» et sa valeur particulière, la petite étincelle blanche et fugitive, qui lui permettra de prendre la meilleure décision dans le meilleur des mondes possibles»⁽³⁷⁾.

Quelles conséquences ces diverses considérations vont-elles avoir sur la norme symbolique de la prohibition de l'inceste ?

2. Le tabou de l'inceste à l'aune de l'intérêt de l'enfant *in concreto*

À chaud, l'arrêt interpelle en ce qu'il touche, au nom de l'intérêt de l'enfant, à l'un des principes «au fondement des mœurs de la société occidentale»⁽³⁸⁾, la prohibition de l'inceste.

(23) Convention relative aux droits de l'enfant adaptée à New York le 20 novembre 1989. Parmi les 193 États reconnus par l'ONU, 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 approuvée en Belgique par la loi du 25 novembre 1991 et est entrée en vigueur le jour même. Rappelons que cette Convention jouit, en Belgique, d'une force obligatoire supérieure aux lois internes en raison du principe de primauté des sources de droit international.

(24) Constitution belge, art. 22bis : «Chaque enfant a droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle.

Chaque enfant a le droit de s'exprimer sur toute question qui le concerne; son opinion est prise en considération, eu égard à son âge et à son discernement.

Chaque enfant a le droit de bénéficier des mesures et services qui concourent à son développement.

Dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale.

La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent ces droits de l'enfant».

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

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

(27) *Ibid.*, pp. 59 et 61.

(28) E. LANGENAKEN, «Le droit de la filiation face à l'inceste : norme égalitaire ou norme symbolique ?», op. cit., p. 365.

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

(30) A.-Ch. VAN GYSEL, «L'intérêt de l'enfant, mythe et réalité», in Actualités de droit familial, le point en 2001, CUP, 2001, vol. 49, p. 206.

(31) 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 qui cite C.E.D.H., Airey c. Royaume-Uni, 9 octobre 1974, § 24.

(32) En ce sens : Y.-L. LELEU, Droit des personnes et des familles, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 608; Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, «Inceste, mariage et filiation : les cours supérieures ouvrent une voie libérale», op. cit., p. 273; P. MARTENS, «Inceste et filiation : égalité et tabou. Obs. sous C. const., 9 août 2012, n° 103/2012», op. cit., p. 1288, sp.

(33) Unicef, Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant, Publications des Nations unies, Bureau régional pour l'Europe, Atar Roto Presse, Genève, décembre 2002, p. 42.

(34) Cf. N. MASSAGER, «La prophétie de Gerlo. Réflexions à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation», Act. dr. fam., 2011, pp. 130 à 139, spéc. 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 constitutionnels dans la filiation : l'article 318 du Code civil dans la tourmente...», Rev. trim. dr. fam., 2011, p. 613.

(35) 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 enfant 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.-L. LELEU, Droit des personnes et des familles, op. cit., p. 30.

(36) Certains pourraient alors préférer la solution unique du législateur qui bénéficie en outre de la légitimité démocratique. 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.

(37) A.-Ch. VAN GYSEL, «L'intérêt de l'enfant, mythe et réalité», op. cit., p. 206.

(38) E. LANGENAKEN, «Le droit de la filiation face à l'inceste : norme égalitaire ou norme symbolique ?», op. cit., p. 361; A. BATTEUR, «L'interdit de l'inceste - Principe fondateur du droit de la famille», R.T.D. civ., 2000, p. 759.



Une étude attentive de la décision permet cependant d'en relativiser la portée : il ne porte nullement atteinte à la prohibition de l'inceste en tant que telle, mais au tabou, au secret de l'inceste.

La Cour constitutionnelle le montre clairement : «L'établissement des liens de filiation qui font apparaître le caractère incestueux de la relation unissant les parents d'un enfant n'est pas interdit dans tous les États membres du Conseil de l'Europe, ni même dans ceux qui répriment pénalement l'inceste. Tel est le cas, par exemple, en Allemagne, où les enfants nés d'une relation entre frère et sœur peuvent bénéficier du lien de filiation avec leurs deux parents (§§ 1592, 1594 à 1598 et 1600 du Code civil allemand), alors que les relations sexuelles entre frère et sœur sont passibles de sanctions pénales (§ 173 du Code pénal allemand). Il en ressort 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'établissement du double lien de filiation dans le chef des enfants issus d'une relation entre ces personnes. (...) Toutefois, contrairement à l'empêchement à mariage, l'interdiction absolue de l'établissement du double lien de filiation dans le chef des enfants issus d'une telle relation n'est pas une mesure pertinente pour atteindre ces objectifs. En effet, en empêchant dans tous les cas l'enfant de bénéficier d'un double lien de filiation, la disposition en cause ne saurait contribuer à prévenir une situation qui est, par définition, déjà réalisée»⁽³⁹⁾.

L'inceste étant consommé, l'interdiction d'établir la double filiation d'un enfant incestueux ne poursuit pas l'objectif de prévenir les relations incestueuses, mais simplement d'éviter le scandale de l'union de ses parents et l'opprobre qui pourrait en découler dans notre société⁽⁴⁰⁾.

Même s'il ne touche qu'au tabou de l'inceste, l'arrêt n'est pas anodin. Le secret dont le droit entoure ce tabou est en rapport avec le rôle symbolique que l'inceste tient en matière familiale⁽⁴¹⁾. Si «le droit [tente] de couvrir sans relâche du voile du secret (...) l'inceste [lieu maudit de tous les interdits]»⁽⁴²⁾, c'est sans aucun doute parce que sa prohibition détient une fonction symbolique⁽⁴³⁾.

Or, en décidant que le tabou de l'inceste sera levé, ou non, au regard du seul critère de l'intérêt de l'enfant *in concreto*, la Cour met un terme au caractère dogmatique de ce tabou⁽⁴⁴⁾, et donc porte atteinte à la fonction symbolique de la prohibition de l'inceste. Cela peut effrayer : «l'histoire du droit des personnes est émaillée de la crainte que la levée, même partielle, des tabous entraîne une dérive des principes fondateurs de la société»⁽⁴⁵⁾.

La prohibition de l'inceste subit-elle alors un recul face à «la montée des droits de l'enfant»⁽⁴⁶⁾ ? L'intérêt de l'enfant devient-il une valeur qui précède un interdit ancestral⁽⁴⁷⁾ ?

Sans jouer à la pythie et avec toute la prudence que ces réflexions requièrent, nous ne pensons pas que cet arrêt remet d'une quelconque manière en question la prohibition de l'inceste, dont on a rappelé le caractère universel et les fondements pour partie inchangés aujourd'hui.

Par contre, l'arrêt commenté, comme ceux prononcés en 2003 et 2006⁽⁴⁸⁾, laisse penser que la fonction symbolique de l'interdit de l'inceste est, elle, évanescence et qu'aujourd'hui, le juge doit s'inscrire dans la réalité concrète des individus. Pour répondre à la question posée en 2004 par Evelyne Langenaken⁽⁴⁹⁾, le droit, devant l'enfant incestueux, doit d'abord voir l'enfant, cet enfant-là, réclamant les mêmes droits que ses pairs et envisager ce qui lui conviendrait le mieux, dans la situation qui est la sienne, avant de voir le fruit de l'inceste et le tabou symbolique qui le uimbe. Le tabou de l'inceste, tout comme l'intérêt de l'enfant défini *in abstracto* par un législateur dogmatique, descendent de leur piédestal, quittent un monde abstrait pour rejoindre le monde concret et se confronter à la vie réelle des êtres humains.

(39) C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, B.4.2 et B.8.2. C'est nous qui soulignons. Voy. également C. const., 17 décembre 2003, n° 169/2003, B.2.3.

(40) Cf. supra, C. const., 17 décembre 2003, n° 169/2003, B.5 et C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, B.8.1 et B.8.2. Contra : A.-Ch. VAN GYSEL, «Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ?», op. cit., p. 299.

(41) E. LANGENAKEN, «Le droit de la filiation face à l'inceste : norme égalitaire ou norme symbolique ?», op. cit., p. 366.

(42) Ibid.

(43) En ce sens, E. LANGENAKEN, «Le droit de la filiation face à l'inceste : norme égalitaire ou norme symbolique ?», op. cit., p. 366 : le droit en fait un interdit, mais ne fait rien pour qu'il soit effectivement respecté.

(44) Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, «Inceste, mariage et filiation : les cours supérieures ouvrent une voie libérale», op. cit., p. 274.

(45) E. LANGENAKEN, «Le droit de la filiation face à l'inceste : norme égalitaire ou norme symbolique ?», op. cit., p. 368.

(46) P. MARTENS, «Inceste et filiation : égalité et tabou. Obs. sous C. const., 9 août 2012, n° 103/2012», op. cit., p. 1286.

(47) P. MARTENS, «Allocution de clôture», in X, Les couples, les enfants et la Cour constitutionnelle, Waterloo, Kluwer, 2008, p. 64.

(48) C.C., 17 décembre 2003, n° 169/2003 ; C.C., 18 octobre 2006, n° 157/2006.

(49) E. LANGENAKEN, «Le droit de la filiation face à l'inceste : norme égalitaire ou norme symbolique ?», op. cit., p. 369.